

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL - UNINTER
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

BRUNO THIAGO KRIEGER

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA**

CURITIBA

2019

BRUNO THIAGO KRIEGER

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito**. Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição.

Orientador: Professor Doutor Doacir Gonçalves de Quadros

CURITIBA

2019

K92s

Krieger, Bruno Thiago

O Supremo Tribunal Federal: entre o constitucionalismo e a democracia / Bruno Thiago Krieger. - Curitiba, 2019. 124 f.

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Poder judiciário e questões políticas. 3. Teoria do Estado e Direito constitucional. 4. Democracia. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

BRUNO THIAGO KRIEGER

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição.

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr. Doacir Gonçalves de Quadros
UNINTER/PR - Orientador

Prof.º Dr. Marco Aurélio Marrafon
UERJ

Prof.º Dr. Walter Guandalini Júnior
UNINTER/UFPR

Prof.º Dr. Celso Luiz Ludwig
UNINTER/UFPR

Curitiba, 13 de Dezembro de 2019.

Dedico este trabalho a todos que lutaram,
lutam ou lutarão pela
consolidação da democracia e
pelo respeito aos Direitos
Fundamentais.

A democracia é uma democracia em construção. Ainda não há democracia. É um projeto do poder do povo, um projeto que pode ser realizado na medida em que as pessoas adquiram proeminência democrática e parem de acreditar que a democracia consiste em uma cerimônia vazia e é preenchida com o depósito de uma votação a cada quatro, cinco ou seis anos, porque isso é uma missa sem Deus. A verdadeira fé democrática implica uma verdadeira participação popular nas atividades públicas, no que tem a ver com o destino comum. Se as pessoas assumirem seu papel, as coisas vão mudar. Mas se as pessoas continuarem acreditando que a política é uma questão para os políticos, tenho dúvidas de que podemos mudar alguma coisa.

(EDUARDO GALEANO)

AGRADECIMENTOS

Ao fim de um trabalho sempre há muito a se agradecer, não acredito na existência do trabalho solitário, uma vez que sempre estamos debatendo nossos conhecimentos. As pessoas ao nosso redor estão sempre nos apontando um outro ponto de vista, indicando uma leitura ou mesmo suportando a ausência, a irritação, o stress, a ansiedade que trabalhos assim nos trazem.

Como base da construção da minha vida, agradeço a minha família, meus pais e minha irmã que sempre me apoiam em tudo que invento fazer e realizar. Diga-se que não são poucas coisas, creio que deve ser em razão de minha inquietude e pavor ao tédio. Obrigado por esse amor incondicional.

Agradeço ao meu orientador, professor Doacir Gonçalves de Quadros, o qual desde o início deste processo de mestrado me incentivou, apontou a necessidade de que o pesquisador se apaixone pela pesquisa, afinal, como ele me disse no começo do mestrado “quem irá conviver com a pesquisa por dois anos é você”. Estava certo ele, se apaixonado pela pesquisa, o caminho já não é fácil, imagino que sem essa paixão, seja impossível. Obrigado pelo conselho, pelos apontamentos e me desculpe a ansiedade excessiva.

Aos meus sócios e irmãos, Eduardo Ramos, Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira, Raul Ribas, Jean Carlos Martins Rodrigues, Stefany Adriana de Souza e Leandro Henrique Fernandes de Sousa, que nestes dois anos acompanharam esse trajeto, respeitaram a minha ausência do escritório em alguns instantes e me incentivaram nessa caminhada. Obrigado, meus amigos, vocês fazem meus dias melhores.

Agradeço a toda equipe do Krieger, Ramos, Moreira & Ribas Sociedade de Advogados, todos aqueles que conosco estiveram, de alguma forma me auxiliaram na construção deste trabalho.

Há um outro escritório que mora em meu coração, parece amor bandido, mas é orgulho de amigo. Ana Luísa de Moraes Vieira, Mayelli Slongo e Filipe Reinert, vocês também fazem parte dos meus dias e eles não seriam

tão divertidos sem vocês. Obrigado por todo o apoio, pelos debates, pela convivência.

Destaco um agradecimento para minha estagiária Maria Eduarda Niehues a qual leu todo o trabalho, fez apontamentos e, de forma muito generosa, elogiou seu resultado, até nos pontos que seu próprio autor tem imensas dúvidas, as quais, diga-se, não são poucas.

Aos amigos Cristian, Marcus Vinícios, Eduardo Felipe Nardelli, Eduardo Follmann, Camila Anton, Joana de Águida e Gabrielle Mendes, vocês fazem parte de um grupo seleta, daqueles amigos que queremos sempre por perto.

Aos meus mestres e companheiros de universidade, que não consigo citar todos, mas que me acompanharam nesses dois anos, Lenice Kelner, Marcos Deschamps, Antonio Carlos Marchiori, Kátia Ragnini Scherer, Milena Petters Melo, Priscila Zeni de Sá, Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Marlon Carabaca, Cláudia Becker, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira, entre tantos outros. Vocês me ensinam diariamente.

Agradeço aos amigos do mestrado, todos que acompanharam esses dois anos, em especial a Carolina Heloisa Guchel Berri pela companhia nas idas de Blumenau/SC a Curitiba/PR.

Aos meus alunos nestes dois anos, os quais sempre contribuem para o nosso crescimento.

Aos professores do mestrado, Walter Guandalini Júnior, Celso Luiz Ludwig, Daniel Ferreira, Rui Carlo Dissenha, André Peixoto, Andreza Baggio, Martinho Martins Botelho, Alexandre Coutinho Pagliarini, Ademir Pinhelli Mendes.

Por fim, agradeço ao professor Marco Aurélio Marrafon, meu orientador na pós-graduação em Direito Constitucional, uma inspiração por todo seu conhecimento, simpatia e humildade. Em especial por ter aceitado participar da minha banca, o professor é uma referência para mim.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo analisar os modelos democrático e constitucional brasileiro, tendo como hipótese que a democracia encontra respaldo no modelo constitucional e o texto constitucional, tende para o constitucionalismo político, em detrimento do constitucionalismo jurídico. Uma vez testada teoricamente esta hipótese pretende-se a partir da análise sobre alguns julgados identificar se o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar temas politicamente sensíveis, fundamenta suas decisões de acordo com os modelos identificados. A doutrina vem apontando para uma ascensão do Poder Judiciário frente aos demais poderes, relacionando a sua atuação com fatores como a judicialização da política e o ativismo judicial. A hipótese que orienta a análise sobre os julgados é a de que em alguns julgamentos de temas mais sensíveis politicamente, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado argumentos não jurídicos, mas de caráter metafísico. A pesquisa apoia-se em fontes relativas à teoria da democracia e a doutrinas no tocante aos modelos de constitucionalismo jurídico e o político. Utilizou-se os métodos dedutivo e dialético, uma vez que a partir de uma compreensão teórica passou-se a analisar os julgados como casos individuais. Procedeu-se a consulta de referências bibliográficas, bem como, a análise de julgados pelo STF. Nesta dissertação, observou-se por um lado, o destaque para o modelo democrático constitucional a partir da Constituição Federal de 1988 e, por outro lado, sobre o modelo de constitucionalismo adotado constatou-se a ênfase no modelo político devido o espaço de tomada decisão ser primordialmente o Poder Legislativo. Por fim, de acordo com a análise sobre alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar os argumentos trazidos pelos ministros percebe-se que, invariavelmente, é possível verificar a existência de argumentos de preferência individual, ao invés da legislação ou do texto constitucional, inclusive negando aplicabilidade a estes. Portanto, a análise sugere que ao invés de uma mutação constitucional houve nas decisões do STF um rompimento com o texto constitucional.

Palavras chave: Teoria do Estado. Democracia Constitucional. Constitucionalismo. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the Brazilian democratic and constitutional models, with the hypothesis that democracy finds support in the constitutional model, and the constitutional text tends towards political constitutionalism, to the detriment of legal constitutionalism. Once this hypothesis has been tested, theoretically this hypothesis is intended from the analysis of some judges to identify whether the Supreme Federal Court, when judging politically sensitive issues, bases its decisions according to the identified models. The doctrine has been pointing to an ascension of the Judiciary Power in relation to the other powers, relating its performance to factors such as the judicialization of politics and judicial activism. The hypothesis that guides the analysis of the judges is that in some judgments on more politically sensitive issues, the Supreme Federal Court has used non-legal arguments, but of a metaphysical character. The research draws on sources related to the theory of democracy and doctrines with respect to models of legal and political constitutionalism. Deductive and dialectical methods were used, since from a theoretical understanding, judges were analyzed as individual cases. Bibliographic references were consulted, as well as the analysis of judges by the STF. In this dissertation, it was observed, on the one hand, the emphasis on the constitutional democratic model from the Federal Constitution of 1988 and, on the other hand, on the model of constitutionalism adopted, the emphasis on the political model was found due to the space of decision-making be primarily the legislative branch. Finally, according to the analysis of some judgments of the Supreme Federal Court, in order to identify the arguments brought by the ministers, it is noticed that, invariably, it is possible to verify the existence of individual preference arguments, instead of the legislation or the text constitutional, including denying applicability to them. Therefore, the analysis suggests that instead of a constitutional mutation, there was a break with the constitutional text in the decisions of the Supreme Court.

Keywords: State Theory. Constitutional Democracy. Constitutionalism. Federal Supreme Court. Judicial Activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. O MODELO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO	5
1.1. DEMOCRACIA E IGUALDADE POLÍTICA EM HANS KELSEN.....	6
1.2. A CENTRALIDADE DOS DIREITOS NA DEMOCRACIA DE LUIGI FERRAJOLI.....	12
1.3. AS REGRAS DO JOGO DEMOCRÁTICO DE NORBERTO BOBBIO....	14
1.3.1. Critérios para avaliação da democracia, segundo Norberto Bobbio.....	16
1.4. A EFETIVA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA DE ROBERT DAHL.....	18
1.5. UMA ANÁLISE SOBRE O MODELO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO....	24
2. O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: ENTRE O POLÍTICO E O JURÍDICO	28
2.1. ANTECEDENTES DO CONSTITUCIONALISMO.....	29
2.2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS QUE IMPLICAM NA TENSÃO EXISTENTE ENTRE DEMOCRACIA E DIREITO.....	39
2.2.1. Uma nova separação de poderes.....	39
2.2.2. A força normativa da constituição.....	42
2.2.3. Controle de constitucionalidade.....	45
2.2.4. Mutação constitucional.....	47
2.2.5. Direitos Humanos como limites da Constituição.....	48
2.3. O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO.....	54
2.4. O CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO.....	58
2.5. UMA ANÁLISE SOBRE O MODELO BRASILEIRO A PARTIR DOS CONSTITUCIONALISMOS POLÍTICO E JURÍDICO.....	62
3. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS CONFLITOS COM O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	68
3.1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA.....	69
3.2. O CONSTITUCIONALISMO, A DEMOCRACIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).....	77

3.2.1. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12: O poder legislativo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).....	79
3.2.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650: o debate do financiamento de campanhas eleitorais.....	81
3.2.3. Os Habeas Corpus nº 126.292 e nº 152.752 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, nº 44 e nº 54: o fim da inocência antes do trânsito em julgado.....	85
3.2.4. O <i>Habeas Corpus</i> nº 124.306: A descriminalização do aborto.....	90
3.2.5. A ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF – A alteração do texto constitucional para promover o reconhecimento da união homoafetiva.....	94
3.3. NO CONSTITUCIONALISMO NÃO HÁ ESPAÇOS PARA DEUSES, NEM PARA SUPER-HERÓIS.....	97
CONCLUSÃO	99
Referências Bibliográficas.....	104

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem como objetivo analisar os modelos democrático e constitucional brasileiro e, a partir destes identificar se o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar temas politicamente sensíveis, fundamenta suas decisões de acordo com os modelos identificados

Esta pesquisa está inserida no grupo de pesquisa vinculado ao Programa de Pós graduação de Direito (PPGD) da Uninter “Historicidade e História do Pensamento Jurídico-Político” em que se propõe a partir do uso de referenciais teóricos das áreas da ciências sociais e do direito elaborar pesquisas que analisam o impacto dos aspectos sociais, políticos e históricos sobre a formação, sobre a aplicação da norma e a atuação do poder judiciário no Brasil. Tais pesquisas aderem a aportes teóricos-metodológicos oriundos da filosofia política, da teoria política e da teoria do direito presentes na linha de pesquisa “Teoria e História da Jurisdição”. Em torno destes referencias pretende-se aprofundar, de forma crítica, as relações contemporâneas entre o direito estatal e o modo de resolver conflitos, o modo de “dizer o direito” e, em última análise, o modo de “dizer da autoridade”.

Observa-se, atualmente, um momento de extrema instabilidade institucional no que diz respeito aos limites de atuação dos Poderes do Estado, em especial os conflitos existentes entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Há, também, implícito no senso comum da sociedade, um forte sentimento de idealização do Poder Judiciário e depreciação dos demais poderes estatais, acreditando-se que aquele será o remédio de todos os males do sistema político vigente.

É bem verdade que esta visão tem se modificado nos últimos tempos, tomando conta do sentimento popular uma recusa a garantias individuais, em nome de um combate ostensivo à corrupção. Pode-se imaginar que essa modificação de posicionamento em relação ao Poder Judiciário e, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, que, por vezes, chega a sugerir o fechamento deste e do parlamento, seja proveniente da crença na existência de um “salvador da pátria”, atualmente, estampados nas figuras dos procuradores da operação lava-jato, do ministro da Justiça indicado em 2019,

Sérgio Moro e do presidente da República eleito em 2018, Jair Messias Bolsonaro.

A análise proposta nesta dissertação encontra a pertinência de seu problema de pesquisa na instabilidade política que o Brasil passou a enfrentar desde as Manifestações de Junho de 2013 acompanhada de prisões de políticos e do afastamento em 2016 da ex-presidente Dilma Rousseff. Os processos políticos e jurídicos alavancados em torno da instabilidade política no país estiveram permeados por um debate na ciência política e na ciência jurídica frente aos limites dos poderes estatais. Tema este que se mostra recorrente nas democracias constitucionais e nos Estados de economia globalizada.

A sociedade, na intenção de satisfazer os seus anseios, acaba por procurar o Poder Judiciário, em razão, muitas das vezes, da descrença na possibilidade de resolução dos demais poderes. Por vezes, também, esta inclinação ao Poder Judiciário acaba sendo uma estratégia política dos próprios atores políticos, seja porque não possuem força frente a uma maioria parlamentar, seja porque não querem suportar o desgaste da tomada de decisão. No entanto, tantas outras vezes essas estratégias são utilizadas como forma de alterar a vontade da maioria parlamentar, ainda que esta encontre amparo no texto constitucional.

A partir dessa discussão as problemáticas trabalhadas nesta dissertação dizem respeito a identificação do modelo democrático e constitucional brasileiro e à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal nos temas politicamente sensíveis, compreendendo se é adequada aos modelos identificados anteriormente. A título de hipótese, entende-se que o Estado Democrático Constitucional brasileiro com base no texto constitucional, tende para o constitucionalismo político, em detrimento do constitucionalismo jurídico.

Corroborando a hipótese teórica nesta dissertação se faz a análise sobre alguns argumentos do Supremo Tribunal Federal em decisões de temas politicamente sensíveis. Para tanto, utiliza como parâmetro uma compreensão dos modelos democráticos e constitucionais adotados pelo Brasil. A importância da pesquisa é servir de crítica à atuação da Corte Constitucional, no sentido de apontar eventuais equívocos e acertos, bem como, ainda que de forma embrionária, abrir a possibilidade de uma rediscussão dos modelos democrático

e constitucional brasileiro ou mesmo uma ressignificação de uma teoria da decisão.

Para atingir o objetivo proposto utilizou-se os métodos dedutivo e dialético, uma vez que a partir de uma compreensão teórica passou-se a analisar casos individuais, no caso, alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Igualmente, há alguns pontos que foram trabalhados a partir da construção de tese, antítese e síntese, como no segundo capítulo, quando abordado os modelos de constitucionalismos, a partir da perspectiva do modelo do político e do jurídico. Utilizou-se, ainda, pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial.

Esta dissertação está estruturada da seguinte forma. Inicia-se com uma reflexão teórica sobre algumas doutrinas sobre a democracia, para tanto, optou-se por uma compreensão de democracia constitucional, a partir de autores que discutiram a temática a partir desta perspectiva, tais como: Hans Kelsen; Luigi Ferrajoli; Norberto Bobbio e Robert Dahl. Ao final do primeiro capítulo, a partir de uma leitura constitucional, pontuou-se alguns aspectos trabalhados teoricamente presentes na Constituição Brasileira.

No segundo capítulo aprofundou-se a pesquisa a partir de algumas temáticas referentes ao direito constitucional, para tanto, optou-se em conceituar dois modelos de constitucionalismo, entre os tantos existentes, o político e o jurídico. Para a compreensão destes dois modelos, necessária uma breve abordagem dos modelos de direito existentes anteriores ao modelo atual. Posteriormente, apresenta-se alguns aspectos constitucionais que implicam na tensão existente entre democracia e Direito, sendo eles: o princípio da separação dos poderes; o reconhecimento da força normativa da constituição; a teoria do controle de constitucionalidade; a teoria da mutação constitucional e o reconhecimento dos Direitos Humanos como limites ao texto constitucional.

Em seguida, traz-se as diferenças entre o constitucionalismo político e o jurídico, a partir da perspectiva de alguns autores que trabalham esta dicotomia, destacando-se Ronald Dworkin, Jeremy Waldron, Luís Roberto Barroso, Bruno Torrano, entre outros. Posteriormente, analisa-se o modelo de constitucionalismo brasileiro, a partir dessas compreensões e, também, de outra dicotomia, qual seja, dos modelos principialista e garantista de constitucionalismo, adotando este segundo como modelo eleito pela Constituição Brasileira (1988), para apontar algumas escolhas do Constituinte

que devem servir para auxiliar o intérprete no momento de decidir um caso ou mesmo o legislador quando da elaboração de uma lei.

Por fim, o terceiro capítulo traz, inicialmente, uma discussão e uma diferenciação sobre judicialização da política e ativismo judicial, a qual trará alguns elementos úteis para a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. No exame dos julgados, optou-se pelos seguintes casos: a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12; a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650; os Habeas Corpus nº 126.292 e nº 152.752 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44; o Habeas Corpus nº 124.306 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.

Em relação à análise de alguns julgados, é relevante dizer que não se teve a pretensão de esgotar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que se entende como inviável neste trabalho. Igualmente, não foi a pretensão deste trabalho analisar a partir de um método jurimétrico a jurisprudência da referida corte, mas, tão somente, analisar o conteúdo dessas decisões, a fim de desvelar um viés crítico sobre os argumentos utilizados.

1 O MODELO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A democracia já foi muito questionada durante os anos, em especial, no segundo pós-guerra, uma vez que os sistemas totalitários de Hitler (1934-1945) e Mussolini (1922-1943) ascenderam ao poder pelo sistema democrático, em que pese não terem neste sistema permanecido. A partir de então se questionou se o regime político é viável ao deixar subir ao poder lideranças autoritárias com o consentimento do voto do cidadão.

Desde então a viabilidade do regime político vem sendo analisada por diversos estudiosos do campo do Direito, da Filosofia, da Ciência Política, entre tantos outros campos do conhecimento.

O regime político democrático já foi objeto de estudo a partir de distintos pontos de vista na teoria política. Boaventura de Sousa Santos analisou a democracia com base na participação ampla¹, em que defendeu que o mero procedimentalismo democrático não torna a democracia efetiva, reivindicando uma maior participação dos atores sociais na formação da decisão do governo, indicando como exemplo, o orçamento participativo instalado em algumas esferas de governo no Brasil.²

Outro ponto de vista é sugerido por Giovanni Sartori, para o qual, a democracia possui alguns valores intrínsecos, que só pode ser analisado a partir de uma verificação da realidade, há um conteúdo de dever ser na palavra democracia. Esse conteúdo decorre da percepção da efetivação de alguns direitos fundamentais, com uma maior inclusão e participação universal dos cidadãos.³

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2002. P. 52/53.

² Para mais análises de como o orçamento participativo contribui na democratização da democracia ver: NETO, Sabrina Durães Veloso. **Democracia participativa: A experiência do orçamento participativo em Montes Claros/MG**. 2016. 110f. Dissertação Mestrado em Direito, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016; PEREIRA, Érico Rodrigo Mineiro; BAIARDI, Amílcar. Estado, sociedade civil e orçamento participativo: limites, possibilidades e perspectivas para a emancipação social. **Revista Brasileira de Administração Política**. V. 5, n. 2, Salvador, 2012, p. 165-184. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rebap/article/view/15589/10705>. Acesso em 07/11/2019.

³ SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1965, *passim*.

Luis Felipe Miguel traz uma crítica ao abordar o papel dos meios de comunicação nos regimes políticos democráticos. Na visão do autor, os estudiosos da democracia, pouco analisam a interferência da mídia na tomada de decisão e conscientização do povo. Para tanto, aponta que a mídia, a partir da construção do discurso dominante, acaba por influenciar a população nas suas escolhas, o que irá interferir no jogo democrático.⁴

No entanto, o objetivo deste trabalho é trazer alguns elementos que servirão para caracterizar a democracia, sabendo-se que não se esgotará o tema. Deste modo, a fim de se proceder a um corte metodológico, optou-se aqui em analisar alguns autores que pensam a partir das doutrinas políticas-jurídicas que versam sobre a democracia. Para tanto, entendeu-se adequado utilizar autores que trabalham a partir de um viés democrático constitucional, e é esta a base de análise neste capítulo. Portanto, vale destacar que isto não faz da democracia sinônimo de constitucionalismo, nem vice-e-versa.

1.1 DEMOCRACIA E IGUALDADE POLÍTICA EM HANS KELSEN

Na doutrina jurídica Hans Kelsen reconhece que a democracia tornou-se o conceito político majoritário no mundo do século XIX e XX e, aqui, podemos, por enquanto, acrescentar do século XXI, no entanto, igualmente, defende que em razão disso houver diversas tentativas de se capturar esse conceito, cada grupo político buscando dar substância de conteúdo de acordo com os seus propósitos.⁵

O postulado da democracia inicia-se, na concepção jurídica de Kelsen, a partir do reconhecimento de que os cidadãos são iguais e, como tais, não pretendem mais se sujeitar a normas criadas por outros, pretendem participar da construção da norma. Para tanto, um postulado importante da sua percepção de democracia é a liberdade. No entanto percebe, também, que em um cenário em que todos possuem plena liberdade, ninguém possui liberdade,

⁴ MIGUEL, Luiz Felipe. Um ponto cego nas teorias da democracia: os meios de comunicação. *BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, nº 49 (2000), pp. 51-78.

⁵ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 3ª edição. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 25/26.

de modo que é necessária a existência de uma instituição controladora, no caso o Estado, de modo que o preceito da democracia kelseniana não é a inexistência da ordem, mas sim a possibilidade de participação de todos na construção desta ordem.⁶

Desta convicção de participação dos cidadãos na construção da vontade do Estado, surge outro problema, qual seja, o da praticamente impossibilidade de nos processos decisórios haja uma opinião unânime. Ora, parece evidente que poucas, para não dizer nenhuma, decisão se dará de forma unânime, então, é necessário escolher um método para a tomada de decisão, que na avaliação de Kelsen, seria o princípio da maioria, por uma questão muito simples, um argumento puramente utilitarista, irá desagradar o menor número de indivíduos possíveis.⁷

A concepção de liberdade nesse cenário, não significa fazer o que quiser, mas ter a possibilidade de participar das decisões havendo uma troca da liberdade individual para a liberdade coletiva. O cidadão será livre apenas se o conjunto de cidadãos forem livres, o que leva a necessidade de que para que isso ocorra, que o Estado seja livre, dando ensejo ao que se denomina de soberania popular.⁸

Um elemento essencial da democracia moderna é descrito como os partidos políticos, os quais Kelsen conceitua como agrupamentos de pessoas com ideias semelhantes, que se reúnem a fim de influenciar, efetivamente, na formação de vontade do Estado. São órgãos de formação da vontade do Estado, necessários a existência da democracia.⁹ De acordo com Kelsen;

A democracia só poderá existir se os indivíduos se agruparem segundo suas afinidades políticas, com o fim de dirigir a vontade geral para os seus fins políticos, de tal forma que, entre o indivíduo e o Estado, se insiram aquelas formações coletivas que, como partidos políticos, sintetizem as vontades iguais de cada um dos indivíduos. Não se pode duvidar de que o descrédito dos partidos, caro à doutrina política da monarquia constitucional, era um ataque, ideologicamente mascarado, contra a atuação da democracia. Só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos.¹⁰

⁶ Ibidem, p. 27/28.

⁷ Ibidem, p. 29/32.

⁸ Ibidem, p. 33/34.

⁹ Ibidem, p. 39.

¹⁰ Ibidem, p. 39/40.

Ao perceber essa centralidade dos partidos políticos, Kelsen acaba por constatar que a democracia no Estado moderno, por uma questão muito óbvia de dimensão territorial e de população, só é possível através de representantes eleitos e que é melhor que estes estejam vinculados a partidos políticos, pois, em tese, possuem uma linha ideológica a seguir, de modo que o Parlamento aparece como instituição relevante para a realização da democracia moderna.¹¹

Importante contraponto é trazido por Carlos Ruiz Miguel, ao citar Rousseau, ao questionar se os partidos políticos seriam capazes de traduzir a vontade geral.

El primer teórico de la democracia moderna, Rousseau, consideró que la presencia de partidos políticos (él decía "asociaciones parciales") traía como consecuencia que en la sociedad política dejaba de haber "hombres" o "votantes" para existir sólo "asociaciones" y que cuando una de éstas era lo suficientemente fuerte como para imponerse a las demás dejaba de existir la "voluntad general".^{12 13}

Em que pese reconhecer que democracia e parlamentarismo são coisas diferentes, Kelsen atribui a sobrevivência da democracia à sobrevivência do parlamentarismo, em razão da dimensão territorial dos Estados, bem como, do tamanho da população destes. Ainda, define o parlamentarismo como sendo "a formação da vontade diretiva do Estado através de um órgão colegial eleito pelo voto com base no sufrágio universal e igualitário, vale dizer democrático, segundo o princípio da maioria".¹⁴

Frente ao princípio da maioria, é acrescentado uma possibilidade de não aplicação deste, que são as proteções trazidas pelos direitos fundamentais, os quais se tornam verdadeiras cartas de proteção de uma minoria, em face de

¹¹ Ibidem, p. 40/43.

¹² MIGUEL, Carlos Ruiz. GOVERNABILIDAD, SISTEMA PARLAMENTARIO Y FÓRMULA ELECTORAL LA CRISIS DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 24, n. 1, p. 220-249, abr. 2019. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14202>>. Acesso em: 15 jun. 2019. p. 228.

¹³ Em tradução livre: O primeiro teórico da democracia moderna, Rousseau, considerou que a presença de partidos políticos (ele disse "associações parciais") trazidas como consequência de que na sociedade política não havia mais "homens" ou "eleitores" existir apenas "associações" e que quando uma delas foi suficientemente forte e suficiente para se impor aos outros, a "vontade geral" deixou de existir.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Op. cit.**, p. 46.

uma maioria eventual. Ora, se para existir uma maioria é necessário que exista uma minoria, o sistema democrático, que preza pela existência e pelo respeito as divergências, não pode permitir que esta seja aniquilada.¹⁵

Ainda, Kelsen explica que o modo de formação dos representantes no Parlamento pode se dar através de eleições majoritárias ou proporcionais, preferindo este último. Explica que em uma eleição majoritária, a tendência é que a representação seja mais concentrada nas ideologias dominantes, enquanto as eleições proporcionais permitem a representação das minorias nas suas devidas proporções sociais. Analisa que alguns argumentam que as eleições proporcionais estimulam a criação de partidos nanicos, o que gera um maior desmembramento dos partidos, o que pode levar a uma situação no Parlamento de que nenhum partido consiga formar maioria. Neste caso, a solução evidente é a formação de coalizão entre os partidos.¹⁶

Neste sentido, para Kelsen a necessidade de formação de coalizões não deve ser vista como algo negativo, isto porque, é através desta necessidade que se aumenta a possibilidade de participação nas decisões governamentais dos grupos sociais derrotados nas eleições. Diferentemente, caso fosse formada a maioria por um único grupo social, este poderia “mandar” nas decisões do governo, sem sequer ouvir os demais, o que se aproximaria muito mais de uma autocracia do que de um modelo democrático. Ainda, expõe que a utilização, por parte da minoria, de mecanismos que buscam obstaculizar a formação da vontade do Parlamento, deve ser entendida como ações políticas, desde que não envolvam violência ou perturbação, ou seja, que sejam feitas dentro das regras do jogo.¹⁷

Em relação aos poderes de execução (administração e jurisdição), Kelsen defende que estes devem atuar em conformidade com o princípio da legalidade, devendo-se formar um aparato burocrático para exercer esse controle, uma vez que suas ações em concreto devem refletir as decisões do Parlamento em abstrato. Importante destacar que o Parlamento também pode

¹⁵ Ibidem, p. 67/68.

¹⁶ Ibidem, p. 71/74.

¹⁷ Ibidem, p. 74/78.

sofrer controle com base na Constituição, o que seria realizado por uma jurisdição constitucional.^{18 19}

Outra característica de algumas democracias, em especial aquelas que contam com um sistema presidencialista, como o brasileiro, é que é o próprio povo, de modo direto, que escolhe o seu chefe. Aqui há um grande paradoxo da democracia, isto porque, se a ideologia da democracia prevê que não haverá chefe, pois é o próprio povo que define os caminhos do governo, como pode haver um chefe ou governante maior? Esta é uma diferença entre a ideologia e a realidade, a qual impõe a necessidade da existência de um chefe de governo aos Estados, em virtude das suas dimensões territoriais, alta densidade demográfica, complexidade dos problemas e das demandas sociais, entre tantos outros motivos. Em razão disso, optou-se por criar um método para a escolha desse chefe, que, no caso da democracia, são as eleições. De tal modo, deve-se compreender que para que se possa escolher entre os cidadãos quem será o chefe, este deverá, quando do exercício do poder, ter transparência em seus atos, bem como, poderá ser responsabilizado por eles, uma vez que não é mais um enviado de Deus, como em uma autocracia.²⁰

Ainda em relação à escolha dos governantes, é próprio do sistema democrático contemporâneo a representação política. De tal modo, como já visto, um dos pressupostos da democracia é de que ninguém é superior a ninguém, havendo uma igualdade entre os cidadãos, ainda que formal, é evidente que todos podem se candidatar para chefiarem o governo. Dessa conclusão do sistema democrático, para Kelsen decorre outro fator de suma importância para o sistema democrático, qual seja, o direito à educação. Isto porque, se todos podem assumir a posição de chefe de governo, para o bem da sociedade é importante que todos tenham capacidade para isso, o que somente é possível através da educação.²¹

¹⁸ Ibidem, p. 79/85.

¹⁹ Para Kelsen a Constituição como um documento jurídico limita o poder legislativo, e é uma defesa da democracia, uma vez que, conforme já dito, ela assegura os direitos e garantias fundamentais, que impedem a aniquilação da minoria. Neste entendimento kelseniano, a atuação dos partidos políticos estaria voltada para o Parlamento, uma vez que os demais poderes seriam mais técnicos, de modo que uma permissão de atuação dos partidos nessas esferas poderia, mais facilmente, ocasionar atuações ilegais em busca do favorecimento de seus interesses.

²⁰ Ibidem, p. 87/94.

²¹ Ibidem, p. 94/97.

Outra concepção importante da democracia kelseniana é a sua visão de vida, Kelsen defende que um sistema democrático só é possível a partir de uma percepção de verdades relativas, isto porque, se houver a compreensão de verdades absolutas, haverá, conseqüentemente, um desrespeito ao ponto de vista diverso, de modo que haverá a imposição de uma verdade. É relevante ressaltar que esta verdade relativa não implica dizer que se possa pensar qualquer coisa sobre qualquer coisa, mas sim de que há sempre uma possibilidade de falseabilidade das crenças, é a compreensão do sistema dialético como o sistema que permite a tomada de decisão. Assim, é característica da democracia que as opiniões prevalecentes no debate público, podem sempre mudar de lado, como o pêndulo de um relógio, que ora pende para a direita, ora para a esquerda.²²

Deste modo, é possível concluir que a democracia kelseniana é baseada no princípio de que todos os cidadãos são iguais, razão pela qual não pretendem ser chefiados por outros, postulando assim o princípio da liberdade. No entanto, que compreendem esta liberdade a partir de uma liberdade coletiva, a qual pode ser entendida como a possibilidade de participar da tomada de decisão, possibilitando uma coincidência entre governantes e governados, sendo decidido com base no princípio da maioria, desde que respeitado os direitos fundamentais. O Parlamento é entendido com a instituição central da democracia, uma vez que é o espaço em que os partidos políticos irão confrontar ideais. O Parlamento é formado a partir de eleições proporcionais, pois este método permite uma maior realidade de representação do tecido social. Que as coalizões a serem formadas na busca da governabilidade são positivas, uma vez que permitem a participação dos derrotados nas eleições nas decisões do governo. A prevalência da transparência e da responsabilidade do chefe de governo, bem como, a necessidade de uma educação de qualidade, a fim de permitir a formação de todos os cidadãos para ocuparem a vaga de chefe. E, por fim, o reconhecimento de verdades relativas, uma vez que a imposição de verdades absolutas acaba por sucumbir a dialeticidade própria do sistema democrático. Estes são apenas alguns pontos da teoria kelseniana, compreendidos como os mais relevantes para a análise do modelo brasileiro.

²² Ibidem, p. 103/107.

1.2 A CENTRALIDADE DOS DIREITOS NA DEMOCRACIA DE LUIGI FERRAJOLI

Primeiramente, é relevante dizer que Luigi Ferrajoli, assim como Hans Kelsen, é um dos principais juristas do mundo, de modo que sua análise sobre a democracia advém, também, da sua percepção como jurista, assim, o que será refletido aqui tem relação com o tema que será trabalhado no próximo capítulo, qual seja, as percepções do constitucionalismo brasileiro.

Ferrajoli traz duas dimensões de democracia, que se unem no constitucionalismo democrático, sendo elas a dimensão formal e substancial.²³

A dimensão formal da democracia está atrelada à definição do método de tomada das decisões políticas, são assim chamadas as regras do jogo. Neste aspecto, ela não é suficiente para ser definida como democracia, isto porque, existem outros pressupostos, como a limitação do poder; necessidade de vinculação aos direitos de liberdade, em especial de liberdade política, como condição essencial para o exercício da democracia por todos. A partir dessas indagações, Ferrajoli pretende demonstrar como a democracia, meramente, formal pode romper com dois princípios que a sustentam, quais sejam: a ideia de que o poder do povo é bom e justo e que o autogoverno estaria garantido através deste formato.²⁴

Na visão de Ferrajoli, o primeiro princípio cai por terra a partir da análise de que leis injustas podem sim advir da maioria, exemplo disso é que os regimes totalitários da Europa do século XX, em especial o nazismo e o fascismo, tiveram apoio popular, passando pelo crivo da maioria para, posteriormente, sufocarem a democracia.²⁵

Em relação ao segundo princípio, aquele que imagina a partir da democracia formal a possibilidade de autogoverno ou autodeterminação, é imperioso dizer que, para Ferrajoli, igualmente, ele não se sustenta em uma simples análise empírica, isto porque, nas democracias representativas, o

²³ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 37/38.

²⁴ Ibidem, p. 38/39.

²⁵ Ibidem, p. 39/41.

cidadão está autorizado a escolher quem toma as decisões, mas, via de regra, não vota na decisão em si, bem como, não tem o poder de determinar o voto de seu representante, ante a impossibilidade de mandato imperativo. Além disso, é necessário lembrar que, em uma eventual democracia direta, igualmente, prevalece o princípio da maioria, de modo que a única forma de se obter o autogoverno é um completo consenso entre os cidadãos, o que caso existisse, acabaria com o pluralismo e o debate público, o que fatalmente se converteria em imposição ideológica.²⁶ Em razão disso, para Ferrajoli a “democracia é muito mais o livre dissenso do que o livre consenso”.²⁷ E prossegue:

O único significado que pode ser associado à “autonomia” assegurada pelos direitos políticos é a livre autodeterminação de cada um que se manifesta por intermédio do voto, bem como na participação na escolha dos representantes, no consenso e, ainda mais, no dissenso em relação às suas decisões; na livre adesão, mas também, e ainda mais, na livre oposição; no compartilhamento de opiniões, mas também na crítica e no conflito político legitimamente gerado por este.²⁸

De tal modo, a partir da análise do fracasso da democracia meramente formal, Ferrajoli irá analisar a existência de uma segunda dimensão da democracia, que denomina de substancial ou constitucional, o qual funciona como um “sistema de limites e vínculos substanciais – o princípio da igualdade, a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais – às decisões de qualquer maioria”.²⁹

É importante lembrar que a esses vínculos, a democracia constitucional do segundo pós-guerra atribuiu força jurídica. Neste sentido, a democracia substancial, na visão de Ferrajoli, impôs ao poder político, além da forma como devem ocorrer as decisões políticas, limites em relação ao conteúdo, coadunando com o pensamento de Hans Kelsen, quando este pensa a jurisdição constitucional. Ou seja, começa a pautar a agenda política, com temas que “não podem ser decididos” e, também, com agendas que “não podem deixar de ser decididas”. Assim, a legitimação em uma democracia substancial não pertence

²⁶ Ibidem, p. 41/43.

²⁷ Ibidem, p. 43.

²⁸ Ibidem, p. 43/44.

²⁹ Ibidem, p. 46.

mais, somente, a vontade da maioria, mas, também, ao respeito as normas substanciais constitucionais.³⁰

Neste sentido, para a análise do modelo democrático brasileiro, é relevante abstrair da compreensão de Luigi Ferrajoli, que uma democracia além de forma, possui conteúdo, com limites para os poderes políticos, não permitindo que nenhuma maioria possa decidir ou deixar de decidir determinados temas. É um Estado que faz promessas, seja em sentido liberal, de não promover proibições específicas, seja em sentido social, de promover determinados serviços e direitos. É um modelo de democracia que tem como pressuposto a possibilidade de convivência dos dissensos, em que é natural a discordância sobre temas dos cidadãos.

1.3 AS REGRAS DO JOGO DEMOCRÁTICO DE NORBERTO BOBBIO

Na concepção de Norberto Bobbio, a democracia deve ser considerada como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”.³¹

Nesta perspectiva, pode-se entender que, em um sistema democrático, há a necessidade de se escolher um representante ou governante para tomar as decisões de interesse coletivo, uma vez que imaginar a possibilidade de um governo composto diretamente por todos que compõe uma sociedade é extremamente utópico. Em razão dos tamanhos dos Estados contemporâneos, bem como, da quantidade de cidadãos, verificou-se que é praticamente impossível a implementação da democracia direta, razão pela qual, a maior parte dos Estados contemporâneos, optam pela implementação da democracia representativa, com a criação de partidos políticos, essa organização, na visão de Bobbio, tenciona para a criação de oligarquias dentro desses.³²

³⁰ Ibidem, p. 46/48.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14^a edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 35.

³² Ibidem, p. 100.

No entanto, não basta apenas indicar um representante, é preciso que fique claro qual é o procedimento³³, para esta decisão. Além disso, um Estado democrático é assim caracterizado pela possibilidade de incluir o maior número de pessoas para participar na escolha dos governantes.³⁴

Bobbio ainda coloca uma terceira condição indispensável para esta concepção, mínima, de democracia, que é a de que aqueles que são chamados a eleger o representante tenham plena garantia aos seus direitos de liberdade, tanto de expressão, como de associação, de reunião. É uma condição mínima para que se possa começar a falar em democracia, nenhum espaço é democrático se exercer controle sobre a opinião do outro, impedindo a pluralidade de ideias.³⁵

A construção de uma sociedade plural, não afasta a possibilidade de existência de oligarquias no poder, ou seja, não elimina a presença de uma minoria de pessoas no governo³⁶. Não afasta a presença das oligarquias, mas torna possível a disputa entre diversas oligarquias pelo poder. É importante destacar que, diferentemente de modelos não democráticos, em que há a existência de oligarquias, sem uma disputa pelo poder, em sistemas democráticos, os espaços ocupados pelas oligarquias são disputados e permitem uma alternância, com o consentimento dos eleitores.³⁷

Para uma maior democratização do poder, de acordo com Bobbio é importante que se verifique quais espaços novos de decisão foram abertos ao voto, desde a escola até a fábrica.³⁸

Um efeito colateral importante da ampliação da democracia é que, na visão de Norberto Bobbio, levará para uma apatia política, em virtude da burocratização do governo, de seu baixo rendimento e da tecnocracia das decisões, a qual decorrerá naturalmente do excesso de política. Por vezes, os

³³ São exemplos de procedimento: as eleições, o sufrágio universal, o respeito a pluralidade dos partidos políticos, a liberdade de expressão, de reunião, entre tantos outros que viabilizam a escolha do governante.

³⁴ *Ibidem*, p. 35/37.

³⁵ *Ibidem*, p. 37/38.

³⁶ Uma sociedade democrática, na visão de Bobbio, se caracteriza pela liberdade de associação, sindicatos, partidos políticos, ou movimentos, muitas vezes com interesses contrapostos. Em razão disso, é possível dizer que a sociedade democrática possui diversos centros de poder, o que a torna uma sociedade plural.

³⁷ *Ibidem*, p. 47/49.

³⁸ *Ibidem*, p. 49/50 e 90/92.

cidadãos saturados de tanta política poderão querer seguir suas vidas em tranquilidade. Nas palavras de Bobbio “ao ativismo dos líderes históricos ou não históricos pode corresponder o conformismo das massas”.³⁹

Bobbio aponta que a democracia trouxe para a humanidade alguns legados, sendo, na sua visão, os principais deles o ideal da tolerância, o ideal da não violência, da renovação gradual da sociedade através do livre debate de ideias e o ideal da irmandade.^{40 41}

1.3.1 Critérios para avaliação da democracia, segundo Norberto Bobbio

Um sistema democrático é caracterizado pela possibilidade de dissenso, coadunando com o pensamento de Luigi Ferrajoli. Na visão de Bobbio, a obrigação de um consenso unânime não permite a existência da democracia, pois obriga ao pensamento único e igual. Por óbvio, para se ter alguma decisão ou mesmo ação estatal é necessária a existência de uma regra de tomada de decisão que, geralmente, é composta pelo consenso da maioria, sem, no entanto, silenciar a minoria que discorda.⁴²

Neste sentido, é possível dizer que para medir o grau de democracia de um determinado país, deve-se analisar de que forma é tratada a oposição, ou seja, quem pensa diferente.

Deve-se destacar, ainda, a importância das normas procedimentais em uma democracia, aquelas que estabelecem as regras do jogo, ou seja, que determinam quem são os jogadores, como são escolhidos e como podem atuar. É fundamental em uma democracia que estas regras sejam claras e aceitas pelos jogadores. Assim, aquele jogador que discordar de determinada regra, tem a obrigação de dizer que discorda, porque discorda e como pretende modificá-

³⁹ Ibidem, p. 93.

⁴⁰ Ibidem, p. 67/68.

⁴¹ Nesta concepção, a tolerância deve ser compreendida como não querer impor ao próximo os seus anseios. A não violência parte do pressuposto de que quem pensa diferente não é um inimigo, mas um opositor, que daqui algum tempo, pode estar no poder. O debate livre de ideias deve ser entendido como a possibilidade de defender o seu ponto de vista e de que o outro defenda o dele, sem que isso acabe no uso da força e permita uma reflexão sobre acertos e erros. E, a compreensão da irmandade é o terceiro pilar da revolução francesa, a fraternidade, em que só é possível pensar na humanidade como um conjunto de irmãos que caminham para o mesmo destino.

⁴² Ibidem, p. 100/102.

la. A possibilidade de se debater e até modificar as regras do jogo é próprio do sistema democrático, no entanto, é imperioso perceber que há limites para essas alterações, as quais, via de regra, estão previstas nas Constituições dos Estados, uma vez que, igualmente lá, geralmente, estão as regras do jogo político.⁴³

A questão colocada por Bobbio a partir da possibilidade de mudança das regras do jogo em uma democracia é se todas podem ser modificadas. A título de exemplo questiona a possibilidade de se acabar com a regra da maioria, em um cenário hipotético de uma proposta, apoiada pela maioria, de fechamento do parlamento, entregando todo o poder a uma só pessoa, esta nova concepção, poderia ser considerada uma democracia só porque a sua decisão foi tomada de forma democrática?⁴⁴

Deste modo, há uma esfera de decisões que não podem ser tomadas? E, caso exista, quais são essas decisões? Igualmente, geralmente as Constituições possuem o que o Direito Constitucional convencionou chamar de cláusulas pétreas, que são protegidas dessa possibilidade de modificação, o que deve ser conhecido como a esfera do que não se pode decidir, a exemplo do que já foi defendido por Ferrajoli e Kelsen.⁴⁵

Outra característica da democracia é ficar configurada como o poder visível, de modo que os governantes devem prestar contas para os cidadãos, a respeito dos seus atos. Por óbvio que existem questões dentro de um governo que devem ser sigilosas, até por questão de segurança, no entanto, é necessário compreender que essas são exceções, sendo regra a publicidade.⁴⁶

Rodrigo Salazar Muñoz irá trazer a necessidade de prestar contas como uma forma de consolidação da democracia.

La transparencia en la información pública sirve para consolidar la vida democrática de todo país, al permitirle a los ciudadanos estar más y mejor informados sobre el destino de los recursos públicos, al igual que de la evolución de los programas

⁴³ Ibidem, p. 105/111.

⁴⁴ Ibidem, p. 105/111.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 56/59.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 134/138.

gubernamentales, del cumplimiento a las promesas de campaña y del desarrollo de toda gestión estatal.^{47 48}

Na percepção de Norberto Bobbio, para que se possa falar sobre democracia, são necessárias, ao menos, duas condicionantes, sendo elas: (a) que o poder soberano não seja absoluto, sendo que encontre limites nas liberdades que os indivíduos e grupos possuem e são caracterizados como direitos naturais; (b) o estabelecimento de regras para as decisões coletivas, permitindo que haja a máxima participação nessas decisões.⁴⁹

Para concluir é possível perceber que Norberto Bobbio oferece alguns elementos importantes para o reconhecimento de um sistema como democrático, sendo eles: a clareza e o respeito as regras do jogo; a necessidade de se garantir a liberdade de expressão e de associação; a possibilidade do maior número de pessoas possíveis participarem da tomada de decisão; o alargamento das possibilidades de espaços em que se utilize do voto como critério de tomada de decisão ou, pelo menos, de escolha dos representantes; a existência da tolerância e do princípio da não violência; o espaço de possibilidade de convivência dos dissensos e a necessidade do governo ser transparente em suas ações.

1.4 A EFETIVA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA DE ROBERT DAHL

A primeira premissa estabelecida para que se possa compreender o pensamento de Robert Dahl é que o seu conceito de democracia é traçado a partir de um modelo ideal, algo que ele efetivamente acredita ser a democracia, sem qualquer pretensão de vinculação desse ideal com uma realidade já

⁴⁷ MUÑOZ, Rodrigo Salazar. La transtarencia en la gestión pública, elementos para garantizarla. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 117, p. 559-585, jul./dez. 2018. ISSN 0034-7191. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/596/505>>. Acesso em: 04 maio 2019. p. 561.

⁴⁸ Em tradução livre: A transparência da informação pública serve para consolidar a vida democrática de todos os países, permitindo que os cidadãos sejam cada vez mais informados sobre o destino dos recursos públicos, bem como sobre a evolução dos programas governamentais, o cumprimento das promessas de campanha e desenvolvimento de toda a gestão estatal.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 281.

existente, o que ele fará, de forma mais clara, em um segundo momento, que servirá para aperfeiçoamento deste modelo ideal.⁵⁰

A partir deste pensamento ideal de democracia, estabelece cinco critérios para a percepção de um processo democrático, sendo eles⁵¹:

- A. participação efetiva, entendido como o direito de todos os participantes poderem apresentar de modo efetivo as suas opiniões;
- B. igualdade de voto;
- C. entendimento esclarecido, compreendido como a possibilidade de todos os participantes do processo aprenderem sobre o tema discutido;
- D. controle do programa de planejamento, concebido como a oportunidade de os participantes definirem como e quais as questões serão colocadas em debate e
- E. inclusão de todos os adultos.

Ao se questionar se a democracia é a melhor forma de gerir um Estado, o qual conceitua como “uma associação singular, cujo governo possui uma extraordinária capacidade de obter obediência a suas regras pela força, pela coerção e pela violência, entre outros meios”⁵², Dahl afirma que a democracia traz, pelo menos, dez consequências desejáveis, sendo elas⁵³:

- (a) evita a tirania;
- (b) direitos essenciais;
- (c) liberdade geral;
- (d) autodeterminação;
- (e) autonomia moral;
- (f) desenvolvimento humano;
- (g) proteção dos interesses pessoais essenciais;
- (h) igualdade política;
- (i) busca pela paz;
- (j) prosperidade.

⁵⁰ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2016 (2ª reimpressão). p. 37/43.

⁵¹ Ibidem, p. 49/52.

⁵² Ibidem, p. 57.

⁵³ Ibidem, p. 57/58.

Ao explicitar a primeira consequência desejável, é importante destacar que Dahl não deixa de reconhecer que governos democráticos, igualmente, podem ser tiranos, em especial em temas vinculados à política internacional e migratória. Segundo o autor, contra este mal, apenas um sistema internacional forte em torno da defesa dos direitos humanos não sucumbirá à tirania. A tirania, segundo Dahl, ainda pode se fazer presente na maioria, o que consiste na maioria querendo impor seus desejos à revelia dos interesses de uma minoria que saiu derrotada nos processos decisórios democráticos (eleições). Esta possibilidade da tirania da maioria, sugere a Dahl que não se deve ser complacente com todas as decisões de governos democráticos, uma vez que, em matéria de modelos reais, pode haver erros nas decisões.⁵⁴

Isto significa dizer que nem toda decisão da maioria pode ser legitimada somente pelo fato de que é a vontade da maioria, conforme já visto nos demais modelos democráticos apresentados neste capítulo, em uma democracia há decisões que não podem ser tomadas. Ainda, como já explanado no modelo democrático de Ferrajoli, as maiorias já se apresentaram em formas tiranas como quando da ascensão do nazismo e do fascismo.

É da natureza da democracia a preservação de alguns direitos fundamentais, ou é possível imaginar a implementação dos critérios supracitados sem o exercício de alguns direitos? Sendo alguns deles, para fins meramente ilustrativos, liberdade de expressão, liberdade de associação, direito de voto, direito à igualdade do voto, entre tantos outros, que são imprescindíveis para a implementação de um modelo democrático, coadunando, assim, com o entendimento dos demais autores estudados nesse capítulo.⁵⁵

Para Dahl é também na democracia que a liberdade pessoal do cidadão se torna ampla, e somente a partir de um governo construído pelos próprios governados é que se pode reconhecer a garantia da liberdade pessoal.^{56 57}

⁵⁴ Ibidem, p. 59/61.

⁵⁵ Ibidem, p. 61/63.

⁵⁶ Ibidem, p. 64/65.

⁵⁷ Tal pensamento, pode entrar em conflito com o pensamento anarquista, o qual defenderá que a maior liberdade pessoal existirá quando não mais existir o Estado, ocorre que se torna impossível pensar que em uma sociedade totalmente livre, em que os cidadãos respeitem, por livre convicção, os direitos dos outros, especialmente os mais fortes, ou seja, o modelo anárquico, parece impossível de se realizar. Corroboram

Segundo o autor, é o sistema democrático que permite que as pessoas possam controlar seus próprios interesses. Tal pressuposto, na visão do autor, deve ser analisado a partir de uma premissa muito simples: se o cidadão está incluído, ainda que apenas pelo direito de voto, haverá uma responsabilidade sobre os seus interesses. É importante dizer que não é pelo fato de haver um sistema democrático que existirá a defesa deste interesse, mas as chances são, evidentemente, maiores.^{58 59}

Outro fator relevante de uma democracia é o dever de assegurar a oportunidade de todos participarem da construção das regras. Na concepção de Dahl, isto seria possível a partir de três procedimentos:

- (a) Um processo garantiria que todos os cidadãos teriam oportunidade de apresentar suas ideias antes de determinada lei ser promulgada;
- (b) a garantia de que todos poderão discutir sobre a deliberação, com a possibilidade de negociar conciliações para o aprimoramento;
- (c) em caso de não existir consenso, que a lei proposta pela maioria seja promulgada.

Com a construção desse caminho, defende Dahl, que se pode até estar do lado que perdeu a deliberação, mas ninguém duvidará que o procedimento foi justo.⁶⁰

O exercício da responsabilidade moral e a promoção do desenvolvimento humano, sendo estes, outros aspectos que Dahl defende que são melhores desenvolvidos na democracia, estão intrinsecamente ligados. Isto porque, a responsabilidade moral diz respeito à possibilidade de, a partir das suas concepções, pensar no todo para optar pela melhor opção coletiva. É nesta concepção, da autodeterminação, que se entende, também, que o

com este entendimento: SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. 2011; BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 2017.

⁵⁸ Ibidem, p. 65/66.

⁵⁹ A título ilustrativo em um modelo bem simples de democracia, sem levar em consideração os critérios já citados, há a pretensão de obtenção daquele voto, uma vez que este pode ser útil para a chegada ao poder. Enquanto em um sistema não democrático, certamente, não garante esta visão do interesse daquele cidadão, pois sua opinião pouco importará para a chegada ao poder.

⁶⁰ Ibidem, p. 66/68.

desenvolvimento humano tem maiores condições de prosperar, afinal, são as próprias pessoas que determinam as prioridades do Estado, em um modelo democrático. É importante ressaltar que a democracia, embora não garanta referido desenvolvimento, é fundamental para este.⁶¹

Outra característica, na concepção de Dahl, é sobre a ausência de guerras entre países democráticos, aponta pesquisas que trazem a informação de que das 34 (trinta e quatro) guerras internacionais que existiram entre 1945 e 1989, nenhuma se deu entre dois países democráticos. Na hipótese do autor, isto se deve, também, em razão da ampliação do comércio internacional, uma vez que não se pretende guerrear com um parceiro comercial. Ainda, aponta para o fato de que países democráticos, geralmente, aliados à economia de mercado, acabam por produzir países mais prósperos, em que é mais provável a ascensão social e econômica dos cidadãos.⁶²

Ao discutir a questão da igualdade política é imperioso se atentar que a mera classificação dos cidadãos como iguais, não os tornam iguais⁶³. De tal modo, quando se fala de igualdade, neste aspecto, é importante que se diga que se pensa em um ideal e não em uma ideia real, ou seja, se expressa uma proposição de como deveria ser e não de como realmente é.⁶⁴ Destaca-se que este é um ponto central na concepção de democracia de Hans Kelsen, no entanto, diferentemente de Robert Dahl, Kelsen trabalha com a igualdade política formal, conforme já foi visto.

Outro aspecto que, por vezes toma conta dos debates públicos, é a ideia de entregar a governança para “especialistas”. É importante, preliminarmente, diferenciar que a consulta às pessoas com maior conhecimento técnico ou mesmo a entrega de determinadas decisões, de caráter secundário, para essas pessoas, não significa o mesmo que governar. Na visão de Dahl, não é pelo fato de alguém ter um notório conhecimento que será um bom governante, isto porque, as decisões políticas sempre exigem um caráter ético, uma forma

⁶¹ Ibidem, p. 68/69.

⁶² Ibidem, p. 70/73.

⁶³ Aponta o próprio autor que quando da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, por exemplo, em que se reconheceu a igualdade entre os cidadãos, ainda havia a escravidão no país, sendo que os escravos eram considerados bens e não pessoas.

⁶⁴ Ibidem, p. 75/79.

de ver o mundo, uma ideologia, a qual deve passar pela escolha dos cidadãos, sob pena de se criar um governo dos “iluminados”. Além disso, o autor defende que a manutenção de um grupo no poder, leva, invariavelmente, a um abuso do poder.⁶⁵

Não sendo os letrados a assumir o governo, quem teria a capacidade para governar? Na percepção do autor, pelo viés do princípio da igualdade, todos os adultos teriam iguais condições de governar. É importante destacar que a capacidade dos adultos, aqui, pode ser relativizada, mas, para tanto, deverá haver algum processo próprio a fim de declarar essa incapacidade, sendo ela exceção, em que a regra é a ampla participação.⁶⁶

Para que se consiga atingir a igualdade de possibilidade dos cidadãos, de modo que todos possam compreender adequadamente as pautas debatidas, ainda que, por vez ou outra, precisem do auxílio de um especialista, estes devem ter uma educação de qualidade, chegando Dahl a mesma conclusão já apresentada por Kelsen. Este é um ponto central em uma democracia, para colocar todos em pé de igualdade no debate, a educação pública deve ser de qualidade, permitindo o mais amplo acesso.⁶⁷

A partir de uma segunda concepção, que já adentra na segunda parte da teoria da democracia de Robert Dahl, quando passa a analisar a democracia a partir dos modelos reais possíveis e não mais dos modelos ideais, este estipula seis instituições políticas que uma democracia exige, sendo elas: (a) funcionários eleitos; (b) eleições livres, justas e frequentes; (c) liberdade de expressão; (d) fontes de informação diversificada; (e) autonomia para as associações; (f) cidadania inclusiva.⁶⁸

É importante destacar uma perspectiva sombria da democracia representativa, que é a possibilidade de as elites cooptarem os representantes eleitos, em que essas negociam mais facilmente seus interesses. No entanto, deve-se lembrar, igualmente, que tal cooptação não é tão livre também, uma vez que estes mesmos representantes, por vezes, irão participar de outras eleições,

⁶⁵ Ibidem, p. 83/88.

⁶⁶ Ibidem, p. 89/91.

⁶⁷ Ibidem, p. 92/94.

⁶⁸ Ibidem, p. 97/100.

de modo que não podem perder, ao menos totalmente, os interesses da população de vista.⁶⁹

De tal modo, é possível compreender a visão de democracia de Robert Dahl, a partir de alguns pontos refletidos nesta seção, como: participação efetiva dos cidadãos; igualdade de voto; entendimento esclarecido sobre o tema debatido; possibilidade de controle do programa de planejamento do governo; necessidade de inclusão de todos os adultos; garantia da liberdade de expressão e de associação; a existência de um procedimento para tomada de decisão que permita participação, debate e votação; igualdade de condições para os cidadãos governarem; garantia de educação pública de qualidade, a fim de colocar todos os cidadãos em condições de governar; formação do governo por funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações e a construção de uma cidadania inclusiva.

1.5 O MODELO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A partir das doutrinas que tratam a democracia apresentadas aqui, é possível perceber alguns aspectos destas na democracia brasileira que se aproximam dessas percepções e outros aspectos que se afastam, a partir do que se pode traçar uma breve análise do sistema democrático brasileiro, sem a pretensão de se esgotar o tema. Importante destacar que esta análise é dada a partir dos elementos normativos do Estado brasileiro, não se pretendendo fazer uma análise empírica.

É importante destacar a ideia da igualdade política de Hans Kelsen, a centralidade nos direitos de Luigi Ferrajoli, a obediência as regras do jogo pensada por Norberto Bobbio e a efetiva participação política pensada por Robert Dahl.

O contexto da Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição Federal foi proveniente de anos de ditadura militar, com enorme repressão as liberdades e garantias individuais. Na percepção de Lilia M. Schwarcz e Heloisa M. Starling, o ano de 1973, com a morte do jornalista

⁶⁹ Ibidem, p. 118/129.

Vladimir Herzog, serviu como ponto de inflexão na luta contra a ditadura. A partir desse episódio a luta se modificou das diversas correntes de oposição, como a revolução socialista, para uma união oposicionista em favor das liberdades democráticas. “A democracia era uma forma de sociedade e estava acima de qualquer regime de governo”.⁷⁰

Ainda demorou mais dez anos até o último general deixar o Palácio do Planalto, no entanto, a oposição modificou a forma de fazer a transição, trazendo para dentro da Assembleia Nacional Constituinte vozes de, praticamente, todos os setores da sociedade. Destaca-se que foram encaminhadas 122 emendas populares à Constituinte, contendo mais de 12 milhões de assinaturas, foram essas características que a fizeram ser batizada como a Constituição Cidadã.⁷¹

Em relação a um pressuposto básico da democracia para esses autores, que é a **liberdade de expressão e de associação**, estas encontram garantia no artigo 5º da Constituição Federal, incisos IV, XVII, XVIII e XIX. Ainda, o **respeito à tolerância e à diferença**, igualmente, é reconhecido no artigo 5º, incisos VI e VIII, o que acaba por garantir, também, a possibilidade de se discordar das ações do governo, possibilitando, assim, a **coexistência dos dissensos**, outro postulado destes autores.

A igualdade de voto, o voto secreto e garantia do sufrágio universal, em respeito as regras do jogo pensado por Bobbio, encontram amparo no artigo 14 da Constituição Federal. Ainda, quando a Constituição delimita a organização dos poderes traz diversos artigos que preveem **procedimentos para a tomada de decisão** pelos representantes dos poderes.

A **participação efetiva**, pensada por Dahl, tem previsão, a partir da consagração do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, previstos nos incisos do artigo 14 da Constituição Federal, ainda que estes instrumentos tenham, talvez, sido poucos utilizados. A **previsão de eleições proporcionais** para a Câmara dos Deputados está no artigo 45 da Constituição Federal.

A garantia de fontes diversificadas de informação está prevista no artigo 220, §5º da Constituição Federal. A proteção aos Direitos Fundamentais,

⁷⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2ª ed. São Paulo : Companhia de Letras, 2018. p. 471/473

⁷¹ Ibidem, p. 488.

como cláusulas pétreas, está prevista no art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal. **O reconhecimento da igualdade entre os cidadãos**, pensada por Hans Kelsen, está previsto no art. 5º da Constituição Federal. A **educação** está garantida, com *status* de direito social, no artigo 6º da Constituição Federal.

Os **partidos políticos**, igualmente, encontram guarida na Constituição Federal, estão no art. 17.

A **centralidade nos direitos**, pensada por Ferrajoli, pode ser extraída do art. 60 da Constituição Federal, o qual impõe regras rígidas para a modificação do texto constitucional, inclusive com a previsão de regras que não podem ser modificadas (§4º), conhecidas como cláusulas pétreas. Igualmente, perceptível esta centralidade quando atribui ao Poder Judiciário a tarefa de ser o guardião da Constituição, conforme se pode extrair do art. 102 da Constituição Federal.

Luiz Edson Fachin e Christine Peter da Silva, ao analisarem a democracia representativa brasileira, chegam à conclusão de que é necessário construir instrumentos, constitucionais, para o aprimoramento da participação dos cidadãos nas decisões governamentais, levantam alguns temas das propostas de reformas políticas existentes, como o voto *destituente*, o veto popular e a candidatura avulsa. Por fim, reconhecem a relevância do Poder Legislativo na construção de uma sociedade plural.⁷²

Outro ponto para se destacar no Brasil, é que a partir de 2003, havia se iniciado, por exemplo, uma tradição do Presidente da República indicar para a Procuradoria Geral da República, o procurador mais votado entre os seus pares, o que não ocorreu em 2017, com a indicação da Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, bem como, em 2019, com a indicação do atual Procurador Geral da República, Augusto Aras.

Ainda, igualmente, é tradição que os reitores das Universidades Federais sejam indicados após consulta pública aos membros da Universidade em questão, o que foi quebrado pelo atual governo brasileiro. De modo que, em

⁷² FACHIN, Luiz Edson; DA SILVA, Christine Peter. Democracia representativa no Brasil: Breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 8, nº 1, jan./jun. 2017. p. 225/239. Acesso em 24/10/2019. Disponível em <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/327>.

uma avaliação, a partir do critério de Norberto Bobbio, da expansão dos lugares de voto, houve um retrocesso na democracia brasileira.

Igualmente, é importante lembrar que não é pelo fato de haver previsão constitucional destes institutos, que se garanta o seu funcionamento de modo adequado, o que somente poderia ser analisado a partir de uma pesquisa empírica, o que não é o objeto, tampouco a pretensão, deste trabalho. De tal modo, não se pretende aqui discutir se a educação pública é de qualidade, apenas de que o aparato legal a prevê.

Deste modo, é possível perceber que o sistema democrático brasileiro possui as garantias necessárias para o desenvolvimento da democracia constitucional. Deve-se ressaltar que há espaços a serem desenvolvidos, como por exemplo, a ampliação da garantia de espaços em que a tomada de decisão, ao menos em relação ao representante, será escolhido pelo voto direto dos envolvidos, como por exemplo, nas Universidades Federais, na Procuradoria Geral da República, no comando das empresas estatais, entre outros espaços que podem ser democratizados.

2 O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: ENTRE O POLÍTICO E O JURÍDICO

A compreensão que o Direito é produto da política e que esta é limitada pelo Direito, advém das ideologias vencedoras do século XX⁷³, a democracia (abordada no capítulo anterior) e o constitucionalismo (objeto deste capítulo).

A partir dessa premissa se percebe como necessário para atingir o objetivo desta pesquisa o estudo da democracia e a identificação do seu modelo, aqui defendido a partir de uma democracia representativa constitucional, para que se possa debater qual é a função do Direito no Estado brasileiro.

Para a efetiva existência da democracia, foi necessário garantir alguns direitos essenciais, conforme apontado no capítulo anterior, os quais, geralmente, ganham *status* de direitos constitucionais, na mais alta escala destes, reconhecidos como direitos fundamentais. Estes mesmos direitos, passaram a ser discutidos há alguns séculos, não se configuram como uma construção meramente contemporânea. Assim, entende-se necessário resgatar este surgimento para compreender qual é o limite de atuação do órgão (Poder Judiciário) que teria como incumbência primordial guardá-los.

Para tanto, será necessário passar por alguns elementos do Estado brasileiro, a fim de que se possa considerar, entre os modelos constitucionais político e jurídico, qual se aproxima ao modelo brasileiro. Nesse percurso, será necessário estabelecer, ainda que brevemente, como surgiu o Estado Constitucional Contemporâneo, a partir da análise dos modelos de Estado Constitucional e como a ideologia do Estado Constitucional e Democrático de Direito surgiu, que tem como pretensão primordial a limitação dos poderes, a proteção aos direitos fundamentais e a promoção da democracia.

⁷³ Concepção esta compartilhada por diversos autores, como: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2002; DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2016 (2ª reimpressão); BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, entre outros.

Dentro deste panorama, entende-se necessária uma leitura sobre o princípio da separação dos poderes, em virtude de ser por meio deste que se exerce a limitação dos poderes. É importante ressaltar que a convivência entre os poderes deve se dar de forma harmônica, de modo que caso haja uma usurpação de competência por parte de um poder em detrimento de outro, efetivamente, não haverá limitação do poder.

Ainda, deve-se compreender a configuração da força normativa da Constituição, reconhecendo-a como norma jurídica, capaz de impor limites aos poderes constituídos. A partir dessa compreensão surgirá o controle de constitucionalidade que, igualmente, é necessário se debruçar para que se possa entender os limites de atuação dos órgãos competentes por exercer este controle. Deve-se, também, traçar um conceito sobre a mutação constitucional, que será uma possibilidade de se mudar a Constituição, não o seu texto, mas o seu sentido. Além disso, buscou-se compreender os Direitos Humanos como normas de limites ao texto constitucional.

Posteriormente, passa-se à análise dos modelos de constitucionalismo, aqui dividido em político e jurídico, cada qual com o seu entendimento sobre o processo de tomada de decisão, especialmente, em matéria de direitos fundamentais. É importante dizer que não se desconhece as mais diversas classificações dadas aos modelos de constitucionalismo, no entanto, para os fins que se objetiva este trabalho, entendeu-se como mais adequado trabalhar com esta classificação.

Por fim, passará à análise do modelo brasileiro, a partir dos modelos de constitucionalismos apresentados. Neste ponto, é importante dizer que se está a analisar o modelo ideal, aquele adotado pela nossa Constituição, não sendo analisado, neste momento do trabalho, o modelo real, ou seja, aquele que efetivamente ocorre no Brasil, o que não quer dizer que não possa ser o mesmo modelo ao fim, mas deve-se deixar claro que neste capítulo será feita a análise a partir do texto constitucional e não a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal, que ficarão para análise no terceiro capítulo.

2.1 ANTECEDENTES DO CONSTITUCIONALISMO

Para a compreensão do surgimento do Estado Constitucional e, a posterior tensão entre o que chamaremos de constitucionalismo político e constitucionalismo jurídico, é necessário entender, brevemente, a formação do Estado como conhecemos atualmente, para que se perceba como e porque se alcançou o modelo atual, o que facilitará a compreensão dos limites de cada Poder estatal. No entanto, se fará um recorte metodológico a partir do chamado Estado Liberal de Direito, a fim de que não se entre em maiores discussões sobre os modelos de Estados anteriores, que pouco acrescentariam para este estudo.

É importante visualizar, brevemente, o modelo de direito existente antes do Estado Liberal de Direito, a fim de que se compreenda em que contexto este surgiu. Segundo Ferrajoli⁷⁴, o modelo de direito vigente era o jurisprudencial pré-moderno, o qual, em razão da inexistência de um monopólio da produção normativa, tinha como base intrínseca a justiça ou a racionalidade, vez que era o predomínio das máximas que valiam para determinação do Direito. De tal modo, verifica-se um verdadeiro contraste entre a moral e o direito, pois, nem sempre, o que estava escrito valia, mas havia de ser considerado justo pelo intérprete para atingir a validade.

No modelo de Estado Feudal, o Estado era absolutista, ou seja, as decisões político-jurídicas estavam sob a chancela do monarca ou do Príncipe. É preciso compreender este conceito como sendo absoluto para cima, ou seja, o rei não reconhecia qualquer autoridade acima dele, nem o papa, nem o imperador, razão pela qual houve, neste momento, um certo rompimento com a igreja católica, o que ocasionou o surgimento de novas ordens religiosas, o protestantismo, o anglicanismo, o calvinismo. Entretanto, quando o rei olhava para dentro de seu território, ele tinha um modelo de poder extremamente fragmentado, plural, uma vez que cada senhor feudal ainda mandava em suas terras. Aliás, há quem entenda que foram esses que pensaram nesta concepção de centralizar o Estado na pessoa do monarca, a fim de tentar manter seus poderes locais, expressos a partir, inclusive, dessa diversidade que era o Direito, contando mais com a noção de Justiça do intérprete do que qualquer garantia que pudesse existir.⁷⁵

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 17/18.

⁷⁵ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da

Paolo Grossi vai desmistificar a ideia de um governo absolutista, no sentido comumente imaginado, uma vez que lembra que o Direito na sociedade medieval surge, muito mais, da sociedade e da sua prática, de seus costumes, do que de um poder político centralizado, afirmando, inclusive, que “*antes existia o direito; o poder político vem depois*”⁷⁶

Walter Guandalini Júnior aponta que neste período havia uma grande pluralidade de regras, sem uma definição hierarquizada e com uma perspectiva bastante flexível. De tal modo, não havia uma regra de exclusão de alguma fonte do direito, ficando a análise para o caso concreto a partir do convencimento do magistrado de aplicar aquela que melhor se adaptasse ao preceito de realizar a justiça, sendo que era compreendida esta atividade não como correção do ordenamento, tampouco como criação, mas como descobrimento e interpretação do direito.⁷⁷

Ocorre que o feudalismo entra em crise a partir do esgotamento territorial da Europa, uma vez que sua economia era pautada na agricultura. Para além desta crise territorial, a peste negra acaba por dizimar 40% (quarenta por cento) da população europeia, razão pela qual há também uma crise da mão de obra. Com o declínio dos senhores feudais, emerge uma nova classe na Europa que é formada pelos comerciantes, conhecida por burguesia.⁷⁸

A ascensão da burguesia, naquele momento histórico, provocaria o distanciamento do sistema feudalista para um sistema mercantilista. Ainda, esta era uma classe desprestigiada, uma vez que naquele cenário o poder social era dividido entre a aristocracia e o clero, este muitas vezes criado pelo próprio monarca, em especial quando não possuía boa relação com o papa. Entretanto, esta nova classe era responsável por sustentar seus privilégios e quase não possuía força representativa.⁷⁹

tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 166/182.

⁷⁶ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis : Fundação Boiteus, 2004. p. 28/32.

⁷⁷ GUANDALINI JR., Walter. **Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 54, dez. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30734>>. Acesso em: 02 nov. 2019. p. 151/152.

⁷⁸ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **Op. cit**, p. 166/182.

⁷⁹ Idem.

Schioppa irá apontar que essa perda de espaço do costume dentro da ordem jurídica, irá ocorrer de forma muito gradual, sendo que a própria Idade Moderna ainda utilizava, em seus primórdios, os costumes como fonte principal do Direito, alterando, tão somente, de forma mais visível, após as reformas iluministas do século XVIII.⁸⁰

Como nos lembram Lenio Luiz Streck e Luis Bolzan de Moraes, ao contrário do que se possa imaginar, a monarquia favoreceu os interesses da nova classe burguesa, principalmente no campo econômico. Isso porque, não tinha mais força política capaz de segurar a expansão capitalista, tendo passado a estimulá-la⁸¹:

A monarquia absoluta não dispunha de outro remédio senão exercitar a política que lhe mantivesse no poder, uma vez que qualquer vacilação poderia ser fatal. Aí avulta toda a contradição: *a superestrutura política do feudalismo abrindo à infraestrutura econômica da burguesia caminhos que lhe eram fatais*, isto é, o absolutismo real aparelhando a crise revolucionária que teria como corolário sua própria destruição⁸².

A partir do fortalecimento da classe burguesa e o desenvolvimento de teorias contratualistas, a ideia do poder ilimitado próprio daquele modelo de Estado absolutista foi ficando cada vez mais frágil.

É nesse contexto que surge na Europa a partir do século XVIII o Estado de Direito Liberal, que tem como principal causa a ascensão da burguesia, uma vez que o interesse no momento era se proteger das arbitrariedades e da falta de previsibilidade do Estado de Polícia. De tal forma, o surgimento deste modelo de Estado tem como escopo principal garantir alguns direitos fundamentais, em especial, os pautados na liberdade e na propriedade, buscando, deste modo, garantir o pleno funcionamento do sistema capitalista, com a proteção dos direitos da elite econômica da época.⁸³

É no Estado Liberal que se inicia uma divisão dos poderes, estabelecendo-se o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, mais próximo do que conhecemos hoje, consabido que já haviam expressões desses de forma

⁸⁰ Ibidem, p. 163/164.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e teoria do estado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2014. p. 51/52.

⁸² Ibidem, p.52

⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra : Almedina, 2013. p. 73/76.

um tanto diversa, mas esse Poder Judiciário, ainda exercia uma atividade um tanto mecânica de obediência às leis produzidas pelo Legislativo, era o império das leis que estava no centro do ordenamento jurídico.⁸⁴

É nesse cenário que o capitalismo aflora, a burguesia, a partir do Estado Liberal, modifica completamente as relações sociais, a partir de diversos fatores, os quais são apresentados por Marx e Engels:

A burguesia suprime cada vez mais a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Aglomerou a população, centralizou os meios de produção e concentrou a propriedade em poucas mãos. A consequência necessária disso foi a centralização política. Províncias independentes, ligadas entre si quase que só por laços confederativos, com interesses, leis, governos e tarifas aduaneiras diferentes, foram reunidas em *uma só* nação, com *um só* governo, *uma só* legislação, *um só* interesse nacional de classe, *uma só* barreira alfandegária.⁸⁵

A partir disso, no decorrer dos séculos XVIII e XIX começam a surgir na Europa diversas tensões sociais, as quais começaram a ameaçar o poder da burguesia, de modo que essa não via mais outra possibilidade que não a permissão da intervenção estatal em alguns casos, momento em que começam a surgir os direitos sociais. Esses direitos foram verdadeiras “moedas de troca” da elite social para a sua própria manutenção no poder, além, é claro, de trazer algumas vantagens, sendo as principais delas: a flexibilização do sistema, o que possibilitou a sua manutenção de forma mitigada; a divisão por todo o povo dos custos da infraestrutura básica, necessária para o desenvolvimento do capital e o benefício decorrente da concessão de obras e serviços públicos.⁸⁶

Marx e Engels⁸⁷ vão dizer que, por vezes, os operários triunfam em suas lutas e essas são convertidas em alguns direitos, lembrando que essa não é a vitória fundamental do proletariado, pois é apenas uma pequena concessão da burguesia que não vai libertá-lo da sua condição de operário, que sua verdadeira vitória está na sua organização, mas são esses reconhecimentos

⁸⁴ ARRABAL, Alejandro Knaesel; DIAS, Feliciano Alcides. **Estado Liberal, Social e Democrático de Direito: observações frente à complexidade contemporânea.** Revista Jurídica. Blumenau, 2016, vol. 20, n. 43, jan./abr., pp. 19-36. Disponível em: < <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/6417/3518>> Acesso: 30 mai. 2018. p. 21/23.

⁸⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista.** 5ª reimpressão. Martin Claret : São Paulo. 2010. p. 50.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Op. cit.**, p. 76/78.

⁸⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Op. cit.**, p. 54.

legais ou constitucionais que irão caracterizar esse segundo modelo de Estado, qual seja, o Estado Social.

Porém, em ambos os modelos, não havia o controle de constitucionalidade em relação ao conteúdo das normas, tão somente, o controle formal. Ou seja, na classificação dos modelos de direitos trazidos por Ferrajoli, pode-se dizer que estes primeiros seriam parte do modelo legislativo, onde não importava o conteúdo da norma, mas sim a sua fonte, reconhecendo a possibilidade de existência de normas injustas, mas válidas. Era o preço que se pagava pela certeza do direito, foi um momento de fortalecimento da segurança jurídica, ainda que isso não representasse, necessariamente, a existência de “justiça”.⁸⁸

A burguesia busca neutralizar politicamente o Poder Judiciário, tornando-o um aplicador das leis, em que não se busca nenhuma segurança jurídica com valores, mas sim com a lei válida, independentemente, de ser alterada amanhã ou depois. A preocupação do Poder Judiciário seria com a segurança jurídica abstrata, podendo-se, livremente, manipular as estruturas, no caso, as leis.⁸⁹

“O direito natural desaparece no liberalismo na medida em que a democracia – e com ela a teoria do contrato social – se afirma. A universalidade da lei positiva passa para o centro do sistema jurídico.”⁹⁰. De tal modo, na avaliação de Franz Neumann, fica muito claro que a burguesia se utiliza do conceito da lei conforme melhor lhe provém, ora dando-lhe validade apenas a partir da *voluntas* e ora exigindo sua *ratio*, o que coaduna com o pensamento de Ferrajoli.⁹¹

Fez-se necessário superar esse modelo, uma vez que foi sob o manto da legalidade que o mundo viu surgir na Europa no decorrer das décadas de 30 e 40 do século XX modelos de Estado que horrorizaram a humanidade, como o

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 17/19.

⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?** In: Revistausp. São Paulo, nº 21. 1994. p. 15/16.

⁹⁰ NEUMANN, Franz. **A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa.** In: Revista Brasileira de Estudos Políticos: Belo Horizonte, 2014. n. 109. jul./dez. 2014. p. 24.

⁹¹ Ibidem, p. 21/24.

nazismo e o fascismo⁹². Razão pela qual adveio com força total a partir de meados do século XX o terceiro modelo de direito apresentado por Ferrajoli como o modelo constitucional, no qual houve o reforço do princípio da legalidade com o acréscimo da sua esfera substancial.⁹³

Roberto Gargarella demonstra como a Constituição se torna diferente da legislação ordinária, a condicionando materialmente inclusive.

La Constitución es, por definición, un tipo de norma distinta de la legislación ordinaria. Basta recordar, sin pretensión de exhaustividad, algunos de los rasgos que marcan esta diferencia. Algunos de estos rasgos están estrechamente interrelacionados, de manera que seguramente existen superposiciones entre ellos. Primero, la Constitución es la ley suprema, y subordina tanto la forma de creación como el contenido de la legislación inferior. Segundo, la Constitución establece las instituciones fundamentales del Estado y define sus facultades y objetivos. Tercero, la Constitución consagra el catálogo de derechos fundamentales de las personas. Y cuarto, la Constitución prevé una serie de garantías para preservar su supremacía, entre las que interesa destacar la llamada rigidez constitucional –es decir, el hecho de que la reforma de la constitución requiera un procedimiento más gravoso que la aprobación o modificación de legislación ordinaria.^{94 95}

Diferentemente dos modelos de Estado Liberal e Social, o Estado Democrático de Direito assume uma responsabilidade na transformação do *status quo*, sendo que traz para o seu centro a busca pela igualdade material⁹⁶,

⁹² Conforme dito no capítulo anterior, foram esses sistemas, ainda que democráticos, que permitiram a ascensão do nazismo e do fascismo ao poder, sistemas nada democráticos por sua vez.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 19/22.

⁹⁴ GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas interrogantes**. Naciones Unidas: Santiago de Chile, 2009. Disponível em https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 11 ago. 2018. p. 13.

⁹⁵ Em livre tradução: A Constituição é, por definição, um tipo de norma distinta da legislação ordinária. É suficiente lembrar, sem pretender ser exaustivo, algumas das características que fazem essa diferença. Algumas dessas características estão intimamente inter-relacionadas, então certamente há sobreposições entre elas. Primeiro, a Constituição é a lei suprema e subordina a forma de criação e o conteúdo da legislação inferior. Em segundo lugar, a Constituição estabelece as instituições fundamentais do Estado e define suas facultades e objetivos. Terceiro, a Constituição consagra o catálogo dos direitos fundamentais dos indivíduos. E quarto, a Constituição prevê uma série de garantias para preservar sua supremacia, entre as quais se destaca a chamada rigidez constitucional - isto é, o fato de que a reforma da Constituição exige um procedimento mais pesado do que a aprovação ou modificação da legislação ordinária.

⁹⁶ Característica defendida por Robert Dahl como necessária na implementação de um sistema democrático, conforme visto no capítulo anterior.

que apesar de já estar presente, ainda que timidamente, no Estado Social, recebe outros contornos, tendo como uma de suas principais características a vinculação ao projeto de solidariedade.⁹⁷ “O ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos”.⁹⁸

Para Lenio Luiz Streck e Jorge Luis Bolzan de Moraes, o Estado Democrático de Direito tem a pretensão de modificar a realidade, em que a legalidade assume o conteúdo de busca efetiva pela concretização da igualdade. O Estado Democrático de Direito passa a ser um fomentador da participação pública e plural na construção de uma nova sociedade⁹⁹, de modo que ele ultrapassa as concepções liberais e sociais, uma vez que impõe ao poder público um conteúdo utópico de transformação da realidade.¹⁰⁰

Para Jorge Reis Novais, o Estado Social, aos poucos, se converte em Estado Social e Democrático de Direito, em virtude dos valores que persegue, se é natural deste modelo estatal que reconheça direitos políticos¹⁰¹, cabe a ele proteger a autonomia individual, o que só poderá ser feito em um sistema democrático. E, esse reconhecimento impõe ao Estado alguns elementos, desde eleições livres para a escolha de uma assembleia deliberativa, bem como, o reconhecimento do pluralismo partidário, o direito de oposição, a alternância do poder, entre tantos outros inerentes de um regime democrático.^{102 103}

No Estado Democrático de Direito, surge, igualmente, a necessidade de se atribuir valor jurídico à norma constitucional. Assim, uma norma para ser válida, não dependia mais, tão somente, da forma como foi produzida, mas

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Op. cit.**, p. 103/105.

⁹⁸ Ibidem, p.105.

⁹⁹ O reconhecimento da pluralidade e da diferença de opiniões é, também, uma característica dos modelos de democracia constitucional, conforme demonstrado no capítulo anterior.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estado Democrático de Direito**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. p. 113/114.

¹⁰¹ Ponto essencial de regimes democráticos, conforme demonstrado no capítulo anterior.

¹⁰² NOVAIS, Jorge Reis. **Op. cit.**, p. 207/209.

¹⁰³ Todos esses elementos foram tratados no primeiro capítulo, como sendo indispensáveis para a existência de um sistema democrático constitucional.

também do seu conteúdo, que deve ser compatível com a norma constitucional, a qual possui força hierárquica superior às demais normas.^{104 105}

O constitucionalismo rígido e democrático do *Estado constitucional de direito*, que não por acaso se afirmou na Europa após a liberação dos diferentes fascismos, substitui essas representações ideológicas com a explícita positivação, no pacto constitucional, dos fundamentos e da razão de ser do artifício estatal: de um lado, as formas representativas da democracia política e a separação dos poderes, de outro, os direitos fundamentais impostos às decisões políticas enquanto limites e vínculos de substância. A política, cujas formas e instituições representativas são geradas e legitimadas pelo exercício dos direitos políticos, continua sendo o motor da nomodinâmica jurídica. Mas o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.¹⁰⁶

Na visão de Jorge Reis Novais, este modelo de Estado traz três importantes elementos: “a segurança jurídica que resulta da proteção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática”.¹⁰⁷ No entanto, o próprio autor destaca que esta autodeterminação democrática está limitada pelos vínculos criados na constituição, estes conhecidos como direitos fundamentais.¹⁰⁸

Na concepção do primeiro *Estado legislativo de direito*, que não possui constituições rígidas, mas no máximo constituições flexíveis, o fundamento do Estado vinha expresso por intermédio de fórmulas de tipo vagamente metafísico e organicista: o corpo social, a nação, a vontade geral, o *demos*, o povo soberano, o espírito do povo e tantos outros, dos quais a esfera pública era tomada como expressão política. O constitucionalismo rígido e democrático do *Estado constitucional de direito*, que não por acaso se afirmou na Europa após a liberação dos diferentes fascismos, substitui essas representações ideológicas com a explícita positivação, no pacto constitucional, dos fundamentos e da razão de ser do artifício estatal: de um lado, as formas representativas da democracia política e a separação dos poderes, de outro, os direitos fundamentais impostos às decisões políticas enquanto limites e vínculos de substância. A política, cujas formas e instituições representativas são geradas

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 19/22.

¹⁰⁵ O que Kelsen trabalha na democracia a partir da jurisdição constitucional, enquanto Ferrajoli trabalha como a esfera do que não se pode decidir ou não se pode deixar de decidir. Norberto Bobbio e Robert Dahl, outros autores trabalhados no capítulo anterior, igualmente reconhecem esta dimensão como necessária para a existência de um regime democrático constitucional.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 22.

¹⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Op. cit.**, p. 210.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 210/213.

e legitimadas pelo exercício dos direitos políticos, continua sendo o motor da nomodinâmica jurídica. Mas o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.¹⁰⁹

Diante disso, neste novo arranjo institucional, que conhecemos como Estado Constitucional, será estabelecido um duplo vínculo, um estrutural, com o Estado de Direito e outro, instrumental, com a democracia.¹¹⁰

No entanto, este novo modelo traz consigo a centralidade da constituição no ordenamento jurídico¹¹¹, o que acaba criando, inevitavelmente, uma judicialização de questões que seriam, em tese, políticas. Até porque, como visto, é deste modelo ter a pretensão de alterar o *status quo*, objetivando a modificação da realidade social. Trará, também, um enorme debate para os doutrinadores, a fim de que se pense qual é o limite dessa judicialização. Há correntes diversas que entendem que o constitucionalismo, atualmente, pende mais ou ao menos deveria, para um constitucionalismo político ou jurídico, a depender da análise de cada doutrinador, conforme se demonstrará mais adiante.

A questão aqui apresentada é sobre a legitimação do Poder Judiciário de dar a “última palavra” em termos de controle de constitucionalidade e formação da vontade do Estado. Isto porque, atualmente, há quem defenda o retorno da centralidade da discussão política para o Poder Legislativo, bem como, há doutrinadores que defendem o império do Direito no que diz respeito à definição política, inclusive.

Toda esta disputa pelo conceito acaba trazendo diferentes formas de se pensar alguns aspectos do direito constitucional, como o princípio da separação dos poderes, o controle de constitucionalidade, somente possível após o reconhecimento da força normativa da Constituição, a mutação constitucional.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 21/22.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 31/32.

¹¹¹ Característica esta, indispensável, para o reconhecimento de um modelo democrático constitucional na visão de Ferrajoli, conforme apontado no capítulo anterior.

2.2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS QUE IMPLICAM NA TENSÃO EXISTENTE ENTRE DEMOCRACIA E DIREITO

Alguns aspectos da teoria constitucional acabam por estar no centro da tensão existente entre democracia e direito, de modo que, considerando a temática do trabalho, faz-se necessário se ater de forma mais detalhada nesses temas.

2.2.1 Uma nova separação de poderes

O livro “O espírito das leis”, datado de 1748, de Montesquieu foi escrito em um momento histórico que antecedia as revoluções burguesas do século XVIII, quando se percebia que para a construção de uma sociedade mais paritária, era necessário distribuir os poderes de forma mais equânime. Para tanto, era imprescindível superar o governo dos homens, para um governo de leis, estas que viriam a ser formuladas por um Poder Legislativo, executadas por um Poder Executivo e que tinham a sua mera aplicação garantida pelo Poder Judiciário.

No modelo pensado por Montesquieu¹¹² não cabia aos julgamentos a opinião particular do juiz, limitando sua atuação, tão somente, uma reprodução precisa da lei. Uma premissa baseada na ideia de que cabia aos cidadãos viverem em uma sociedade na qual se soubesse as regras as quais estariam submetidos, não ficando ao livre arbítrio do juiz.

Assim, Montesquieu defendia que nenhum poder poderia ser excessivo, pois para qualquer dos lados que pendesse existiria alguma forma de arbítrio:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos

¹¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo : Martin Claret, 2010. p. 169/171.

cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.¹¹³

Para Montesquieu, a teoria da separação dos poderes é um meio de garantir a boa atuação dos governos, possibilitando a existência de divergências entre os poderes, funcionando em perfeita harmonia na busca por um modelo de governo não autoritário.¹¹⁴

A compreensão da teoria da separação dos poderes não pode ser entendida como absoluta, até porque, atualmente, vivemos em um Estado Democrático de Direito com um forte viés de Estado Social, ou seja, que possui promessas constitucionais que devem ser efetivadas com o passar do tempo.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior vai defender que o Direito mudou, o que antes era um Direito voltado para o passado, que buscava estabelecer a ordem após os fatos acontecerem e a aplicação da norma se dar por simples subsunção do texto normativo aos fatos, agora está voltado também para o futuro, em que as Constituições, em função, especialmente, dos Direitos Sociais, possuem compromisso prospectivo de mudança da realidade social, em virtude disso, o Poder Judiciário começa a enfrentar um movimento de desneutralização política¹¹⁵.

Dito isso, deve-se lembrar que, no século XVIII, o único objetivo do Direito Constitucional era limitar o poder do Estado, enquanto na atualidade ele impõe deveres a este Estado. De tal modo que cada um dos poderes serve como um mecanismo de impulsos-freios-contrapesos. Nas palavras de Flávio Pansieri: “Assim se compreende a Separação dos Poderes como um conjunto de atribuições distribuídas a órgãos distintos, com atribuições múltiplas e com a

¹¹³ Ibidem, p. 169.

¹¹⁴ KRIEGER, Bruno Thiago; RIBAS, Raul; QUADROS, Doacir Gonçalves de. O foro especial por prerrogativa de função e o princípio da separação dos poderes. AGENDA POLÍTICA, v. 7, p. 138-161, 2019. Disponível em: <http://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/253/240>. Acesso em 02 de nov. de 2019. p. 141/143.

¹¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Op. cit.**, p. 18/21.

obrigação de limitar e impulsionar a atividade dos demais órgãos, por meio de mecanismos legais previamente definidos”¹¹⁶.

Nuno Piçarra argumenta que o Estado de Direito do século XX já não tem uma tão clara divisão de poderes, uma vez que a lei ganhou, além da natureza política, uma natureza jurídica e, isto ocorreu, também, com as normas constitucionais, de modo que a tutela dos princípios e garantias constitucionais, não podem caber ao legislador, sob pena de inexistir força normativa na Constituição. No entanto, igualmente, não se pode permitir que o Poder Judiciário, ainda que tenha como função executar a Constituição, atue, indevidamente, no lugar do Poder Legislativo, uma vez que este possui legitimidade democrática, apontando para uma presunção de constitucionalidade das leis.¹¹⁷

É importante que se perceba esta evolução na teoria da separação dos poderes, onde, atualmente, se permite um avanço no controle de um poder sobre o outro. No entanto, deve-se respeitar as suas possibilidades legítimas de atos discricionários aceitos pelo Direito, ou respostas adequadas constitucionalmente.¹¹⁸

O princípio da separação de poderes é ancorado na aceção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passa por uma acentuada mudança, e, assim, a separação de poderes. Discricionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. Juízo discricionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o Direito. Discricionariedade, nesse sentido, também não se confunde com “discricionariedade interpretativa”, valendo sempre lembrar a aguda crítica de Dworkin ao positivismo de Herbert Hart, aplicável ao decisionismo de Hans Kelsen. Possível, de todo

¹¹⁶ PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 139.

¹¹⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra : Coimbra Ed, 1989. p. 258/262.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários ao art. 2º**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. p. 142-146.

modo, a investigação do juízo discricionário ou, a rigor, do alegado juízo discricionário no intuito de apurar se há mais de uma atitude abrigada pelo sistema jurídico e se a adotada está entre elas. Há, destarte, uma reengenharia da separação dos poderes, com o judiciário promovendo a sindicância de hipóteses até pouco tempo consideradas proibidas.¹¹⁹

Com esta mudança, reconhece-se um novo juiz, o qual não é mais a boca da lei, uma vez que a sentença não é um ato declaratório pronto, mas sim um ato criativo. Isto não quer dizer que se permite total liberdade aos magistrados, os quais tem o dever de pronunciar um julgamento coeso com o texto normativo.¹²⁰

Assim, percebe-se que o princípio da Separação dos Poderes vem se modificando com o passar do tempo, devendo se adaptar às mudanças sociais que ocorrem. De tal modo, o princípio da Separação dos Poderes revisitado compreende um Judiciário que tem certa área de atuação sobre as decisões políticas do país. No entanto, vale lembrar que esta participação não admite voluntarismos deste órgão, o qual encontra limite no texto constitucional e deve respeitar as autonomias dos demais poderes, desde que estes produzam atos adequados a ordem constitucional.

2.2.2 A força normativa da constituição

Deve-se trazer a discussão sobre a normatividade da Constituição, a qual é antiga e nos remete muito aos conceitos de Constituição apresentados por Lassalle (sociológico) e Hesse (normativo), sem que se desconheça os demais conceitos de Constituição apresentados, em especial, por Schmitt (político) e Kelsen (jurídico). Somente a partir dessa discussão, que mudou o paradigma do princípio da separação de poderes é que é possível perceber como referido conceito mudou.

Lassalle acreditava que a Constituição expressava, tão somente, questões políticas e que transporia apenas os fatores reais de poder presentes na sociedade, eis que estes é que determinavam como seriam as leis e as instituições da sociedade. Afirmava, ainda, que a Constituição jurídica era,

¹¹⁹ Ibidem, p. 145.

¹²⁰ Ibidem, p. 142-146.

apenas, um pedaço de papel. De modo que, Lassalle rejeitava qualquer intenção de atribuir força normativa para a Constituição, não tendo qualquer pretensão de mudar a realidade do país.¹²¹ É importante destacar que este conceito, foi elaborado por Lassalle em 1862.

Em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959, Hesse se complementa a ideia de Lassalle, na bem da verdade 97 (noventa e sete) anos depois, não se pode dizer que houve uma contraposição, pois, os mundos que os dois viveram foram totalmente diferentes. Sem ter uma ideia dissociada da realidade existente, mas, igualmente, se opondo a ideia de uma realidade sem qualquer norma, essa era a premissa de Hesse. Neste pensar, uma norma sem qualquer noção de realidade, dificilmente teria efetividade, pois não se adaptaria ao mundo real, no entanto, uma realidade sem qualquer pretensão de norma, faria vigorar, ainda nos dias de hoje, a lei do mais forte, o que não é mais admitido em uma sociedade civilizada.¹²²

Mas – este aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e da normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.¹²³

Neste pensamento apresentado por Hesse, o que ele pretende é fornecer um caminho através do qual a Constituição possua pretensão de eficácia, onde afirma que o conteúdo dessa Constituição deve ter relação com o presente e com as lutas do seu povo.¹²⁴

¹²¹ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**. 2. ed. Campinas : Minelli, 2005.

¹²² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Frabris Editor, 1991. p. 13-23.

¹²³ Ibidem, p. 15.

¹²⁴ Ibidem, p. 13-23.

Hesse reconhece, ainda, que sozinha a Constituição não muda nada, mas que ela pode sim impor tarefas, eis que aqui surge um ponto importante na conversão da Constituição em força ativa de mudança da realidade existente, o qual Hesse chama de vontade de constituição.

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo.¹²⁵

Ainda, Hesse entende que para o ideal desenvolvimento desta força ativa da Constituição, faz-se necessária a presença de alguns pressupostos, sendo eles: que seu conteúdo deve estar relacionado com a realidade atual e deve ter capacidade de adaptar-se as mudanças que eventualmente venham a ocorrer na sociedade; a práxis deve ser compartilhada por todos os participantes da vida constitucional, o que ficou evidenciado no conceito de vontade de constituição; igualmente, a interpretação é decisiva, adequando-se os melhores sentidos da norma a realidade social e, por fim, a interpretação deve mudar conforme a sociedade mude, com a ressalva de que se deve respeitar os limites semânticos da norma, sob pena de haver uma ruptura ao texto constitucional.¹²⁶

¹²⁵ Ibidem, p. 19-20.

¹²⁶ Ibidem, p. 13-23.

Assim, o que tem a se afirmar é que as normas jurídicas e, aqui englobam-se as normas constitucionais, são comandos imperativos, que pretendem ter, além de eficácia, efetividade no mundo real.¹²⁷

2.2.3 Controle de constitucionalidade

O instituto do controle de constitucionalidade está, umbilicalmente, ligado à compreensão da força normativa da constituição, o qual foi explanado no tópico anterior. O que resta óbvio pelo simples fato de que caso não se reconheça na constituição um documento jurídico, não há como exercer controle dos atos do Estado com base nela.

Além disso, deve-se ressaltar que serve como fundamento do controle de constitucionalidade o princípio da supremacia da constituição. Referido princípio decorre da rigidez do procedimento estabelecido para a modificação desta, uma vez que se assim não fosse, não haveria a possibilidade de controle de ato do Poder Legislativo por exemplo, eis que qualquer lei poderia revogar uma norma constitucional.¹²⁸

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.¹²⁹

Para a alteração da Constituição Federal há duas possibilidades: a primeira é a revisão constitucional (art. 3º do ADCT), que já restou esgotada e, a segunda, é a emenda à Constituição. A regulamentação do procedimento para a alteração da Constituição Brasileira via emenda à Constituição, consta em seu art. 60. Este dispositivo estabelece quem é competente para propor (incisos I, II e III), o quórum de votação (§3º) e as limitações materiais, também conhecidas como cláusulas pétreas (§4º).

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimpressão. Belo Horizonte : Fórum, 2013. p. 59-60.

¹²⁸ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2012. p. 143-145.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 123.

O que se pretende com essa busca é afirmar que de uma simples leitura deste dispositivo constitucional se extrai que a Constituição Brasileira é rígida e, portanto, abarca o princípio da supremacia da Constituição.

Ainda, para que se possa falar em controle de constitucionalidade, faz-se necessária a existência de alguns pressupostos, como aponta Zulmar Fachin: “a) a existência de uma Constituição escrita; b) a compreensão da Constituição como lei fundamental; c) a existência de pelo menos um órgão dotado de competência para declarar inválida a norma contrária à Constituição”.¹³⁰

O primeiro pressuposto está presente na realidade brasileira. Igualmente, o segundo, conforme já mencionado quando abordado sobre a força normativa da Constituição. É o terceiro pressuposto que merece maiores delongas neste momento.

No sistema brasileiro, adotou-se o controle misto de constitucionalidade, o qual permite que um juiz de primeiro grau, por exemplo, afaste a aplicabilidade de uma lei para aplicar a Constituição. Porém, igualmente, reconhece-se a uma corte, no caso o Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, alínea “a”), a competência para proferir decisões sobre a constitucionalidade das leis em casos abstratos.¹³¹

De tal modo, o que se pode reconhecer no sistema brasileiro, é que o terceiro pressuposto apresentado por Zulmar Fachin é contemplado, sendo o Poder Judiciário o referido órgão.

Porém, o controle de constitucionalidade sofreu algumas críticas, das quais Barroso destaca duas:

A primeira: a denominada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*), resultante do argumento de que órgãos compostos por agente públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis – e que se exaurem no âmbito do próprio Judiciário –, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação por via de emenda à Constituição.¹³²

¹³⁰ FACHIN, Zulmar. **Op. cit.**, p. 147.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Op. cit.**, p. 1099-1103.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 76.

Assim, é necessário afirmar que o controle de constitucionalidade tem como objetivo central a proteção da Constituição, com a concretização dos valores constitucionais.¹³³ Restando-se:

[...] fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial, sem embargo da sucessão de períodos de maior ou menor ativismo judicial. Seu êxito deveu-se a argumentos de lógica aparentemente irrefutável. Dentre eles, alinham-se alguns a seguir. A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos. Em uma proposição: o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das majorias parlamentares eventuais.¹³⁴

E, neste viés, reconhecendo a força normativa da Constituição e, como tal, sua pretensão de modificar a realidade social existente, é fácil concluir pela possibilidade de declaração de inconstitucionalidade tanto por ação como por omissão.

Isto porque, é entendido que o Estado Social e Democrático de Direito, proclamado na Constituição Federal de 1988, tem como pressuposto atuar na busca pela igualdade material dos cidadãos. Então, quando a Constituição prevê ações neste sentido e este permanece inerte, por óbvio que estar-se-á diante de um ato de inconstitucionalidade por omissão.

No entanto, é importante que se diga que nem tudo a Constituição determina que o Estado faça. Tal afirmativa é salutar, uma vez que é preciso destacar os limites do Poder Judiciário neste controle de constitucionalidade.

2.2.4 Mutações constitucionais

A importância de se pontuar a mutação constitucional decorre do fato de se compreender que este é o limite de alteração da Constituição permitido ao

¹³³ FACHIN, Zulmar. **Op. cit.**, p. 148.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Op. cit.**, 2012. p. 77-78.

Poder Judiciário. Portanto, faz-se necessário compreender o que é a mutação constitucional.

Para Luís Roberto Barroso, a mutação constitucional é uma forma informal de modificar o conteúdo da Constituição, defende que há alteração no sentido e no alcance da norma constitucional, sem que provoque qualquer alteração no texto da Constituição. Neste entendimento, determinados conceitos expressos no texto constitucional alteram com o passar do tempo, o que seria possível, na visão do autor, devido à plasticidade da norma constitucional.¹³⁵

Lenio Luiz Streck irá trazer uma diferenciação entre alteração formal da constituição e mutação constitucional, refere-se ao primeiro como sendo o processo legislativo de alterar o texto da constituição, enquanto a segunda como sendo a alteração do sentido do texto, sem alterá-lo, irá dizer que “se há uma diferença entre texto normativo e norma, a alteração formal muda o primeiro, e a mutação, a segunda.”¹³⁶

Para Zulmar Fachin a mutação constitucional consiste na alteração de sentido da norma constitucional, sem que provoque uma alteração no texto constitucional.¹³⁷

Verifica-se que é pacificado na doutrina o conceito de mutação constitucional, obviamente, que isto acontece na teoria, pois a questão é muito mais problemática quando analisada no caso concreto, onde se discute se houve efetivamente uma mutação constitucional ou um rompimento com o texto constitucional, reflexões que deixaremos para o terceiro capítulo, em virtude de ser objeto das análises de decisões do Supremo Tribunal Federal que serão feitas por esta pesquisa.

2.2.5 Direitos Humanos como limites da Constituição

Outro ponto de inflexão importante diz respeito aos limites do texto constitucional, se é que existem. De tal modo, a fim de se articular esta ideia,

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 145/146.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª edição. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 52/53.

¹³⁷ FACHIN, Zulmar. **Op. cit.**, p. 65.

faz-se necessário entender a soberania dos Estados nacionais, uma vez que se pretende discutir a relativização desta soberania perante os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Para Jorge Miranda, a soberania, o poder político, no Estado Moderno, não se apresenta de modo isolado e fechado, mas deve permitir a coexistência dos Estados, de modo que o princípio da soberania é apontado como forma de reconhecimento e respeito à existência dos demais Estados.¹³⁸

Nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari:

[...] a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de independência, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica. É obvio que a afirmação de soberania, no sentido de independência, se apoia no poder de fato que tenha o Estado, de fazer prevalecer sua vontade dentro de seus limites jurisdicionais. A conceituação jurídica de soberania, no entanto, considera irrelevante, em princípio, o potencial de força material, uma vez que se baseia na igualdade jurídica dos Estados e pressupõe o respeito recíproco, como regra de convivência. Neste caso, a prevalência da vontade de um Estado mais forte, nos limites da jurisdição de um mais fraco, é sempre um ato irregular, antijurídico, configurando uma violação de soberania, passível de sanções jurídicas. E mesmo que tais sanções não possam ser aplicadas imediatamente, por deficiência de meios materiais, o caráter antijurídico da violação permanece, podendo servir de base a futuras reivindicações bem como à obtenção de solidariedade de outros Estados.¹³⁹

É necessário recordar a criação em 1945 da Organização das Nações Unidas (ONU), pois como explica Schioppa, foi a tragédia da Primeira Guerra Mundial que começou a demonstrar a necessidade de um pacto mundial pela paz, quando então surgiu a Sociedade das Nações, que começara a se desenhar como um projeto, ainda embrionário, do que seria a ONU. No entanto, o fracasso dessa instituição foi demonstrado com a ocorrência da Segunda Guerra Mundial

¹³⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 124.

¹³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

(1939-1945). Posteriormente, com todo o espanto causado, as principais potências mundiais iniciaram o projeto de configuração da ONU.¹⁴⁰

Essa tutela internacional da relação dos Estados com os seus nacionais ou mesmo estrangeiros, que é o que aqui se pretende defender, acaba por relativizar o conceito de soberania outrora existente, isto porque, a violação de Direitos Humanos permitiria a comunidade internacional intervir na política nacional do Estado infrator.¹⁴¹

É bem verdade que esta concepção, da existência de uma Constituição Global, em defesa dos Direitos Humanos, não é sequer reconhecida por todos os países e Tribunais. Servem de exemplo as decisões do Supremo Tribunal Federal no HC 96772/2009 e na ADI 1480/1997, em que classificam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como normas supralegais, ou seja, abaixo da Constituição Federal. Já no plano legislativo, a única possibilidade de se dirigir aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos um *status* constitucional é a disposição contida na Emenda Constitucional 45/2004, que deu redação ao §3º do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que Tratados Internacionais versando sobre Direitos Humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros serão equivalentes às emendas constitucionais.

Na visão de Norberto Bobbio deve-se compreender a relação com o sistema internacional e, deste ponto, surge duas perguntas centrais, sendo elas: a) é possível a manutenção de Estados democráticos em um cenário de política internacional autocrática? b) é possível que Estados autocráticos tenham um sistema internacional democrático? Nessa reflexão, não é necessário responder a estas perguntas, mas deve-se entender que a maior democratização dos Estados soberano deveria levar, ao menos em tese, a uma maior democratização da política e do direito internacional.¹⁴²

Para se alcançar um modelo democrático em razão das relações internacionais, deve-se passar de um estado de guerra permanente, senão real,

¹⁴⁰ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **Op. cit.**, p. 477/478.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil.** Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000. p. 93/96.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 267/270.

ao menos potencial, para um estado de paz, senão perpétua, ao menos estável, o que será feito mediante alguns acordos, sendo os dois principais, os seguintes: (a) de não agressão; (b) de definição de regras para solucionar os conflitos, o que não importa dizer que não terá disputas, mas a forma como serão resolvidas.¹⁴³

O que vem logo depois nasce da consideração de que tanto o pacto negativo quanto o pacto positivo podem por sua vez ser violados, e a proibição de que se recorra à força recíproca, se deve valer de modo peremptório, deve valer também no caso em que não sejam respeitados o pacto de não agressão e o pacto seguinte relativo ao compromisso de não recorrer à força. Em outras palavras, a proibição de que se recorra ao uso da força recíproca deve valer não apenas para a solução dos conflitos secundários, mas também para a solução do conflito primário que pode nascer da inobservância do pacto originário de não agressão.¹⁴⁴

Para evitar este recurso à força, na visão de Bobbio e da teoria contratualista, é necessário a intervenção de um terceiro, estranho às partes e que não tenha interesse em algum dos modos de resolução do conflito, configurando-se, assim, como um terceiro neutro.¹⁴⁵

Luigi Ferrajoli irá apontar como sendo um dos grandes desafios do constitucionalismo contemporâneo o desenvolvimento de um constitucionalismo supranacional, isto porque, as relações econômicas e de mercados se dão atualmente além das fronteiras, de modo que é importante que o Direito retome o seu protagonismo, a fim de que a humanidade não veja, em razão deste liberalismo econômico desenfreado, o retrocesso no que tange às conquistas civilizatórias.¹⁴⁶

Alexandre Coutinho Pagliarini irá defender que o reconhecimento da transnacionalização constitucional não é o rendimento ao capitalismo liberal desenfreado, muito pelo contrário, “é o uso da via política para a colocação das comunidades políticas no mesmo patamar alcançado pelo desenvolvimento econômico transnacional, controlando-o, a fim de que sejam reeditadas as

¹⁴³ Ibidem, p. 273/276.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 276.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 277/278.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 191/193.

garantias dos Direitos Individuais e dos Direitos Sociais numa constelação cosmopolitana e pós-nacional".¹⁴⁷

Em uma concepção monista do Direito, deve-se compreender o Direito Internacional como parte de uma norma jurídica universal em que as ordens jurídicas nacionais, igualmente, fazem parte. De modo que é o Direito Internacional que valida a existência de diversas ordens jurídicas nacionais, pois ele é limitador de validade territorial, pessoal e temporal, estabelecendo, ainda, uma restrição na esfera material de validade dos direitos nacionais; do contrário, seria possível uma regulamentação arbitrária de conteúdo por parte dos Estados Nacionais.¹⁴⁸

Alfonso Jaime Martínez Lazcano irá apontar a necessidade de se reconhecer os instrumentos de Direito Internacional na atividade jurisdicional, a fim de se proteger, efetivamente, os Direitos Humanos.

El control difuso de convencionalidad para los jueces de Latinoamérica implica un cambio de paradigma en la manera de comprender, aplicar e interpretar el derecho, un canje dinámico y extensivo, porque las normas convencionales penetraron en el derecho positivo de los Estados Parte que por mucho tiempo se limitaron a desarrollar su actividad en un circuito jurídico cerrado, ahora se pretende romper los moldes positivistas cuando éstos sean contrarios al objeto a fin de proteger efectivamente los derechos humanos.^{149 150}

Em contraponto, em uma concepção dualista do Direito, que é a corrente majoritária, entende que o Direito Internacional e o Direito Nacional são

¹⁴⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição Europeia como Signo: da superação dos dogmas do estado nacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 197/198.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** 4. ed. São Paulo : M. Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 515/516.

¹⁴⁹ LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO ROSENDO RADILLA PACHECO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1068-1084, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30485>>. Acesso em: 12 abr. 2019. p. 1083.

¹⁵⁰ Em livre tradução: O controle difuso da convencionalidade para os juízes da América Latina implica uma mudança de paradigma na maneira de entender, aplicar e interpretar a lei, um acordo comercial dinâmico e extenso, porque as normas convencionais penetraram no direito positivo de Estados Partes que, durante muito tempo, se limitaram a desenvolver suas atividades em um circuito fechado, agora pretende-se romper os moldes positivistas quando são contrários ao objeto, a fim de proteger efetivamente os direitos humanos.

esferas distintas, que convivem mutuamente, de forma independente, com regulamentação de matérias diversas, fontes diversas, aplicação diversas, ou seja, não haveria um conflito entre normas de Direito Internacional e Direito Nacional¹⁵¹. Nesta concepção de Direito, as normas de Direito Internacional seriam inferiores às normas constitucionais.

É importante destacar que, ainda, dentro destes modelos, monista e dualista, existem potências diferentes, alguns com entendimentos mais moderados, outros com entendimentos mais radicais, o que não será aprofundado neste trabalho, em virtude de não ser um aspecto tão relevante para a proposta aqui apresentada.

No aspecto do direito internacional, o mais próximo que se tem de uma democracia é a Organização das Nações Unidas e, mesmo assim, uma democracia incompleta, isto porque, não tem autonomia na garantia dos direitos do homem, salvo raras exceções, os quais somente são garantidos pelos Estados singulares, justamente em respeito ao princípio da não intervenção, bem como, ao lado da Assembleia, que possui uma característica democrática de igualdade entre os Estados-membros, está o Conselho de Segurança, formado por cinco membros permanentes que possuem direito de veto.¹⁵²

De tal modo, é possível concluir que apesar de ser possível visualizar no futuro e, até mesmo no presente, alguma democracia internacional, há, ainda, a utilização da força, seja ela política, econômica ou bélica, por parte de alguns países na manutenção do sistema antigo, o qual é baseado no medo recíproco.¹⁵³

Assim, o que se pretende defender com esta reflexão é que apesar de embrionário, deve-se reconhecer os Direitos Humanos como limites intrínsecos das constituições de cada país, representando o conteúdo que Ferrajoli, conforme já demonstrado no capítulo anterior, denomina da esfera do que não se pode deixar de decidir, ou do que não se pode decidir. Cabendo a Comunidade Internacional, através do Direito Internacional, ser a guardiã destes Direitos Humanos.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. **Op. cit.**, 2005. p. 516/517.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 284/286.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 286/289.

Neste cenário constitucional, passa-se à análise de dois modelos distintos de constitucionalismos, sendo o político e o jurídico, que são analisados a partir do processo de tomada de decisão, em especial, em questões conflitantes do ponto de vista dos Direitos Fundamentais. É importante dizer que não se desconhece outras formas de se classificar os constitucionalismos, no entanto, entendeu-se que para o desenvolvimento deste trabalho, seriam esses os modelos mais adequados, pois trabalham na tensão do Constitucionalismo com a Democracia.

2.3 O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

Dentro desta perspectiva, alguns doutrinadores têm entendido que a “última palavra” deveria caber ao Poder Legislativo ou Executivo e, o fazem, com base em diversos fundamentos, os quais passam a ser apresentados.

Os defensores do constitucionalismo político apresentam um argumento pautado na democracia para se contrapor a ideia de que juízes estariam em posições melhores para decidir, uma vez que é justamente por serem eleitos que os legisladores possuiriam legitimidade democrática para tomar suas decisões, vez que representam a vontade da população.

Bruno Torrano aponta que podem haver discordâncias no âmbito da política e do Direito das mais diversas, inclusive, lembra que alguns teóricos, baseado na teoria das elites do jurista, cientista político e historiador Gaetano Mosca (1958-1941) defendem que a democracia não passa de um sistema de dominação política, dominação feita por uma minoria organizada, em face de uma maioria desorganizada, esses discordam do sistema como um todo e estão em seu direito de crítica e de liberdade de expressão.¹⁵⁴

No entanto, alguns outros teóricos discordam apenas parcialmente do Direito, defendendo que os juízes, em determinados temas, abandonem a aplicação do Direito, para aplicar uma determinada teoria de justiça, no caso, a sua. Ora, este tipo de pensamento, que certamente não se pode chamar de democrático. Assim, nos dizeres de Bruno Torrano¹⁵⁵: “do ponto de vista da

¹⁵⁴ TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2015. p. 182/183.

¹⁵⁵ Idem.

teoria da democracia e da autoridade, condicionar a validade ou a aplicação do direito a testes unilaterais derivados da “minha” teoria da justiça – ou daquela adotada pelo “meu currículo intelectual” – é a forma mais proeminente de violar o princípio da controvérsia e da tolerância”.

Ainda, critica com veemência a parcela dos juristas que, inconformados com os rumos das decisões parlamentares referentes a um determinado tema, não se concentram nos Poderes capazes de alterar a legislação ou mesmo a extinguir, mas viram-se ao controle jurisdicional de constitucionalidade, utilizando-se, por muitas vezes, de argumentos não jurídicos, mascarados de “longas teses de inconstitucionalidade com base em suas predileções filosóficas”.¹⁵⁶

Jeremy Waldron¹⁵⁷ irá trazer, inclusive, uma demonstração de como os próprios positivistas, os quais sempre deram lugar de destaque à legislação, podem tornar essa prescindível. Para tanto, cita o exemplo de Joseph Raz, o qual defende que o que faz do sistema jurídico um sistema, não é a centralidade de uma legislação, mas sim a existência de uma instituição aplicadora das normas, a qual garante a validade dessas, consubstanciada em um sistema de fontes.

No entanto, essa fonte, não precisa, necessariamente, ser a legislação, podem ser decisões anteriores de determinado Tribunal, o que chamamos de jurisprudência¹⁵⁸. Neste desenrolar, seria possível um sistema com duas premissas: “(1) é tarefa dos tribunais aplicar normas preexistentes, e (2) qualquer determinação de um tribunal quanto ao que são essas normas preexistentes é obrigatório para os outros tribunais”¹⁵⁹. Neste cenário, o aplicador se torna criador do Direito, fulminando, de plano, o princípio da separação de poderes.

Mais adiante, Jeremy Waldron¹⁶⁰ faz uma constatação, um tanto quanto óbvia, que se pensarmos nas instâncias mais elevadas dos três poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo), certamente perceberemos que a que

¹⁵⁶ Ibidem, p. 181/186.

¹⁵⁷ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão da tradução de Marina Appenzeller. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 17/18.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 18.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 40/42.

acumula um maior número de pessoas é justamente o Poder Legislativo, o que acaba levando a um cenário de maior contrapontos, maiores debates, alguns, inclusive, bastante calorosos. E, inspirando-se no filósofo Nicolau Maquiável (1469-1527) assevera no sentido de “que não nos deixássemos lograr e pensar que a calma e a solenidade são a marca de uma boa política, e que o barulho e o conflito são sintoma de patologia política”¹⁶¹.

É natural do campo político, em especial do Poder Legislativo, o espaço para as disputas por políticas públicas, por leis, conceitos, cada um tentando fazer valer a sua compreensão ideológica, sintomas clássicos de uma democracia, que nas palavras de Luigi Ferrajoli¹⁶² pode ser simplificada da seguinte forma: “o que, contudo, caracteriza a democracia é muito mais o livre dissenso que o livre consenso”.

Outro aspecto que se levanta contrário ao fortalecimento de um *judicial review* é o enfraquecimento do processo democrático, isto porque, quanto mais forte for o controle de constitucionalidade de uma Corte Constitucional, menor é o peso da responsabilidade dos demais poderes sobre um processo de significação do texto constitucional.¹⁶³

A democracia concede aos cidadãos intrinsecamente dois direitos extremamente fundamentais, sendo eles a liberdade e a igualdade. No entanto, impõe também uma árdua tarefa, qual seja, responder como cidadãos igualmente livres e iguais conseguem conviver. Uma das possibilidades de se responder a esta pergunta é que estes cidadãos estabelecem consensos públicos, por intermédio do princípio majoritário, consubstanciado na atividade legislativa, quando da produção das leis.¹⁶⁴

Para que pessoas igualmente livres e moralmente autônomas possam viver em sociedade, é importante que adotem um procedimento capaz de viabilizar a tomada de decisão no âmbito

¹⁶¹ Ibidem, p. 41.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 43.

¹⁶³ RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. **Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade.** Revista Brasileira de Estudos Políticos Públicas, Belo Horizonte, v. 113, p. 405-430, jul./dez 2016. Disponível em: < <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/372/360>>. Acesso: 22 mai. 2018. p. 409/410.

¹⁶⁴ SOUZA, Cristiane Fernandes de; SOUZA, Paulo de Tarso Fernandes de. **Direito e democracia** - o significado das leis e do legislativo na teoria da democracia. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, 2017, vol. 1, n. 51, jan./abr., pp. 145-156. Disponível em: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7784/6160> > Acesso: 30 mai. 2018. p. 149/150.

público e a formação de uma vontade coletiva vinculante, com o intuito de compatibilizar a liberdade e a igualdade de cada um na construção coletiva e racional das normas sociais e da moralidade (DAHL, 1989). Por essas razões, a liberdade pode ser também compreendida como a participação, em igualdade de condições, nos processos deliberativos públicos (ROUSSEAU, 2013). Nesse contexto, as leis possuem o importante papel de identificar, de modo relativamente claro e exposto, as opções realizadas por uma comunidade e, nesse sentido, reduzir a possibilidade de arbítrio, em especial, nos atos praticados pelos agentes estatais, pela diminuição da margem de discricionariedade e subjetividade dos juízos morais (WALDRON, 1999).¹⁶⁵

Neste viés é que, no entendimento dos defensores do constitucionalismo político, deve-se dar maior respeito à legislação, por representar a esfera de decisão democrática, em que as pessoas podem participar, a partir, obviamente, de um procedimento próprio. Uma vez que se cada um quiser impor as suas concepções de justiça sobre os outros cidadãos, há uma grande possibilidade de se encontrar concepções divergentes, cabendo a lei abarcar esse consenso público realizado entre os cidadãos de determinada sociedade.¹⁶⁶

Na concepção dos defensores do constitucionalismo político, faz-se necessário resgatar maiores valores do princípio da separação dos poderes, o qual, conforme demonstrado anteriormente, se modificou no decorrer do tempo. Estes doutrinadores têm defendido um modelo de separação de poderes que promova uma autocontenção do Poder Judiciário, em que este não seja o grande protagonista do cenário político, simplesmente, porque entendem que este de fato não é.

Para Jeremy Waldron, defensor do constitucionalismo político, se constrói “um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar”¹⁶⁷

Paulo Ricardo Schier¹⁶⁸, igualmente, vai trazer essa noção, de que, por muito tempo, o estudo do Poder Executivo, no caso desse doutrinador, foi

¹⁶⁵ Ibidem, p. 150.

¹⁶⁶ idem.

¹⁶⁷ WALDRON, Jeremy. **Op. cit.**, 2003. p. 2.

¹⁶⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, 2016, v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016. Disponível em: <

deixado de lado, ou mesmo limitado no Brasil aos poderes legislativos e regulamentares deste, sendo que se teve e, ainda se tem, um pressuposto pessimista do Poder Executivo, no sentido deste ser ineficiente na promoção das políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, momento em que, igualmente, se coloca a esperança no Poder Judiciário.

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.¹⁶⁹

Bruno Torrano, ainda traz mais uma preocupação que se deve dar maior destaque e relevância, argumenta no sentido de responder a uma clássica pergunta “E a crítica moral e a doutrinária ao direito posto?”, pontua muito bem que é a crítica que fará o Direito avançar, não se sai do lugar concordando, mas sim discordando, a questão é a quem dirigir essa crítica. Assim, Bruno Torrano defende que a crítica deve ser direcionada ao Poder Legislativo, o qual tem a competência constitucional de produzir as normas jurídicas e não se revestir de tese jurídica e buscar a derrubada de determinada lei no Poder Judiciário.¹⁷⁰

2.4 O CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

No âmbito do constitucionalismo jurídico, há uma defesa de que juízes estariam em posições melhores para decidir, em especial temas polêmicos, controvérsias constitucionais oriundas de lacunas ou conceitos abstratos presentes na Constituição. Isto porque, os legisladores foram eleitos e precisam

<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/959/476>>.

Acesso em 20 de ago. de 2018. p. 257/262.

¹⁶⁹ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202). Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2018. p. 187.

¹⁷⁰ TORRANO, Bruno. **Op. cit.**, p. 185/186.

(querem) ser reeleitos, para tanto estão mais vulneráveis às pressões da maioria, colocando em risco, por vezes, o direito das minorias.¹⁷¹

Na visão de Dworkin¹⁷², entregar algumas decisões ao Poder Judiciário pode efetivar de modo mais direto a democracia, quando os membros desse poder não estão atrelados às pressões de uma maioria. Argumenta, inclusive, que este posicionamento acarreta um ganho de poder político para as classes mais desfavorecidas economicamente, uma vez que estas possuem maiores dificuldades de se organizar politicamente para eleger os seus representantes.

É importante pontuar, a fim de se evitar injustiças, que Ronald Dworkin foi um jurista, filósofo e estudioso do Direito estadunidense, sendo que suas análises eram voltadas para os Estados Unidos da América, que utiliza o sistema de Direito do *Common Law*, diferentemente do Brasil que se utiliza do *Civil Law*, no entanto, a sua citação é relevante pelo fato de que muitos juristas brasileiros o utilizam para suas pesquisas e análises.

Luís Roberto Barroso acredita que “em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história.”¹⁷³

Para Estefânia Maria De Queiroz Barbosa¹⁷⁴, esse processo de tomada de algumas decisões, preponderantemente, políticas pelo Poder Judiciário, vem do próprio modelo do constitucionalismo democrático, o qual coloca no centro de seu ordenamento jurídico os direitos fundamentais, com forte base principiológica, em normas de caráter abstrato, trazendo uma aproximação do direito com a ética, reconhecendo-se que o texto constitucional possui conteúdo moral.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999. p. 448/449.

¹⁷² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 17/32.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2018. p. 8.

¹⁷⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 22/24.

Ainda, menciona que por vezes, o próprio Parlamento prefere discutir alguns temas na arena judicial, seja por não ter maioria para aprovar seu posicionamento, seja porque os temas são antipáticos do ponto de vista eleitoral.¹⁷⁵

Priscila Zeni De Sá¹⁷⁶ faz uma análise sobre a crise do sistema democrático representativo, em que defende que o Estado Democrático de Direito possui pilares na soberania, na legalidade e nos direitos fundamentais, em que se faz necessária a implementação de instrumentos na concretização destes que devem ter o modo participativo direto da população. Nesta seara, entende que o principal instrumento de participação direto na democracia é o processo, o qual busca, efetivamente, garantir os direitos e garantias fundamentais da população, dando assim, o tom da judicialização da política.

O processo é o instrumento de participação na busca pelas garantias fundamentais, e, por isso, estrutura que protege a democracia. Por isso o Poder Judiciário assume um novo papel nesse cenário, estando legitimado a concretizar os direitos e garantias fundamentais, à luz da legalidade e da soberania, ocupando posição de destaque na tripartição dos poderes, em especial pela narrada falência dos outros dois.¹⁷⁷

Maria Tereza Sadek¹⁷⁸ defende que esse novo Poder Judiciário, atuante e politizado, é uma tendência mundial do constitucionalismo democrático. Especificamente para o Brasil, vislumbra na Constituição de 1988, todos os elementos que permitem essa judicialização da política, uma vez que afirma que esta prevê: um modelo presidencialista de governo, o qual traz mudanças em todos os poderes, uma vez que o Legislativo passa a possuir maiores instrumentos de fiscalização do Executivo e este, por sua vez, passa a poder legislar em alguns casos; uma lista extensa de direitos individuais e coletivos; controle de constitucionalidade de atos e leis; instrumentos processuais (*habeas corpus*, mandado de injunção, mandado de segurança,

¹⁷⁵ Ibidem, p. 22.

¹⁷⁶ SÁ, Priscila Zeni de. **Poder Judiciário e as cláusulas gerais**: parâmetros para a concretização no direito-civil constitucional. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 19/64.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 63.

¹⁷⁸ SADEK, Maria Tereza. **Judiciário**: mudanças e reformas. Estud. av. [online]. 2004, vol.18, n.51, pp.79-101. ISSN 0103-4014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. Acesso em 20 de agosto de 2018. p. 79/83.

habeas data, ação direta de inconstitucionalidade...). De tal modo, atribui a expansão do Poder Judiciário ao modelo constitucional brasileiro.

Para Luís Roberto Barroso¹⁷⁹, igualmente, é um movimento mundial, sendo que aponta três causas como principais para o processo de judicialização, sendo a primeira o reconhecimento de um Judiciário forte e independente, como elemento das democracias modernas; a segunda causa seria uma desilusão da população com a política representativa. A terceira causa, por fim, seria uma preferência dos próprios atores políticos de que determinados temas, em especial os que não possuem um consenso na sociedade, sejam tratados na arena judicial, uma vez que isso lhes eximiria da responsabilidade pela tomada de decisão.

Ainda, falando especificamente do modelo brasileiro, Luís Roberto Barroso¹⁸⁰ irá apontar outras duas causas, o modelo constitucional abrangente e analítico, em que há muitos direitos previstos na Constituição de 1988 e o sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, que mistura o modelo difuso, em que qualquer parte pode, em um caso concreto, arguir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do poder público e o modelo concentrado, em que se discute a inconstitucionalidade de uma lei ou ato em abstrato, reforçando, ainda, o extenso rol de legitimados para propor as ações do modelo concentrado.

O Poder Judiciário tem papel essencial na concretização da Constituição Federal, ainda mais diante do quadro sistemático de violações de direitos – sobretudo os fundamentais –; do arranjo institucional alcançado com a Constituição de 1988 e da profunda crise de representatividade vivenciada no Brasil. O papel do Judiciário, especialmente da Corte Constitucional brasileira, é o de preservar o processo político democrático e promover os valores constitucionais, superando o atual déficit de legitimidade dos demais poderes sem, contudo, abusar do seu poder adentrando em preferências políticas em detrimento da realização dos valores eminentemente constitucionais.¹⁸¹

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Op. cit.**, 2012. p. 366/369.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 369.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Eduardo Alvares de; VACCARO, Stefania Becattini. **Neoconstitucionalismo e Estado Democrático de Direito**. Revista *Ius Gentium*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 189-210, jan./abr. 2018. Disponível em: < <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/370/294>>. Acesso em 20 de ago. de 2018. p. 205.

De tal modo, os doutrinadores que defendem a centralidade da discussão no Poder Judiciário, apontam elementos importantes para a ocorrência desse fenômeno, estando entre os principais a crise do modelo representativo de democracia, em que não se há mais uma vinculação e uma confiança entre o eleitor e seus representantes, bem como, o processo de alargamento do conteúdo das constituições, em especial no segundo pós-guerra.

Este novo arranjo constitucional, que alargou o conteúdo das constituições e lhes atribuiu supremacia e força normativa, apareceu no Brasil na Constituição de 1988, a questão que fica pendente é qual foi o tamanho do mandato que a Constituição deu ao Poder Judiciário para intervir na política ordinária? E de que forma o Poder Judiciário tem atuado nesse sentido? E se a sua atuação é condizente com o paradigma constitucional. Grande parte dessas perguntas serão respondidas, ou pelo menos, apresentada uma tentativa de resposta no terceiro capítulo deste trabalho, sempre admitindo a possibilidade de visões divergentes.

2.5 UMA ANÁLISE DO MODELO BRASILEIRO A PARTIR DOS CONSTITUCIONALISMOS POLÍTICO E JURÍDICO

Primeiramente, é importante dizer que nem o constitucionalismo político afasta a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos dos poderes públicos; tampouco o constitucionalismo jurídico afasta toda a possibilidade de normatividade por ocasião da promulgação de leis.

Ainda, outra visão relevante que deve ser aclarada neste momento é que se adota o entendimento que em um modelo constitucional, baseado na dicotomia garantista ou principialista, entende-se que o Brasil adotou o modelo garantista, uma vez que este modelo impõe “aos órgãos estatais espaços que estes podem decidir e, igualmente, espaços cujo conteúdo não pode deixar de ser decidido”¹⁸².

¹⁸² MOREIRA, Felipe Oswaldo Guerreiro; KRIEGER, Bruno Thiago. **A democracia a partir dos modelos principialista e garantista de constitucionalismo.** In: CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Orgs.) Direito, teorias e sistemas – Estudos desenvolvidos no programa de pós-graduação em direito da UFSC. Florianópolis : Insular, 2015. p. 91.

Dentro dessa concepção, é importante destacar que o conceito de garantismo que serve como norte é o trazido por Luigi Ferrajoli:

É útil precisar que “garantismo” é um neologismo que se difundiu na Itália nos anos Setenta com referência ao direito penal, como réplica teórica à redução, naqueles anos, das garantias penais e processuais dos direitos de liberdade, por obra de uma legislação e de uma jurisdição de exceção justificadas pela emergência do terrorismo. Mas é claro que o paradigma garantista deve ser ampliado, em sede de teoria geral do direito, para todo o campo dos direitos da pessoa. Por “garantismo” se entende, portanto, nesta acepção mais ampla, um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. Neste sentido o garantismo é sinônimo de “Estado constitucional de direito”, ou seja, de um sistema que refunda o paradigma clássico do Estado liberal, ampliando-o em duas direções: de um lado, em relação a todos os poderes, não apenas para o Judiciário, mas também para os poderes legislativo e de governo, e não apenas para os poderes públicos, mas também para os poderes privados; de outro lado, em relação a todos os direitos, não apenas os de liberdade, mas também os direitos sociais, com as consequentes obrigações, além das proibições, a cargo da esfera pública. Acrescente-se que a opção entre o uso restrito e o uso mais amplo do “garantismo” não é, em absoluto, politicamente neutra. O apelo ao garantismo como sistema de limites impostos somente à jurisdição penal frequentemente tem sido conjugado no debate público, não somente na Itália, com a intolerância por limites jurídicos e controles judiciais dos poderes políticos e dos poderes econômicos, com base em uma concepção da democracia como onipotência da maioria legitimada pelo voto popular, e do liberalismo como ausência de regras e limites às chamadas liberdades de mercado. Neste sentido, portanto, a expressão significa exatamente o contrário de “garantismo” como paradigma teórico geral: este, ao contrário, significa sujeição ao direito de quaisquer poderes, sejam eles públicos ou privados, por intermédio de regras, vínculos e controles jurídicos idôneos a impedir o exercício arbitrário ou ilegal destes próprios poderes, com vistas à garantia dos direitos de todos. Neste outro sentido ampliado o garantismo é, por assim dizer, a face ativa do constitucionalismo, consistindo as garantias em modalidades ativas – as proibições e as obrigações – correspondentes às expectativas passivas nas quais consistem todos os direitos. Ele significa, em resumo, o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, idôneos a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais.¹⁸³

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 30/31.

Nesta perspectiva, resta claro que todos os poderes, inclusive o poder legislativo, está subordinado à norma constitucional. No Brasil, isto resta claro a partir do artigo 60 da Constituição Federal, a qual põe regras específicas para a modificação do texto constitucional, inclusive com temas que não podem ser debatidos, conhecidos como cláusulas pétreas. Ora, se a constituição tem regra própria para ser modificada, que exige procedimento, quórum, iniciativa, diferente das leis ordinárias, é evidente que há uma subordinação do Poder Legislativo à Constituição.

A Constituição Federal previu em seu artigo 5º, inciso LXXI, o mandado de injunção, que serve para suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, bem como, no artigo 103, §2º, previu a possibilidade de ser declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional.

Referidos controles foram entregues ao Poder Judiciário, especialmente, por força do artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, no entanto, reconhecendo-se, igualmente, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, na análise de um caso concreto, por força do art. 97 e do artigo 102, inciso III da Constituição Federal.

Ainda, em seu artigo 5º, inciso XXXV, a Constituição Federal previu a impossibilidade de a lei afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, também conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No entanto, a Constituição previu, igualmente, que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, nos termos do artigo 93, inciso IX, sob pena de serem consideradas nulas.

E, quando a Constituição impõe ao julgador o dever de fundamentar sua decisão, não está lhe permitindo que seja fundamentado dentro das suas concepções de justiça, de conceitos metafísicos que o julgador adota, mas sim, dentro de uma lógica jurídica, a partir de argumentos jurídicos.¹⁸⁴

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários ao art. 93 da Constituição Federal**. In: In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. p. 1324

O dever de fundamentar é que trará a possibilidade de controle das decisões judiciais, somente a partir da fundamentação é possível perceber e, apontar se for o caso, se houve algum desvio na construção da decisão pelo julgador, uma vez que este deve demonstrar logicamente como chegou até referida decisão.¹⁸⁵

Nesse aspecto, tem-se que a fundamentação fático-jurídica, empregada para solucionar determinado conflito de interesses, será a pedra angular para que se possa checar o percurso semiótico, sobretudo pragmático, da exatidão, ou não, de um determinado raciocínio jurídico. É a fundamentação – aqui entendida como a exposição clara dos fatos e dos institutos jurídicos da lide – que, ao lado dos demais níveis da Semiótica, permitirá coibir e corrigir excessos, desvios, sofismas, falhas ou falseamento de argumentos. Isto, como já dito, deve ser examinado em quaisquer discursos jurídicos, desde peças processuais, pareceres ou trabalhos acadêmicos, pois permitirá extrair deste uma lógica condizente com a situação fática.¹⁸⁶

Deste modo, é evidente que a fundamentação serve para que se possa fazer a aplicação da lei ao caso concreto, de modo que o intérprete possa passar por um controle externo ao seu raciocínio, de modo que a necessidade de fundamentação de uma decisão judicial é, também, modo de garantir a democracia, sob pena de os julgadores poderem tomar decisões aleatórias como bem entenderem.¹⁸⁷

Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho irão trazer uma necessidade de releitura das fontes do direito, para tanto, apontam a necessidade de reconhecimento de duas premissas essenciais:

- (a) A Constituição representa o elemento central e unificador do sistema, das práticas e das reflexões jurídicas e;
- (b) A leitura do fenômeno constitucional impõe a compreensão da Teoria do Estado como elemento informador das práticas, normas e dilemas sociais e constitucionais, o que implica em reformar institucionais que possam gerar ganhos de legitimidade da própria legislação por meio de maior abertura e controle democrático.¹⁸⁸

¹⁸⁵ VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Considerações iniciais sobre semiótica jurídica**. Revista CEJ, v. 14, n. 51, 2011. p. 122/123.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 123.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Op. cit.**, p. 1324/1325

¹⁸⁸ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 02 de nov. de 2019. p. 1.448.

Apontam, ainda, que a compreensão da primeira premissa é promissora, uma vez que o reconhecimento da centralidade da constituição, a partir da perspectiva do princípio da segurança jurídica, esta não rejeita a hierarquia da legislação. De outro lado, a fim de que se enquadre aos anseios de maior legitimidade, o reconhecimento de outras fontes do direito (costumes, jurisprudências, Direito Internacional) permitem uma oxigenação do direito, a partir, inclusive, da mudança de conceitos no tempo (mutação constitucional).¹⁸⁹

Em relação a segunda premissa, os autores defendem, a partir da concepção de um Estado Democrático de Direito pautado na compreensão do império da lei, esculpido na Constituição a partir do princípio da legalidade, a ideia da legislação servir como uma forma de controle do relacionamento existente entre cidadão e Estado, afirmando que esta funciona como um limite ao agente estatal e uma garantia ao cidadão. No entanto, os autores ressalvam a necessidade de aprimorar os sistemas de participação dos cidadãos, uma vez que as leis possuem a necessidade de expressar a vontade popular, desde que, obviamente, respeite os direitos estabelecidos constitucionalmente.¹⁹⁰

De modo que, ainda quando se permite a concessão de espaço ao Poder Judiciário, como nos casos supramencionados, de se controlar a constitucionalidade das leis ou mesmo a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, esta concessão é feita a partir de um comando normativo, previsto na Constituição e com moderação. Em nenhum momento a Constituição Federal permite ao Poder Judiciário discutir sobre a legitimidade de uma opção legislativa a partir da sua concepção de justiça, mas sim a partir do texto constitucional.

Assim, reconhecer a Constituição Federal do Brasil como uma Constituição garantista, que estabelece garantias mínimas para os cidadãos em decorrência dos Poderes Públicos, obriga a reconhecer a limitação do Poder Judiciário também, o qual tem o dever de cumprir e zelar pela Constituição, sem qualquer possibilidade de fazer política em concorrência aos poderes políticos.

Desta forma, respeitando quem pensa diferente¹⁹¹, é necessário concluir que entre os modelos constitucionais discutidos neste capítulo, entende-

¹⁸⁹ Ibidem, p. 1.448/1449.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 1.449/1451.

¹⁹¹ Luís Roberto Barroso; Maria Tereza Sadek; Priscila Zeni de Sá; Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, entre tantos outros.

se que o Brasil adotou o modelo de constitucionalismo político, em que a última palavra, a tomada de decisão, cabe aos poderes políticos, que, em alguns casos, já deram, seja em razão de uma lei, seja em razão da própria Constituição, cabendo intervenção do Poder Judiciário, com extrema cautela, apenas em casos de omissões legislativas para a promoção de direitos, não sendo permitida a interpretação restritiva destes ou em casos de flagrantes afrontas ao texto constitucional.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Nos capítulos anteriores, foram abordados os modelos de democracia e de constitucionalismo adotados pelo Brasil a partir da elaboração da Constituição Federal de 1988.

O modelo democrático caracteriza-se pelo representativo constitucional, enquanto o modelo constitucional é o político, com possibilidade de controle jurisdicional, a qual, evidentemente, deve ser de forma moderada, respeitando a centralidade da Constituição Federal. Para a efetiva realização da democracia, há que se considerar alguns fatores, sendo os principais deles, a igualdade política dos cidadãos; a centralidade nos direitos; a obediência as regras do jogo e; a efetiva participação, entre outros elementos. No que se refere ao constitucionalismo este, igualmente, possui algumas premissas, como o reconhecimento da força normativa da constituição; a necessária separação dos poderes, como forma de limitá-lo, inclusive; a possibilidade de controle de constitucionalidade, entre outros elementos.

Neste capítulo reflete-se sobre a relação entre o constitucionalismo e a democracia no Brasil. Para tanto, entende-se necessário considerar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de verificar como algumas de suas decisões se relaciona com a democracia representativa constitucional e com o constitucionalismo político brasileiro. É importante dizer que os julgados analisados neste capítulo são meramente exemplificativos, não se pretendendo esgotar o tema, tampouco, retirar uma verdade absoluta dessas análises. Mas sim identificar alguns vieses na construção da decisão dos ministros do STF sobre alguns julgados, no caso, se trata de uma análise de conteúdo.

A hipótese aqui é que ao se esquadrihar as decisões por meio dos votos dos ministros do STF descobre-se posicionamentos morais e políticos destes e que se aproximam ao ativismo judicial. Esse comportamento é contraditório ao modelo de constitucionalismo político e de democracia representativa constitucional vigentes no Brasil.

No entanto, antes de iniciar a análise desses casos, faz-se necessário compreender a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, uma

vez que somente a partir desses conceitos é que será possível, posteriormente, realizar a análise dos julgados conforme se pretende aqui.

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

Diversas decisões importantes do contexto político brasileiro, nos últimos anos, saíram do Supremo Tribunal Federal. É tão evidente o crescimento do Poder Judiciário, que alguns falam até em juristocracia ou supremocracia¹⁹². Entre as decisões que foram pautadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, podemos destacar:

- a proibição do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (2008);
- a proibição de financiamento eleitoral por pessoas jurídicas (2015);
- a possibilidade de início de cumprimento da pena, após o julgamento em segundo grau (2016 e 2019);
- a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (2016);
- o reconhecimento das uniões homoafetivas (2011), entre outras.

O reconhecimento de um Judiciário atuante em matéria política, social, moral, econômica, tem tornado cada vez mais tênue a linha que separa o direito em relação à política, o que acaba ensejando diversas críticas. Questiona-se os limites interpretativos dos juízes, essas críticas têm como fundamento primordial o excesso das decisões judiciais¹⁹³ ou seus caracteres metafísicos.

Conforme dito no capítulo anterior, as Constituições Federais do segundo pós-guerra tiveram uma ampliação do seu conteúdo, bem como, adquiriram o que chamamos de força normativa. Foram reconhecidas como textos jurídicos, possuindo, assim, pretensão de modificação da realidade. Estes

¹⁹² Termos utilizados para criticar a existência de decisões judiciais, advindas ou de qualquer juiz ou do Supremo Tribunal Federal, no sentido de decidir o que bem entender, utilizando-se de mecanismos judiciais casuísticos e muita retórica para impor à sociedade, à um indivíduo ou instituição a sua percepção pessoal, recheada de argumentos metafísicos, ou servindo a uma ideologia ou grupo político.

¹⁹³ Aqui o excesso é entendido não em quantidade de decisões, mas sim em relação à extrapolar o limite do que o caso precisaria.

fatores, acabaram por levar a uma possibilidade de se judicializar o texto constitucional, o que chamamos de jurisdição constitucional¹⁹⁴.

Analisando o caso brasileiro, Clarissa Tassinari é certa em apontar que com advento da Constituição de 1988, juntamente com o modelo de controle de constitucionalidade pensado por Ruy Barbosa e a previsão da emenda constitucional nº 16/65, se tem a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais poderes, o que vem textualmente na Constituição.¹⁹⁵

Diversas são as causas que explicam o protagonismo que o Poder Judiciário no Brasil nos últimos anos. Luís Roberto Barroso elenca três razões como sendo as principais:

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Como isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção da gestação ou demarcação de terras indígenas.¹⁹⁶

Marco Aurélio Marraffon e Ilton Norberto Filho irão apontar, ainda, outras causas para a judicialização da política, sendo elas:

- (i) a dificuldade (custos políticos e formação de maiorias) de parlamentos regulamentarem questões sociais importantes;
- (ii) diversas leis e da Constituição estabelecerem direitos fundamentais e;
- (iii) a independência judicial e do controle judicial de constitucionalidade, os Tribunais passam a decidir situações sociais importantes e promoverem direitos, atuando em assuntos originalmente enfrentados pelo Poder Legislativo e pelo Executivo.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Defesa existente nas mais diversas obras de Hans Kelsen, conforme apontado no primeiro capítulo quando trabalhado a concepção de democracia para este autor.

¹⁹⁵ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 13. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em 31/08/2019.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Op. cit.**, 2012. p. 367/368.

¹⁹⁷ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Op. cit.**, p. 1.440.

No entanto, é preciso fazer uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, que entre outras causas, advém do modelo de constituição mais analítica¹⁹⁸, a qual o Brasil adotou.

A judicialização da política pode ser compreendida a partir de uma relação existente entre Direito, Política e Poder Judiciário. Em que há uma vinculação entre o Direito e a Política, especialmente no que tange as esferas do que não se pode decidir e do que não se pode deixar de decidir, conforme já apontado nos capítulos anteriores na teoria de Luigi Ferrajoli. Nestes casos, haverá a possibilidade de interferência do Poder Judiciário, a fim de resolver eventual conflito existente entre o Direito e a Política.

É necessário dizer que uma das funções do movimento político do constitucionalismo está ligada a limitação do poder, de tal forma, pode-se compreender este como uma tentativa por meio do Direito¹⁹⁹ apresentar limites aos poderes políticos, o que, evidentemente, seria realizado por intermédio do Poder Judiciário, o que, segundo Tassinari não quer dizer que esteja se concedendo uma carta branca ao Poder Judiciário, para decidir do modo que quiser, caso contrário, o próprio constitucionalismo estaria sendo traído por um de seus “jogadores”.²⁰⁰

Jeremy Waldron aponta que o aumento da judicialização da política acaba por proporcionar a politização da justiça, confundindo-se a esfera política com a esfera jurídica. De tal modo, o Direito fica fragilizado a cada mudança de composição do Tribunal Constitucional.

Claramente, la judicialización de la política usualmente implica la politización de la justicia, e inevitablemente la gente empieza a percibir las victorias constitucionales como posiciones políticas de corto plazo que pueden ser revocadas en el siguiente cambio de composición de la corte. Esto sucede continuamente en la política constitucional de Estados Unidos, y, una vez más, es en parte el resultado del requisito de mayoría simple que caracteriza la toma de decisiones judiciales.^{201 202}

¹⁹⁸ Diz-se da constituição mais extensa, no caso da brasileira, esta conta com 250 artigos.

¹⁹⁹ Termo utilizado aqui no sentido de área do conhecimento.

²⁰⁰ TASSINARI, Clarissa. **Op. cit.**

²⁰¹ WALDRON, Jeremy. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGITIMIDAD POLÍTICA. *Dikaion*, Chia, v. 27, n. 1, p. 7-28, June 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422018000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 09 Nov. 2019. p. 27.

²⁰² Claramente, a judicialização da política, geralmente, implica a politização da justiça, e inevitavelmente, as pessoas começam a perceber vitórias constitucionais como

Javier Couso irá apontar no mesmo sentido, alertando para o risco de politização da justiça, ante ao excesso de judicialização em um país de democracia não consolidada, havendo a possibilidade de “captura” deste Poder por parte dos demais poderes existentes.

la introducción prematura de procesos de judicialización de la política – al transformar a la judicatura en una arena política más– introduce incentivos irresistibles para que los gobiernos intervengan al poder judicial. Por ello, alentar la judicialización de la política en democracias no consolidadas, antes de que se haya institucionalizado firmemente la independencia de la judicatura, conlleva el riesgo de que en lugar de una judicialización de la política, se produzca más bien una politización de la justicia.^{203 204}

É possível compreender que a partir do reconhecimento de um amplo rol de direitos, com previsão constitucional, aliado ao fato de possibilidade de proteção judicial desses direitos, a judicialização da política torna-se inevitável como uma consequência social do modelo de direito brasileiro contemporâneo.

No entanto, como dito por Waldron e Couso, o seu excesso poderá desencadear o fenômeno da politização da justiça, a qual fica mais evidente a partir das atitudes ativistas de alguns juízes. Deste modo é imperioso definir o ativismo judicial, a fim de diferenciá-lo da judicialização da política.

Quanto a definição sobre o que seria o ativismo judicial é que existem mais divergências. Vejamos, na definição de Luís Roberto Barroso:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período,

posições políticas de curto prazo, que podem ser revogadas na próxima mudança na composição do tribunal. Isso acontece continuamente na Política constitucional dos Estados Unidos e, mais uma vez, é parcialmente o resultado do requisito de maioria simples que caracteriza a tomada de decisão judicial.

²⁰³ COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. **Rev. cienc. polít. (Santiago)**, Santiago, v. 24, n. 2, p. 29-48, 2004. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2004000200002&lng=es&nrm=iso>. Acessado em 09 nov. 2019. p. 45-46.

²⁰⁴ Em tradução livre: Em outras palavras, a introdução prematura dos processos de judicialização da política – para transformar o judiciário em outra arena política - introduz incentivos irresistíveis para os governos intervirem no Poder Judiciário. Portanto, incentivar a judicialização da política em democracias não consolidadas, antes que a independência do Poder Judiciário seja firmemente institucionalizada, corre o risco de que, em vez de uma judicialização da política, antes, produzir uma politização da justiça.

ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.²⁰⁵

De tal modo, na visão de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial é relacionado a uma promoção dos direitos constitucionalmente garantidos. Neste sentido, seria interessante questionar no que se difere da judicialização da política, uma vez que isto não resta claro no pensamento de Barroso, parecendo se tratar da mesma coisa. Ora, se são a mesma coisa, não tem razão a diferenciação conceitual descrita por Barroso.

Anderson Vichinkeski Teixeira tenciona no mesmo sentido, fazendo apenas uma diferenciação entre juiz ativista em sentido positivo e juiz ativista em sentido negativo, o que, na visão de Teixeira, evidentemente, não se trata de dois tipos distintos de juízes, mas de quando o ativismo é positivo e quando é negativo. Neste sentido, dirá que o ativismo é positivo no reconhecimento dos direitos fundamentais e na sua aplicação, bem como, na garantia da supremacia da Constituição. Enquanto o ativismo em sentido negativo ocorre quando o juiz ultrapassa o limite imposto pelo texto legal ou constitucional. Assim, defende um ativismo judicial a partir da atuação que busca sanar a omissão dos demais poderes.²⁰⁶

A questão que deve ser posta é se existe ativismo judicial bom e ruim? Um juiz é ativista quando aplica o texto constitucional? Ou é ativista ao proteger direitos fundamentais? E afirmar a supremacia constitucional é uma atitude

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Op. cit.**, 2012. p. 369/371.

²⁰⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966>>. Acesso em: 31 Ago. 2019. p. 11/13.

ativista? Para que seja possível responder a essas perguntas, é necessário apontar o que é e quais as características do ativismo judicial.

Inicialmente observa-se grande divergência doutrinária sobre o conceito de ativismo judicial, de modo que é necessário realizar um acordo semântico a fim de que se compreenda o que se pensa por ativismo judicial.

Ricardo Viera de Carvalho Fernandes vai delinear um dos seus modelos de ativismo judicial (ativismo jurisdicional), uma vez que entende que há mais de um tipo²⁰⁷, caracterizado a partir de uma atitude dos magistrados de complementar ou criar legislação em um espaço que não existe, em especial na judicialização das políticas públicas.²⁰⁸

José Ribas Vieira propõe duas possibilidades de verificação do ativismo judicial, a primeira a partir da quantidade de decisões de determinado tribunal que declarem inconstitucional algum texto normativo, ou seja, com que frequência o Poder Judiciário se sobrepõe ao Poder Legislativo. E, a segunda possibilidade, diz respeito a quantas vezes este mesmo Tribunal busca sanar omissões (ainda que aparentes) dos demais poderes.²⁰⁹

Na compreensão de Lenio Luiz Streck, o ativismo judicial tem sido entendido no Brasil de modo extremamente superficial²¹⁰. A partir disso, vai definir o ativismo judicial como uma atitude do intérprete de agir em sentido contrário a norma posta.²¹¹ Assim, o ativismo judicial está relacionado a uma alteração formal da constituição, maquiada de mutação constitucional, a qual

²⁰⁷ São outros modelos de ativismos, classificados pelo autor: ativismo contra-majoritário; ativismo não-originalista; ativismo de precedentes; ativismo material ou criativo; ativismo remediador e ativismo partisan.

²⁰⁸ FERNANDES, Ricardo Viera de Carvalho. ATIVISMO JUDICIAL: POR UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL À BRASILEIRA. **Revista Direitos Culturais**, [S.l.], v. 7, n. 12, p. 249-268, jul. 2012. ISSN 2177-1499. Disponível em: <<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/389/415>>. Acesso em: 02 Set. 2019. p. 262.

²⁰⁹ VIERA, José Ribas. VERSO E REVERSO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**. Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>. Acesso em 02 Set. 2019. p. 48.

²¹⁰ De acordo com Streck nos Estados Unidos o referido termo está em discussão, na comunidade acadêmica, há pelo menos 200 (duzentos) anos. O ativismo estadunidense se iniciou às avessas, ou seja, a partir de uma decisão contrária aos Direitos Humanos, o caso citado é o que barrou as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt, que na concepção de Streck nasce muito mais de uma concepção daqueles juízes, daquela corte, do que de um sentimento constitucional existente.

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Op. cit.**, 2011. p. 51/55.

não pode ser realizada pelo Poder Judiciário, cabendo apenas às maiorias parlamentares alterar o texto da Constituição. Vale ressaltar que quando há a ocorrência da mutação constitucional, esta não altera o texto constitucional, mas, tão somente, o seu sentido, ou seja, a norma constitucional sem alteração textual.²¹²

Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho irão destacar que é perceptível no cenário atual, apesar do reconhecimento do princípio da legalidade, que há uma subvalorização da legislação e uma supervalorização da jurisprudência, o que ataca frontalmente, um dos pilares do Estado de Direito, qual seja, a substituição do primado da vontade pelo primado da legislação.²¹³

Nuria Beloso Martín irá defender a perspectiva de que o Poder Judiciário poderá sim efetivar as garantias constitucionalmente asseguradas, no entanto, esta competência não lhe autoriza a substituir o papel do legislador, sob pena de romper com o Estado de Direito.

La configuración de un Estado de Derecho implica que se respeta la legalidad, legalidad que ha sido aprobada por el poder Legislativo, como representante de la voluntad popular. También implica el respeto al principio de separación de poderes, de manera que el Poder Judicial debe limitarse a aplicar e interpretar la ley pero no puede erogarse en legislador, a pesar de que esté tentado de hacerlo en su interpretación de los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente. El garantismo sí puede ser un rasgo característico de un Estado de Derecho pero no el activismo judicial.^{214 215}

De tal modo, pode-se entender que a área de atuação do Poder Judiciário seria na esfera da mutação constitucional, ou seja, atualizar

²¹² Idem, p. 51/55.

²¹³ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Op. cit.**, p. 1.439.

²¹⁴ BELLOSO MARTÍN, N. DE DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN A PRINCIPAL INTÉRPRETE DEL TEXTO CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA ¿ACTIVISTA VS GARANTISTA?. Revista Derechos Humanos e Democracia, v. 7, n. 13. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9270>. Acesso em 13 set. 2019. p. 22-36.

²¹⁵ Em livre tradução: A configuração de um Estado de Direito implica que se respeite a legalidade, legalidade que tenha sido aprovada pelo Poder Legislativo, como representante da vontade popular. Também implica respeito ao princípio da separação dos poderes, de modo que o Poder Judiciário deve limitar-se a aplicar e interpretar a lei, porém não pode substituir o legislador, apesar de estar tentado a fazê-lo em suas interpretações dos Direitos Fundamentais constitucionalmente estabelecidos. O garantismo pode ser uma característica de um Estado de Direito, porém não o ativismo judicial.

determinado conceito da norma, sem, no entanto, alterar o texto constitucional. Assim, quando o Poder Judiciário ultrapassa este limite ele provoca, na verdade, um rompimento com o texto constitucional.²¹⁶

Lenio Luiz Streck vai trazer três perguntas fundamentais para a percepção da existência de um ativismo judicial em matéria de implementação de políticas públicas, sendo elas:

(a) o pedido se trata de um direito fundamental exigível subjetivamente?

(b) a medida perseguida é universalizável?

(c) é possível a transferência de recursos de quem não optar pela medida para fazer a felicidade de quem optou, sem ferir a isonomia e a igualdade?²¹⁷

O argumento de Streck consiste em que somente poderá ser concedido qualquer pedido, se ultrapassar essas três perguntas com três respostas positivas, bastando uma negativa para impossibilitar a atuação judicial.²¹⁸

Desta forma, a jurisdição constitucional mostra, através do ativismo judicial, a sua faceta antidemocrática. Se por um lado permitiu a concretização de direitos fundamentais, por outro, em excesso e sem limites, pode corroer o pacto democrático, esvaziando os demais poderes e permitindo o surgimento de uma juristocracia. Isto porque, apesar de se reconhecer que democracia, na atualidade, não significa, tão somente, a vontade da maioria, como explicitado no primeiro capítulo, e servindo os Tribunais como formas de controle dos demais poderes quando desvirtuem o sentimento constitucional, não se pode admitir que ele, Poder Judiciário, traía tais premissas.²¹⁹

A democracia implica, além da decisão majoritária, também a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais das minorias. É justamente na promoção desse contexto e na garantia desses direitos que o Judiciário pode desempenhar um papel primordial.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Op. cit.**, 2011. p. 51/55.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. IN: Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/lenio-acao-stf-tratando-algo-chamado-homeschooling>. Acesso em 09 de setembro de 2019.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 49/54.

O Judiciário pode ser, nessa linha, um guardião da democracia. Por isso, só há sentido em pensar em uma “judicialização da política” enquanto atuação judicial que preserve a interação democrática entre os cidadãos, e não como realização pelo Judiciário de tarefas que legitimamente cabem às maiorias.²²⁰

Deste modo, é possível compreender que a judicialização da política é um fenômeno natural das constituições analíticas modernas, uma vez que há uma ligação entre o Direito e a Política, conforme já exposto. De tal modo, do alargamento do rol dos direitos fundamentais, inerentes ao reconhecimento amplo da possibilidade de judicializar esses direitos, enquanto que o ativismo judicial diz respeito a atitude do julgador diante dos casos que lhe são levados, ou seja, o problema não está na possibilidade de discutir os mais diversos temas em juízo, mas sim nas respostas dadas.

3.2 O CONSTITUCIONALISMO, A DEMOCRACIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Passamos agora a análise sobre alguns julgados do STF, para identificar a existência ou não de uma tendência ativista dentro deste órgão do Poder Judiciário. Não é pretensão deste trabalho analisar os julgados a partir de um método jurimétrico, mas, tão somente, a partir de uma análise de conteúdo dos julgados a fim de verificar de que ordem são os argumentos utilizados pelos ministros na construção das suas decisões.

De tal modo, optou-se pela análise das decisões das seguintes ações:

- ✓ A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12²²¹;
- ✓ A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650²²²;

²²⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**. 2006. Disponível em: <http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/ebc13414f9a0acf84749f124d810772f.pdf>. Acesso em 02 de set. de 2019. p. 36.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF – Distrito Federal. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 17 de

- ✓ Os *Habeas Corpus* nº 126.292²²³ e nº 152.752²²⁴ e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43²²⁵, nº 44 e nº 54;
- ✓ o *Habeas Corpus* nº 124.306²²⁶ e
- ✓ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132²²⁷ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277²²⁸.

A razão de examinar essas decisões foi motivado pelo fato de que elas, indubitavelmente, alteraram o texto ou constitucional ou legislativo. É importante destacar que para a análise dos casos foram acessados diretamente os julgados, bem como, outras fontes secundárias que já produziram alguma análise sobre aqueles.

setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP – São Paulo. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752/PR – Paraná. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 04 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 MC/DF – Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ – Rio de Janeiro. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ – Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF – Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

3.2.1 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12: O poder legislativo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), requerendo a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como, emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia ao substantivo “direção” nos incisos II, III, IV e V do artigo 2º desta resolução.

A resolução em debate trata sobre a proibição da prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, declarando nulo os atos assim enquadrados. No artigo 2º, por exemplo, traz a tipificação do que é considerado nepotismo e, no art. 5º, determina que, no prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação da resolução, os Presidentes dos Tribunais promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas que estiverem em desacordo com o art. 2º da mesma resolução.

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal fundamentou que os princípios esculpidos no artigo 37, caput da Constituição Federal, possuem aplicação imediata e que é competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) defender a devida aplicação destes princípios e, entre estes, se encontram os princípios da impessoalidade e da moralidade, os quais embasam a referida resolução. Ainda, entendeu-se que a competência do CNJ para proferir esta resolução encontra amparo no art. 103-B, §4º, inciso I e II da Constituição Federal.²²⁹ Outro ponto que o STF enfrentou e defendeu diz respeito a

²²⁹ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...] § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...] I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

inexistência de afronta ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o CNJ é órgão do Poder Judiciário e a resolução valeria para este apenas.

A pergunta que se faz aqui é se tal decisão poderia ser editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A questão posta é que se deve diferenciar a lei das resoluções e entender qual é a competência do CNJ. Isto porque, decorre da própria constituição, no art. 103-B, §4º, inciso I, que este órgão pode “expedir atos regulamentares”, de modo que se tem que entender o que são atos regulamentares.

Para Flávio Pansieri, não é possível equiparar os atos regulamentares à lei, isto porque, enquanto a lei é proveniente do Poder Legislativo, o qual tem a função de representar o povo, os atos regulamentares possuem uma atuação mais restrita, que não permitem a inovação no ordenamento jurídico, funcionam como uma complementação da lei. E, ainda, posicionando-se especificamente sobre a Resolução objeto deste julgamento, reforça a impossibilidade de se imaginar que referida norma decorre diretamente dos princípios constitucionais, isto porque, defende que a simples ausência de manifestação, por vezes constitui garantia do indivíduo face ao Estado.²³⁰

Igualmente, Lenio Luiz Streck diferencia a lei de outros atos, em que defende que a primeira traz características de generalidade e abstração, enquanto outros atos, como a resolução, por exemplo, destinam-se a individualização e concreção da lei.²³¹

De tal modo, de uma simples leitura do art. 1º da Resolução nº 07/2005 do CNJ é possível perceber a inovação do ordenamento jurídico, isto porque, caso a prática do nepotismo já estivesse vedada, não precisaria reafirmá-la.

Outra questão relevante é que a resolução determina a obrigação dos Presidentes dos Tribunais exonerarem esses casos, ou seja, cria uma obrigação, a qual estaria resguardada para uma análise judicante (em um caso concreto) ou para uma lei (em um caso geral).

²³⁰ PANSIERI, Flávio. Comentários ao art. 103-B da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. p. 1439/1440.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 93.

É defendido por Lenio Luiz Streck que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) devem atuar como controle externo dos órgãos, em análise de casos concretos e não na edição de normas, as quais competem ao Poder Legislativo, resguardando a reserva legal.²³²

É importante lembrar que, como dito no primeiro capítulo deste trabalho, uma democracia necessita de regras claras, e que sejam respeitadas, sobre quem pode tomar decisão e com qual procedimento pode tomar esta decisão, não cabendo ao sentimento de “iluminados” promover mudanças legislativas. Em razão disso, destaca-se, também, que não se defende a prática do nepotismo, apenas não se acredita que um erro é corrigido com a aceitação de outro.

Assim, a questão relevante deste julgamento é o poder concedido pelo STF ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para legislar, o que enfraquece a democracia representativa constitucional a partir do modelo constitucional político brasileiro, uma vez que esta autorização não partiu nem do Poder Constituinte Derivado, conforme demonstrado, tampouco do legislador ordinário, partindo sim do próprio Poder Judiciário.

3.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650: o debate do financiamento de campanhas eleitorais

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.650 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), referida ação atacava, basicamente, os seguintes dispositivos legais: art. 23, §1º, incisos I e II; art. 24; art. 81, *caput* e §1º da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições) e artigos 31; 38, inciso III; 39, *caput* e §5º da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

Vale ressaltar que esta ação foi julgada em 17 de setembro de 2015, sendo que com a edição da lei 13.165/15 houve uma considerável alteração legislativa em 29 de setembro de 2015, inclusive alterando dispositivos atacados nesta demanda. No entanto, aqui a análise proposta sobre o julgado se fará a partir da legislação da época, isto porque, a intenção aqui é analisar possíveis

²³² Idem.

vieses na decisão do STF no julgamento da ADI nº 4.650 e não analisar a normativa atual.

As questões postas em debate no STF tratavam basicamente sobre o financiamento das campanhas eleitorais, buscava-se

(a) a impossibilidade de financiamento eleitoral por parte das pessoas jurídicas;

(b) a limitação do valor doado por pessoas físicas, a qual era feita pelo percentual (10%) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior, criando um limite diferente para as pessoas conforme sua capacidade econômica e

(c) a possibilidade de autofinanciamento do candidato, o qual era limitado pelo partido.

Inicialmente, o relator Min. Luiz Fux defendeu a possibilidade de interferência do Poder Judiciário nas regras do jogo democrático, fundamentando que não se pode esperar que agentes políticos eleitos pelas normas vigentes, tenham interesse em modificá-las para aperfeiçoar o sistema democrático. Segundo o ministro seria mais crível entregar essa tomada de decisão a agentes externos, como no caso, o Supremo Tribunal Federal. Adiante, o ministro Fux fundamenta que há três elementos que se apresentam no exercício da cidadania e que não podem ser exercidos pelas pessoas jurídicas, são eles: o direito de votar; de ser votado e participar da vontade política (de modo direto, plebiscito, referendo ou iniciativa popular).

Segundo Min. Luiz Fux o art. 24 da lei 9.504/97 traz vedações de diversas entidades financiarem campanhas eleitorais, entre elas, destaca a proibição das organizações da sociedade civil, bem como, das entidades de classe ou sindicais, as quais não possuem fins lucrativos e ficam excluídas do processo eleitoral. Para o ministro não há fundamentação constitucional razoável para a diferenciação destas entidades das pessoas jurídicas com viés empresarial e, utiliza desta premissa para fundamentar que as empresas estariam impossibilitadas no financiamento de campanhas eleitorais.

É importante destacar quanto esta premissa que o ministro relator se utiliza de uma técnica interpretativa no sentido de ampliar a restrição de direitos. Ou seja, ao invés de entender que não há motivo constitucional razoável para a diferenciação e, a partir dessa conclusão, interpretar e decidir no sentido de retirar a vedação a um direito para as entidades vedadas, ampliando direitos.

Pelo contrário, a interpretação do Min. Luiz Fux estende a proibição, aumentando a restrição de direitos.

A conclusão do STF no julgamento foi no sentido de proibir o financiamento empresarial de campanha, porém permitiu que as pessoas físicas contribuam com até 10% (dez por cento) de seus rendimentos anuais, seja para algum candidato ou para o autofinanciamento eleitoral. Destaca-se que três ministros, Min. Teori Zavascki, Min. Celso de Mello e Min. Gilmar Ferreira Mendes votaram pela improcedência da demanda.

Ressalta-se que os votos são recheados de argumentos políticos, morais, sociais, econômicos, mas de argumentação jurídica se tem muito pouco. Observe a seguir um trecho extraído no voto do Min. Luís Roberto Barroso:

[...] existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham - e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações - que, ao lado da função contramajoritária, é uma função representativa, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro. E é por essa razão que, nas situações que envolvam proteção de minorias, ou nas situações que envolvam certos impasses que emperram a história, acaba sendo indispensável a intervenção do Supremo Tribunal Federal, não contramajoritária, mas representativa. É para fazer andar a história, quando ela tenha parado.²³³

Neste trecho fica muito claro o pensamento ativista do Ministro, o qual se julga na posição de propulsor da história. Segundo ele, é possível a existência de um “juiz-antena”, aquele que tem a capacidade de abstrair da sociedade os seus anseios e, a partir desses, julgar as demandas mais relevantes do país. Referida crença, evidentemente, abre espaço, como assevera Carvalho Filho, para o decisionismo judicial, permitindo que cada juiz julgue conforme as suas convicções e por consequência o direito não importa mais, mas sim a justiça, o problema, segundo Carvalho Filho é que a justiça pode ser conceituada de formas diversas por cada jurista.²³⁴

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.650**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 17/09/2015. Voto: Ministro Luís Roberto Barroso. p. 130.

²³⁴ CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2->

Em contraponto ao pensamento do Min. Luís Roberto Barroso, destaca-se o trecho da fala da professora Eneida Desiree Salgado na audiência pública promovida pelo STF no referido julgamento:

Ao Poder Judiciário, não me parece caber aperfeiçoar o ordenamento jurídico, retirando do sistema normas com as quais não concorda e substituindo-as por outras que lhe pareçam mais convenientes e oportunas. Apenas pode, ou melhor, deve afastar dispositivos que contrariem a Constituição, o que não parece ser o caso. Não há proteção deficiente dos princípios constitucionais republicano, democrático e da igualdade pelos preceitos que são objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Há uma opção válida entre alternativas possíveis. Tampouco parece legítimo que uma reforma política seja capitaneada por atores não representativos, sem legitimidade democrática, sob pena de uma contradição performática do discurso. A democracia deve ser regulada na arena democrática, por atores democraticamente eleitos de forma democrática.²³⁵

Neste ínterim, Eneida Desiree Salgado sustenta que as escolhas legítimas dos parlamentares não devem ser alteradas pelo Poder Judiciário, o qual só pode/deve agir quando uma norma afetar o texto constitucional. De tal modo, aponta que os Poderes eleitos é que tem a prerrogativa constitucional da produção e alteração das leis, encontrando os limites na própria constituição.

Destaca-se que no julgado nº 4.650, havia uma norma infraconstitucional, a qual foi julgada inconstitucional, no entanto, sem que seja apontado, claramente, qual o dispositivo constitucional diretamente atacado. De modo que se procedeu a uma reforma no financiamento eleitoral pelo Poder Judiciário, a partir das convicções dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Registra-se que não se discute se a decisão é acertada ideologicamente, mas sim, juridicamente, o que não parece ser no caso. Aparentemente, o adequado seria que a decisão sobre o modelo de financiamento eleitoral, tendo em vista a pequena proibição constitucional (art. 17, inciso II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes), fosse tomada pelo Congresso Nacional, local onde estão os representantes eleitos pelo povo,

[precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho](#).

Acessado em 15 set. 2019.

²³⁵ SALGADO, Eneida Desiree. **Audiência Pública no STF – Financiamento de Campanhas eleitorais**. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasFinanciamentoCampanhas.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 159.

conforme já demonstrado no capítulo 2, item “2.3” deste trabalho²³⁶. De modo que, ao tentar proteger a democracia, tudo indica que, o Supremo Tribunal Federal, a enfraqueceu ainda mais.

3.2.3 Os Habeas Corpus nº 126.292 e nº 152.752 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, nº 44 e nº 54: o fim da inocência antes do trânsito em julgado

Em 17 de fevereiro de 2016, o STF decidiu o Habeas Corpus nº 126.292, em que houve uma virada jurisprudencial, uma vez que a partir deste caso, retornou-se o entendimento que prevalecia até 2009, em que era possível iniciar o cumprimento da pena após acórdão condenatório julgado em segunda instância.

No entendimento do Ministro Teori Zavascki, ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292, não faz sentido atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, uma vez que o art. 637 do Código de Processo Penal²³⁷, não lhe atribui, devendo, desde logo, iniciar-se o cumprimento da pena.

É necessário lembrar, como bem faz constar Lênio Luiz Streck²³⁸, que a lei 12.403/11, de 4 de maio de 2011, alterou o art. 283 do Código de Processo Penal, sendo que a redação anterior era a seguinte: “*A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio*”, passando a partir de então, a ter a seguinte redação: “*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*”.

Conhecer o dispositivo é importante para que se compreenda que o fato dele vir depois do art. 637 do Código de Processo Penal, traz a decorrência lógica de que ele teria revogado, tacitamente, parte daquele dispositivo, qual

²³⁶ A partir das perspectivas de Bruno Torrano; Jeremy Waldron; Paulo Ricardo Schier; Lênio Luiz Streck, entre outros.

²³⁷ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

²³⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Op. cit.**, 2018, p. 315.

parte? Justamente a que fala da “execução da sentença” ou, ao menos, caso essa execução signifique o cumprimento de pena privativa de liberdade.

Ainda, no julgamento deste *Habeas Corpus*, os ministros do STF lançam mão de outros argumentos para denegar a ordem e proceder uma virada jurisprudencial sobre a temática, sendo os principais desses argumentos:

(a) a lei da ficha limpa (Lei Complementar nº 135/2010) consagra a inelegibilidade após condenação por órgão colegiado;

(b) que em nenhum outro país do mundo, se aguarda o trânsito em julgado da decisão para iniciar o cumprimento da pena, podendo ser feito após a observação do duplo grau de jurisdição, ilustrando como funciona esse procedimento na Inglaterra, nos Estados Unidos, no Canadá, na Alemanha, na França, em Portugal, na Espanha e na Argentina;

(c) que o índice de provimento de recursos, nas cortes Superiores, em matéria criminal, é baixíssimo;

(d) que a jurisprudência que permite ao jurisdicionado recorrer em liberdade contribui para o excesso de recursos;

(e) interpretar pela possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, promove a quebra do paradigma da impunidade;

(f) diminui o grau de seletividade do processo penal;

(g) que a Constituição não coíbe a prisão, mas a culpabilidade;

(h) que a presunção de inocência é princípio e não regra, de modo que permite sua aplicação com maior ou menor intensidade.

É importante dizer que nenhum desses argumentos se sustentam frente a uma análise jurídica, revelando-se, na sua maioria, argumentos de ordem moral.

Em relação ao argumento (a) que fundamenta na lei da Ficha Limpa, é importante dizer, primeiramente que sequer se concorda com a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, ao menos no ponto aqui levantado, isto porque o art. 15, inciso III da Constituição Federal, igualmente como este caso, remete a possibilidade de cassação dos direitos políticos, somente após o trânsito em julgado, não podendo entender que a lei possa aumentar a restrição à direito fundamental.

No tocante ao argumento (b) de caráter de direito comparado, é preciso dizer que a interpretação jurídica deve ser feita a partir de uma análise

de textos e contextos²³⁹ como sugere Petters Melo, sendo importante destacar que nenhum dos países apontados possui o mesmo texto constitucional que o brasileiro, tampouco o mesmo contexto social, não se permitindo, assim, a mera comparação decisória.

Quanto ao argumento (c) que aponta sobre o índice de provimento de recursos, igualmente, não é um argumento jurídico, isto porque cada caso deve ser analisado individualmente, pensar diferente permite a dissociação da tese com o caso concreto, além de que não faz parte do texto legal ou constitucional o índice de provimento de recursos para a tomada de decisão.

O argumento (d) que traz que a liberdade para recorrer, acaba por ocasionar o excesso de recursos, parte da premissa que o recurso seja algo lesivo ao ordenamento jurídico, sendo que este não o é, deve-se compreender que se as Cortes possuem uma demora excessiva para responder ao jurisdicionado, esta culpa não pode ser apontada para este, que não deve carregar o peso da falência deste modelo, sendo que eventual mudança no sistema recursal deve ocorrer pela via legislativa.

Pelos argumentos (e) e (f) que explicitam sobre a quebra do paradigma da impunidade e a diminuição da seletividade penal, o Supremo Tribunal Federal se coloca em uma posição de promovedor das mudanças sociais, o que, definitivamente, não é o seu papel, isto porque, deve se preocupar em cumprir a Constituição e não em promover quebra de paradigma ou mesmo mudar a seletividade penal.

Em relação aos argumentos (g) e (h) que apontam que a constituição não veda a prisão e que a presunção de inocência é princípio e não regra, a estes podem ser opostos algumas perguntas, a primeira delas me parece ser a de se esclarecer o que é o oposto de culpado?²⁴⁰ Um dos antônimos de culpado é inocente, logo, se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, será considerado inocente. Desta conclusão

²³⁹ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 18 – nº 1, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4485/2478>. Acesso em 21 de set. de 2019. p. 82.

²⁴⁰ Uma vez que o art. 5º, inciso LVII, fala que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

decorre a segunda pergunta, inocente cumpre pena? É até difícil responder a este questionamento, uma vez que a resposta é óbvia. Além disso, caberia uma terceira pergunta, que o Supremo Tribunal Federal não conseguiu responder a contento, em que pese provocado para isso, como deixa de aplicar o art. 283 do Código de Processo Penal?

Com base neste último questionamento, o Partido Ecológico Nacional (PEN)²⁴¹, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ingressaram cada um com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54, respectivamente, justamente buscando a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

No julgamento da medida cautelar dessas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que o art. 283 do Código de Processo Penal é constitucional, no entanto, deve ser lido a partir da interpretação conforme à Constituição, para afastar interpretações que afastem a possibilidade de impedir a execução da pena após condenação em segunda instância.

Mais um argumento que foi utilizado para decidir e que deve ser rebatido é o de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não analisam fatos, mas, tão somente, tese de direito. Ora, não há como separar os fatos do direito, isto porque, só há direito se houver fato, a regra só é aplicada a um fato, sendo impossível a cisão.

Quando do julgamento do Habeas Corpus nº 152.752, impetrado pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, em que pedia para recorrer em liberdade após sua condenação em segunda instância, pronunciada pelo Tribunal Federal Regional da 4ª Região. Destaca-se que este Habeas Corpus foi julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Há diversos pontos a serem destacados neste julgamento, como, por exemplo, ter sido julgado antes do julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade supramencionadas ou, ainda, tantos outros argumentos aqui já trabalhados. Porém, pretende-se destacar um argumento específico do

²⁴¹ O qual se transformou no Patriota.

caso, qual seja, o utilizado pela Ministra Rosa Weber, o princípio da colegialidade:

Colocadas tais premissas teóricas, e forte no que nelas explicitarei, destaco que, tendo integrado a corrente minoritária neste Plenário quanto ao tema de fundo, passei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o dever de equidade que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (*treat like cases alike*) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da colegialidade que, enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência, é meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa, conforme explanei anteriormente. Nessa linha de raciocínio, e sendo prevalecente neste Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a execução provisória *“de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”* - tese consagrada por este Plenário em 17 de fevereiro de 2016, ao exame do HC 126.292/SP, da relatoria do querido e saudoso Min. Teori Zavascki (DJe de 17.5.2016), reafirmada em 05.10.2016 também por este Plenário quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, da relatoria do Min Marco Aurélio, e mais uma vez em 10.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, no ARE 964.246-RG/SP, também da relatoria do Min. Teori Zavascki, no Plenário Virtual (DJe 25.11.2016), quando reafirmada a jurisprudência dominante, não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de habeas corpus, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressaltado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o locus apropriado para revisar tais temas.

No ponto, leciona Lenio Luiz Streck:

Ora, o fato de que o julgamento deste habeas corpus estava sendo levado a plenário é a prova de que se tornava impossível invocar a colegialidade, pois quem julga HC é a turma, o que significa que, em sendo o plenário afetado pelo Ministro Edson Fachin, o STF não possuía ainda um posicionamento colegiado sobre a questão. Em outras palavras, se o Tribunal não tinha posição fixada, o HC, no plenário, só poderia ser apreciado depois da questão prejudicial, ou seja, o julgamento de HC no plenário só poderia ocorrer se já tivesse sido votada a questão constitucional constante nas duas ADCs.²⁴²

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Op. cit.**, p. 333.

A questão é que caso a Ministra Rosa Weber tivesse votado pela sua convicção, e não pelo princípio da colegialidade, esta teria modificado o entendimento da colegialidade, concedendo o Habeas Corpus em questão, ou seja, ao invocar o princípio da colegialidade, o que não prevaleceu foi justamente este princípio.

Esta temática, talvez, seja aquela em que haja uma maior percepção de ativismo judicial nos últimos tempos, uma vez que claramente há uma alteração do texto constitucional e, também, do texto legal, agindo o Supremo Tribunal Federal como verdadeiro Poder Constituinte Reformador e Poder Legislativo, uma vez que pelo texto existente não é possível extrair a conclusão que o Tribunal chegou.

Ao rogar para si a atribuição de reescrever o texto constitucional e o texto legal, claramente, o Supremo Tribunal Federal usurpa a competência do Poder Legislativo, o qual representa os anseios da sociedade, uma vez que eleitos por esta. Além disso, o faz não para a defesa do texto constitucional, como é sua missão, mas justamente contra este e a favor de uma pauta ideológica sua.

Destaca-se que em 07 de novembro de 2019, nos momentos finais desta dissertação de mestrado, o Supremo Tribunal Federal, voltou a julgar a possibilidade de início do cumprimento de pena, após a condenação em segunda instância, quando do julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidades nº 43, 44 e 54²⁴³.

Desta vez, diferentemente do que havia entendido anteriormente, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, impossibilitando o cumprimento imediato da pena após a condenação em segunda instância.

Neste ponto o Supremo Tribunal Federal, ao rever a sua posição, voltou a conferir força normativa ao Direito, respeitando os procedimentos indispensáveis de uma democracia para a normatização da sociedade.

3.2.4 O Habeas Corpus nº 124.306: A descriminalização do aborto

²⁴³ Neste caso em específico não foi consultado o acórdão, uma vez que ao momento de escrita desta dissertação não havia a sua publicação, o que dificulta o apontamento dos argumentos.

Neste caso, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou a prisão cautelar, após recurso em sentido estrito do Ministério Público contra decisão do juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ que concedeu a liberdade provisória dos réus. Em razão da decisão do referido Tribunal de Justiça, a defesa interpôs *Habeas Corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, sendo que a Sexta Turma da Corte²⁴⁴ não conheceu do *Habeas Corpus*, em razão de sua natureza substitutiva de recurso especial.

Em virtude desta última decisão foi interposto o *Habeas Corpus* nº 124.306 perante o Supremo Tribunal Federal. Os impetrantes eram acusados de cometimento dos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal) combinado com o crime de provocar aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do Código Penal), em concurso material, por quatro vezes, tendo sido presos em flagrante.

Os fundamentos do referido *Habeas Corpus* eram que o pronunciamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça era teratológico; que a constrição se configurava como antecipação de reprimenda; inexistência de tentativa de fuga do flagrante; desnecessidade da segregação; destacou a existência de condições favoráveis (primariedade e residência fixa) e, por fim, que eventual condenação levaria ao cumprimento da pena em regime mais brando do que a prisão cautelar.

O Ministro Marco Aurélio deferiu a liminar, em 8 de dezembro de 2014, permitindo que os réus Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira (pacientes) respondessem a ação em liberdade, sendo que em 27 de junho de 2015, estendeu os efeitos para os acusados Débora Dias Ferreira e Jadir Messias da Silva. Informa no voto que verificou, em consulta ao *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que os réus compareceram a audiência de instrução e julgamento ocorrida em 17 de agosto de 2015, ou seja, depois de todos estarem em liberdade.

²⁴⁴ Na época do julgado, composta pelos Ministros Maria Thereza de Assis Moura; Sebastião Reis Júnior; Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE). Ausente da sessão, justificadamente, o Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Este é o cenário que deu ensejo ao julgamento do referido *Habeas Corpus* pela Primeira Turma²⁴⁵ do Supremo Tribunal Federal. O relator, Ministro Marco Aurélio, votou no sentido de conhecer e deferir a ordem, fundamentando no princípio da não culpabilidade, bem como, que os pacientes não apresentavam óbice ao andamento do processo penal.

No voto do ministro Luís Roberto Barroso, inicialmente aponta a inexistência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Até neste momento, o julgamento não trazia grandes afrontas ao ordenamento jurídico, no entanto, o ministro Luís Roberto Barroso, inicia uma defesa da inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, argumentando que fere a dignidade humana da mulher; a igualdade de gênero; viola a autonomia da mulher, seus direitos sexuais e reprodutivos, entre outros argumentos. Ainda, acompanharam o voto do ministro Luís Roberto Barroso, o ministro Luiz Edson Fachin e a ministra Rosa Weber.

Antes de adentrar em discussão de mérito, é preciso apontar uma questão de forma, uma vez que apesar de não ter sido declarada formalmente a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, esta discussão avançou demais e de forma desnecessária para a resolução do caso concreto. É facilmente perceptível um julgamento *ultra petita*, uma vez que o julgamento foi além do que o autor pretendeu na petição, a qual tem por fim balizar a discussão do caso.

Isto porque, conforme expresso pelo próprio ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, não estavam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, ou seja, qualquer análise sobre a constitucionalidade do tipo penal seria desnecessária para a resolução do caso, de modo que se mostra desarrazoada a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

No que tange ao mérito da decisão, é importante destacar que o resultado, qual seja, a concessão do *Habeas Corpus*, não se discorda, entendendo que era a decisão mais correta. No entanto, em se tratando de uma Corte Constitucional, os fundamentos da decisão são relevantes, pois irão trazer efeitos para o ordenamento jurídico. E, neste ponto, há que se discordar da

²⁴⁵ Na época do julgado, composta pelos Ministros Luís Roberto Barroso; Marco Aurélio de Melo; Luiz Edson Fachin; Rosa Weber e Luiz Fux.

decisão, uma vez que não é por conta de um entendimento político diverso que se deve declarar inconstitucional a norma.

Para fundamentar esta análise, os apontamentos de Lenio Luiz Streck auxiliam ao demonstrar quão equivocada foi a utilização da teoria da ponderação de Alexy para a resolução de conflitos de princípios. Streck argumenta que o ministro Luís Roberto Barroso justifica a inexistência de adequação da norma, uma vez que ela não tem evitado os inúmeros abortos existentes no país e, continua

Ora, se o bem jurídico tutelado é a vida do nascituro, que outro meio poderia ter sido utilizado pelo legislador para alcançar tal finalidade? Se o número de abortos praticados no País é um argumento válido para afastar o meio legal escolhido para a proteção à vida, por que não seguimos esse mesmo raciocínio para os demais crimes contra a vida? Afinal, somos o país que nos últimos anos alcançou a meta de 60 mil homicídios anuais. Não se mede a adequação de meios para obtenção de fins por seu grau de eficácia social; do contrário, a própria noção de norma jurídica “iria por água abaixo” na medida em que a sua concretização ficaria à mercê das condições contingenciais e aleatórias. O que o Ministro Roberto Barroso fez foi um retorno ao realismo jurídico por meio de uma equivocada interpretação da teoria dos princípios de Alexy.²⁴⁶

Evidente, se a questão fosse a inexistência de adequação da norma, certamente seria necessário declarar inconstitucional o crime de homicídio, uma vez que este tipo penal não tem se demonstrado adequado para a sua inibição²⁴⁷. Ou seja, observa-se que o ministro Luís Roberto Barroso manuseou a feição a teoria para obter a resposta desejada por ele.

É imperioso dizer que não se duvida e nem se discorda da existência de Direitos Fundamentais das mulheres nesta temática. Todavia, questiona-se aqui sobre qual é o ambiente propício para a discussão desta temática? Seria o Poder Judiciário? Pressupõem-se aqui que não, isto porque, há um Direito Fundamental tutelado pela norma, qual seja, o direito à vida do nascituro. Ora, o legislador ordinário fez a sua opção, obviamente que esta não tem o condão de ser eterna, podendo ser modificada, mas igualmente, não pode ser considerada inconstitucional como sugere o ministro Barroso, uma vez que a norma ou lei encontra suporte no direito à vida do nascituro.

²⁴⁶ Ibidem, p. 299.

²⁴⁷ Idem.

Este ponto afronta diretamente o princípio da separação dos poderes, o qual foi apresentado no capítulo II, item “2.2.1”, em que se concluiu que o princípio da Separação dos Poderes revisitado compreende um Judiciário que tem certa área de atuação sobre as decisões políticas do país, porém devendo lembrar que este encontra limite no texto constitucional, cabendo respeitar as autonomias dos demais poderes, desde que estes produzam atos adequados a ordem constitucional.

Portanto, deve haver contenção do Poder Judiciário no momento de declarar, ainda que indiretamente, inconstitucional uma norma. Mais uma vez, como bem expõe Lenio Luiz Streck, *“é desimportante aquilo que o juiz pensa ou acha pessoalmente acerca do conteúdo da lei. Cada um tem o seu papel [os poderes do Estado] na democracia”*.

3.2.5 A ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF – A alteração do texto constitucional para promover o reconhecimento da união homoafetiva

As ações foram julgadas conjuntamente, sendo que a pretensão principal era atribuir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil²⁴⁸. O pedido era para que se estendesse o reconhecimento da união estável para os casos de homoafetividade.

O Supremo Tribunal Federal julgou em 2011, por unanimidade, procedente o pedido, para atribuir “interpretação conforme à Constituição” ao referido artigo do Código Civil, a fim de

Excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.²⁴⁹

Nos fundamentos da decisão, o Supremo Tribunal Federal sustentou:

²⁴⁸ Art. 1.723. 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. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

²⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Procedência em parte das ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 13 de outubro de 2011. Brasília. DJ 14/10/2011.

- (a) que há proibição de discriminação das pessoas em razão da sua orientação sexual;
- (b) que o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, proíbe o preconceito, uma vez que traz o objetivo constitucional é “promover o bem de todos”;
- (c) O reconhecimento da “norma geral negativa” de Kelsen, sob a qual, tudo o que não é proibido é permitido;
- (d) Direito à busca da felicidade;
- (e) o tratamento constitucional do verbete “família” não empresta qualquer substantivo;
- (f) que no século XXI há a preponderância do afetivo ao biológico;
- (g) quando a Constituição menciona a união estável entre homem e mulher²⁵⁰, trata-se apenas de uma proteção especial desta última, não sendo uma necessária regra;
- (h) e, que os direitos e garantias fundamentais não encerram em si mesmos, podendo haver extensão desses, em virtude da regra do §2º do art. 5º da Constituição Federal.

Para fundamentar a análise sobre este julgado pelo STF inicialmente, é imperioso contrapor a utilização da “norma geral negativa” kelseniana, a qual é muito bem explicada por Lara Freire Bezerra de Sant’Anna:

Chama à causa, como argumento de autoridade, o postulado Kelseniano, segundo o qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. É este o entendimento que estamos a consolidar? Evidente que, a partir do princípio da legalidade, a liberdade encontra-se no espaço não regulado por normas proibitivas do Estado. Uma coisa, entretanto, é ser permitido. Os relacionamentos homoafetivos certamente são permitidos! Outra coisa, muito distinta, é retirar disto o reconhecimento de um instituto jurídico, como a união estável. Aí não se trata do postulado da legalidade, mas sim algo como “o que não é proibido, é garantido juridicamente”. Bom, neste caso, um sem número de questões poderia ser defendida como constitucionalmente garantidas. Qual o óbice, diante de tal teoria, que se reconheça a união estável entre duas, três, quatro pessoas? O céu é o limite.²⁵¹

²⁵⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre **o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁵¹ SANT’ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como Guardião da Constituição: democracia ou guardiania?** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014. p. 107/108.

Igualmente, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal pode atualizar os conceitos da Constituição, a partir do que se denomina mutação constitucional (tratado no item 2.2.4 do segundo capítulo deste trabalho), no entanto, como lá arguido, esta atualização é referente ao significado do texto, mas nunca a alteração do próprio texto, o que compete, tão somente, ao Poder Constituinte Derivado.

Não cabe ao Poder Judiciário alterar o texto constitucional, de modo que não é possível alterar o §3º do art. 226 para onde consta “homem e mulher” constar qualquer outra denominação, igualmente, não é possível atribuir “interpretação conforme à Constituição” a artigo de lei que repete o texto constitucional, ora, se já repete, não tem porque conformá-lo.

A questão central deste julgamento é definir o local de tomada de posição, não parece que seja a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal. E, é importante esclarecer que é possível até compactuar da ideia de que essa seria a forma mais adequada, politicamente, de tratar as uniões estáveis homoafetivas, no entanto, permitir tal correção moral ao Poder Judiciário nesta matéria, por razão de coerência, acaba por permitir em qualquer outra.

Destaque-se, como o fazia Thomas Jefferson (1859, p.19), “que aos vivos cabe o usufruto da terra”, de modo que o povo não deve limitar-se ao que queriam os constituintes originários. Ao povo, entretanto, cabe esta decisão. Não a um grupo de déspotas esclarecidos, detentores da moral e da justiça. Afinal, e este é o ponto central deste trabalho, escolhemos a democracia como forma de governo justamente por adotarmos o entendimento de que é esta a forma de governo a que traz os melhores e mais justos resultados. Sendo assim, e tirando de mente qualquer opção por uma interpretação histórica, resta-nos interpretar a norma existente do artigo 226 e seu parágrafo 3º, tal como ela existe no ordenamento jurídico. E ela é clara ao dizer que a união estável é composta entre o homem e a mulher. Podemos lamentar e entendê-lo como uma péssima opção do constituinte, impregnada de um sentimento retrógrado, até hoje existente. É preciso mudá-la, mas através das vias democráticas.²⁵²

Esse caso é emblemático na discussão sobre o lugar da tomada de decisão, uma vez que ao optar-se por um sistema democrático, com opções de modificações do texto constitucional a partir do Poder Legislativo, sendo que esta

²⁵² Ibidem, p. 105.

competência não foi atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição, deve-se entender que o local de atualização do texto é o Poder Legislativo, por força do art. 60 da Carta Magna.

Afinal de contas, acredita-se que os problemas da democracia, ou mesmo da Constituição no caso de uma democracia constitucional, como a que vivemos, resolve-se com mais democracia, com mais Constituição e não com mais Supremo Tribunal Federal.

3.3 NO CONSTITUCIONALISMO NÃO HÁ ESPAÇOS PARA DEUSES, NEM PARA SUPER-HERÓIS

Após a análise anterior sobre os julgados selecionados, é possível perceber que, tomado de uma vontade iluminista, o Supremo Tribunal Federal, por vezes, pretendeu legislar, modificando a lei ou mesmo o texto constitucional, o fez isso em nome de empurrar a história, de atender aos anseios das ruas.

É necessário dizer que, em uma democracia representativa constitucional e em um modelo constitucional político, como se entende ser o caso brasileiro, não há espaços para voluntarismos judiciais. Deve-se inclusive dar este consolo aos juízes deste país, a função deles não é salvar o planeta, o compromisso destes é com a Constituição e com a Democracia.

Importante ressaltar, conforme já foi tão debatido neste trabalho, que democracia não é somente a vontade da maioria, que se deve prever o respeito as minorias, que é primordial que se garanta a centralidade dos direitos, que as regras do jogo democrático devem ser respeitadas. Aqui, destaca-se que é necessário respeitar a autoridade de quem pode modificar as regras, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e não pretender captar as vontades das ruas, como tantas vezes é utilizado como argumento em decisões judiciais.

As vontades, as ideologias e as crenças do julgador não devem ser consideradas no julgamento, este tem o dever de substituir a sua moral, pela moral constitucional. Como tanto já apontou Streck²⁵³, não há a necessidade de

²⁵³ STRECK. Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 105/120

fazer uma correção moral no direito, em especial quando este é construído em um sistema democrático como o brasileiro, uma vez que a correção moral é feita antes da produção legislativa, pelos legisladores, sob pena de não se terminar as correções morais.

De tal modo, não cabem argumentos metafísicos em julgamentos, não cabem experiência de vida de magistrado, não cabem as opiniões do julgador. É democrático que se respeite a autonomia do Direito, é democrático que se entenda em que espaço se deve disputar referido reconhecimento à direito.

Ressalva-se que não é apenas de erros que vive o Poder Judiciário, tampouco o Supremo Tribunal Federal. Destaque aqui para o caso que discutia a possibilidade de início de cumprimento de pena após condenação penal em segunda instância, entendeu-se que, após a alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 07 de novembro de 2019, este acertou na decisão, restabelecendo a ordem constitucional para este caso.

Por fim, igualmente, é relevante que se diga que referidas críticas não tem a pretensão de propor acabar com o controle de constitucionalidade ou mesmo com a independência do Poder Judiciário, tampouco enfraquecê-lo. Pelo contrário, as críticas aqui postas buscam, justamente, fortalecer o Poder Judiciário, uma vez que apenas através de críticas, não com caráter destrutivas, mas sim de construção de novas possibilidades é que se pode buscar o aperfeiçoamento das instituições.

É dito isso pois não se pode jogar a criança suja fora juntamente com a água, deve-se limpá-la, mas também preservá-la.

CONCLUSÃO

Esta dissertação teve como objetivo analisar os modelos democrático e constitucional brasileiro e, a partir destes identificar se o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar temas politicamente sensíveis, fundamenta suas decisões de acordo com os modelos identificados.

No primeiro capítulo, ao analisar requisitos da democracia constitucional, verificou-se que esta é pautada a partir de alguns elementos, destacando-se: a igualdade, ainda que formal, entre os cidadãos, o que permite que todos disputem o poder; a centralidade nos direitos, constituindo-se um conteúdo mínimo da promoção da democracia; o respeito as regras do jogo democrático, as quais devem ter um procedimento mais rígido para alteração, bem como, quem assim o pretende fazer, tem por obrigação dizer quais regras pretende modificar, de que modo e qual modificação pretende fazer; a efetiva participação dos cidadãos, com a possibilidade de ampla discussão, proposição, controle do programa e entendimento esclarecido sobre o que está sendo debatido.

No aspecto de direitos inerentes a um modelo democrático constitucional, destaca-se a liberdade de expressão e de associação, as quais permitem que os cidadãos defendam seus pontos de vistas e se organizem para que possam tentar convencer aos demais. Neste aspecto, destaca-se a importância dos partidos políticos nas democracias contemporâneas, uma vez que estes, em um modelo ideal, servem para a captação dos anseios sociais e a sua representação, uma vez que diante da complexidade dos problemas atuais, da extensão territorial dos estados e da densidade demográfica, resta extremamente difícil imaginar uma democracia direta.

Sobre a forma representativa de democracia, defendeu-se, na mesma compreensão de Kelsen, que o parlamento é o poder central e reflete o tecido social. Para tanto, nesta mesma compreensão, entendeu-se que o sistema proporcional de eleição deste Poder é adequado, uma vez que este permite que a oposição participe do governo, na mesma proporção que está representada na sociedade, fortalecendo um outro direito primordial da democracia, qual seja, o direito de poder discordar, o direito ao dissenso. De tal modo foi possível

reconhecer que o modelo democrático brasileiro é representativo constitucional, com respeito ao conteúdo mínimo exigido por esta teoria.

Reconheceu-se, igualmente, a possibilidade da democracia brasileira avançar, apontando-se como um caminho possível a maior democratização de outros espaços, tais como, a escolha do Procurador-Geral da República, o qual já foi realizado com base na escolha dos seus pares; a institucionalização da escolha, por meio do voto, do reitor das Universidades Federais; a possibilidade de votação para escolha dos presidentes das empresas estatais, obviamente que tendo como corpo eleitoral os seus funcionários.

Na construção do modelo constitucional brasileiro, entendeu-se necessário estudar os antecedentes do Estado Democrático de Direito, a fim de compreender algumas das razões de suas instituições. Compreendeu-se que até o estágio atual, a lei já foi percebida de diversas perspectivas, a partir apenas do seu conteúdo, após da autoridade que provinha, sendo que somente depois das atrocidades trazidas pela ascensão do nazismo e do fascismos é que se compreendeu a necessidade de se controlar tanto a autoridade de onde se emana a lei, quanto o conteúdo desta, a partir desta concepção surgiu o que entendemos por força normativa da constituição.

Igualmente, trabalhou-se aspectos como o princípio da separação dos poderes, o qual se modificou no tempo, sendo evidente que a atuação do Poder Judiciário não serve mais apenas como boca da lei. No entanto, igualmente, não há uma autorização para que este usurpe as competências dos demais poderes. Reconheceu-se a existência do controle de constitucionalidade. Ainda, trouxe a discussão da mutação constitucional, como sendo um espaço apropriado do Poder Judiciário atualizar conceitos, sem, no entanto, ter o poder de alterar o texto, apenas o sentido das palavras, quando tiver ocorrido uma mudança de posicionamento social.

Sustentou-se o reconhecimento dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como limites do texto constitucional, colocando-os em lugar de destaque no ordenamento jurídico, inclusive acima do texto constitucional.

Após essas considerações, passou-se a diferenciar o constitucionalismo político do jurídico, sendo apontado como critério de análise o espaço de tomada de decisão em primeira análise. É importante dizer que não se desconhece e nem se contraria a possibilidade de controle de

constitucionalidade das normas, mas importa saber qual dos Poderes, o Legislativo ou o Judiciário, é legítimo para decidir pontos sensíveis da política.

Defendeu-se a consagração do constitucionalismo político, pautado no argumento de que quando da decisão pelo Poder Judiciário, ainda que declare inconstitucional uma lei e a retire do ordenamento jurídico, o faz com base no texto constitucional, não podendo decidir com base na sua vontade. Imperioso dizer que caso o Legislativo tenha optado por uma decisão que caiba no texto constitucional, ainda que o Poder Judiciário não ache a melhor decisão, este não tem competência para não a aplicar.

Com base nessa compreensão, passou-se a analisar os julgados selecionados do Supremo Tribunal Federal. No entanto, antes da análise diferenciou-se judicialização da política, entendida como um fenômeno natural decorrente da existência de uma constituição analítica, reconhecidamente com força normativa e ativismo judicial, que diz respeito a postura do julgador quando do julgamento, em que este não aplica a lei, tampouco a constituição, mas sim a sua vontade pessoal, ainda que por vezes tente disfarçar por trás de muita retórica.

Na análise dos julgados, pontuou-se os argumentos trazidos pelos ministros, demonstrando como, muitas vezes, utilizam-se de argumentos de ordem moral para ampliar restrições ou mesmo modificar o texto legal ou constitucional. Frisa-se que não cabe ao Poder Judiciário impor as suas vontades nos julgamentos, devendo substituir a sua moralidade pela moral da Constituição, a qual dispensa correção moral, sob pena de desvirtuar o seu texto e sua ideia de moral compartilhada.

Evidentemente que a Constituição Federal de 1988 permite ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade das leis ou mesmo a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, esta concessão é feita a partir de um comando normativo, previsto na Constituição e com moderação. Em nenhum momento a Constituição Federal autoriza o Poder Judiciário discutir sobre a legitimidade de uma opção legislativa a partir da sua concepção de justiça, mas sim a partir do texto constitucional. A Constituição Federal em seu viés garantista, estabelece garantias mínimas para os cidadãos em decorrência dos Poderes Públicos, obriga a reconhecer a limitação do Poder Judiciário também, o qual tem o dever

de cumprir e zelar pela Constituição, sem qualquer possibilidade de fazer política em concorrência aos poderes políticos.

No entanto, ao analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, têm-se a compreensão de que a sua atuação não é adequada ao modelo constitucional e democrático proposto pela Constituição Federal, uma vez que, não raras as vezes, invade o espaço político das decisões estatais, esvaziando, desta forma, a legitimidade decisória dos Poderes Legislativo e Executivo. Referida atuação, ativista do Poder Judiciário, pode trazer algumas consequências imensuráveis ao modelo democrático brasileiro, uma vez que agindo fora da possibilidade de controle de constitucionalidade permitido pela Constituição, trará alteração do processo democrático de escolha, interferindo, inclusive, na soberania popular.

Pontuou-se, exemplificativamente, o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, em que o Supremo Tribunal Federal concedeu poderes legislativos ao Conselho Nacional de Justiça, descredenciando a centralidade do parlamento, presente na teoria da democracia de Norberto Bobbio. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, na qual o STF amplia restrições de direito por meio de técnica interpretativa e, ainda, modifica as regras do jogo político através de uma decisão judicial. Em relação aos julgamentos que embasaram a possibilidade de início de cumprimento de pena após condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado, estes mexeram no núcleo dos direitos fundamentais, por força de decisão judicial, contrariando a tese da democracia por intermédio dos direitos de Luigi Ferrajoli, ainda que este posicionamento tenha sido revisto posteriormente, o fato de tê-lo existido, já afronta referida compreensão de democracia.

Além desses casos, ainda analisou-se que em relação ao Habeas Corpus nº 124.306, o qual sustentou a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, este alterou lei federal, por meio de um recurso que possuía efeito apenas inter partes, além de ter ido muito além do pedido do processo, o que interfere no jogo político, uma vez que era uma decisão legítima do parlamento, criminalizar o aborto, inclusive até o terceiro mês de gestação. E, por fim, quando do julgamento da ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF, o STF reconheceu a união estável homoafetiva, alterando o lugar de decisão sobre uma política pública, do parlamento para o Poder Judiciário, afetando mais uma vez

o princípio da centralidade do parlamento, constante na teoria de Norberto Bobbio.

A partir disso, é criticada referida postura, entendendo que cabe ao aplicador do Direito zelar pela sua integridade e não trazer juízos morais para o julgamento.

Além disso, entende-se aqui que os juízes não devem carregar a crença de que são super-heróis, deuses ou salvadores da pátria, uma vez que referentes crenças tendem a cegar no reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, levando, invariavelmente, ao cometimento de injustiças.

Ressalta-se, também, que referidas críticas não são feitas no sentido de descredibilizar o Poder Judiciário. Não se pretende aqui defender que este não é relevante e que se poderia fechar o Supremo Tribunal Federal, muito pelo contrário, as críticas são feitas na intenção de aprimorar a atuação deste órgão, aumentando, assim, a sua legitimidade constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRABAL, Alejandro Knaesel; DIAS, Feliciano Alcides. **Estado Liberal, Social e Democrático de Direito: observações frente à complexidade contemporânea**. Revista Jurídica. Blumenau, 2016, vol. 20, n. 43, jan./abr., pp. 19-36. Disponível em: <
<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/6417/3518>> Acesso: 30 mai. 2018.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo : Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em: <https://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2018.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo : Saraiva, 2011.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2ª reimpressão. Belo Horizonte : Fórum, 2013.

BELLOSO MARTÍN, N. DE DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN A PRINCIPAL INTÉRPRETE DEL TEXTO CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA ¿ACTIVISTA VS GARANTISTA?. Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 7, n. 13. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/articloe/view/9270>. Acesso em 13 set. 2019.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF – Distrito Federal. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP – São Paulo. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752/PR – Paraná. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 04 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 MC/DF – Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ – Rio de Janeiro. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ – Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF – Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Procedência em parte das ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 13 de outubro de 2011. Brasília. DJ 14/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.650**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 17/09/2015. Voto: Ministro Luís Roberto Barroso.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>. Acessado em 15 set. 2019.

COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. **Rev. cienc. polít. (Santiago)**, Santiago, v. 24, n. 2, p. 29-48, 2004. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2004000200002&lng=es&nrm=iso>. Acessado em 09 nov. 2019.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 2016 (2ª reimpressão).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; DA SILVA, Christine Peter. Democracia representativa no Brasil: Breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 8, nº 1, jan./jun. 2017. p. 225/239. Acesso em 24/10/2019. Disponível em <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/327>.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. ATIVISMO JUDICIAL: POR UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL À BRASILEIRA. **Revista Direitos Culturais**, [S.l.], v. 7, n. 12, p. 249-268, jul. 2012. ISSN 2177-1499. Disponível em: <<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/389/415>>. Acesso em: 02 Set. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?** In: *Revistausp*. São Paulo, nº 21. 1994.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas interrogantes**. Naciones Unidas: Santiago de Chile, 2009. Disponível em https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 11 ago. 2018.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis : Fundação Boiteus, 2004.

GUANDALINI JR., Walter. **Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 54, dez. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30734>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Frabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 3ª edição. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2019.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo : M. Fontes, 2005. (Justiça e direito).

KRIEGER, Bruno Thiago; RIBAS, Raul; QUADROS, Doacir Gonçalves de. O foro especial por prerrogativa de função e o princípio da separação dos poderes. **AGENDA POLÍTICA**, v. 7, p. 138-161, 2019. Disponível em: <http://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/253/240>. Acesso em 02 de nov. de 2019.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**. 2. ed. Campinas : Minelli, 2005.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO ROSENDO RADILLA PACHECO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1068-1084, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30485>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 02 de nov. de 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 5ª reimpressão. Martin Claret : São Paulo. 2010.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202). Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2018.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 18 – nº 1, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4485/2478>. Acesso em 21 de set. de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários ao art. 93 da Constituição Federal**. In: In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

MIGUEL, Carlos Ruiz. GOBERNABILIDAD, SISTEMA PARLAMENTARIO Y FÓRMULA ELECTORAL LA CRISIS DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 24, n. 1, p. 220-249, abr. 2019. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14202>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

MIGUEL, Luiz Felipe. Um ponto cego nas teorias da democracia: os meios de comunicação. *BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, nº 49 (2000).

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo : Martin Claret, 2010.

MOREIRA, Felipe Oswaldo Guerreiro; KRIEGER, Bruno Thiago. **A democracia a partir dos modelos principialista e garantista de constitucionalismo**. In: CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Orgs.) *Direito, teorias e sistemas – Estudos desenvolvidos no programa de pós-graduação em direito da UFSC*. Florianópolis : Insular, 2015.

MUÑOZ, Rodrigo Salazar. La transtarencia en la gestión pública, elementos para garantizarla. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, p. 559-585, jul./dez. 2018. ISSN 0034-7191. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/596/505>>. Acesso em: 04 maio 2019.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade.** 2006. Disponível em: <
http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/ebc13414f9a0acf84749f124d810772f.pdf>. Acesso em 02 de set. de 2019.

NEUMANN, Franz. **A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa.** In: Revista Brasileira de Estudos Políticos: Belo Horizonte, 2014. n. 109. jul./dez. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.** Coimbra : Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Eduardo Alvares de; VACCARO, Stefania Becattini. **Neoconstitucionalismo e Estado Democrático de Direito.** Revista Ius Gentium, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 189-210, jan./abr. 2018. Disponível em: <
<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/370/294>>
 . Acesso em 20 de ago. de 2018.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição Europeia como Signo:** da superação dos dogmas do estado nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PANSIERI, Flávio. Comentários ao art. 103-B da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais:** reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo : Saraiva, 2012.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra : Coimbra Ed, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil.** Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. **Judicial Review e Democracia:** Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. Revista Brasileira de Estudos Políticos Públicas, Belo Horizonte, v. 113, p. 405-430, jul./dez 2016. Disponível em: <
<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/372/360>>. Acesso: 22 mai. 2018.

SÁ, Priscila Zeni de. **Poder Judiciário e as cláusulas gerais:** parâmetros para a concretização no direito-civil constitucional. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário**: mudanças e reformas. Estud. av. [online]. 2004, vol.18, n.51, pp.79-101. ISSN 0103-4014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. Acesso em 20 de agosto de 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. **Audiência Pública no STF – Financiamento de Campanhas eleitorais**. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquiograficasFinanciamentoCampanhas.pdf>. Acesso em 15 set. 2019.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como Guardião da Constituição**: democracia ou guardiania? Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2002.

SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1965, *passim*.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: democracia e governabilidade no Brasil. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, 2016, v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016. Disponível em: < <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/959/476>> . Acesso em 20 de ago. de 2018.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa**: Da idade Média à Idade Contemporânea. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil**: uma biografia. 2ª ed. São Paulo : Companhia de Letras, 2018.

SOUZA, Cristiane Fernandes de; SOUZA, Paulo de Tarso Fernandes de. **Direito e democracia** - o significado das leis e do legislativo na teoria da democracia. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, 2017, vol. 1, n. 51, jan./abr., pp. 145-156. Disponível em: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7784/6160> > Acesso: 30 mai. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e teoria do estado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Estado Democrático de Direito**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK. Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários ao art. 2º**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo

Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. IN: Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/lenio-acao-stf-tratando-algo-chamado-homeschooling>. Acesso em 09 de setembro de 2019.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª edição. São Paulo : Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 13. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em 31/08/2019.

_____. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 49/54

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966>>. Acesso em: 31 Ago. 2019.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2015.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Considerações iniciais sobre semiótica jurídica**. Revista CEJ, v. 14, n. 51, 2011.

VIERA, José Ribas. VERSO E REVERSO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**. Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>. Acesso em 02 Set. 2019.

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

_____. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGITIMIDAD POLÍTICA. *Dikaion*, Chia, v. 27, n. 1, p. 7-28, June 2018. Disponible em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422018000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 09 Nov. 2019.