

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
FACULDADE DE DIREITO DE CARUARU
BACHARELADO EM DIREITO**

RIERISON BRUNO SILVA DE ANDRADE GOMES ASSUNÇÃO

**A SUPREMA CORTE E A DEMOCRACIA: UM ESTUDO ACERCA DA
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**CARUARU
2016**

RIERISON BRUNO SILVA DE ANDRADE GOMES ASSUNÇÃO

**A SUPREMA CORTE E A DEMOCRACIA: UM ESTUDO ACERCA DA
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à faculdade ASCES
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito,
produzido sob a orientação do
professor Msc. Darci de Farias
Cintra Filho

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em 01 de abril de 2016

Presidente: Professor Msc. Darci de Farias Cintra Filho

Primeiro avaliador:

Segundo avaliador:

DEDICATÓRIA

A minha mãe, meu raio de sol, pela dádiva da vida e por todo o amor que me deu.

A Hiallys, minha luz, minha alegria, minha vida, pelo amor e compreensão que dela recebo todos os dias.

À professora Marília Vila Nova, sem a qual eu não estaria aqui.

Ao professor Armando Andrade, pelas excelentes aulas ministradas ao longo do curso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Darci de Farias Cintra Filho, por todo o auxílio durante a elaboração do presente trabalho e por sua inestimável contribuição para meu aprendizado ao longo do Curso.

“A Nação quer mudar. A nação deve mudar. A nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança”.

Ulysses Guimarães, 05-10-1988

RESUMO

O presente trabalho realiza uma análise acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. De tal maneira, avalia como se justifica que, em um estado democrático de direito, o Judiciário, órgão cujos membros não são eleitos pelo voto popular, através da atuação da jurisdição constitucional, instrumentalizada pela Suprema Corte, possa ser o último intérprete da Constituição, impondo sua decisão a toda a sociedade, sem que esta possa questionar mais tais decisões nem diretamente nem por meio de seus representantes eleitos do Legislativo ou do Executivo. Para tanto, empreende uma análise das principais correntes doutrinárias acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, abordando autores que são totalmente contra a supremacia do Judiciário, passando por autores que aceitam tal supremacia com reservas até chegar a autores que aceitam de uma maneira mais ampla a referida supremacia. À essa análise doutrinária, este estudo soma a análise de determinados julgados do Supremo Tribunal Federal que ilustram a atuação deste frente à inércia do Legislativo em regular determinadas questões, fugindo este último de seu papel institucional. Por fim, conclui que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional repousa na circunstância de que o Judiciário, justamente pelo fato de seus membros não serem eleitos, é a instância do Poder estatal mais adequada a defender a Constituição, pelo fato de que essa particularidade de não passar pelo crivo das urnas acaba fazendo com que os juízes atuem de uma maneira mais independente, permitindo que estes façam cumprir a Constituição mesmo contra a vontade de maiorias eventuais, assegurando assim a proteção dos direitos das minorias. Caso fosse atribuída a defesa da Constituição ao Legislativo e ao Executivo, estes, diante da pressão dos votos que receberam, poderiam atuar de uma maneira mais subordinada aos anseios das maiorias. Essa conclusão, no entanto, não exclui a necessidade de que as decisões dos tribunais tenham participação popular, o que pode ocorrer através da realização de audiências públicas e participação de *amici curiae*.

Palavras-chave: jurisdição constitucional. legitimidade democrática. Suprema Corte.

SUMÁRIO

Introdução.....	08
Capítulo 1 – O novo direito Constitucional e o fortalecimento da Jurisdição constitucional	10
1.1 A evolução da jurisdição constitucional.....	10
1.2 O neoconstitucionalismo e seus marcos histórico, filosófico e teórico.....	13
1.3 O modelo brasileiro de jurisdição constitucional.....	15
1.4 Ativismo Judicial e judicialização.....	15
1.5 A contramajoritariedade da jurisdição constitucional.....	20
Capítulo 2 – A legitimidade democrática da jurisdição constitucional.....	23
2.1 A supremacia judicial: o Judiciário como defensor da Constituição.....	23
2.2 O constitucionalismo popular: as ideias de Waldron, Tushnet e Kramer.....	27
2.3. A corrente procedimentalista: John Hart Ely e Jürgen Habermas.....	32
2.4 O substancialismo: a democracia constitucional de Dworkin e o pensamento de Luís Roberto Barroso.....	39
Capítulo 3 – A atuação do Supremo Tribunal Federal.....	46
3.1 Apresentação.....	46
3.2 O caso da união estável homoafetiva.....	46
3.3 A questão dos fetos anencefálicos.....	50
3.4 O direito de greve dos servidores públicos	55
Considerações Finais.....	59
Referências Bibliográficas.....	62

Introdução

O tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional é objeto de grandes controvérsias na doutrina constitucionalista. De tal maneira, questiona-se em que medida seria o Judiciário, ramo do Poder cujos membros não são eleitos pelo voto popular, legitimado para ter a última palavra em termos constitucionais, posto que as decisões emanadas em questões de grande importância política e social poderiam ir contra a vontade popular, representadas pelo Legislativo e pelo Executivo, ramos do Poder cujos membros são eleitos pelo voto dos cidadãos.

De forma a enfrentar essa controvérsia e procurar soluções para ela, buscar-se-á fazer uma análise mais profunda do tema. Assim, será utilizada como metodologia para a realização deste estudo a análise da doutrina constitucionalista a respeito da questão, além das obras de autores que cuidam do tema da democracia e do estado democrático de Direito. Também serão analisados três casos difíceis julgados pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira a ilustrar na prática a dificuldade que é apontada pela doutrina.

No primeiro capítulo, procurar-se-á traçar um panorama acerca do tema, delineando os traços atuais do movimento constitucionalista no Brasil e no mundo, de maneira a evidenciar o papel de destaque que as cortes constitucionais alcançaram nos dias de hoje, com especial enfoque na situação brasileira. Também serão analisados os marcos histórico, filosófico e teórico deste novo momento do direito constitucional. O modelo brasileiro de jurisdição constitucional também será objeto de análise. Serão trabalhados alguns conceitos relacionados ao tema do estudo, como ativismo judicial e judicialização, além da questão relacionada à crise de representação política vivida no país. Por último, será abordado o tema da dificuldade contramajoritária, questão chave para o desenvolvimento deste trabalho.

No segundo capítulo, será analisada a doutrina concernente ao tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Primeiramente, discorrer-se-á acerca da origem da ideia do Judiciário como guardião da Constituição. Logo após, serão abordadas as principais correntes doutrinárias acerca da revisão judicial: o constitucionalismo popular, cujos representantes de mais destaque são Jeremy Waldron, Larry Kramer e Mark Tushnet, que busca afastar a ideia de que o Judiciário é o órgão mais adequado para receber o papel de intérprete maior da Constituição; o procedimentalismo, que tem como principais nomes Jürgen Habermas e John Hart Ely, que sustenta que a Constituição é um instrumento para o

exercício da democracia participativa, devendo a Suprema Corte atuar apenas em casos envolvendo direitos fundamentais de participação; e o substancialismo, que possui como principal referência a nível mundial o americano Ronald Dworkin, e como principal representante brasileiro o Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor Luís Roberto Barroso, e que sustenta que a Suprema Corte pode atuar sempre que seja necessário para defender direitos fundamentais dos indivíduos.

No terceiro e último capítulo, serão analisados casos difíceis julgados pelo STF que tenham relação com a dificuldade contramajoritária. Nesse sentido, será analisado o caso envolvendo a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões heteroafetivas (ADI 4277 e ADPF 132), além da ADPF 54, que envolve a interrupção terapêutica da gestação de fetos diagnosticados com anencefalia, e do caso envolvendo o direito de greve dos servidores públicos (MI's 670, 708 e 712). Em todos, será avaliado em que medida a atuação do Supremo Tribunal Federal foi importante para ilustrar o confronto desta com a atividade do Legislativo, de maneira a que se possa compreender na prática a questão da contramajoritariedade do Judiciário, possibilitando que, através do cotejo dessa análise com o estudo da doutrina acerca do tema, se possa chegar a conclusões sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, a fim de que se possa chegar a uma conclusão sobre sua justificativa.

A análise do tema objeto deste estudo é imprescindível à compreensão do funcionamento da democracia nas sociedades contemporâneas, mormente em tempos nos quais o direito constitucional ocupa um lugar de protagonismo no cenário doutrinário e institucional.

Capítulo 1

O novo direito constitucional e o fortalecimento da jurisdição constitucional

1.1 A evolução da jurisdição constitucional

O Direito Constitucional vive hoje, indubitavelmente, seu momento histórico de maior prestígio. Tornou-se o centro das atenções do mundo jurídico. As cortes constitucionais se transformaram em colossais mesas de debate, nas quais se discutem grandes questões da sociedade contemporânea. No Brasil não é diferente: nos dias atuais, as decisões do Supremo Tribunal Federal, a nossa (peculiar) suprema corte, não estão mais restritas aos meios acadêmicos. Andando pelas ruas de nossas cidades, conversando com nossos amigos e familiares, podemos facilmente nos deparar com um debate acerca da equiparação, pelo Supremo, da união estável homoafetiva às uniões heteroafetivas, ou a respeito da aplicabilidade da lei da “ficha limpa”, ou ainda a respeito da constitucionalidade de cotas raciais para ingresso no ensino superior.

Um grande exemplo de mobilização da opinião pública em um julgamento do STF foi o caso da Ação Penal 470, o chamado “Mensalão”, especialmente quando da decisão dos ministros acerca da procedência dos embargos infringentes no mesmo caso, momento no qual uma grande parcela da população foi especialmente hostil à decisão do Supremo, tendo sido realizadas várias manifestações de repúdio da população ao voto decisivo do Ministro Celso de Mello¹ e ocorrido debates acalorados entre os ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio Mello² acerca do papel da opinião pública nas decisões do Tribunal. Neste último caso, o primeiro ministro defendia que o voto de um membro do STF não deveria ser baseado na opinião pública, não tendo necessariamente de acompanhá-la, bastando que os fundamentos de sua decisão estivessem de acordo com os ditames constitucionais, enquanto o ministro Marco Aurélio defendia a tese contrária, de que a decisão do Supremo deveria seguir a vontade popular.

¹ BALIARDO, Rafael e BEZERRA, Elton. **Celso de Mello decide que STF vai julgar infringentes. Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 de setembro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-set-18/leia-voto-celso-mello-conceder-embargos-infringentes>> Acesso em 9 de setembro de 2015.

² OLIVEIRA, Mariana e D’AGOSTINHO, Rosanne. **Marco Aurélio chama Barroso de ‘novato’ após divergência. G1**. Brasília, 12 de setembro de 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/09/marco-aurelio-chama-barroso-de-novato-apos-divergencia.html>> Acesso em 9 de setembro de 2015.

Toda essa movimentação não acontece por acaso. Ainda que a televisão e a internet tenham facilitado bastante o acompanhamento dos julgados do Supremo, as razões que fizeram com que o Direito Constitucional alcançasse um papel central como o que possui atualmente são bem mais profundas, o que será analisado agora.

A jurisdição constitucional, nos moldes como é hoje conhecida, se popularizou, pelo menos na Europa continental, após o fim da Segunda Guerra mundial. Antes desta, o Direito Constitucional não desempenhava um papel tão relevante quanto o que desempenha nos dias atuais; as normas constitucionais não dispunham a respeito de questões tão decisivas para o dia a dia do cidadão comum. Havia anteriormente a supremacia da lei. Como diz o professor Luís Roberto Barroso:

Até então vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de Direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante³.

Nesse ambiente, o centro do ordenamento jurídico era a própria lei. No lugar da supremacia da constituição, havia a supremacia do parlamento (*parliament sovereignty*). As constituições típicas da época, além de dispor sobre a estrutura do Estado, apenas dispunham, de maneira acanhada, a respeito do processo legislativo, somente sob o ponto de vista formal, procedimental, de produção de normas, sem dar muita importância ao conteúdo destas. Por isso disse Barroso que a constituição da época era compreendida, essencialmente, como um documento político.

No entanto, após o fim da Segunda Guerra Mundial, este cenário passou a mudar. Diante das atrocidades cometidas durante o conflito mundial, muitas indignamente revestidas do manto da legalidade, vários países sentiram a necessidade de positivar em suas constituições uma série de deveres para o Estado e para os cidadãos, de maneira a evitar que ocorressem novas violações a direitos fundamentais. Assim, se fortalece a jurisdição constitucional, a Constituição se torna efetivamente a base formal e material do ordenamento jurídico, o Judiciário passa a deter a última palavra em termos constitucionais e se fala em Estado constitucional de Direito. O termo agora era “supremacia da Constituição” e não mais “supremacia do Parlamento”. O direito constitucional, então, cresce em força e importância.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador, JusPodium, 2013, p. 227.

No Brasil, a vigente Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, que recebeu de forma bastante justa o título de “constituição cidadã”, diante do intenso processo de participação política dentro do qual ela surgiu, é o maior símbolo da ascensão do Direito Constitucional em nosso país. Ela marca a superação de um longo e violento período de ditadura militar (1964 – 1985) e o alvorecer de um Estado democrático de direito. Após quase 27 anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil, verifica-se, mesmo após várias turbulências, um amadurecimento das instituições democráticas. E isso não é pouco. Houve, nesse espaço de tempo, sete eleições presidenciais. Vive-se hoje o maior período de estabilidade democrática da sociedade brasileira.

Anteriormente à constituição de 1988, não havia muita preocupação com a efetividade das normas constitucionais. Estas eram tratadas como meras normas simbólicas. Não se levava a sério os direitos que a constituição assegurava. Discorrendo a respeito dessa indiferença, aduz Barroso:

A Carta de 1824 estabelecia que “a lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônias de férias” e “clínicas de repouso”. Buscava-se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, era a falta de efetividade das normas constitucionais.⁴

Mas eis que então surge a Constituição de 1988, com seu extenso rol de direitos fundamentais. Apesar de ser uma Constituição prolixa, que procurou regular um sem-número de assuntos, o que dificulta sua concretização, a vigente Carta procurou corrigir os erros de suas predecessoras. Elaborada por uma Assembleia Constituinte que mesclava políticos ditos “progressistas” com apoiadores do antigo regime, natural que tenha defeitos e incongruências. Como diz o autor citado, essa

não é a Constituição de nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos.⁵

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 28.

⁵ *Ibidem*, p. 209.

A heterogeneidade do atual texto constitucional se faz presente já no inciso IV de seu art. 1º, que elenca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.⁶

Assim, uma vez elaborada a Constituição, necessária se faz a criação de mecanismos para tornar eficazes as suas normas. Instrumentos de aplicação, que devem tanto procurar aplicar a Constituição quanto extirpar do ordenamento jurídico atos ou normas que estejam em desacordo com ela. Afinal, a Constituição não será cumprida sozinha. Nesse sentido, discorre Lênio Streck:

a instrumentalização dos direitos constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelecem através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional⁷.

De tal maneira, cabendo ao Judiciário a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, a tarefa de tornar efetivas as normas constitucionais, vários países europeus adotaram sua forma específica de operacionalizar a jurisdição constitucional, sendo criadas as cortes constitucionais.

1.2 O neoconstitucionalismo e seus marcos histórico, filosófico e teórico

Essa nova concepção de Direito constitucional recebe um nome específico, como enfatiza Flávia Santiago Lima:

Essas conquistas teóricas – com o reforço da doutrina italiana – foram agrupadas sob uma denominação genérica, mas que exprime o claro objetivo de distingui-las da Teoria Constitucional anterior: o **neoconstitucionalismo**. A expressão neoconstitucionalismo foi adotada pela academia jurídica brasileira, sendo objeto de trabalhos que descrevem e promovem a compreensão da ‘constitucionalização do direito’ em suas repercussões nos diversos ramos jurídicos (Grifo nosso)⁸.

O neoconstitucionalismo, assim, seria o termo utilizado pela doutrina contemporânea para designar o período que vivemos do movimento constitucionalista. O marco histórico, em nosso país, teria sido o advento da Constituição de 1988, como dito acima, e o marco filosófico, a superação do positivismo jurídico, momento que Barroso qualifica como “pós-positivismo”. Para o autor, este seria uma espécie de “terceira via” entre o jusnaturalismo e o juspositivismo: não seria tão aberto e frágil como o primeiro, nem tão rigoroso e hermético

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

⁸ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**. Curitiba, Juruá, 2014, p. 257.

como o segundo. Tal pensamento teria surgido da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso do juspositivismo em legitimar os regimes sanguinários vigentes antes e durante a Segunda Guerra Mundial. De acordo com o pensamento pós-positivista, o Direito não pode estar totalmente desvinculado da Moral e da Política. Existe um respeito ao direito posto, no entanto, há uma leitura moral deste. Foram pioneiros nesse debate autores como John Rawls, Robert Alexy e Ronald Dworkin.⁹

Ainda de acordo com o autor retromencionado¹⁰ o chamado marco teórico do neoconstitucionalismo seria representado por três grandes transformações: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o surgimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Diante do que foi dito até aqui, necessário se faz que seja empreendida uma reflexão sobre o conceito de jurisdição constitucional. Para o professor Walber Agra:

A jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática. Ela exprime a intenção de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do arrefecimento de sua força normativa.¹¹

Ou, nas palavras de Barroso, a jurisdição constitucional seria:

o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.¹²

Ainda de acordo com Agra¹³, não se deve confundir jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade. Este último seria espécie da primeira. Uma das principais diferenças residiria no fato de que, enquanto a jurisdição constitucional teria como objetivo concretizar no mundo dos fatos os mandamentos constitucionais, o controle de constitucionalidade tem a exclusiva função de verificar a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 31.

¹⁰ Luis Roberto Barroso. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo da FGV, V. 240, 2005. p. 6.

¹¹ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 19.

¹² BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador, JusPodium, 2013, p. 228.

¹³ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 21.

1.3 O modelo brasileiro de jurisdição constitucional

No caso específico do Brasil, o Supremo Tribunal Federal não exerce exclusivamente atribuições típicas de corte constitucional, diferentemente dos tribunais constitucionais de moldes europeus, o que, em tese, tornaria mais difícil a dedicação do tribunal às questões estritamente constitucionais. A competência do STF está disciplinada no artigo 102 da Constituição de 1988, e inclui incumbências que não estão ligadas à sua missão de intérprete máximo da Constituição, tanto originariamente quanto em grau recursal.

Assim, nossa Suprema Corte atua no controle concentrado de constitucionalidade, exercendo papel de efetiva corte constitucional, mas também é corte recursal, no exercício do controle difuso, e corte ordinária, nos casos originários que não estão incluídos no controle concentrado. Como aduz Flávia Santiago Lima:

A corte constitucional ocupa-se do controle concentrado, na apreciação da ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), mandado de injunção (MI) e proposta de súmula vinculante (PSV)¹⁴.

A corte recursal, de acordo com a autora mencionada,¹⁵ referir-se-ia ao julgamento de ações que ingressariam no tribunal como fruto do questionamento de decisões tomadas por outras instâncias judiciais em matéria constitucional, exercendo a corte o controle difuso (concreto e individualizado), que teria como principais categorias o Recurso Extraordinário (RE) e o Agravo de Instrumento (AI). A atuação do Supremo Tribunal Federal como corte ordinária, por fim, ocorreria quando este apreciasse feitos não incluídos nas categorias anteriores, especialmente quando exerce sua função jurisdicional como instância única, como nos processos movidos contra membros do Congresso ou em casos de extradição.

1.4 Ativismo Judicial e judicialização

Vistas tais questões, necessário que sejam trabalhados dois conceitos que estão bastante relacionados ao tema do presente trabalho, que são “ativismo judicial” e “judicialização”. Devido à sua importância para o desenvolvimento do estudo, passar-se-á a discorrer sobre eles.

¹⁴ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**. Curitiba, Juruá, 2014, p. 230

¹⁵ *Ibidem*, p. 231.

O termo judicialização costuma aparecer com bastante frequência nas discussões acerca de decisões do Judiciário. Ele geralmente é utilizado para designar um cenário no qual questões social, política e moralmente muito importantes estão sendo decididas pelo Judiciário. Como aduz Barroso

Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é que o reconhecimento de um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização.¹⁶

Assim, a judicialização decorreria da própria configuração institucional do Judiciário brasileiro, existindo em decorrência das peculiaridades desta. Não depende da vontade do julgador. Aproxima-se bastante do ativismo judicial, no entanto, com este não se confunde.

Outro fato que poderia ser apontado como motivo para essa tendência de judicialização seria a crise de legitimidade do Legislativo, representada por sua dificuldade em acompanhar as demandas da sociedade. Muitas vezes, diante do risco político representado pela criação de alguma norma, o Legislativo se abstém de elaborá-la, o que por diversas vezes obriga a população a recorrer ao Judiciário a fim de ver atendidos seus interesses. Essa situação também é reflexo de um Legislativo composto em considerável parte por representantes de poderosos grupos econômicos¹⁷, o que acaba por travar grande parte das pautas de interesse popular que são consideradas como ameaças aos objetivos destes grupos. Ainda há que se considerar a influência da bancada religiosa do Congresso Nacional, que negligencia, quando não combate fervorosamente, importantes questões ligadas à proteção de direitos fundamentais, especialmente de cunho LGBT¹⁸.

Tudo isso acaba por minar a confiança da população nas instâncias majoritárias de Poder. Interessante notar que, de acordo com pesquisas de opinião que são realizadas periodicamente, os índices de confiança da população no Executivo e no Legislativo são

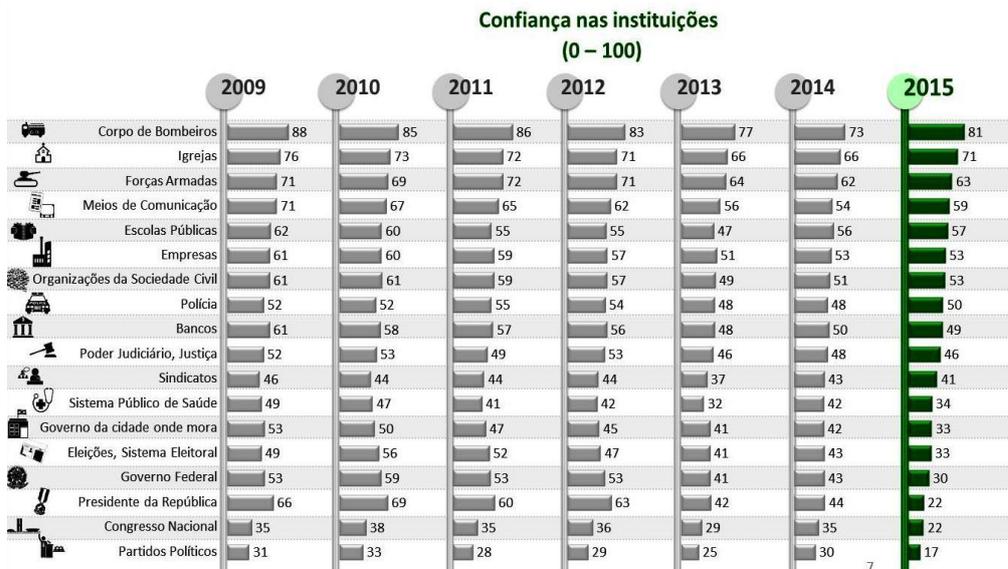
¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte, Fórum, 2013. p. 39

¹⁷ CRAIDE, Sabrina. **Novo congresso é conservador socialmente e liberal economicamente**, diz Diap. **Agência Brasil**. Brasília, 31 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-01/novo-congresso-e-conservador-socialmente-e-liberal-economicamente-diz-diap>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

¹⁸ BRAGON, Ranier e HAUBERT, Mariana. **“Não posso calar deputados”, diz Cunha sobre protesto e reza de evangélicos. Folha de São Paulo**. São Paulo, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1640860-nao-posso-calar-deputados-diz-cunha-sobre-protesto-e-reza-de-evangelicos.shtml>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

bastante baixos. De acordo com os dados deste ano do Índice de Confiança Social (ICS), medido pelo Ibope desde 2009, as instituições nas quais os brasileiros menos confiam são, em ordem decrescente, o presidente da República, o Congresso Nacional e os partidos políticos. Enquanto isso, os índices de confiança da população no Judiciário encontram-se acima destes, como ilustra a tabela abaixo.

Tabela 1 – Grau de confiança do brasileiro nas instituições



Fonte: Ibope. Índice de Confiança Social 2015¹⁹

Ora, não se pode negar que, por vezes, a atuação dos órgãos que exercem as funções majoritárias do Poder estatal ocorre de maneira a contrariar os desejos e aspirações da sociedade representados pelos mandamentos constitucionais. Isso foi visto há pouco tempo, quando, por influência direta do Deputado Eduardo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados, colocou-se em votação uma Proposta de Emenda à Constituição²⁰ que versava exatamente sobre o mesmo tema de outra proposta rejeitada apenas algumas horas antes. Tal ato é proibido por expressa determinação do art. 60, § 5º da Constituição: uma proposta de emenda cuja matéria tenha sido rejeitada ou havida por prejudicada só poderia ser rerepresentada na sessão legislativa seguinte. Houve manifesta violação de expressa determinação constitucional por mera vontade de um presidente de Casa Legislativa. Sendo a Constituição a expressão da vontade popular, seu descumprimento configura atentado à democracia e ao sistema jurídico como um todo. Tal fato ainda demonstra como é gritante o

¹⁹ Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicees-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx>> Acesso em 13 de setembro de 2015.

²⁰ OLIVEIRA, Mariana. **Cunha nega ao STF ilegalidade na votação da PEC da maioria penal. G1.** São Paulo, 10 de julho de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/cunha-nega-ao-supremo-ilegalidade-na-votacao-da-pec-da-maioriade-penal.html>>. Acesso em 24 de setembro de 2015.

descumprimento das normas constitucionais. No caso relatado, a situação é ainda mais grave: a Constituição foi descumprida por representantes do órgão que elabora as próprias leis e que têm autoridade para isso justamente em virtude da Constituição ter-lhes atribuído essa prerrogativa que conquistaram através do voto.

Voltando à questão da desconfiança do povo brasileiro em relação a seus representantes eleitos, esta também pode ser explicada pela facilidade do acesso à informação em nossos dias, somada ao fortalecimento dos instrumentos de controle social, o que possibilitou ao cidadão comum acompanhar melhor os trabalhos de seus representantes e assim cobrá-los de maneira mais adequada. As manifestações de rua que têm ocorrido desde junho de 2013, apesar de por vezes representarem interesses de alguns grupos conservadores ou terem ilustrado a mera cegueira política de alguns, em uma visão mais ampla representam essa facilidade que o brasileiro tem hoje para exigir seus direitos. Nesse sentido, oportunas são as palavras de Eduardo Mendonça:

Na expressão feliz de certo autor, tais inovações reduzem a *capacidade moratória* da democracia representativa, cujas demoras, impasses institucionais e irrupções mal disfarçadas de autointeresse deixam de ser aceitos, com a naturalidade de antes, por uma sociedade *hiperinformada*. (Grifos do autor)²¹

Ainda afirma o autor acima citado que esse *status quo* tem reflexo diretamente sobre a jurisdição constitucional pelo fato de que, excluídos os anárquicos e extremistas, grande parte dos cidadãos insatisfeitos pode entender como caminho mais legítimo de representação o apelo a um tribunal que, pelo fato de estar relativamente afastado das influências partidárias, seria um contraponto deliberativo aos canais tradicionais de representação.²²

O ativismo judicial, a seu turno, seria uma atitude do julgador em relação a determinados temas, seria “(...) a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes.”²³

Ou como diria Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição

²¹MENDONÇA, Eduardo. **A jurisdição constitucional como forma de processamento do autogoverno democrático**. In: DANIEL, Sarmiento (Coord.) **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 137.

²²MENDONÇA, Eduardo. **A jurisdição constitucional como forma de processamento do autogoverno democrático**. In: DANIEL, Sarmiento (Coord.) **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 138.

²³BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte, Fórum, 2013. P. 40.

constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário.²⁴

A expressão *judicial activism* teria sido cunhada, pela primeira vez, pelo historiador americano Arthur Schlesinger, Jr., em um artigo escrito em 1947, na revista *Fortune*, a respeito da atuação da Suprema Corte americana no período do New Deal.²⁵ Foi empregada, posteriormente, para designar a atuação da Suprema Corte no período em que foi presidida pelo *justice* Earl Warren, entre os anos de 1953 e 1969²⁶, momento em que houve uma série de decisões progressistas em termos de proteção a direitos fundamentais que foram levadas a cabo sem qualquer interferência do Legislativo ou do Executivo. Nos Estados Unidos, o termo é geralmente utilizado como algo negativo, como característica de um juiz que atuasse além dos limites de suas atribuições.

No Brasil, a situação é um pouco diferente. Por aqui, o termo foi recebido de uma forma um tanto simpática pela doutrina majoritária. Geralmente ele é utilizado para designar a atuação do Judiciário na defesa de direitos fundamentais e no preenchimento de lacunas deixadas pela atuação deficiente dos órgãos que exercem as funções majoritárias do Poder estatal. Isso, no entanto, não quer dizer que o ativismo judicial seja, por si só, algo bom. Tampouco significa que seja apenas prejudicial.

O oposto do ativismo judicial seria a autocontenção judicial, que poderia ser traduzida em uma postura mais restrita, mais passiva do juiz frente aos casos nos quais atua. De acordo com Logan Caldas Barcellos²⁷, juízes adeptos da autocontenção judicial diminuiriam sua interferência nas outras esferas do Poder estatal quando:

1. “Evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam não expressas no seu texto, aguardando pronunciamento do legislador”;
2. “Utilizam critérios rígidos para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos”; e
3. “Abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas”.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador, JusPodium, 2013. P. 551.

²⁵KERMIT III, Roosevelt. **Judicial activism**. Disponível em: < <http://www.britannica.com/topic/judicial-activism>>. Acesso em 09 de setembro de 2015.

²⁶SMENTKOWSKI, Brian P. **Earl Warren**. Disponível em: <http://www.britannica.com/biography/Earl-Warren>. Acesso em 22 de setembro de 2015.

²⁷BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial**. Brasília, Revista de Direito, Políticas Públicas e Mundialização, v.8, n. 1, 2011, p. 17.

1.5 A contramajoritariedade da jurisdição constitucional

Chegamos agora a um ponto que bastante preocupa a doutrina constitucionalista e que será o foco da presente monografia, em especial no capítulo seguinte a este: a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Como visto, o Judiciário, pelo fato de deter a última palavra, acaba por vezes atuando em searas nas quais geralmente a atuação caberia às instâncias majoritárias do Poder estatal, a saber, Legislativo e Executivo. Tal atuação, no entanto, e devido ao que já foi exposto, não é exclusividade brasileira. A esse respeito, discorre Barroso:

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush vs. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado Laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.²⁸

A grande dificuldade, que já suscitou grandes discussões, no que concerne à atuação dos juízes constitucionais, é a tensão existente entre o poder do Judiciário de dar a última palavra em termos constitucionais e o princípio da maioria, uma das bases do regime democrático. Indaga-se sobre a legitimidade que teria o Judiciário para anular leis ou atos expedidos pelo Legislativo e pelo Executivo, instâncias majoritárias do Poder, que em tese representariam a vontade popular. Como diz Streck:

Em face disso, a pergunta é inevitável: como é possível que juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito? O princípio da maioria pode ceder espaço para a supremacia da Constituição que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a assim denominada “liberdade de conformação do legislador”?²⁹

Neste ponto, é necessário que se discorra acerca de outro conceito-chave para o presente trabalho: a contramajoritariedade. A chamada “dificuldade contramajoritária”, termo

²⁸BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro, Revista [Syn]thesys, Vol. 5, N. 1, 2012. p. 1-2.

²⁹STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014. p. 115.

consagrado após sua utilização pelo professor americano Alexander Bickel, em seu livro “*the least dangerous branch*”, seria justamente o problema da atuação do Judiciário em contraposição aos atos do Executivo e do Legislativo, as instâncias majoritárias do Poder estatal, eleitas democraticamente, ao contrário do primeiro.

Por várias vezes a atuação contramajoritária dos tribunais é imprescindível à proteção de determinados grupos sociais que são rejeitados pela dita maioria, como por exemplo, no caso dos homossexuais, que viram o Supremo Tribunal Federal, em atuação contramajoritária, reconhecer o direito à união homoafetiva, equiparando-a à união estável heterossexual. Outra decisão do STF que obteve grande repercussão foi a que permitiu a interrupção da gestação no caso de fetos anencefálicos, que, apesar de encontrar bastante resistência por parte de setores conservadores da sociedade, foi aplaudida por ser uma grande conquista no campo dos direitos fundamentais.

Como se vê, em tais casos, mesmo atuando de maneira contramajoritária, o STF desempenhou um papel de grande importância na proteção de direitos. Outras vezes, no entanto, a atuação do Judiciário pode servir de expressão do pensamento conservador, como ocorreu no dia 6 de março de 1857, nos Estados Unidos, no caso *Dred Scott vs. Sandford*, quando a Suprema Corte daquele país declarou que pessoas de origem africana que tivessem sido trazidas como escravas não eram cidadãos dos Estados Unidos e portanto não poderiam ingressar com demandas perante cortes federais. A decisão ainda declarou inconstitucional o chamado “Compromisso do Missouri”, de 1820, que proibia a escravidão em determinados estados do país, e determinou que o Congresso não tinha autoridade para proibir a escravidão. Um trecho da decisão bem ilustra o absurdo cometido: “the Constitution of the United States recognises slaves as property, and pledges the Federal Government to protect it. And Congress cannot exercise any more authority over property of that description than it may constitutionally exercise over property of any other kind”³⁰

Também nos Estados Unidos, em 1905, no caso *Lochner vs. New York*³¹, a Suprema Corte americana invalidou uma lei municipal de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a 10 horas por dia, ou 60 horas semanais. Os membros da Corte argumentaram que essa limitação não era exercício legítimo do poder de polícia do Estado,

³⁰ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Scott v. Sandford**. 60 US 393. 1857. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>>. Acesso em 20 de setembro de 2015. Tradução livre: “a Constituição dos Estados Unidos reconhece escravos como propriedade, e autoriza o Governo Federal a protegê-la. E o Congresso não pode exercer mais autoridade sobre a propriedade aqui descrita do que pode constitucionalmente exercer sobre qualquer tipo de propriedade”.

³¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lochner v. New York**. 198 US 45. 1905. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

mas interferência indevida deste na liberdade contratual dos indivíduos, motivo pelo qual deveria ser declarada sua inconstitucionalidade. No mesmo período, sob a onda do *laissez faire*, a Corte invalidou várias outras leis de cunho social. Em 1918, por exemplo, no caso *Hammer vs. Dagenhart*³², foi declarado inconstitucional um ato emitido pelo Congresso estadunidense em 1916 que proibia o comércio de mercadorias produzidas com trabalho infantil. Décadas mais tarde, na vergonhosa decisão do caso *Bowers vs. Hardwick*³³, a Suprema Corte americana, em 1986, declarou constitucional uma lei do estado da Georgia que criminalizava as relações homossexuais.

Como visto, nestes últimos casos a atuação contramajoritária do Judiciário não resultou em algo benéfico à sociedade. Pelo contrário, reforçou sentimentos conservadores e elitistas de setores da população à época. O prejuízo à sociedade democrática advindo de tais decisões é um dos principais argumentos utilizados pelos autores que se posicionam contra a revisão judicial.

A procura de uma justificativa para a supremacia judicial é a grande questão que será tratada no capítulo seguinte, no qual serão ilustradas as principais discussões doutrinárias acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

³² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hammer v. Dagenhart**. 247 US 251. 1918. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/247/251>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

³³ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Bowers v. Hardwick**. 478 US 186. 1986. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/case.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

Capítulo 2

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional

2.1. A supremacia judicial: o Judiciário como defensor da Constituição

Conforme dito anteriormente, um dos temas mais debatidos pela doutrina constitucionalista contemporânea é justamente a questão da supremacia judicial, em virtude de um alegado déficit de legitimidade democrática na atuação do Judiciário como intérprete último da Constituição. Ao longo das próximas páginas, analisaremos o pensamento de alguns autores que discorreram acerca da legitimidade da jurisdição constitucional. No entanto, primeiro é necessário que busquemos compreender algumas questões básicas acerca dessa discussão.

Nesse sentido, importantíssimas as palavras do professor Virgílio Afonso da Silva³⁴ quando afirma que a investigação acerca da legitimidade da jurisdição constitucional pode ser guiada por duas perguntas: (1) a Constituição precisa de um guardião? (2) em caso afirmativo, quem deve ser ele e qual a extensão de sua competência?

Quanto à primeira pergunta, não se pode negar que a resposta a ela é afirmativa. Diante do que já foi visto, é necessário que exista um defensor da Constituição, a fim de que sejam efetivados os mandamentos constitucionais. Caso contrário, a Constituição seria um documento meramente simbólico, sem qualquer força normativa. Conforme afirmam Gilmar Mendes e Paulo G. Branco³⁵:

Nessa linha de entendimento, assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a existência de um órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição.

O guardião da Constituição, assim, deve exercer o controle da constitucionalidade dos atos normativos, buscando extirpar do ordenamento jurídico todo e qualquer ato que esteja em desacordo com a Lei Maior.

A respeito da segunda pergunta, observe-se que, desde que surgiram as primeiras constituições, é debatida a questão de quem deveria ser o defensor da Constituição. Ao longo

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. São Paulo, Revista de Direito Administrativo, V. 250, p. 203.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2014. P. 1027.

da história, as teorias sobre a guarda da Constituição atribuíram esse papel a um dos três seguintes atores: o Parlamento, o Chefe de Estado e o Judiciário.³⁶

O primeiro autor a defender que o Judiciário era o ramo do Poder mais adequado a defender a Constituição foi Alexander Hamilton, um dos autores da série de escritos políticos que ficou conhecida como “O Federalista”. Dizia Hamilton que o Judiciário era o ramo do poder mais apto a defender a Constituição porque, dentre os três, era o menos perigoso. Como afirma no capítulo 78 do Federalista³⁷:

(...) o Poder Judiciário, pela mesma natureza de suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.

Apesar de discutível a ideia que Hamilton possui acerca da força do Judiciário, o que importa aqui é notar o pioneirismo do autor em atribuir àquele ramo do Poder estatal a defesa da Constituição.

Ainda em relação ao caso americano, um fato transformou a maneira de enxergar o controle de constitucionalidade naquele país e no resto do mundo. Trata-se do famoso caso *Marbury v. Madison*,³⁸ julgado em 1803, momento no qual foi instituído formalmente o controle de constitucionalidade pela Suprema Corte americana, que passou então a ser detentora do *status* de guardião da Constituição daquele país.

A questão sobre quem deveria ser o guardião da Constituição ainda foi motivo de um célebre debate envolvendo dois dos maiores publicistas do século passado: o austríaco Hans Kelsen e o alemão Carl Schmitt, discussão que teve como pano de fundo a crise alemã que levaria ao poder o Partido Nazista na década de 1930.

Kelsen defendia que a instituição mais adequada à defesa da Constituição seria um Tribunal Constitucional inserido em uma democracia constitucional, enquanto Schmitt sustentava que tal defesa deveria ser realizada por uma instituição política, nesse caso, o presidente do Reich. O debate se iniciou após uma conferência proferida por Kelsen na

³⁶ PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. **Quem deve ser o guardião da constituição?**. Rio Grande, Revista **Âmbito Jurídico**, XVII, n. 129, 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15315>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

³⁷ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **O Federalista**. Belo Horizonte, Líder, 2003. P. 458.

³⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Marbury v. Madison**. 5 US 137. 1803. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

Associação dos Constitucionalistas Alemães³⁹, ocasião na qual este falou a respeito da necessidade da existência de um Tribunal Constitucional. Em reação a tal conferência, Carl Schmitt publica um livro intitulado “o guardião da Constituição” (*Der Hüter der Verfassung*). Na obra, Schmitt faz severas críticas ao modelo proposto por Kelsen, afirmando que o controle de constitucionalidade por parte do Judiciário seria contrário ao princípio democrático pelo fato de formar um governo de juízes. Para ele, dessa maneira a população seria governada por uma aristocracia formada por magistrados. A solução de Kelsen, de concentrar o controle de constitucionalidade em um Tribunal Constitucional, e, portanto, levar a resolução de questões políticas ao âmbito da justiça, acabaria por promover uma politização da justiça (*Politisierung der Justiz*) muito mais do que uma judicialização da política (*Juridifizierung der Politik*)⁴⁰. A melhor alternativa, de acordo com Schmitt, seria a atribuição de guardar a Constituição ao presidente do Reich.

De acordo com Pablo Pacheco e Tatiana Viana, Schmitt fundamenta sua defesa do Presidente do Reich como guardião da Constituição sob três bases: uma legal, uma histórica e outra doutrinária. Quanto à fundamentação legal, Schmitt diz que o próprio preâmbulo da Constituição de Weimar, ao dispor sobre a unidade do povo alemão, autorizaria o Presidente do Reich a ser o defensor da Constituição, pelo fato de representar essa unidade. Além disso, o autor faz uma interpretação extensiva do art. 48º da Constituição, que dava poderes excepcionais ao Presidente do Reich com o objetivo de garantir o federalismo e preservar a ordem interna.⁴¹

A respeito das bases histórica e doutrinária da argumentação de Schmitt, discorrem os autores retromencionados:

No segundo argumento, o histórico, Schmitt (1968) fundamenta-se na situação do Parlamento Weimar que, desestruturado pela luta de partidos e com maiorias instáveis, que neste momento histórico difícil, discute, mas é incapaz de decidir e, portanto, segundo ele, tornou-se incapaz de garantir a unidade do povo alemão, ao contrário do Presidente do Reich, que representa o povo em sua unidade. Nos argumentos históricos, Carl Schmitt também utiliza a teoria da evolução histórico-dialética do Estado absolutista ao Estado total (Ibid.). Por último, na argumentação doutrinária, fundamenta-se na teoria do *pouvoir neutre, intermediaire e régulateur*, de Benjamim Constant (1767-1830), para a qual a defesa da Constituição caberia ao poder moderador, como previsto na Constituição do Império do Brasil, de 1824, a ser exercido pelo monarca constitucional, com a função de equilibrar e harmonizar a atuação dos demais poderes. Schmitt (1968) somente transferiu do monarca

³⁹ PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. **Quem deve ser o guardião da constituição?**. Rio Grande, Revista **Âmbito Jurídico**, XVII, n. 129, 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15315>. Acesso em 12 de outubro de 2015

⁴⁰ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007. P. 33.

⁴¹ PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. **Quem deve ser o guardião da constituição?**. Rio Grande, Revista **Âmbito Jurídico**, XVII, n. 129, 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15315>. Acesso em 12 de outubro de 2015

constitucional para o Presidente do Reich a incumbência de guarda da Constituição.⁴²

Em resposta aos ataques de Schmitt, Hans Kelsen escreve um artigo intitulado “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*). A ideia fundamental do texto é a de que o Parlamento e o Governo não poderiam ser os defensores da Constituição pelo fato de que são órgãos sobre cujas atividades é exercido um controle⁴³. Assim, a fim de evitar que o órgão incumbido da guarda da Constituição atuasse em causa própria quando suas atividades estivessem em desacordo com os ditames constitucionais, seria necessário atribuir tal guarda a uma instituição independente que não fosse submetida a controle pelos outros poderes. Caso fosse atribuída ao Executivo tal função, o caos estaria instaurado, pois a este seriam atribuídos mais poderes, e, sem um controle de suas atividades, ele tenderia a ser cada vez mais despótico, a violar sempre os preceitos constitucionais.

A esse respeito, diz Kelsen:

Uma vez que nos casos mais importantes de violação constitucional, Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição dividiu essencialmente entre Parlamento e governo. Que essa mesma instância tenha, com isso, um certo poder, é inevitável. Porém há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes, ademais, o Controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do Poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.⁴⁴

Kelsen ainda termina por dizer que a posição de Schmitt é movida por interesses unicamente ideológicos, carecendo de rigor científico. O austríaco, fiel a sua teoria pura do Direito, afirma que o jurista deve buscar a separação “mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político”.⁴⁵ A ideia de Kelsen, de criação de um Tribunal Constitucional, sagrou-se vitoriosa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, conforme pôde ser constatado no primeiro capítulo do presente trabalho.

⁴² PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. **Quem deve ser o guardião da constituição?**. Rio Grande, Revista *Âmbito Jurídico*, XVII, n. 129, 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15315>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

⁴³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Martins Fontes, 2003. p. 240.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 275-276.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 298.

2.2. O constitucionalismo popular: as ideias de Waldron, Tushnet e Kramer

Neste ponto serão analisadas as ideias de autores que podem ser considerados adeptos do constitucionalismo popular. Os pensadores filiados a esta corrente de pensamento têm como ponto em comum a ideia de que o defensor da Constituição não deve ser unicamente o Judiciário, mas um órgão eleito democraticamente pelo povo, ou controlado diretamente por ele. Os principais autores a sustentar essas ideias são Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Larry Kramer.

Jeremy Waldron, professor neozelandês radicado nos Estados Unidos, é um dos maiores expoentes desse pensamento. Para o autor, a instituição mais adequada para resolver as controvérsias dentro de um regime democrático não é a Suprema Corte, mas o Congresso. Waldron protagonizou grande controvérsia com seu antigo professor Ronald Dworkin, que defendia a *judicial review*.

Waldron inicia sua crítica à revisão judicial a partir de sua obra “*a dignidade da legislação*”, na qual procura recolocar a lei no centro do ordenamento jurídico, em detrimento da decisão judicial. O autor busca, como o título de seu trabalho deixa entrever, reafirmar a dignidade do Legislativo, que não goza de uma boa reputação nos dias de hoje.

Nesse sentido, a fim de alçar o Legislativo à categoria de guardião da Constituição, o autor afirma que este órgão seria mais adequado a defendê-la porque a deliberação existente no processo de elaboração das leis, do qual participam representantes dos mais diversos setores da sociedade, permitiria que o maior número possível de cidadãos pudesse influenciar na criação dos novos atos normativos, o que seria mais condizente com os princípios democráticos. O Judiciário, por sua vez, não seria adequado pelo fato de seus representantes não serem eleitos e por sua deliberação ficar restrita a discussões acadêmicas dentro de um pequeno colegiado. Como síntese de seu pensamento, discorre Waldron:

Disagreement about rights is not unreasonable, and people can disagree about rights while still taking rights seriously. In these circumstances, they need to adopt procedures for resolving their disagreements that respect the voices and opinions of the persons—in their millions—whose rights are at stake in these disagreements and treat them as equals in the process. At the same time, they must ensure that these procedures address, in a responsible and deliberative fashion, the tough and complex issues that rights-disagreements raise. Ordinary legislative procedures can do this, I have argued, and an additional layer of final review by courts adds little to the process except a rather insulting form of disenfranchisement and a legalistic obfuscation of the moral issues at stake in our disagreements about rights.⁴⁶

⁴⁶ WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. In: Yale Law Journal, 115, p. 1406. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2015. **Tradução livre:** “A discordância sobre direitos não é irracional, e as pessoas podem discordar sobre eles e ainda assim levá-los a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam adotar procedimentos para resolver essas discordâncias que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões de pessoas – cujos

De modo a alcançar o ideal de Legislativo como intérprete maior da Constituição, Waldron propõe a elaboração de uma teoria filosófica da legislação, não apenas para retirar do Judiciário as grandes decisões constitucionais, mas a fim de que se possam desenvolver conceitos robustos de interpretação legislativa e de autoridade legislativa. Dessa maneira, acredita o autor que é possível desenvolver uma concepção mais digna do papel do Legislativo. Diz, após citar caso em que determinado autor dá a entender que legislação não é direito, que a afirmação de tal autor é consequência do papel secundário que legislação vem recebendo nos últimos tempos. Assim discorre Waldron:

A pergunta que devemos fazer é esta: dado que o mundo jurídico, no qual os cidadãos e seus advogados deparam com as exigências do Estado, é, em boa parte, um mundo estatutário ou, na melhor das hipóteses, um mundo no qual o direito consuetudinário e os estatutos mesclam-se caótica e indiscriminadamente, por que, na filosofia jurídica, persistimos em formular estruturas conceituais que tornam o direito consuetudinário – o direito desenvolvido por juízes e tribunais – a questão central e interessante. Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam?⁴⁷

A resposta de Waldron a tais questionamentos está relacionada ao princípio majoritário. Aduz ele que a ideia de que um órgão com muitos representantes, como é o caso das casas legislativas não poderia decidir adequadamente não está necessariamente correta.

Aduz ainda, após fazer uma análise do princípio majoritário segundo a concepção de John Locke, que tal princípio deve dominar as grandes decisões, pois “a decisão majoritária apresenta-se como um método *equitativo* de decisão e como interpretação natural da agregação física das forças na física do consentimento”⁴⁸. Nesse sentido, Waldron afirma que as decisões do próprio Judiciário também estariam fundadas no princípio majoritário, mormente nos julgamentos dos tribunais constitucionais, em que as decisões são colegiadas. Qualquer decisão, ainda que envolvesse um número restrito de agentes com poder de voto, só é tomada caso seja atingida uma maioria.

No entanto, apesar de sua defesa da legislação, Waldron reconhece que o controle judicial de constitucionalidade pode se justificar em sociedades nas quais as instituições

direitos estão envolvidos nessas discordâncias e tratá-las como iguais no processo. Ao mesmo tempo, elas devem assegurar que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões duras e complexas que as discordâncias sobre direitos trazem. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, como defendi, e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais adiciona pouco ao processo, a não ser uma forma um tanto insultuosa de privação e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo em nossas discordâncias sobre direitos”.

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 13.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 180-181.

representativas sejam deficientes e quando a sociedade ainda não formou uma cultura de respeito aos direitos fundamentais.

Mark Tushnet, professor na Escola de Direito de Harvard, outro adepto do constitucionalismo popular, expressa suas ideias sob uma perspectiva ligeiramente diferente: para o autor, o principal problema de uma democracia baseada na supremacia judicial é o fato de que isso incentiva a irresponsabilidade do legislador, que passa a aproveitar a prerrogativa do Judiciário de tomar as grandes decisões para se isentar de enfrentar questões polêmicas cuja solução é atribuída ao próprio Legislativo. Além disso, os legisladores também poderiam usar a Suprema Corte como laboratório para testar o ambiente político sem correr maiores riscos.⁴⁹ Sua principal obra a respeito do assunto é “*taking the constitution away from courts*” (Retirando a Constituição dos tribunais).

Tushnet inicia o primeiro capítulo da obra, intitulado *Against judicial supremacy* (Contra a supremacia judicial) com uma questão no mínimo polêmica. O autor cita⁵⁰ uma decisão tomada pela Suprema Corte estadunidense em 1982, quando esta considerou inconstitucional uma norma do estado do Texas que negava o direito a uma educação pública e gratuita a filhos de imigrantes ilegais (caso *Plyler v. Doe*). Em 1994 a Califórnia votou a Proposição 187, uma emenda à Constituição daquele estado que, em um de seus trechos, negava a educação pública nos mesmos termos que a citada norma texana. Uma corte federal logo declarou inconstitucional essa parte da emenda. Tushnet então pergunta se um diretor de uma escola estaria agindo necessariamente errado se fizesse objeção à matrícula de uma criança de um imigrante ilegal, ao que o próprio autor responde:

Of course not. Legislators took an oath to support the Constitution – *the constitution*, not the Supreme Court. What the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means. If legislators think the Court misinterpreted the Constitution, their oath allows them – indeed, it may *require* them – to disregard *Plyler*.⁵¹

Tushnet, então, passa a justificar sua polêmica resposta. O autor propõe uma nova teoria da interpretação constitucional. Inicialmente, Tushnet opta por dividir a Constituição em duas: uma parte seria a “Constituição densa”⁵², que corresponderia às normas dispostas sobre questões gerais de organização do Estado, separação dos poderes, etc. A “Constituição

⁴⁹ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from courts**. Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 149.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 06.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 06. **Tradução livre:** “Claro que não. Os legisladores juraram obedecer a Constituição – a Constituição, não a Suprema Corte. O que a Constituição significa não é necessariamente o que a Suprema Corte diz que significa. Se os legisladores considerarem que o Tribunal interpretou mal a Constituição, seu juramento os permite – de fato, pode obrigá-los – a desconsiderar o caso *Plyler*”.

⁵² *Ibidem.*, p. 9.

leve”⁵³, por sua vez, compreenderia as garantias fundamentais do cidadão, como liberdade, igualdade, etc. Esta última Constituição é que deveria ser o objeto da interpretação popular, porque ela que constituiria os cidadãos americanos como povo. Tushnet, citando uma nota escrita por Abraham Lincoln, descreve a União e a Constituição como uma moldura de prata ao redor de uma maçã de ouro, que seriam os princípios da Declaração de Independência. A moldura havia sido feita para a maçã, e não a maçã para a moldura.⁵⁴ Assim, os princípios fundamentais da Constituição não deveriam se sujeitar ao aparato burocrático do Estado. A interpretação constitucional não poderia restar concentrada nas mãos de um único órgão, sem possibilidade de intervenção por parte dos cidadãos.

Assim, o autor busca trazer de volta ao Legislativo e ao Executivo a possibilidade de interpretarem a Constituição. Tushnet acredita que as instâncias majoritárias do Poder perdem muito de seu incentivo a cumprir as determinações constitucionais por conta do monopólio judicial de interpretar a Constituição. De tal maneira, acredita o autor que, uma vez retirada a Constituição do âmbito dos tribunais, o Legislativo e o Executivo teriam condições de fazer um trabalho muito melhor, resgatando assim sua legitimidade popular e reabilitando-se perante a opinião pública. O povo, assim, teria resgatado sua soberania, e o constitucionalismo popular seria o único direito constitucional que existiria.⁵⁵

Outro professor americano que pode ser considerado uma das maiores vozes do constitucionalismo popular é Larry D. Kramer. O autor questiona a ideia de que o Judiciário deveria ser o último intérprete da Constituição a partir de uma análise histórica do sentido da interpretação constitucional. De acordo com o autor, nos primeiros anos da Constituição americana, na época dos pais fundadores (*founding fathers*), defendia-se que o poder de interpretar a Constituição pertencia ao povo.⁵⁶ Não apenas de maneira abstrata: toda a comunidade deveria interpretar a Constituição, e não apenas o Judiciário ou outro ramo do poder. No entanto, segundo o autor, com o passar dos anos essa ideia de interpretação popular foi se perdendo, cedendo espaço para o prestígio da ideia de supremacia judicial. Para ele, caberia ao povo retomar esse poder que perdeu, trazendo de volta para si a prerrogativa de ser o guardião da Constituição. Kramer afirma que a ideia de supremacia de um determinado

⁵³ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from courts**. Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 11.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 167.

⁵⁶ KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York, Oxford University Press, 2004, p. 8.

órgão para defender a Constituição era representativa de uma relação de dominação dos aristocratas em relação ao povo. Como afirma⁵⁷:

The question Americans must ask themselves is whether they are comfortable handing their Constitution over to the forces of the aristocracy: whether they share this lack of faith in themselves and their fellow citizens, or whether they are prepared to assume once again the full responsibilities of self-government. And make no mistake: the choice is ours to make, necessarily and unavoidably. The Constitution does not make it for us. Neither does history or tradition or law.

O autor mantém esse mesmo tom ao longo de toda a sua obra, sempre reafirmando a ideia de que o povo tem a responsabilidade de readquirir o poder que perdeu. Kramer diz ainda que os cidadãos deveriam poder rever as decisões judiciais, de forma que os próprios juízes sentissem a responsabilidade de poderem ter suas decisões invalidadas pelo crivo popular⁵⁸:

“[...] Supreme Court Justices would come to see themselves in relation to the public somewhat as lower court judges now see themselves in relation to the Court: responsible for interpreting the Constitution according to their best judgment, but with an awareness that there is a higher authority out there with power to overturn their decisions – an actual authority too, not some abstract “people” who spoke once, two hundred years ago, and then disappeared”.

Apesar de insistir na ideia de que o povo deve ser o intérprete final da Constituição, Larry Kramer não deixa claro quais seriam os mecanismos adequados para tornar efetiva essa forma de interpretação, motivo pelo qual suas ideias caem no vazio de uma utopia sem maior relevância prática.

Na verdade, os autores adeptos do constitucionalismo popular, apesar de apresentarem pontos de vista importantes e introduzirem questões inovadoras no debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, acabam pecando por não conseguirem conceber mecanismos de sustentação dessa soberania popular que tanto pregam, o que acaba por praticamente anular a aplicabilidade prática de suas ideias. Outro problema de tais autores seria sua idealização do processo político eleitoral contemporâneo. Nesse sentido, e trazendo o debate para a realidade brasileira, afirmam os professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

⁵⁷KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York, Oxford University Press, 2004, p. 247. **Tradução livre:** “A pergunta que os americanos devem fazer a si mesmos é se eles estão confortáveis entregando sua Constituição às forças da aristocracia: se eles compartilham essa falta de fé em si mesmos e em seus colegas cidadãos, ou se eles estão preparados para assumir novamente todas as responsabilidades de um auto-governo. E não há dúvidas: a escolha cabe a nós, necessária e inevitavelmente. A Constituição não faz isso por nós. Tampouco o fazem a história, a tradição ou a lei”.

⁵⁸KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York, Oxford University Press, 2004 p. 253. **Tradução livre:** “[...] os juízes da Suprema Corte deveriam começar a ver a si mesmos em relação ao público mais ou menos como os juízes das instâncias inferiores se veem em relação à Corte: responsáveis por interpretar a Constituição de acordo com seu melhor julgamento, mas cientes de que existe uma autoridade maior com poderes para se sobrepor às suas decisões. Uma autoridade verdadeira, e não um ‘povo’ abstrato que se pronunciou apenas uma vez, há duzentos anos atrás, e depois desapareceu.”

As democracias representativas contemporâneas estão muito longe desse ideal, como se observa claramente no caso brasileiro. Não se deve imaginar o Poder Judiciário como instância virtuosa de defesa de direitos e princípios, como fazem alguns defensores do controle de constitucionalidade, tampouco se deve incidir no erro oposto, de glorificação do processo político majoritário, ignorando as suas deficiências reais, dentre os (*sic*) quais está a sua excessiva infiltração pelo poder econômico. Nesse erro incidiram os teóricos do constitucionalismo popular. Diante das instituições efetivamente existentes na maior parte das sociedades contemporâneas, inclusive o Brasil, não parece um bom conselho a abolição ou a minimização da jurisdição constitucional.⁵⁹

Sarmiento e Neto ainda citam os nomes de alguns autores brasileiros, como Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, Gilberto Bercovici e Luiz Moreira, cujas ideias estariam próximas das concepções do constitucionalismo popular. Ressaltam os primeiros autores, no entanto, que essa visão é minoritária na doutrina constitucionalista brasileira, que tem se posicionado em torno da defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.⁶⁰

2.3. A corrente procedimentalista: John Hart Ely e Jürgen Habermas

Uma das distinções doutrinárias mais importantes para a teoria constitucional contemporânea é que se faz entre *procedimentalismo* e *substancialismo*. Essa distinção é realizada em dois contextos diferentes: tanto para discutir o papel da própria Constituição na sociedade quanto para debater qual seria o espaço adequado da jurisdição constitucional. Utilizada no primeiro sentido, a corrente procedimentalista sustenta que o papel da Constituição seria definir as regras do jogo político, assegurando a democracia, o que incluiria a defesa de direitos que seriam pressupostos desta, como o direito à liberdade de expressão e à livre associação. As decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, etc., não devem estar na Constituição, devendo ser resolvidas pelo próprio povo a seu tempo. Já o substancialismo defende que a Constituição deve adotar decisões substantivas, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais, mesmo aqueles que não forem pressupostos para o funcionamento da democracia. No que concerne à importância da distinção entre procedimentalismo e substancialismo no debate sobre o papel da jurisdição constitucional, os adeptos da primeira corrente sustentam que os juízes constitucionais devem adotar uma postura de autocontenção em todas as questões que não digam respeito a direitos que sejam pressupostos de funcionamento da democracia, podendo atuar de uma maneira mais direta para assegurar direitos de participação política. Já os substancialistas sustentam

⁵⁹SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo**. In: *Jurisdição constitucional e política*. SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015, pp. 88-89.

⁶⁰*Ibidem*, p. 89.

que, mesmo em casos que não envolvam os pressupostos do regime democrático, a jurisdição constitucional pode ter um papel mais ativo.⁶¹

Assim, um adepto do substancialismo consideraria legítima a atuação do STF na equiparação da união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva, enquanto um procedimentalista consideraria inadequada tal atuação, pois não envolveria um direito que seria pressuposto de funcionamento da democracia.

Um procedimentalista que possuía uma concepção interessante acerca da questão da legitimidade da jurisdição constitucional era John Hart Ely, professor americano falecido em 2003. Sua principal obra é *Democracia e desconfiança*⁶², livro no qual o autor busca conciliar o controle jurisdicional de constitucionalidade com os ideais democráticos.

O autor principia por atacar a dicotomia existente na teoria constitucional entre o que ele chama de *textualismo e interpretação livre*⁶³. A primeira concepção estaria ligada à ideia de que os juízes deveriam se limitar a aplicar as normas que estivessem escritas na Constituição ou claramente implícitas nela, enquanto que a interpretação livre autorizaria os juízes a ir além do texto da Constituição, podendo realizar interpretações que não estivessem claramente implícitas nesta.⁶⁴ Ely considera insuficientes ambas as concepções.

Para o autor, o chamado textualismo teria dois atrativos. O primeiro seria que ele se adequaria melhor a nossas concepções sobre o conceito de Direito e sobre o funcionamento deste. Assim, ao interpretar uma disposição a fim de saber se esta autoriza determinado comportamento ou não, o juiz deveria se limitar a enunciar as proibições ou permissões explícitos na norma ou claramente implícitos nela. Caso o julgador, ao contrário, declarasse não estar satisfeito com as disposições legais e se propusesse, em tal caso, a aplicar em nome daquelas disposições os valores que em sua opinião fossem os mais adequados, poder-se-ia concluir que este não está cumprindo com o seu dever, considerando Ely, ironicamente, que seria adequada a criação de uma comissão para apurar se o julgador haveria perdido o juízo perfeito.⁶⁵

O segundo atrativo do textualismo, conforme o autor estadunidense, seria mais importante ainda que o anterior. Para Ely, sua importância derivaria da evidente dificuldade

⁶¹SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo**. In: **Jurisdição constitucional e política**. SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015, p.90.

⁶² Utilizou-se como base para o presente estudo uma tradução colombiana da obra de Ely, sob o título de “Democracia y desconfianza”.

⁶³ Optou-se por utilizar os termos da maneira como se apresentam na tradução colombiana da obra do autor.

⁶⁴ ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 19.

⁶⁵ ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997 p. 22.

que enfrentariam os oponentes do textualismo de conciliar suas ideias com a teoria democrática.⁶⁶ Neste ponto o autor faz referência à dificuldade contramajoritária que foi enunciada nas páginas anteriores do presente trabalho. Aduz que o fato de os juízes não serem eleitos, e, portanto, “irresponsáveis” politicamente, contribuiria para dificultar a atuação destes além do texto da lei. No que concerne ao textualismo, o problema deste, para Ely, seria o de que a linguagem da própria Constituição seria por vezes bastante ambígua, o que obrigaria o intérprete a buscar na história constitucional e no sistema jurídico os instrumentos para a construção de um sentido aceitável, circunstância que muitas impossibilitaria uma interpretação apegada ao texto ou a algum sentido claramente implícito neste.

Os defensores da interpretação livre, assim, teriam uma maior dificuldade de justificar na prática suas concepções. Ely procura demonstrar tal assertiva realizando uma crítica ferrenha da interpretação livre. Para ele, as normas constitucionais cuja interpretação seria mais aberta, por sua natureza, levariam o intérprete a ir além do texto. O problema apareceria a partir do momento em que um juiz adepto da interpretação livre julgasse a partir de valores não extraíveis diretamente do texto constitucional, como os princípios do direito natural, os valores do juiz, a chamada razão comum, etc. Essa prática traria um prejuízo ao Estado democrático, na medida em que as grandes questões seriam julgadas por uma minoria elitista que decidiria de acordo com suas próprias convicções.⁶⁷

Nesse sentido, aduz Ely:

Así, los valores que los jueces probablemente señalarán como fundamentales, en la medida en que tal selección no refleje, sin más, las predisposiciones políticas y éticas de los individuos, parecen bastante perjudicados. Serán, - y no sería razonable esperar otra cosa si la tarea está definida en esos términos – los valores de aquellos a quienes Henry Hart solía llamar, sin ironía, ‘los abogados de primera calidad’. La objeción a la ‘razón’ como fuente de valores fundamentales se formularia entonces mejor en la alternativa siguiente: o bien es una fuente vacía, de la misma manera como los ‘principios neutrales’ resultarían serlo, o bien, si no es vacía, es tan flagrantemente elitista y poco democrática que debiera ser rechazada de inmediato. Nuestra sociedad no adoptó la decisión constitucional de avanzar hasta el sufragio casi universal sólo para contradecirse e imponer los valores de los abogados de primera calidad sobre las decisiones populares.⁶⁸

⁶⁶ ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 22.

⁶⁷ *Ibidem*, p.80-81.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 81. **Tradução livre:** “Assim, os valores que os juízes provavelmente assinalarão como fundamentais, na medida em que tal seleção não reflita nada além das predisposições políticas e éticas dos indivíduos, parecem bastante prejudicados. Serão – e não seria razoável esperar outra coisa se a tarefa for definida nestes termos – os valores daqueles a quem Henry Hart costumava chamar, sem ironia, de “advogados de primeira qualidade”. A objeção à “razão” como fonte de valores fundamentais se formularia melhor na alternativa seguinte: ou bem é uma fonte vazia, da mesma maneira que os “princípios neutros” resultaram sê-lo, ou bem, se não é vazia, é tão flagrantemente elitista e pouco democrática que deveria ser rechaçada de imediato. Nossa sociedade não adotou a decisão de avançar até o sufrágio quase universal apenas para contradizer-se e impor os valores dos advogados de primeira qualidade sobre as decisões populares”.

Ely procura escapar da referida dicotomia. Para ele, a Suprema Corte não deve impor seus valores, sejam estes quais forem, ao interpretar as cláusulas constitucionais de textura aberta, mas a interpretação constitucional tampouco pode ficar à mercê de um método fechado em si mesmo, sem nenhuma espécie de abertura. A solução então seria um meio-termo: a Corte não poderia, assim, atuar de maneira a impedir excessos substanciais do Legislador, mas apenas agir para corrigir as distorções no que se refere a impedimentos ao regular funcionamento da democracia. A jurisdição constitucional atuaria, no dizer do autor, como uma espécie de órgão *antitruste*, e não como um órgão *regulador do mercado político*, intervindo apenas quando tal “mercado” funcionasse mal de uma maneira sistemática, e não determinando resultados substantivos. O autor também faz uma analogia com um árbitro de futebol: este interfere apenas quando uma das equipes obtém uma vantagem injusta, e não quando a equipe “má” marca um gol.⁶⁹

Um autor cujo pensamento se assemelha ao de Ely, mas visto sob uma diferente perspectiva, é Jürgen Habermas. Habermas é um filósofo e sociólogo alemão nascido na cidade de Düsseldorf em 1929. Seus trabalhos versam especialmente sobre o tema da democracia e do Direito nas sociedades contemporâneas. Suas ideias serão utilizadas neste estudo especialmente por conta de seus conceitos de democracia deliberativa e sua relação com a jurisdição constitucional.

Habermas busca promover uma conciliação entre duas concepções bastante tradicionais da filosofia política: a tradição kantiana do constitucionalismo liberal, preocupado com as liberdades individuais e a autonomia privada do cidadão, e a tradição republicana, direcionada à defesa da soberania popular e a autonomia pública do cidadão.⁷⁰ O objetivo é construir um sistema em que a autonomia pública e a autonomia privada se complementem e se possibilitem mutuamente.

Para o autor alemão, existem falhas em ambos os sistemas, entendendo ele que o simples respeito da autonomia privada não consegue assegurar que os processos dentro de uma sociedade serão democráticos, o mesmo podendo ser dito acerca da preocupação unicamente com a autonomia pública. De acordo com Habermas:

As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública no cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a ideia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas na medida em que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis,

⁶⁹ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 129..

⁷⁰ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 136.

compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles.⁷¹

De acordo com Marcos César Botelho,⁷² Habermas faz alusão à ideia manifestada por Kant ao elaborar seu princípio geral do Direito de que uma ação será considerada equitativa quando sua máxima permitir que exista uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada indivíduo com a liberdade de todos, de acordo com a lei geral. De tal maneira, “na ótica habermasiana, a função estabilizadora das expectativas nas sociedades modernas só pode ser exercida pelo Direito enquanto houver a conservação de um nexos interno com a força integradora do agir comunicativo”.⁷³

Assim, ao tentar conjugar o conceito de liberdade dos teóricos antigos da democracia (a autonomia pública proposta pelos republicanos) com o conceito de liberdade dos teóricos modernos (a autonomia privada), Habermas afirma que existe uma relação interna entre a soberania popular e os direitos humanos.

O Direito, então, seria o instrumento adequado a realizar a ligação entre essas concepções diferentes de liberdade, conciliando-as. Importante ainda notar que uma liberdade pública está ligada necessariamente à autonomia privada. Como aduz Botelho, a mera leitura de alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal seria suficiente para que se pudesse observar o acerto dessa constatação. De acordo com o autor, a própria liberdade de consciência e de crença prevista no inciso VI do citado artigo expressa a proteção a direitos de natureza eminentemente pessoal e, portanto, intimamente ligados à autonomia privada do cidadão. Por isso Habermas reafirma a necessidade de relação entre a liberdade de ação individual do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão, de maneira que estas se complementem.⁷⁴

Ainda quanto à relação entre soberania e direitos humanos, entende Habermas que esta não pode ser desigual e muito menos antagônica, mas complementar. Do contrário, haveria o perigo de ocorrer o desvirtuamento de uma construção racional, participativa, de democracia. Assim, a proteção aos direitos humanos possibilitaria a afirmação da soberania popular, e vice-versa.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo, Edições Loyola, 2002, p. 290.

⁷² BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 137.

⁷³ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010 p. 137.

⁷⁴ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 138.

Para Habermas, o princípio da democracia “significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros dos Direito, num processo jurídico de normatização discursiva”.⁷⁵

Nesse sentido, a fim de que o ordenamento jurídico esteja de acordo com os princípios democráticos, se faz necessário que ocorra um processo de deliberação no que se refere às questões mais importantes da sociedade, de maneira a que os cidadãos possam decidir seu próprio caminho. A legitimidade de um tal sistema político, na concepção habermasiana:

está fundamentada não pelo fato de que uma maioria da população decide e crê que assim o seja, mas porque subjazem à legitimidade argumentos significativos, fazendo surgir uma legitimidade fundamentada em consensos construídos mediante um diálogo ativo e um debate no espaço público.⁷⁶

Para Habermas, a existência da própria democracia pressupõe que sejam disponibilizados aos cidadãos iguais direitos de comunicação. A autonomia política proposta por Habermas parece afastar qualquer possibilidade de de autolegitimação de qualquer órgão ou instituição política.⁷⁷ De tal maneira, o próprio Judiciário não poderia legitimar isoladamente sua atuação, o mesmo valendo no que se refere ao Executivo e ao Legislativo.

Assim, de acordo com Botelho⁷⁸, para Habermas, o objetivo do Tribunal Constitucional seria tutelar o procedimento democrático e a forma deliberativa pela qual se formariam a opinião e a vontade. Seria tarefa da Corte possibilitar a abertura de tais procedimentos a todos os interessados, permitindo o acesso à práxis deliberativa, por meio da conciliação da defesa dos direitos humanos com a soberania popular. A Corte não pode substituir os cidadãos nessa deliberação, mas deve, ao contrário, possibilitar a participação de todos.

Diante de todo o exposto, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, para Jürgen Habermas, residiria na abertura de espaços no tribunal à deliberação pública, permitindo a participação dos interessados no processo de tomada de decisões públicas, compensando a linguagem vaga e técnica inerente à atividade jurídica através de procedimentos democráticos de discussão.⁷⁹ Assentada a atividade do Tribunal Constitucional sobre tais bases, o fato de a escolha dos membros do tribunal não ser realizada através do voto

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade, vol. 1.** Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 145.

⁷⁶ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas.** São Paulo, Saraiva, 2010. P. 134.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 130-131.

⁷⁸ *Ibidem*. P. 167.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 170.

popular não constituiria obstáculo à legitimidade democrática da atividade da Corte, posto que os processos de decisão dentro do órgão respeitariam a soberania popular.

A deliberação só poderia ser limitada caso essa limitação fosse realizada a fim de garantir a continuidade e a integridade da própria deliberação. Assim, Habermas elenca uma série de direitos fundamentais que devem ser protegidos a fim de permitir a continuidade da democracia deliberativa:

1. “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.
2. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de membro numa associação voluntária de parceiros de direito;
3. Direitos fundamentais que resultem imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;
4. Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo;
5. Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de 1 até 4.”⁸⁰

Se a deliberação majoritária violar esses direitos, então o Judiciário pode intervir para preservá-los através do controle jurisdicional de constitucionalidade. Atuando de tal maneira, a Suprema Corte não estaria restringindo o poder de decisão dos cidadãos, mas apenas preservando os direitos fundamentais violados em determinada decisão, de maneira a assegurar a continuidade da participação de todos no processo deliberativo democrático. Nesse sentido, aduz Habermas:

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu atavismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de democracia deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da Constituição – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa idealização, por sua vez, provém de um *estritamente ético de discursos políticos*, não estando ligada necessariamente ao conceito de política deliberativa. Ela não é convincente sob

⁸⁰HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade, vol. 1.** Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 159.

pontos de vista da lógica da argumentação, nem exigida para a defesa de um princípio intersubjetivista.⁸¹

Apesar de haver elaborado uma sofisticada teoria acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, Habermas não escapa das críticas formuladas pelos próprios defensores do controle jurisdicional da constitucionalidade. É o caso de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, que aduzem que a teoria de Habermas

(...) não parece suficiente para assegurar garantia robusta a direitos fundamentais extremamente importantes, que não sejam diretamente ligados à deliberação democrática, como a privacidade ou o direito à saúde. Direitos fundamentais básicos, que representam imperativos éticos importantes, mais (*sic*) que não figurem como condições de funcionamento da democracia, ficam mais expostos à vontade das maiorias de ocasião.⁸²

Os autores retromencionados também apontam outro problema para a concepção de Habermas, que seria a impossibilidade de escolher um modelo fixo de democracia, diante da pluralidade de concepções acerca desse conceito. E, no caso brasileiro, a adoção do procedimentalismo de Habermas resultaria em um paradoxo: uma das ideias centrais do autor alemão é justamente a limitação do ativismo judicial em nome da democracia. No entanto, sendo a Constituição de 1988 profundamente substantiva, os juízes constitucionais, a fim de abraçarem a teoria habermasiana, teriam que passar por cima da teoria substantiva adotada pelo próprio constituinte.⁸³

2.4 O substancialismo: a democracia constitucional de Dworkin e o pensamento de Luís Roberto Barroso

Conforme dito anteriormente, o substancialismo designa uma corrente do pensamento constitucionalista que se caracteriza por atribuir à jurisdição constitucional um papel mais ativo nas decisões que a ela são apresentadas. Nesse sentido, um juiz constitucional estaria autorizado a agir além do texto da norma, de maneira a buscar a concretização dos mandamentos constitucionais, especialmente os que se referem à proteção dos direitos

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade, vol. 1.** Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997 p. 346-347.

⁸² SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo.** In: **Jurisdição constitucional e política.** SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015. Pp. 94-95.

⁸³ SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo.** In: **Jurisdição constitucional e política.** SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 95.

fundamentais dos indivíduos. Conforme o magistério de Lênio Streck⁸⁴, os substancialistas entendem que, além de promover a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes, o Judiciário teria o papel de colocar em evidência, ainda que contra maiorias eventuais, a vontade implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.

Serão analisadas neste tópico as ideias de dois autores que podem ser considerados adeptos do substancialismo: o americano Ronald Dworkin, por ser a maior referência desta corrente de pensamento, e o brasileiro Luís Roberto Barroso, por ser o brasileiro que mais bem sistematizou o estudo acerca do tema.

Ronald Dworkin, antigo professor da Escola de Direito de Nova Iorque, falecido em 2013, foi um dos autores que mais se dedicaram ao tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Ele questiona a afirmativa de que a jurisdição constitucional não teria legitimidade democrática para decidir determinadas questões, devendo estas ser resolvidas por órgãos políticos. Para Dworkin⁸⁵, essa ideia não se sustenta pelo fato de que é errônea a noção de que somente o Legislativo é responsável politicamente. Tal argumento pressupõe que o Legislativo, por ser um poder eleito democraticamente, teria melhores condições de decidir as grandes questões. Essa conclusão é bastante perigosa, posto que passaria a permitir que uma maioria julgasse em causa própria, em detrimento dos direitos das minorias, que veriam seu poder de decisão totalmente excluído nesse processo.

Nesse sentido, Dworkin faz uma crítica aos defensores inflexíveis do princípio majoritário como princípio maior da democracia. Uma das objeções que faz o autor é que mesmo autores que exaltam o princípio majoritário como princípio maior da democracia admitem que existem casos nos quais essa vontade não pode prevalecer, sob pena de violar direitos individuais ou de minorias. Assim, discorrem Katya Kozicky e Estefânia Maria de Queiroz Barbosa:

A primeira idéia que vem à baila quando se fala em democracia é a de governo da maioria. Não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental no sistema da democracia representativa, o mesmo não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura a igualdade política. Ou seja, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores e não necessariamente o bem-comum ou o interesse de todos, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos.⁸⁶

⁸⁴ STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 163-164.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 221.

⁸⁶ KOZICKY, Katya. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional Brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**. In: Revista Sequência. Florianópolis, UFSC, 2008, p. 152.

Assim, para Dworkin, democracia pressupõe respeito e proteção aos direitos fundamentais, e não apenas decisões majoritárias. Os juízes, pelo fato de não serem eleitos, teriam melhores condições de decidir respeitando os direitos das minorias, pois não seriam eleitos. A jurisdição, de tal maneira, poderia atuar sempre que fosse necessário para defender os direitos individuais e de minorias contra a tirania de uma maioria eventual.

A atuação do juiz constitucional, no entanto, não é atividade das mais fáceis. O juiz também possui responsabilidade política por suas decisões. Por isso, Dworkin trabalha com vistas a estabelecer parâmetros para essa atuação. A esse respeito, ele enuncia a teoria do direito como integridade.

A teoria da integridade, de uma maneira geral, seria uma espécie de terceira virtude política, situando-se ao lado da justiça e da equidade, podendo ser definida como um compromisso prestado pelo governo de agir de maneira coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um destes os padrões de justiça e equidade.

Mais à frente, respondendo a seu próprio questionamento sobre se a integridade é atraente, Dworkin afirma que a comunidade que aceita a integridade como virtude política se transforma em um tipo especial de comunidade, especial em um sentido que promoveria sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva.⁸⁷ A integridade também contribuiria para a eficiência do Direito. A esse respeito discorre o autor:

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria.⁸⁸

A integridade, assim, promoveria a união moral dos cidadãos. O governo baseado em princípios, com regras forjadas com fundamento nestes, seria bem mais viável que um governo com regras fechadas, ditadas pelo grupo que à época estivesse no Poder.

Quanto à aplicação da teoria da integridade ao tema de que aqui tratamos, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e a atividade dos juízes constitucionais, Dworkin afirma que uma visão do Direito como integridade nega que as manifestações deste sejam meros relatos de fato do convencionalismo jurídico, ou seja, que a atividade de aplicação do Direito seja uma deferência às convenções, ao passado, às concepções anteriores. Da mesma maneira, o Direito como integridade rejeita a visão de que este seja mero

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 228.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 229.

instrumento do pragmatismo jurídico, voltado unicamente para o futuro. De acordo com a visão abraçada pelo autor, as afirmações jurídicas seriam exercícios de interpretação que combinariam elementos voltados tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a prática jurídica como um processo em desenvolvimento. Seria inútil, assim, questionar se os juízes descobrem ou inventam o Direito; o raciocínio jurídico só poderia ser entendido tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e ao mesmo tempo nenhuma delas.⁸⁹

Dworkin compara a construção da prática jurídica à elaboração de um romance. O papel dos juízes, nesse caso, seria tanto o de autores como o de críticos do trabalho. Sendo este um romance em cadeia, se faz necessário que cada romancista elabore um único romance a partir do material que recebeu, dos elementos que ele mesmo acrescentou e daquilo que os seus sucessores poderão acrescentar. O juiz, então, deve ter uma visão de conjunto.⁹⁰

Diante das dificuldades que estariam relacionadas à responsabilidade de aplicar o Direito conforme a teoria da integridade, Dworkin se utiliza da famosa figura do então chamado juiz Hércules: um juiz que aceita o direito como integridade, sendo dotado de paciência e capacidade sobre-humanas.⁹¹ Fugiria ao objeto do presente trabalho analisar o caso que Dworkin coloca para o julgamento do juiz Hércules, no entanto, é necessário que seja dito que esse perfil de juiz, paciente, de grande capacidade, seria decorrência da aplicação do Direito como integridade. O juiz deve estar comprometido com os princípios que são importantes para a comunidade. Dworkin recorre à figura do juiz Hércules não para dizer que é impossível a um magistrado atuar de maneira justa em uma sociedade complexa, mas para ressaltar a importância de sua atuação e a responsabilidade que este tem perante a sociedade.

O juiz, assim, decidindo com base nos princípios fundadores da própria sociedade, não estaria atuando de maneira ilegítima. Dworkin, de acordo com Rafael Simioni, responde a questão que aqui foi colocada sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional da seguinte maneira:

Desse modo, com base em princípios de moralidade política, o problema da legitimidade democrática de uma decisão jurídica fica resolvido, já que os juízes que decidem com base em princípios não precisam ser eleitos democraticamente, como se fossem tomar decisões sobre objetivos políticos. A decisão jurídica é política, mas não no sentido de substituir o governo ou o legislador. A decisão jurídica é política no sentido de ela ultrapassar o texto escrito das leis para encontrar em princípios de moral política a interpretação adequada e justificada da resposta do direito para os casos.⁹²

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 271.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 275-277.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 287.

⁹² SIMIONI, Rafael. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais**. São Paulo, Revista de Direito Mackenzie, Vol. 5, n. 1, 2011, p. 216.

Luís Roberto Barroso, um dos mais novos ministros do Supremo Tribunal Federal, é um dos maiores constitucionalistas de nosso país, e suas reflexões concernentes ao tema que é aqui tratado são de especial importância para que se chegue a uma compreensão da justificativa democrática da jurisdição constitucional. Barroso tratou o tema exaustivamente em uma série de artigos, nos quais fala sobre temas como ativismo judicial, judicialização da vida e interpretação jurídica no mundo pós-moderno.

Discorrendo acerca do que afirma ser a chamada “discrecionabilidade judicial”⁹³, Barroso afirma que não há problema na utilização do termo para se referir a uma postura mais ativa do julgador, desde que se compreenda o real sentido da expressão.⁹⁴

Assim, a discrecionabilidade judicial estaria inserida em um novo cenário de interpretação jurídica, cenário este no qual haveria a superação da crença na figura de um juiz cuja atividade se resumiria a uma mecânica subsunção do fato à norma, que é a ideia abraçada pelo pensamento jurídico clássico. Na época de hoje, a interpretação jurídica atribuí ao juiz, principalmente ao juiz constitucional, um papel muito mais proativo. A discrecionabilidade judicial significa que o juiz não é meramente boca da lei, realizando apenas interpretações formais. Existe subjetividade em sua atuação. Essa subjetividade, no entanto, não decorre de sua própria vontade política, mas da compreensão dos institutos jurídicos e da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

Assim, apesar de à atuação do juiz ser conferida determinada margem de liberdade, esta fica condicionada aos limites do próprio ordenamento jurídico. O julgador, nesse sentido, pode decidir baseado em valores, mas valores que encontram guarida na própria Constituição. Agindo de tal maneira, o magistrado não estaria impondo suas concepções, mas buscando a solução mais adequada ao caso concreto tomando como base os valores que nortearam a elaboração da Constituição.

A maior contribuição de Luís Roberto Barroso, no entanto, está relacionada à justificativa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. A respeito da crítica relacionada à pouca legitimidade democrática dos juízes, retomam-se os questionamentos feitos anteriormente: como poderia a vontade de agentes não-eleitos do Poder estatal sobrepor-se à vontade daqueles agentes eleitos pelo povo, que em tese representariam a

⁹³ De acordo com Barroso, um dos mais importantes estudos acerca desse termo foi elaborado pelo ex-presidente da Suprema Corte de Israel, Aharon Barak, em um texto intitulado “*Judicial discretion*”, escrito em 1989.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 14.

vontade popular? Afirma Barroso que a esse respeito existem duas justificativas, uma de natureza normativa e outra de natureza filosófica. Quanto à primeira, leciona:

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de poderes, deve ser vista com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do direito.⁹⁵

Assim, uma das justificativas à supremacia do Tribunal Constitucional, no caso brasileiro, seria a própria atribuição que a Constituição Federal de 1988 confere a este de sobrepor suas decisões às de outros Poderes, em nome da proteção da própria Carta Magna. Esta, na primeira parte do *caput* de seu art. 102, diz que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”⁹⁶. Tal determinação deixaria clara a atribuição importantíssima da qual dispõe o Supremo. Não à toa, disse o Ilustre Ministro Celso de Mello que a defesa da Constituição representa o encargo mais relevante de nossa Suprema Corte.⁹⁷

A outra justificativa citada por Barroso seria de natureza filosófica. Assim, discorre o autor:

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de entender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro, Revista [Syn]thesys, Vol. 5, N. 1, 2012, p. 28.

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 2010/MC**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-09-1999, Plenário, DJ de 12-04-2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal.⁹⁸

Dessa maneira, cabendo à Suprema Corte esse papel de intérprete final da Constituição, seria obrigação desta a defesa das minorias contra uma famigerada tirania da maioria. Estando estabelecidas constitucionalmente as regras para a dinâmica democrática e designado um órgão estatal para assegurar o cumprimento dessas regras, caberia a todo cidadão seguir tais ordenamentos, não podendo estes serem flexibilizados pela mera vontade de uma maioria circunstancial.

Tal circunstância, por óbvio, também não pode fazer sumir o espaço da política majoritária⁹⁹. A atuação do Judiciário não pode restringir em demasia o espaço do Legislativo nem do Executivo, impossibilitando o trabalho destes. Desde que cumpridos os mandamentos constitucionais, assegurados os valores expressos na Constituição, devem as leis, elaboradas pelo Parlamento e com sanção presidencial, exprimir as escolhas realizadas pelos cidadãos de determinada sociedade. Nas palavras literais do professor Barroso¹⁰⁰: “Com exceção do que seja essencial para preservar a vida e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos”. Também nesse sentido, são imprescindíveis as palavras de Eduardo Mendonça:

(...) é impensável que a jurisdição tome para si, de forma abrangente, a função de decidir a multiplicidade de questões políticas que se apresentam no dia a dia de um país. A utilidade peculiar desse mecanismo está associada, necessariamente, a uma forma de complemento à atuação dos órgãos eletivos. Até porque, transformado em governo, um tribunal logo estaria enredado nos mesmos problemas e dificuldades da política majoritária. É o desenho institucional que permite a jurisdição funcionar como um canal diferenciado para certas discussões de princípio – não a suposição de que os juízes sejam feitos de algum outro tipo de matéria diferente dos demais mortais.¹⁰¹

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro, Revista [Syn]thesis, Vol. 5, N. 1, 2012, p. 28.

⁹⁹ *Ibidem*, p.31.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro, Revista [Syn]thesis, Vol. 5, N. 1, 2012, p.28.

¹⁰¹ MENDONÇA, Eduardo. **A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático**. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 139.

Capítulo 3

A atuação do Supremo Tribunal Federal

3.1 Apresentação

Neste capítulo, é empreendida uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal em três julgados, levando em consideração o que foi estudado nos últimos dois capítulos. Avaliar-se-á em que medida a atuação do Supremo foi importante para a defesa de direitos fundamentais e para a manutenção da ordem democrática e do Estado constitucional. Os critérios que determinaram a escolha dos julgados foram a pertinência destes com o tema da contramajoritriedade do Judiciário. Neles, o STF atuou de maneira a suprir lacunas deixadas ora por atuação negligente ou por total inércia por parte do Legislativo.

3.2 O caso da união estável homoafetiva

Um caso emblemático decidido pelo STF e que deve figurar em qualquer estudo que diga respeito à atuação da Corte é o referente à decisão sobre a união estável homoafetiva, no qual o Supremo atuou diante de uma lacuna normativa. Passemos ao caso.

Em 2007, alguns procuradores de Estados da Federação, diante da dificuldade de vários casais homoafetivos em verem reconhecidas suas uniões, solicitaram ao Procurador-Geral da República, à época o jurista Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, a propositura de uma ação constitucional que tivesse como objeto o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas; pretendia-se obter a declaração da equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas. O art. 1.723 do Código Civil de 2002, ao dispor sobre a união estável, diz que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Da leitura do texto podem pairar dúvidas acerca desse reconhecimento da união estável homoafetiva. O Código Civil seguiu a redação do § 3º do art. 226 da Constituição de 1988, que diz: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (...)”. Dessa maneira, e com base em uma interpretação restritiva do texto constitucional e da referida norma civilista, diversos julgados haviam negado reconhecimento jurídico a uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, como nos seguintes exemplos:

Ação declaratória. Busca de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. **Nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende a união entre pessoas do mesmo sexo.** Não demonstrado o esforço comum, também não há que se falar em divisão de patrimônio ou de habilitação no inventário de um dos companheiros, falecido. Precedentes. Desprovimento do recurso (grifo nosso).¹⁰²

A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. **A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável,** mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações (...).¹⁰³

O Procurador-Geral, no entanto, terminou optando por não oferecer a ação. O professor Luís Roberto Barroso, inclusive, havia elaborado um estudo a respeito do reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, no qual enfrentou as questões relativas à ausência de regra específica sobre o assunto.¹⁰⁴ Referido estudo foi transformado em um excelente artigo que seria publicado naquele mesmo ano de 2007.

Posteriormente, o Governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que havia sido informado do estudo elaborado por Barroso, manifestou interesse em propor a ação perante o STF. Para tanto, o governador solicitou, por meio da Procuradora-Geral do Estado, que Luís Roberto Barroso adaptasse seu texto, de maneira a utilizá-lo como base para a propositura da ação.¹⁰⁵ Houve alguma deliberação acerca de qual deveria ser a ação mais adequada a ser proposta. Tendo o governador de estado a chamada legitimação especial para propor a ação direta de inconstitucionalidade, este tem a necessidade de demonstrar a repercussão do tema no âmbito do Estado (pertinência temática) ao contrário do Procurador-Geral da República, que tem legitimação universal. Assim, buscou-se questionar disposições do Estatuto dos servidores civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei estadual 220/75) a respeito do direito do servidor de obter uma licença em caso de doença de pessoa da família ou para acompanhar um cônjuge que estivesse a trabalho. A justificativa da atuação do governador do estado do Rio de Janeiro seria discutir se os parceiros nas uniões estáveis homoafetivas estariam incluídos no conceito de cônjuge ou de pessoa da família. Como o dispositivo questionado era anterior à Constituição de 1988, o que, a princípio, afastava a possibilidade de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, optou-se pela proposição de uma

¹⁰² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. AC 2005.001.28033.

¹⁰³ STJ, REsp. n. 502.995/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 26-4-2005, DJU 16-5-2005, p. 353.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Salvador, Revista Diálogo Jurídico, N° 16, 2007, p. 2.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, pp. 421-422.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com um pedido alternativo de recebimento como ADIN, tendo como pedido, nesse segundo caso, a interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil, que disciplina as uniões estáveis. A ação foi ajuizada em fevereiro de 2008, tendo sido recebida como ADPF 132, tendo indicado como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade, o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da segurança jurídica.¹⁰⁶

Antes do julgamento da ação, a Procuradora-Geral da República, Déborah Duprat, em exercício interino, resolveu propor também uma ação com o mesmo pedido, sob a alegação de que a ADPF proposta pelo Governador do RJ só valeria no âmbito daquele estado. A ação proposta pela Procuradora-Geral foi recebida como ADIN 142, tendo seu julgamento em conjunto com a ADPF 132 sido realizado em 2011.

Em relação a um dos direitos fundamentais discutidos no caso, mais especificamente o direito à liberdade, discorre Luís Roberto Barroso:

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.¹⁰⁷

No julgamento, realizado entre os dias 4 e 5 de maio daquele ano, os ministros, por unanimidade, declararam a procedência dos pedidos de ambas as ações. Decidiu-se que a norma constitucional que dispunha sobre a união estável não afastava o reconhecimento das uniões estáveis homossexuais, e portanto o art. 1723 não poderia ser contrário a tal entendimento, sob pena de violar princípios como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. De tal maneira, foi conferida interpretação conforme à Constituição à norma do Código Civil, de forma a excluir qualquer interpretação que impedisse o reconhecimento das uniões entre companheiros do mesmo sexo como entidade familiar nos mesmos termos da união estável heteroafetiva. Por consequência, os dispositivos da norma fluminense também seriam interpretados conforme a Constituição.

¹⁰⁶BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, pp. 422-423.

¹⁰⁷*Ibidem*, p. 434-435.

Um dos votos mais memoráveis foi o elaborado pelo Relator, o então Ministro Carlos Ayres Britto, que, em um de seus trechos, afirmou:

assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis.¹⁰⁸

Este julgamento foi um dos maiores exemplos da importância da atuação do STF na defesa de direitos fundamentais frente à inércia do Legislativo. E essa importância se afigura ainda mais evidente se olharmos para as sucessivas violações aos direitos dos homossexuais que continuam a ocorrer diariamente. Nesse sentido, o próprio Legislativo atua muitas vezes para restringir alguns direitos dos homossexuais. Como exemplos, tramitam, no Congresso Nacional, vários projetos que buscam vedar determinados direitos aos homossexuais, como, por exemplo, o PL 7.018/2010, que veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo, o PL 4.508/2008, de mesmo objetivo, e o PL 6.583/2013, o chamado “estatuto da família”, que busca redefinir o conceito de entidade familiar, objetivando claramente excluir as uniões homoafetivas desse conceito, indo contra a própria decisão do STF. Assim diz o art. 2º deste último projeto: “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre **um homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.¹⁰⁹

Essa insistência do Legislativo em desprezar os direitos dos homossexuais também ilustra o caráter contramajoritário da decisão do STF. A união estável homoafetiva continua enfrentando grande oposição por diversos setores da sociedade. Importante ainda ressaltar, a respeito das interpretações da referida norma constitucional que a entendem como uma proibição do reconhecimento da união estável homoafetiva, o que diz Antônio Moreira Maués:

¹⁰⁸ BRITTO, Carlos Ayres. **Voto na ADIN 4277**, Brasília, 2012, STF, p. 27-28. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adi4277.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

¹⁰⁹BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.583/2013**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

Assim, para sustentar a interpretação de que a Constituição veda o reconhecimento da união homoafetiva, seria necessário encontrar algum princípio constitucional que, na ausência de norma proibitiva expressa, justificasse essa forma de discriminação, ou seja, que a negação desse direito aos homossexuais representasse a interpretação mais coerente do texto constitucional. Tal princípio inexistente na Constituição de 1988, uma vez que as disposições sobre o direito à igualdade foram nela inscritas de maneira ampla, ou seja, além das situações particulares de discriminação baseadas em preconceito que o texto constitucional expressamente rejeita, outras formas de discriminação também estão vedadas, cabendo ao intérprete identificá-las para fazer valer a Constituição. Essa interpretação também é mais coerente com a maneira aberta pela qual a Constituição consagra os direitos fundamentais, reconhecendo que aqueles que estão expressos no texto constitucional “não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (art. 5º, § 2º).¹¹⁰

3.3 A questão dos fetos anencefálicos

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 foi outro *hard case* julgado pelo STF. A questão dizia respeito à possibilidade de aborto de fetos portadores de anencefalia. A ação surgiu diante dos problemas que diversas gestantes tiveram para obter autorizações judiciais para antecipações de partos dos fetos que tivessem essa anomalia. As gestantes esbarravam na ausência de previsão legal a autorizar a prática de aborto em tais circunstâncias. Um caso emblemático foi o de Gabriela de Oliveira Cordeiro, que, depois de percorrer todas as instâncias do Judiciário sem obter êxito, conseguiu levar seu caso ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, antes do julgamento, a gravidez ocorreu, tendo o feto anencefálico morrido sete minutos após o parto.¹¹¹

Assim, representantes de associações defensoras dos direitos das mulheres, como a ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero) e o Instituto Fernandes Figueira (centro de referência materno-infantil da Fiocruz), se uniram para encontrar uma solução para a questão através do STF.¹¹² As decisões que haviam sido obtidas até o momento muitas vezes eram desencontradas, e as gestantes ficavam a depender das convicções religiosas dos juízes.

Como as referidas organizações não dispunham de legitimidade para propor ações perante o STF, elas firmaram uma parceria com outra entidade interessada: a Confederação

¹¹⁰ MAUÉS, Antonio Moreira. **Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade**. Florianópolis, Revista Sequência (UFSC), 2015, p. 148-149.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 332.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 331.

Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que, de acordo com o disposto na Constituição, possui a referida legitimidade.¹¹³

Luís Roberto Barroso, que atuou como advogado da CNTS na ADPF 54, assim discorre sobre o conceito de anencefalia:

A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.¹¹⁴

Assim, a circunstância de o feto portador dessa anomalia não ter chance de sobreviver, somada ao fato de que não apresenta qualquer sinal de consciência, de sentimento ou capacidade de comunicação, termina por causar um grande sofrimento às gestantes, que sofreriam o pesadelo de carregar em seu ventre durante 9 meses um ser que não teria qualquer chance de crescer, ser cuidado e amado por ela. Mais uma vez citando Barroso, “ao final de tudo, não haverá um berço, mas um pequeno caixão”.¹¹⁵

A escolha da ADPF e não da ADI como instrumento para veicular o pedido se deu porque esta última não se encaixava perfeitamente à pretensão formulada. Não havia, em tese, dispositivo legal a ser declarado inconstitucional, mas apenas uma dada interpretação dele. Por via das dúvidas, no entanto, a CNTS apresentou um pedido alternativo de recebimento da petição como ADIN.

Na ADPF, foram apontados como preceitos fundamentais violados o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, além do direito à saúde, e, como ato do poder público violador de tais preceitos, as normas do Código Penal Brasileiro que dispõem acerca do aborto.¹¹⁶

¹¹³ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 103, IX: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade: (...) IX – Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 335.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 340.

¹¹⁶ Os artigos aos quais se refere são os seguintes:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

As referidas normas não contemplavam, de maneira expressa, a possibilidade de aborto de feto anencéfalo, o que causava a frustração de muitas mulheres cujas gestações eram assim diagnosticadas.

Pedi-se, de tal maneira, que tais artigos do Código Penal fossem interpretados conforme a Constituição, a fim de que às gestantes de fetos portadores de anencefalia fosse dado o direito de antecipar o parto, caso assim fosse seu desejo. Afirmou-se que, no caso do feto anencefálico, não há uma vida viável em formação, e, como o sujeito passivo de aborto só pode ser o feto com potencialidade de vir a ser uma pessoa, não se justifica a reprimenda penal no caso de aborto de fetos portadores da citada anomalia.¹¹⁷

Ainda se argumentou, citando dados da Sociedade Brasileira Para o Progresso da Ciência, que a quase totalidade dos países envolvidos em uma pesquisa a respeito permite a interrupção da gestação em caso de anencefalia. Portugal, Espanha, Itália, Canadá, China, Estados Unidos, Rússia, Israel e mesmo a vizinha Argentina autorizariam a interrupção.¹¹⁸

Em julho de 2004, antes do recesso do Judiciário, o Ministro Marco Aurélio Mello, em substituição ao colegiado, concedeu uma liminar para reconhecer às gestantes o direito ao aborto de fetos anencefálicos, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não julgados sobre a matéria. No retorno do recesso, foram realizados esforços para colocar a ADPF em votação. Ao invés de ser submetida a liminar à ratificação do Plenário, o processo foi encaminhado diretamente ao Procurador-Geral da República para que este emitisse seu parecer sobre a matéria.¹¹⁹

No dia 18 de agosto de 2004, o Procurador-Geral da época, Cláudio Fonteles, emitiu parecer contrário à admissão da ADPF, justificando-se mediante a argumentação de que o Supremo não poderia atuar como legislador positivo, suprindo uma norma que não havia sido criada pelo Legislador. Também afirmou o Procurador-Geral ser a favor do “direito à vida”,

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹¹⁷ BRASIL. ADPF 54. Brasília, STF, P. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>>. Acesso em 01 de janeiro de 2016.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 341.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 354.

não aceitando a ampliação do direito ao aborto. Em decorrência disso, foi marcada uma sessão mediante a qual o STF deliberaria sobre a Questão de Ordem suscitada (cabimento ou não da ADPF). O julgamento sobre a questão de ordem foi concluído em abril de 2005, tendo o Supremo, por 7 votos a 4, entendido admissível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹²⁰

Após mais algum tempo de tramitação de processo, em 2008, foi realizada uma audiência pública em quatro sessões, o que permitiu a manifestação de representantes de diversos setores da sociedade, como entidades médicas, religiosas, científicas, sociais, além de Ministros de estado.

Antes mesmo do julgamento, autores já procuravam realçar a importância da atuação do STF no caso e criticavam a falta de ação do Congresso Nacional, como fizeram, em 2008, Débora Diniz e Ana Cristina González Vélez:

No Brasil, o Congresso Nacional é considerado a expressão da democracia representativa, sendo a ideia de representação entendida no sentido estreito de cacofonia moral e não como a promoção de interesses defensáveis para a vida pública de um Estado laico a partir de uma pluralidade de argumentos. É nesse contexto de pouca cultura e tradição democrática que a Suprema Corte assume um papel ainda mais preponderante para garantir não apenas a secularização do Estado, mas principalmente que o confronto argumentativo dar-se-á em bases defensáveis e fundamentado na razão pública laica.¹²¹

O julgamento final ocorreu entre os dias 12 e 13 de abril de 2012, tendo o Supremo decidido, por maioria, pela procedência do pedido formulado, sendo dissidentes apenas os ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. O Ministro Lewandowski, adotando uma postura restritiva em seu voto, julgou improcedente a ação com fundamento na ideia de que, caso fosse julgada procedente a ação, a Suprema Corte estaria elaborando uma norma abstrata, no caso, uma causa de exclusão de ilicitude, o que significaria uma invasão, por parte do Judiciário, das atribuições do Legislativo.¹²² Acerca da técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição, o Ministro afirmou que esta deve ser utilizada com “cerimoniosa parcimônia”, não podendo ser utilizada para contrariar a vontade manifesta do legislador ou substituí-lo.¹²³ Ademais, diz Lewandowski:

não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não

¹²⁰BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 355.

¹²¹ DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina González. **Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil**. Florianópolis, Estudos feministas, 2008, p. 649.

¹²² LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto na ADPF 54**. Brasília, STF, p. 23. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>. Acesso em 8 de fevereiro de 2016.

¹²³ *Ibidem*, p.13.

é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.¹²⁴

O Relator, Ministro Marco Aurélio, por sua vez, votou com a maioria, manifestando-se pela procedência do pedido da ADPF em julgamento. Em seu voto, que se destacou entre os demais, afirmou:

Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade da vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferam interromper a gravidez para pôr fim, ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento¹²⁵.

Entendeu o referido ministro, assim, que não havia usurpação da função legislativa, por parte do STF, caso fosse realizada a interpretação conforme à Constituição, afinal, no caso tratado, acerca da interrupção da gestação em caso de anencefalia, não haveria uma exceção à proteção da vida humana. Como afirma o Ministro em outro trecho do voto:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa (...), o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.¹²⁶

Os demais ministros que formaram a maioria, com pequenas variações, reforçaram a mesma tese do Relator. Destaque-se ainda a fala do Ministro Celso de Mello, quando este diz que o julgamento estava revestido de grande importância histórica, visto que demonstrava a força do Estado laico, que poderia conferir dignidade às experiências da vida e aos temas relacionados à morte, não permitindo que as decisões acerca de direitos fundamentais ficassem na dependência de concepções religiosas.¹²⁷

Assim, o STF, tal como havia feito no caso da união estável homoafetiva, atuou diante da inércia do legislador, realizando uma interpretação conforme à Constituição de um dispositivo legal, de maneira a impedir qualquer interpretação da norma que terminasse por negar direitos que a própria Constituição conferiu.

¹²⁴ *Ibidem*, p.13.

¹²⁵ MELLO, Marco Aurélio. **Voto na ADPF 54**. Brasília, STF, p. 76-77. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

¹²⁶ MELLO, Marco Aurélio. **Voto na ADPF 54**. Brasília, STF, p. 76-77. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2015, pp. 60-61.

¹²⁷ FILHO, José Celso de Mello. **Voto na ADPF 54**. Brasília, STF, p. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54votoCM.pdf>. Acesso em 08 de fevereiro de 2016.

3.4 O direito de greve dos servidores públicos

O direito de greve é um dos principais direitos sociais previstos em nossa Constituição Federal. De acordo com o art. 9º da Carta Magna: “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”¹²⁸.

A greve pode ser conceituada como uma suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador¹²⁹. De tal maneira, é necessário que a greve seja uma manifestação coletiva do grupo de empregados, e não individual. Pode não afetar toda a categoria profissional ou nem todos os funcionários da empresa, hipótese em que será parcial.¹³⁰

O diploma normativo que dispõe acerca do direito de greve é a lei 7.783/1989. Esta, no entanto, foi elaborada especificamente para dispor acerca do direito de greve dos empregados em empresas privadas, não se aplicando, *a priori*, aos servidores públicos.

Uma das normas de eficácia limitada da atual Constituição, ou seja, uma das normas que dependem de elaboração de uma lei infraconstitucional para possuir eficácia, é justamente a que diz respeito ao direito de greve dos funcionários públicos. Ele está insculpido no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

No entanto, apesar da previsão constitucional, a referida lei ainda não foi elaborada, o que terminava por prejudicar o direito de greve dos servidores públicos. Por esse motivo, foram ajuizados três mandados de injunção perante o STF: o Mandado de Injunção 670, proposto pelo Sindicato dos Policiais Civis do Espírito Santo (Sindpol), o MI 708, do Sindicato dos trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e o MI 712, ajuizado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará.

O Mandado de Injunção, figura da qual fizeram uso os sindicatos autores das ações, está previsto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição, sendo cabível sempre que a ausência

¹²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

¹²⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei **7783/1989**, art. 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

¹³⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 1368.

de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Por “norma regulamentadora” entende-se, de acordo com José Afonso da Silva, “toda ‘medida para tornar efetiva norma constitucional’, bem diz o art. 103, §2º. Nesses casos, a elaboração da norma fica dependente da elaboração da lei ou de outra norma regulamentadora”.¹³¹

Vale ressaltar ainda que, de acordo com o autor retromencionado, o objetivo do Mandado de Injunção é concretizar em favor do impetrante o o direito, liberdade ou prerrogativa que a ele é negado em virtude da falta da norma regulamentadora, e não obter a elaboração da própria norma.¹³²

De acordo com Gilmar Mendes e Paulo G. Gonet Branco¹³³, a questão da greve dos servidores públicos já havia sido discutida pelo STF no Mandado de Injunção n. 20, de 1996, momento no qual foi criado precedente no sentido de que tal direito não poderia ser exercido até que fosse elaborada a lei complementar prevista. Os ministros, à época, justificaram tal preceito afirmando que o direito de greve seria norma de natureza limitada, não possuindo autoaplicabilidade. O mesmo entendimento foi seguido nas decisões sobre os MI 485/2002 e 585/2002. Assim, sempre que a Suprema Corte havia se pronunciado acerca da matéria, havia reconhecido a necessidade da edição da norma constitucional.

No julgamento conjunto dos MI's, realizado em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que, diante da inércia do Legislativo em elaborar a norma regulamentadora do inciso VII do art. 37 da CF, e até que esta seja criada, deve-se aplicar aos servidores públicos, no que forem compatíveis, as disposições da lei de greve do serviço privado que foi citada anteriormente, a lei 7.783/1989, sob pena de que a esses servidores seja negado um direito que a própria Constituição Federal lhes conferiu. Os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio Mello, diante da natureza da lei criada para o setor privado, estabeleceram algumas condições para a aplicação desta às greves dos servidores públicos, divergindo parcialmente dos demais ministros.

De acordo com o Ministro Lewandowski, a aplicação pura, sem ressalvas, da lei reguladora da greve no setor privado às greves do setor público seria inadequada, posto que alguns dispositivos do referido diploma normativo seriam absolutamente incompatíveis com a greve no âmbito do serviço público. O Ministro cita como exemplo o art. 8º da lei, que

¹³¹ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 450.

¹³² *Ibidem*, p. 450

¹³³ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2014. P. 1208-1209.

determina que a competência para julgar eventuais conflitos surgidos ao longo dos movimentos parestistas seria da Justiça do Trabalho.¹³⁴

Dentre os ministros que discordaram parcialmente da maioria, o Ministro Joaquim Barbosa foi aquele que elencou os critérios mais claros para a aplicação da lei de greve do setor privado ao setor público. Assim, determinou ele, por exemplo, que, em uma greve dos servidores do Judiciário, em nenhum momento poderia resultar da paralisação a interrupção do processamento de Habeas Corpus; também não poderiam as repartições públicas, em decorrência da greve, negar a entrega de certidões. Além disso, as greves não poderiam interromper ou impedir os processos eleitorais nem resultar em comprometimento do direito à vida, neste último caso tratando-se de greve no setor da saúde.¹³⁵

No entanto, conforme dito, a tese que prevaleceu no colegiado foi a da aplicação sem ressalvas da lei 7.783. Em seu voto, ao discorrer sobre a inércia do Legislativo ao não enfrentar a matéria, disse o Ministro Celso de Mello:

(...) não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.¹³⁶

De tal maneira, houve uma mudança na orientação do Supremo acerca da matéria. No julgamento dos referidos MI's, o STF não se limitou a notificar o Legislativo acerca da necessidade de elaboração da norma, mas realizou uma atividade materialmente legiferante, assumindo para si um papel que o Legislativo negligenciou. Com a inércia do Legislador, o Judiciário atuou de forma a possibilitar a concretização de um direito cujo exercício estava sendo dificultado.

¹³⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. Brasília, STF, p. 9. **Voto no julgamento das ações sobre o direito de greve de servidores públicos.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>>. Acesso em: 01/02/2016.

¹³⁵ BARBOSA, Joaquim. Brasília, STF, pp. 179-180. **Voto no julgamento das ações sobre o direito de greve de servidores públicos.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558549&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20670>>. Acesso em: 01/02/2016

¹³⁶ MELLO FILHO, José Celso de. Brasília, STF, p. 24. **Voto no julgamento de ações sobre o direito de greve de servidores públicos.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Acesso em: 01/02/2016.

Como conclusão deste tópico, destaca-se a seguinte fala de Mendes e Branco a respeito da atuação do Judiciário em caso de omissão legislativa:

Uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito. (CF, art. 1º).¹³⁷

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 1212.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, o movimento constitucionalista passa atualmente por um momento ímpar em sua história, com a superação do positivismo jurídico, podendo-se falar hoje que a relação entre moral e direito modificou-se substancialmente, ocorrendo um retorno desta primeira ao mundo da aplicação do Direito. Disso decorrem as novas configurações dos ordenamentos jurídicos ao redor do planeta, com o fortalecimento do Direito Constitucional e com a atribuição de verdadeira força normativa às constituições. A jurisdição constitucional, assim, ocupa um lugar mais presente do que nunca nas vidas dos cidadãos. Como consequência tanto desta nova compreensão de constitucionalismo quanto das configurações institucionais de cada país, como no caso brasileiro, ocorre uma verdadeira judicialização de diversos temas que antes eram decididos fora do âmbito do poder Judiciário. Da mesma maneira, os juízes, diante do maior poder e liberdade que possuem em relação à época anterior, e frente à necessidade mesma de concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição, apresentam uma postura mais ativa do que os magistrados de outrora. Tal fato, como é natural, teve como consequência oposição de pessoas que se preocupavam com a crescente expansão dos poderes da jurisdição constitucional. Tendo em vista a multiplicidade de questões importantes para a sociedade que são decididas no âmbito do Judiciário, juntamente com o fato de que este detém a última palavra, somado ainda o fato de que os membros deste ramo do Poder não são eleitos pelo voto popular, respeitáveis setores da doutrina constitucionalista foram motivados a questionar como a supremacia judicial se sustentaria em uma sociedade democrática, mormente quando as decisões da Suprema Corte fossem de encontro à vontade popular, seja diretamente ou por meio de seus representantes eleitos no Legislativo ou no Executivo.

Os autores adeptos da corrente do constitucionalismo popular, apesar de apresentarem certas diferenças em suas maneiras de pensar, têm como ponto comum a ideia de que os tribunais não possuem legitimidade para decidir as grandes questões políticas justamente pelo fato de que não são eleitos pelo voto dos cidadãos, e, assim, careceriam dessa “bênção” conferida pelo povo. Assim, diante do perigo de que a Suprema Corte se transformasse em um governo de tiranos filósofos, seria necessário afastar desta o poder de intérprete oficial da Constituição. Tushnet, Kramer e Waldron, cada um a seu modo, indicam como seria um ambiente ideal de interpretação da Constituição. Os autores pecam, no entanto, por não demonstrarem projetos realistas e consistentes para tornar efetiva essa maneira pretensamente

mais democrática de interpretar as disposições constitucionais, motivo pelo qual sua abordagem acaba por se reduzir a um mero devaneio acadêmico.

Os autores procedimentalistas, por sua vez, dão um passo à frente em relação aos autores do constitucionalismo popular: John Hart Ely e Jürgen Habermas ressaltam a necessidade de que as grandes decisões sejam pautadas pela participação popular, considerando que a Constituição é um instrumento para o exercício da democracia deliberativa. No entanto, não afastam totalmente a atuação da Suprema Corte. O Tribunal Constitucional teria legitimidade para decidir contra majorias eventuais desde que tais decisões fossem necessárias para assegurar os direitos de participação dos cidadãos na democracia, como o direito a voto, por exemplo.

Não obstante, apesar de sua evolução em relação às ideias dos autores anteriores, os procedimentalistas também falham em suas teorizações. A circunstância de permitir que o Tribunal Constitucional detenha supremacia para defender direitos de participação política dos cidadãos contra a tirania de majorias eventuais não inclui a possibilidade de que o Tribunal possa interferir para defender os direitos fundamentais que não estivessem diretamente relacionados aos pressupostos da democracia deliberativa. Assim, por exemplo, se um determinado ordenamento jurídico não reconhecesse uniões homossexuais, mesmo que a Constituição assegurasse o princípio da igualdade, o Tribunal Constitucional não poderia atuar para reconhecer essas uniões, pois tal direito não seria pressuposto de participação política. Os cidadãos que desejassem obter tal reconhecimento deveriam, então, aguardar manifestação legislativa nesse sentido. O mesmo poderia ser dito em casos como o da autorização para interrupção da gravidez de feto diagnosticado com anencefalia, ou nos casos em que o Judiciário determinasse que o Estado custeasse determinado tratamento de saúde a certo paciente.

Chegamos então aos autores adeptos do chamado substancialismo. Esses autores aceitam que o Judiciário intervenha para defender direitos fundamentais dos indivíduos, sejam tais direitos pressupostos da democracia deliberativa ou não. Ronald Dworkin, em sua explanação, procura evidenciar a necessidade que há de que a aplicação do Direito reflita a sustentação do ordenamento em princípios morais que ao mesmo tempo que orientam a atuação do cidadão na sociedade, legitimam a atividade da jurisdição constitucional. Traça o autor, assim, parâmetros para a atuação do juiz constitucional, que deve procurar defender os direitos fundamentais de minorias, seja contra a opressão direta da maioria ou contra a mera negligência ou indiferença desta. Para lograr êxito nesse ofício, deve o juiz pautar-se pelos

preceitos morais que fundamentam a ordem jurídica. De maneira a ilustrar a responsabilidade do cargo e sua dificuldade, Dworkin recorre ao personagem do juiz Hércules.

Luís Roberto Barroso, outro autor substancialista, afirma que a Constituição possui dois grandes papéis: o primeiro, de estabelecer as regras do jogo democrático, elencando normas de participação política, como direito a voto, regras de elegibilidade, etc., e o outro, de proteger valores e direitos fundamentais. A proteção às minorias estaria assim assegurada. Barroso, no entanto, faz a ressalva de que o Judiciário, apesar do poder que detém, deve fazer uso deste unicamente para cumprir o determinado pela Constituição, sem se imiscuir nos negócios das instâncias majoritárias do Poder estatal.

Mediante a análise dos julgados do STF que foram apresentados, percebe-se a importância da atuação do Tribunal na defesa de direitos fundamentais frente à inércia do Legislativo. Nos dois primeiros casos, as interpretações que eram dadas às normas davam margem a situações de total desrespeito a direitos previstos constitucionalmente, tendo o STF atuado para atribuir aos dispositivos objetos das ações interpretações conforme à Constituição, enquanto que, no terceiro caso, diante da impossibilidade de determinada parcela da população de exercer um direito fundamental, o STF atuou de forma a suprir a atividade do Legislativo, inclusive superando sua própria jurisprudência.

Assim, após a análise doutrinária e jurisprudencial que foi empreendida acerca do tema, pode-se dizer que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional decorre, além do argumento de que a própria Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de seu intérprete oficial, da circunstância de que o Judiciário, pelo fato de seus membros não serem eleitos, ser o órgão mais adequado à defesa dos valores e dos direitos fundamentais, posto que, no julgamento de questões envolvendo minorias, os juízes não se sentem pressionados a julgar de acordo com a maioria, diferentemente dos membros do Legislativo e do Executivo, que muitas vezes atuam sob a pressão dos votos que receberam, deixando de cumprir seu papel institucional e criando lacunas constitucionais. Não obstante, deve-se promover cada vez mais a abertura dos julgamentos do tribunal, com a realização de audiências públicas e participação de *amici curiae*, a fim de possibilitar a maior transparência possível às decisões da Corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** São Paulo, Revista de Direito Administrativo, V. 250.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro, Forense, 2005.

BALIARDO, Rafael e BEZERRA, Elton. Celso de Mello decide que STF vai julgar infringentes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-18/leia-voto-celso-mello-conceder-embargos-infringentes>> Acesso em 9 de setembro de 2015.

BARBOSA, Joaquim. Brasília, STF, pp. 179-180. **Voto no julgamento das ações sobre o direito de greve de servidores públicos.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558549&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20670>>. Acesso em: 01/02/2016

BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial.** Brasília, Revista de Direito, Políticas Públicas e Mundialização, v.8, n. 1, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador, JusPodium, 2013.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro.** Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Rio de Janeiro, [Syn]thesys, Vol. 5, N. 1, 2012.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo da FGV, V. 240, 2005.

_____. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política.** Rio de Janeiro, Forense, 2015.

_____. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** In: Salvador, Revista Diálogo Jurídico, N° 16.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010.

BRAGON, Ranier e HAUBERT, Mariana. “**Não posso calar deputados**”, diz Cunha sobre protesto e reza de evangélicos. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1640860-nao-posso-calar-deputados-diz-cunha-sobre-protesto-e-reza-de-evangelicos.shtml>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. AC 2005.001.28033.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 2010/MC**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-09-1999, Plenário, DJ de 12-04-2002. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>.

_____. Congresso Nacional. Lei **7783/1989**, art. 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

_____. STJ, **REsp. n. 502.995/RN**, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 26-4-2005, DJU 16-5-2005

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador, JusPodium, 2013.

CRAIDE, Sabrina. **Novo congresso é conservador socialmente e liberal economicamente**, diz Diap. **Agência Brasil**. Brasília, 31 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2015-01/novo-congresso-e-conservador-socialmente-e-liberal-economicamente-diz-diap>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina González. **Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil**. Florianópolis, Estudos feministas, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Scott v. Sandford**. 60 US 393. 1857. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

_____. Suprema Corte. **Lochner v. New York**. 198 US 45. 1905. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

_____. Suprema Corte. **Hammer v. Dagenhart**. 247 US 251. 1918. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/247/251>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

_____. Suprema Corte. **Bowers v. Hardwick**. 478 US 186. 1986. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/case.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.

FILHO, José Celso de Mello. **Voto na ADPF 54**. Brasília, STF, 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54votoCM.pdf>. Acesso em 08 de fevereiro de 2016.

_____. Brasília, STF, 2007, p. 24. **Voto no julgamento de ações sobre o direito de greve de servidor público**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Acesso em: 01/02/2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte, Líder, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Vol.1**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo, Edições Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

KERMIT III, Roosevelt. **Judicial activism**. Disponível em: <<http://www.britannica.com/topic/judicial-activism>>. Acesso em 09 de setembro de 2015.

KOZICKY, Katya. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional Brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**. In: Revista Sequência, Florianópolis, UFSC, 2008.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York, Oxford University Press, 2004.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto na ADPF 54**. Brasília, STF, p. 23. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>. Acesso em 8 de fevereiro de 2016.

_____. **Voto no julgamento das ações sobre o direito de greve de servidores públicos.** Brasília, STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>>. Acesso em: 01/02/2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. **Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade.** Florianópolis, Revista Sequência (UFSC), 2015.

MELLO, Marco Aurélio. **Voto na ADPF 54.** Brasília, STF, p. 76-77. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo, Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Eduardo. **A jurisdição constitucional como forma de processamento do autogoverno democrático.** In: DANIEL, Sarmiento (Coord.) *Jurisdição constitucional e política.* Rio de Janeiro, Forense, 2015.

OLIVEIRA, Mariana. **Cunha nega ao STF ilegalidade na votação da PEC da maioria penal. G1.** São Paulo, 10 de julho de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/cunha-nega-ao-supremo-ilegalidade-na-votacao-da-pec-da-maioriade-penal.html>>. Acesso em 24 de setembro de 2015.

_____; e D'AGOSTINHO, Rosanne. **Marco Aurélio chama Barroso de 'novato' após divergência. G1.** Brasília, 12 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/09/marco-aurelio-chama-barroso-de-novato-apos-divergencia.html>> Acesso em 9 de setembro de 2015.

PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. **Quem deve ser o guardião da constituição?** Rio Grande, Revista *Âmbito Jurídico*, XVII, n. 129, 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15315>. Acesso em 12 de outubro de 2015

SANTIAGO, Flávia. **Jurisdição constitucional e política.** Curitiba, Juruá, 2014.

SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo.** In: *Jurisdição constitucional e política.* SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo, Malheiros, 2005.

SIMIONI, Rafael. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais.** São Paulo, Revista de Direito Mackenzie, Vol. 5, n. 1, 2011.

SMENTKOWSKI, Brian P. **Earl Warren.** Disponível em: <http://www.britannica.com/biography/Earl-Warren>. Acesso em 22 de setembro de 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from courts.** Princeton, Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy . **A dignidade da legislação.** São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____. **The core of the case against judicial review.** *In:* Yale Law Journal, 115,

Disponível em:

<<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>>.