

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO
LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL, POLÍTICA DO DIREITO E
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
PROJETO DE PESQUISA: POLÍTICAS PÚBLICAS, MOVIMENTOS SOCIAIS, DEMOCRACIA
E PARTICIPAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**PERFIL DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
SEGUNDO AS TEORIAS PROCEDIMENTALISTA,
SUBSTANCIALISTA E PRAGMATISTA DE DEMOCRACIA,
COM BASE NOS JULGADOS DA UNIÃO ESTÁVEL DE
PESSOAS DO MESMO SEXO E DA INTERRUPTÃO DE
GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS**

ALEXSANDER FERNANDES MENDES

Itajaí-SC, dezembro de 2022.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO
LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL, POLÍTICA DO DIREITO E
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
PROJETO DE PESQUISA: POLÍTICAS PÚBLICAS, MOVIMENTOS SOCIAIS, DEMOCRACIA E
PARTICIPAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**PERFIL DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
SEGUNDO AS TEORIAS PROCEDIMENTALISTA,
SUBSTANCIALISTA E PRAGMATISTA DE DEMOCRACIA,
COM BASE NOS JULGADOS DA UNIÃO ESTÁVEL DE
PESSOAS DO MESMO SEXO E DA INTERRUPTÃO DE
GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS**

ALEXSANDER FERNANDES MENDES

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência
Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí– UNIVALI,
como requisito parcial à obtenção do título de Doutor
em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Orlando Luiz Zanon Junior

Itajaí, dezembro de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa e aos meus filhos Alexsander e Luísa, pela paciência, carinho e motivação.

Agradeço ao meu orientador Professor Dr. Orlando Luiz Zanon Junior pelos ensinamentos, apoio e presteza em responder minhas dúvidas.

Ao Tribunal Regional Federal da 4^a Região pelo incentivo e apoio financeiro na realização deste projeto.

Por fim, agradeço aos meus pais, Antenor e Maria de Lourdes por tudo que fizeram pela minha educação e pelos valores que me foram ensinados.

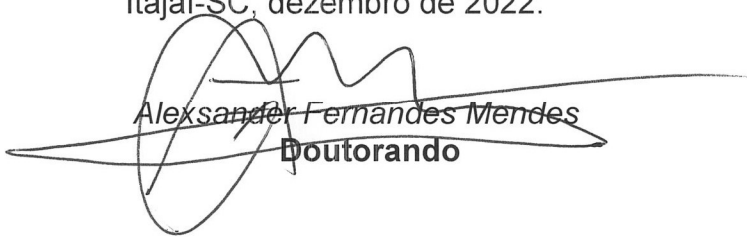
DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Claudia, Alexsander e Luísa.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, dezembro de 2022.



Alexsander Fernandes Mendes
Doutorando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

DOUTORADO

Conforme Ata da Banca de defesa de doutorado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 20/12/2022, às quinze horas, o doutorando Alexsander Fernandes Mendes fez a apresentação e defesa da Tese, sob o título “PERFIL DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SEGUNDO AS TEORIAS PROCEDIMENTALISTA, SUBSTANCIALISTA E PRAGMATISTA DE DEMOCRACIA, COM BASE EM JULGADOS RECENTES SOBRE TEMAS DE RELEVÂNCIA POLÍTICA E SOCIAL”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Feliciano Dias (FURB), como membro, Doutora Priscila Zeni de Sá (FURB), como membro, Doutora Carla Piffer (UNIVALI), como membro, Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI), como membro, Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI), como membro suplente e Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Tese foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 20 de dezembro de 2022.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS E CONCEITOS OPERACIONAIS¹

Ativismo Judicial: “É a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite 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”.²

Autocontenção Judicial: É caracterizada pela atitude judicial de ser deferente à atuação (ações e omissões) dos poderes políticos representativos.³

Constituição: É “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.⁴

Democracia: É um conjunto de regras para formação de decisões coletivas em que deve ser permitida a participação mais ampla possível dos interessados, exercido com base na soberania popular, e com respeito aos direitos fundamentais da minoria.

Democracia Formal ou Procedimental: É “caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.⁵ As normas da Democracia Formal estabelecem quem decide e como se decide através de regras majoritárias.

Democracia Material ou Substancial: Consiste na exigência de que as Constituições e os governos reconheçam - e tenham como objetivo - agir em prol da concretização da justiça social e da igualdade material, em todas as instâncias, combatendo todas as formas de opressão, e retirando da esfera de decisão da maioria um núcleo de Direitos

1PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. rev. Florianópolis: Conceito, 2011. p.25-52.

² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.23.

³ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.50.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 52.

⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.30.

Fundamentais que estão naquilo que Ferrajoli categoriza como *esfera do indecidível*.⁶ As normas da Democracia Material estabelecem os temas sobre os quais é possível decidir e sobre os quais não se pode decidir.

Direitos Fundamentais: “Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”.⁷

Estado Democrático de Direito: “Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimentos da produção*.”⁸

Judicialização da Política: “A judicialização da política consiste no processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente Legislativo e o Executivo, resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma e ações judiciais”.⁹

Procedimentalismo da Democracia: doutrina que defende que a concretização de direitos constitucionais deve se efetivar mediante deliberações emanadas de diferentes frentes do tecido social pela via, primordial, do Poder Legislativo, retomando o sentido original de soberania popular, e não por procedimentos judiciais ou de justiça constitucional.

Substancialismo da Democracia: doutrina que defende a legitimidade da adoção de

6 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.2. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021. p. 152.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.2.

8 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 119.

9 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.22/23.

decisões substantivas pelas Constituições e sua respectiva concreção por parte do Poder Judiciário, mormente no que concerne aos Direitos Fundamentais, independentemente de tais direitos estarem ligados ao bom funcionamento da Democracia.¹⁰

Separação dos Poderes: É um modelo jurídico-político que, visando o melhor funcionamento de um Estado, divide o poder em órgãos distintos, autônomos e independentes.

Teoria Pragmática da Democracia: É o conceito que descreve a Democracia não como autogoverno mas como “o governo por representantes oficiais que são, no entanto, escolhidos pelo povo e que, se não atenderem às expectativas, são afastados pelo povo no final de um mandato curto fixo ou limitado”¹¹

¹⁰SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo horizonte: Fórum. p. 220.

¹¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de janeiro: Forense, 2010. p.111.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
ABSTRACT.....	14
RESUMEN.....	15
INTRODUÇÃO.....	16
 CAPÍTULO 1	
DEMOCRACIA FORMAL E MATERIAL.....	21
1.1 Noções propedêuticas sobre o conceito de Democracia.....	21
1.2 Democracia Ateniense os defensores da guardiania Platão e Aristóteles.....	22
1.3 A Democracia no Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau.....	30
1.4 Os conceitos de Democracia e governo e seus correlatos.....	35
1.5 A luta competitiva pelos votos em Joseph Schumpeter.....	40
1.6 A Democracia em Robert Dahl.....	42
1.6.1 Os critérios para um processo Democrático.....	43
1.6.2 As vantagens da Democracia.....	46
1.6.3 A igualdade política e social.....	56
1.6.4 Instituições políticas requeridas pela Democracia em grande escala.....	57
1.6.5 As condições que favorecem a Democracia.....	64
1.7 Democracia formal ou procedimental e democracia material ou substancial.....	69
1.8 Promessas não cumpridas pela Democracia.....	79
1.9 De como as democracias declinam no mundo contemporâneo.....	85
 CAPÍTULO 2	
SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL DO JUIZ NA DEMOCRACIA.....	98
2.1 Introdução.....	98
2.2 Separação de Poderes em Locke e Montesquieu.....	100
2.3 Função jurisdicional e Separação de Poderes no Estado Liberal.....	105
2.4 Função jurisdicional e Separação de Poderes no Estado Social.....	111
2.5 Função jurisdicional e Separação de Poderes no Estado Neoliberal e no mundo Globalizado.....	118

2.6 Função jurisdicional, Separação de Poderes e a ascensão dos Direitos Fundamentais no pós-guerra.....	124
2.7 Jusnaturalismo, Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo.....	128
2.8 A postura judicial formalista e antiformalista.....	135
2.9 O Juiz na Democracia em Antoine Garapon.....	151
2.10 O Juiz na Democracia em Aharon Barak.....	157

CAPÍTULO 3

A FUNÇÃO JURISDICIONAL SEGUNDO AS TEORIAS PROCEDIMENTALISTA, SUBSTANCIALISTA E PRAGMATISTA DA DEMOCRACIA.....	175
3.1 Introdução.....	175
3.2 A função jurisdicional e a teoria Procedimentalista.....	177
3.3 A função jurisdicional e a teoria Substancialista.....	192
3.4 A função jurisdicional e a teoria Pragmatista.....	201
3.5 O debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.....	212
3.6 A tensão entre as funções legiferante e jurisdicional.....	239
3.6.1 Em defesa de Juízes e Cortes Constitucionais.....	243
3.6.2 Contra Legisladores e Parlamentos.....	247
3.6.3 A favor de Legisladores e Parlamentos.....	250
3.6.4 Contra Juízes e Cortes Constitucionais.....	252
3.7 A judicialização da política e das relações sociais.....	255
3.8 Ativismo judicial e autocontenção judicial.....	265

CAPÍTULO 4

O PERFIL DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DA UNIÃO ESTÁVEL DE PESSOAS DO MESMO SEXO E DA INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO NO CASO DOS FETOS ANENCEFÁLICOS	284
4.1 Os modelos de Juiz de François Ost e Cass R. Sunstein.....	284
4.2 Casos emblemáticos envolvendo Judicialização e Ativismo Judicial, Procedimentalismo e Substancialismo.....	296
4.3 Análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ.....	316

4.3.1 Voto do relator Ministro Ayres Britto.....	318
4.3.2 Voto do Ministro Luiz Fux.....	322
4.3.3 Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	324
4.3.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	324
4.3.5 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	325
4.3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	326
4.3.7 Voto do Ministro Marco Aurélio Mello.....	328
4.3.8 Voto do Ministro Celso de Mello.....	330
4.3.9 Voto do Ministro Presidente Cezar Peluso.....	332
4.4 Classificação e análise do perfil do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ.....	333
4.5 Análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF.....	351
4.5.1 Voto do relator Ministro Marco Aurélio.....	353
4.5.2 Voto da Ministra Rosa Weber.....	355
4.5.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	357
4.5.4 Voto da Ministra Luiz Fux.....	358
4.5.5 Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	359
4.5.6 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	360
4.5.7 Voto do Ministro Ayres Britto.....	362
4.5.8 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	362
4.5.9 Voto do Ministro Celso de Mello.....	364
4.5.10 Voto do Ministro Celso Presidente Cezar Peluso.....	366
4.6 Classificação e análise do perfil do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ.....	369
CONCLUSÃO.....	381
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	386

RESUMO

A presente Tese está inserida na Linha de Pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e inteligência Artificial, da Área de Concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, do curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, inserindo-se ainda no Projeto de Pesquisa Políticas Públicas, Movimentos Sociais, Democracia e Participação no Estado Democrático de Direito. Seu objetivo geral consiste em investigar o perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, segundo as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista de Democracia, com base em julgados recentes sobre temas de relevância política e social (caso da união estável de pessoas do mesmo sexo e interrupção de gestação de fetos anencefálicos). A Tese está dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo analisa aspectos gerais da Democracia. O segundo capítulo explana o tema concernente à Separação de Poderes, à função jurisdicional, às posturas judiciais e acerca da atuação do Juiz na Democracia. O terceiro capítulo aborda as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista da Democracia, a Judicialização e o Ativismo Judicial. O quarto e último capítulo verifica os modelos de Juiz e a postura do Supremo Tribunal Federal, segundo as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista da Democracia, com base em julgados recentes sobre temas de relevância política e social, especificamente o caso da união estável de pessoas do mesmo sexo, julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e, também, no caso da interrupção de gestação de fetos anencefálicos, julgado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ. As conclusões denotam os pontos cruciais, com ênfase para a confirmação de uma das hipóteses de pesquisa. Assim, na análise do caso da união estável de pessoas do mesmo sexo, julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, assim como no caso da interrupção de gestação de fetos anencefálicos, julgado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ, o perfil de atuação do Supremo Tribunal pode ser considerado como de caráter Substancialista da Democracia. Quanto à Metodologia, registra-se que o Relatório dos Resultados expressos nesta Tese é composto na base lógica Indutiva.

Palavras-chave: Substancialismo da Democracia; Procedimentalismo da Democracia; Pragmatismo da Democracia; Ativismo Judicial; Autocontenção Judicial; Democracia Formal; Democracia Material.

RESUMEN

Esta Tesis forma parte de la Línea de Investigación Principios Constitucionales, Política del Derecho e Inteligencia Artificial, del Área de Concentración en Constitucionalismo, Transnacionalidad y Producción de Derecho, del curso de Doctorado del Programa de Postgrado Stricto Sensu en Ciencias Jurídicas de la UNIVALI, insertándose también en el Proyecto de Investigación Políticas Públicas, Movimientos Sociales, Democracia e Participación en el Estado Democrático de Derecho. Tiene como objetivo general investigar el perfil de actuación del Supremo Tribunal Federal, según las teorías Procesalista, Sustancial y Pragmatista de la Democracia, a partir de sentencias recientes sobre cuestiones de relevancia política y social (el caso de la unión estable de personas del mismo sexo e interrupción de fetos anencefálicos). La Tesis se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo analiza aspectos generales de la Democracia. El segundo capítulo explica el tema de la Separación de Poderes, la función jurisdiccional, los cargos judiciales y el papel del Juez en Democracia. El tercer capítulo aborda las teorías Procesalista, Sustancial y Pragmatista de la Democracia, la Judicialización y el Activismo Judicial. El cuarto y último capítulo verifica los modelos de Juez y la posición del Supremo Tribunal Federal, según las teorías Procesalista, Sustancial y Pragmatista de la Democracia, a partir de sentencias recientes sobre temas de relevancia política y social, específicamente el caso de la unión estable de personas del mismo sexo, juzgado en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 4.277/DF y Demanda por Incumplimiento del Precepto Fundamental n. 132/RJ y, también, en el caso de interrupción del embarazo de fetos anencefálicos, juzgado en el Alegato de Incumplimiento del Precepto Fundamental n. 54/RJ. Las conclusiones denotan los puntos cruciales, con énfasis en la confirmación de una de las hipótesis de investigación. Así, en el análisis del caso de la unión estable de personas del mismo sexo, juzgado en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 4.277/DF y Demanda por Incumplimiento del Precepto Fundamental n. 132/RJ, así como en el caso de interrupción del embarazo de fetos anencefálicos, juzgado en el Alegato de Incumplimiento del Precepto Fundamental n. 54/RJ, el perfil de actuación del Tribunal Supremo puede ser considerado como de carácter Sustancial de la Democracia. En cuanto a la Metodología, se advierte que el Informe de Resultados expresado en esta Tesis está compuesto sobre la base de la lógica Inductiva.

Palabras-claves: Sustancialidad de la Democracia; Procesalismo de la Democracia; pragmatismo de la democracia; Activismo Judicial; Autocontrol judicial; democracia formal; democracia material.

ABSTRACT

This Thesis is part of the line of research Constitutional Principles, Law Policy and Artificial Intelligence, within the area of concentration Constitutionalism, Transnationality and Law Production, of the Doctorate course of the *Stricto Sensu* Postgraduate Program in Legal Science at UNIVALI, also inserting itself in the Research Project Public Policies, Social Movements, Democracy and Participation in the Democratic State of Law. Its general objective is to investigate the performance profile of the Federal Supreme Court, according to the Proceduralist, Substantialist and Pragmatist theories of Democracy, based on recent decisions regarding issues of political and social relevance (the cases of same-sex stable union and the termination of pregnancy with anencephalic fetuses). The Thesis is divided into four chapters. The first chapter analyzes general aspects of Democracy. The second chapter explains the theme of Separation of Powers, the jurisdictional function, the judicial stances, and the performance of the Judge in Democracy. The third chapter addresses the Proceduralist, Substantialist and Pragmatist theories of Democracy, Judicialization, and Judicial Activism. The fourth and final chapter examines the models of Judge and the position of the Federal Supreme Court, according to the Proceduralist, Substantialist and Pragmatist theories of Democracy, based on recent decisions on issues of political and social relevance, specifically, the case of the same-sex stable union, judged in Direct Action of Unconstitutionality no. 4.277/DF and Claim for Noncompliance with Fundamental Precept no. 132/RJ, and the case of termination of pregnancy with anencephalic fetuses, judged in the Argument of Noncompliance with Fundamental Precept no. 54/RJ. The conclusions summarize the crucial points, emphasizing the confirmation of one of the research hypotheses. Thus, in the analysis of the case of the stable union of people of the same sex, judged under Direct Action of Unconstitutionality no. 4.277/DF and the Claim for Noncompliance of the Fundamental Precept no. 132/RJ, as well as in the case of termination of pregnancy of anencephalic fetuses, judged in the Argument of Noncompliance with Fundamental Precept no. 54/RJ, the profile of action of the Supreme Court can be considered as of a Substantialist character of Democracy. As regards the Methodology, the Report of Results of this Thesis is composed on the Inductive logic base.

Keywords: Substantiality of Democracy; Proceduralism of Democracy; Pragmatism of Democracy; Judicial Activism; Judicial self-restraint; Formal Democracy; Material Democracy.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Programa de Doutorado do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI.

A Tese está relacionada à área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito e inserida na Linha de Pesquisa denominada Principiologia Constitucional, Política do Direito e Inteligência Artificial.

O seu objetivo científico consiste em analisar o perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, segundo as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista de Democracia, com base em julgados recentes sobre temas de relevância política e social.

Os objetivos específicos desta pesquisa são: a) analisar o conceito e as características gerais da Democracia; b) explanar o tema concernente à Separação de Poderes, à função jurisdicional, às posturas judiciais e o Juiz na Democracia; c) estudar as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista da Democracia, a Judicialização e o Ativismo Judicial; d) verificar os modelos de Juiz e a postura do Supremo Tribunal Federal, segundo as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista da Democracia, com base em julgados recentes sobre temas de relevância política e social.

O problema da pesquisa pode ser caracterizado pela investigação de qual o perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, com base nos julgados da união estável de pessoas do mesmo sexo e interrupção de gestação de fetos anencéfalos, de acordo com as teorias Substancialista, Procedimentalista e Pragmatista da Democracia.

Para a pesquisa foi levantada a seguinte hipótese:

A postura de atuação do Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes sobre temas de relevância política e social, pode ser caracterizada como Substancialista.

Os resultados do trabalho de fundamentação teórica e de exame da

hipótese estão expostos e demonstrados na presente Tese, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com o estudo relativo à Democracia, objetivando estabelecer as bases teóricas dessa categoria, que perpassa toda a pesquisa, para análise do objeto da Tese, que consiste na análise do perfil do Supremo Tribunal Federal com base nas teorias Substancialista, Procedimentalista e Pragmatista da Democracia. São analisados os aspectos básicos da Democracia ateniense, assim como a Democracia no contrato social de Jean-Jacques Rousseau. Explana-se sobre o conceito operacional de Democracia e de governo, bem assim sobre alguns conceitos correlatos. Logo em seguida, faz-se estudo sobre a luta competitiva pelos votos na teoria da Democracia de Joseph Schumpeter. Ato contínuo, discorre-se acerca da teoria da Democracia do autor Robert Dahl, explanando-se sobre os critérios para um processo democrático, as vantagens da Democracia, as instituições políticas requeridas pela Democracia em grande escala e as condições que favorecem a Democracia. Por conseguinte, é feita digressão acerca das categorias Democracia Formal ou Procedimental e Democracia Material ou Substancial, baseada, principalmente, nos autores Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli. Finalizando o primeiro Capítulo, são analisadas as novas formas de declínio da Democracia, no mundo contemporâneo, com base nas obras de Steven Levitsky, Daniel Ziblatt e Yascha Mounk.

O Capítulo 2 trata da Separação de Poderes, partindo das lições clássicas de John Locke e Montesquieu. Na sequência, explana-se acerca da Separação de Poderes e sua correlação com a função jurisdicional, assim como suas respectivas evoluções, no Estado Liberal, Estado Social e Estado Neoliberal. Em seguida discorre-se sobre as categorias jusnaturalismo, positivismo jurídico e pós-positivismo. Analisam-se, ato contínuo, as posturas judiciais formalista e antiformalista. Por fim, evidencia-se a atuação do Juiz na Democracia, calcado nos autores Antoine Garapon e Aharon Barak. O Capítulo traça a evolução da Separação de Poderes e da atuação moderna da atividade judicial, sendo essencial para estabelecer as premissas e os limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, com respeito aos demais poderes constituídos, assim como de acordo com os princípios democráticos. Além disso, discorre sobre correntes clássicas de aplicação do direito e de posturas judiciais, estabelecendo uma conexão lógica e preparando a análise das teorias centrais para Tese que serão analisadas no terceiro Capítulo.

O Capítulo 3 dedica-se a explicar as teorias que serão a base de análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, objeto principal da Tese, e essenciais para confirmação ou rejeição das hipóteses estabelecidas. As teorias referidas estão em busca do equilíbrio entre Constitucionalismo e Democracia. Elas estão inseridas em um dos novos modelos teóricos da ciência jurídica, coletivamente classificados como integrantes da corrente Pós-positivista. É diante dos novos prismas da teoria constitucional que se busca analisar as teorias Substancialista, Procedimentalista e Pragmatista da Democracia, as quais traçam os limites da jurisdição constitucional e o seu fundamento Democrático. Inicia-se pela teoria Procedimentalista, estabelecendo seus pressupostos e características principais. Logo após, são estudados os autores Procedimentalistas John Hart Ely e Jürgen Habermas. Por conseguinte, analisa-se a Teoria Substancialista, apontando seus caracteres gerais, discorrendo-se sobre o autor Substancialista Mauro Cappelletti. Ato contínuo, explana-se acerca da teoria Pragmatista e seu principal expoente, Richard Posner, assim como sobre o que preconiza o autor indiano Amartya Sen. Em seguida, discorre-se acerca do embate entre o autor Substancialista Ronald Dworkin e o Procedimentalista Jeremy Waldron. Em seguida, são elencados os argumentos a favor e contra a proeminência das funções jurisdicional e legiferante, respectivamente. O capítulo é finalizado com a análise da Judicialização da política e das relações sociais e do Ativismo e Autocontenção Judiciais, visto que ambos são fenômenos diretamente imbricados com as demais teorias explanadas no capítulo.

O Capítulo 4 expõe os modelos de Juízes de acordo com os autores François Ost e Cass Sunstein. Logo em seguida, são compiladas decisões emblemáticas envolvendo a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, assim como as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista, principalmente dos Estados Unidos da América do Norte e do Brasil, no afã de exemplificar como os aportes teóricos, delineados nos capítulos anteriores da pesquisa, materializam-se no mundo fenomênico, através de ações judiciais que aportam nos Tribunais. Por fim, faz-se a análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, com base nos processos emblemáticos de grande repercussão social e política. Mais especificamente, foram selecionados dois, quais sejam, o caso da união estável de pessoas do mesmo sexo, julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, e, o caso da interrupção de gestação de fetos anencefálicos, julgado na Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ. Inicia-se com um resumo dos votos proferidos por cada Ministro, destacando-se a argumentação principal exarada, para, em seguida, responder ao problema proposto na pesquisa e elaborar a classificação do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal nos referidos casos.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e/ou relato, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica quanto ao tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e reflexões sobre o perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, em casos emblemáticos sobre temas de relevância política e social, de acordo com as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista da Democracia.

O Método¹² utilizado na fase de Investigação¹³ foi o Indutivo; na Fase de Tratamento dos Dados¹⁴ o Cartesiano; o Relatório da Pesquisa¹⁵ é composto na base lógica indutiva. Quanto às demais questões metodológicas, a Tese segue o proposto no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, com base na obra do Professor Cesar Luiz Pasold.¹⁶

Nas diversas fases da Pesquisa¹⁷, foram acionadas as Técnicas do Referente¹⁸, da Categoria¹⁹, do Conceito Operacional²⁰ e da Pesquisa Bibliográfica,²¹

12Sobre método, veja especificamente: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14.ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018. p.89-115.

13PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14 ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018. p. 89-115.

14PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14 ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018. p. 89-115.

15PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14 ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018. p. 89-115.

16PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14 ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.

17PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14 ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018. p. 89-93.

18 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14ª .ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.p. 61-70.

19 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14 ed.rev.tual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.p. 31-42.

levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Nesta Tese as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula, seus conceitos operacionais são apresentados no rol de categorias constante no início deste estudo e a tradução de todas as obras estrangeiras aqui analisadas é de caráter não oficial, cuja responsabilidade é do doutorando.

20 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14 ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018. p. 43-60.

21 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14 ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018. p. 31-70.

CAPÍTULO 1

DEMOCRACIA FORMAL E MATERIAL

1.1 NOÇÕES PROPEDEÚTICAS SOBRE O CONCEITO DE DEMOCRACIA

Na história conhecida, a hierarquia é mais antiga do que a Democracia. Enquanto prática e ideia, os registros históricos apontam que a regra foi a hierarquia e não a Democracia. Ainda hoje, segundo Robert Dahl, somente uma minoria das pessoas no mundo é governada por regimes que podem ser catalogados como Democráticos. E, com efeito, a hierarquia é o maior inimigo da Democracia.²²

O Brasil restou marcado pela prevalência de regimes ditatoriais em detrimento de regimes democráticos. O Estado Democrático de Direito, assim, ainda não teve dilação suficiente para ser fomentado e amadurecido. Sem Democracia, é de se ver, não há que se falar em império do sistema constitucional, visto que as Constituições, nesses contextos, são meramente semânticas. O pressuposto básico do presente trabalho, sem o qual não se pode falar verdadeiramente em Estado Constitucional de Direito, é, portanto, o regime democrático.²³

No Brasil, após 1988, tem-se um período de estabilidade democrática, com o assentamento e solidificação do Estado Constitucional de Direito. Isto, a par de importante, entretanto, não basta. A Democracia Formal não é suficiente para aplacar as mazelas da vida. Com efeito, o direito como um todo, e o direito constitucional mais especificamente, vive grave crise, na medida em que não consegue arrostar a insegurança e a injustiça.²⁴

De se ver, outrossim, que a injustiça econômica, social e política vêm-se acrescidas da jurídica, porquanto os excluídos, indefesos, pobres, marginais, tipicamente, não podem contar com proteção jurídica. O resultado é a violência nas

22 DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.77/78.

23 MENDES, Alexsander Fernandes. **Normas “programáticas” e sua aplicação no âmbito da nova hermenêutica**. Porto Alegre: Verbo jurídico. p.13.

24 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista da associação dos juízes federais do Brasil. n. 82, p.110.

idades, principalmente contra excluídos e grupos minoritários. Eis a característica dos conflitos em torno dos Direitos Fundamentais no Brasil.²⁵

Disso resulta que a Democracia e a Constituição,²⁶ nada obstante garantidoras de uma gama considerável de direitos e garantias, sofrem crise de eficácia. A promessa delineada pelo texto não se efetiva no mundo fático.

Ainda convém lembrar que, no caso brasileiro, o Estado resta cada vez mais impossibilitado de dar respostas satisfatórias, e em tempo hábil, a todo feixe de postulações que lhes são dirigidas. Caos na saúde e na segurança pública, corrupção, orçamentos secretos, atraso e impossibilidade de pagamento de vencimentos de funcionários públicos em alguns estados da federação, insegurança e violência são fatores que contribuem negativamente para consolidação da Democracia no Brasil. Cada vez mais há verdadeira crise de legitimidade, abrindo-se um fosso entre governantes e governados. A Sociedade não se sente representada pelos governantes, o que acarreta um verdadeiro esgarçamento na legitimidade democrática entre representantes e representados.

Daí a necessidade premente de pesquisa e aplicação de categorias que impulsionem e propaguem a efetividade da Democracia Formal e Material. Há de se buscar, assim, critérios que proporcionem, de forma racional, a concretização da Constituição e do regime democrático.

1.2 A DEMOCRACIA ATENIENSE E OS DEFENSORES DA GUARDIANIA PLATÃO E ARISTÓTELES

Conforme Robert Dahl, desde a antiguidade, as pessoas imaginam um sistema político no qual os participantes considerem uns aos outros como iguais e possuam as capacidades e requisitos necessários para governar a si próprios. Essa visão perdura nas Democracias modernas e constitui o núcleo das instituições e práticas democráticas. Nos vinte e cinco séculos em que tem sido discutida, apoiada, criticada, praticada, destruída e às vezes restabelecida, não restaram consolidadas de

25 MÜLLER, Frierich. **Que grau de exclusão ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria da Municipal da Cultura, 2000, p. 28.

26 Entendo por Constituição “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 52.

forma concorde as questões fundamentais da Democracia. A Democracia tem significados diferentes para povos e épocas diferentes.²⁷

Dahl aponta ser provável que tenha existido alguma forma de Democracia nos governos tribais, em tempos imemoriais, sem que tenhamos qualquer registro histórico dessa organização política. Essa teria sido uma Democracia primitiva que foi reinventada, em sociedades mais avançadas, na Grécia clássica e em Roma por volta do ano quinhentos antes de Cristo.²⁸

Na Grécia foi cunhado o termo *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratos*, governar.²⁹ Os gregos, mais especificamente os atenienses, efetuaram a transformação democrática do governo de poucos para o governo de muitos. Desde tempos imemoriais, diversas cidades-Estado que haviam sido dominadas por vários governantes não democráticos - aristocratas, oligarcas, monarcas ou tiranos – transformaram-se em um sistema no qual um número substancial de homens livres e adultos adquiriram o direito de participar do governo de forma direta. Desse sistema político, surge um novo sistema de governo no qual o povo soberano tem o direito ao autogoverno, assim como possui todos os recursos e instituições necessárias para o fazê-lo.³⁰

Segundo Dahl, na visão grega, uma ordem democrática teria de satisfazer seis condições mínimas:

1) Os cidadãos deveriam ser minimamente harmoniosos em seus interesses de modo a compartilhar um sentido forte de um bem comunitário que não estivesse em evidente contradição com seus objetivos e interesses;³¹

2) Da primeira condição deriva diretamente a segunda: os cidadãos deveriam ser homogêneos no que toca às características que, de outra forma, tenderiam a gerar conflitos políticos e profundas divergências quanto ao bem comum. Assim, nenhuma *polis* poderia ser uma boa *polis* se os cidadãos fossem muito desiguais em seus recursos econômicos e na quantidade de tempo livre disponível, se

27 DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 1.

28 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 17.

29 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 18.

30 DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 17.

31 DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 26.

falassem idiomas diferentes, apresentassem grandes diferenças educacionais ou se fossem de culturas ou grupos étnicos distintos;³²

3) Para os gregos, o único local imaginável para o governo democrático era a Cidade-Estado. A *polis* grega, então, deveria ser de um tamanho modesto não somente para que todos os cidadãos pudessem se reunir em assembleia e, assim, agir como governantes da cidade, mas também para que todos se conhecessem. Assim, a enormidade do território ou do povo seria inadequada à Democracia grega;³³

4) Os cidadãos deveriam ser capazes de se reunir e decidir, de forma direta, sobre leis e os cursos da ação política. Os gregos achavam difícil imaginar um governo representativo e não o aceitavam como alternativa à Democracia direta;³⁴

5) A participação dos cidadãos não se limitava às reuniões nas assembleias para tomar decisões e criar leis, a Democracia grega também implicava em servir nos cargos públicos, ou seja, incluía uma participação ativa na administração da cidade.³⁵ Estima-se que em Atenas mais de mil cargos tinham de ser ocupados pelos cidadãos. Alguns eram providos por eleição, mas a maior parte era por sorteio. Quase todos os cargos eram para mandatos de um ano e somente poderiam ser ocupados uma vez na vida;³⁶

6) A Cidade-Estado deveria, idealmente, permanecer completamente autônoma. Era possível, e às vezes necessária, a pactuação de alianças, principalmente no caso de guerra. No entanto, não se deve permitir que elas se sobreponham à autonomia da Cidade-Estado e à soberania da assembleia de cidadãos.³⁷

É possível perceber que a Democracia vigente em Atenas era direta, a cidade era relativamente pequena e o sistema democrático culminava na assembleia. Daí conclui-se, portanto, que a Democracia de Atenas apresenta uma grande

³² DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 26/27.

³³ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 22/23.

³⁴ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 27.

³⁵ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 24.

³⁶ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 29.

³⁷ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 28.

divergência relativamente às realidades de todas as Democracias modernas as quais se localizam não em uma Cidade-Estado mas, sim, no grande Estado nacional. Mesmo um país pequeno abrange um grande corpo de cidadãos espalhados em vastos territórios. Igualmente, o conflito político, e não a harmonia, é a marca evidente do Estado democrático moderno. Além disso, a regra atual não é a Democracia direta mas, sim, a Democracia representativa e os cargos públicos são preenchidos por profissionais que fazem da administração uma carreira de tempo integral.³⁸

Por outro lado, impende apontar que o governo dos guardiões é uma das alternativas à Democracia e um dos seus maiores inimigos. Consoante essa concepção, seria absurdo imaginar que as pessoas comuns entendam e defendam seus próprios interesses, assim como os interesses da Sociedade em geral. Segundo seus defensores, as pessoas comuns são desqualificadas para governar. Assim sendo, o governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas qualificadas para governar em razão de seu conhecimento e virtude superiores.³⁹

Os adversários da Democracia, e defensores da guardiania, incluem Aristóteles, que discordava do poder que a expansão da Democracia conferia aos pobres, e também Platão, um oponente direito que condenava a Democracia como o governo dos ineptos e defendia, em seu lugar, um sistema de governo pelos mais qualificados.⁴⁰

Com efeito, a ideia de guardiania foi adotada por Platão na Atenas democrática. Para ele era tolo esperar que pessoas comuns governem com sabedoria, sendo melhor o governo dirigido por sábios filósofos, visto que o conhecimento político constitui a ciência soberana e a arte suprema. Os guardiões devem ser completamente devotados à busca da verdade e, como filósofos, discernir claramente o que é melhor para a comunidade. Devem, ainda, ser totalmente dedicados a esse fim e, por isso, não devem possuir nenhum interesse próprio que seja incompatível com o bem da cidade.⁴¹

Urge apontar que na obra *A República*, Platão descreve um Estado ideal,

³⁸ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 28/29.

³⁹ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 77.

⁴⁰ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 18.

⁴¹ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 21.

ou seja, imagina um Estado-modelo ou o que é comumente denominado de Estado utópico. Para Platão, toda ação correta na esfera política depende da visão fornecida por um saber, e o governo legítimo é aquele que entroniza o saber como instância reguladora suprema.⁴² Assim sendo, o Estado ideal deveria ser governado pelos sábios filósofos.⁴³ Os guardiões serão escolhidos entre aqueles cuja índole filosófica, amadurecida pela educação e pelo tempo, sobressai sobre os demais. A eles deve ser destinado o governo da cidade, visto que são os detentores do conhecimento acerca da verdadeira ordem moral que deve nortear o funcionamento da vida política.^{44,45}

O discurso platônico assumirá, do ponto de vista formal, a conotação de um relato da decadência política, partindo de um ponto de perfeição – a cidade justa – que se caracteriza por estabelecer uma ordem racional que tem no saber seu valor mais elevado, passando por graus intermediários de corrupção (timocracia, oligarquia e Democracia), até chegar à perversão extrema representada pela tirania.⁴⁶

A partir do referencial da *polis* perfeitamente justa ou da república ideal, como o modelo da melhor forma política, Platão traça sua tipologia acerca das formas de governo que são: 1) Timocracia; 2) Oligarquia; 3) Democracia; 4) Tirania; 5) Aristocracia. Dentre elas, somente a aristocracia é uma forma boa de governo. As demais seriam formas de governo degeneradas.⁴⁷

Na timocracia, o culto da virtude é substituído pelo impulso guerreiro, o desejo de vitórias e o amor às honras. Na oligarquia, por seu turno, tem-se a corrupção da timocracia, onde o governo é baseado no desejo de angariar riquezas que substitui os valores guerreiros. A Democracia, sistema político proveniente da degradação da oligarquia, é caracterizada pela liberdade desmedida e pela proliferação de desejos

⁴² OLIVEIRA, Richard Romeiro. **Platão e a questão da democracia na República**. Revista de Estudos Filosóficos n. 12/2014, p. 33. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em 11/7/2022.

⁴³ PRADO, Ediano Dionísio do. **Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles** – dois precursores controversos da Ciência política. Revista Sítio Novo v.4, out./dez.2020. p.194. Disponível em: <https://sitionovo.ifto.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/688>. Acesso em 11/7/2022.

⁴⁴ PRADO, Ediano Dionísio do. **Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles** – dois precursores controversos da Ciência política. Revista Sítio Novo v.4, out./dez.2020. p.193. Disponível em: <https://sitionovo.ifto.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/688>. Acesso em 11/7/2022.

⁴⁵ PLATÃO. **A República**. Tradução: Pietro Nasseti. Martin Claret: São Paulo, 2001. p. 121/123.

⁴⁶ OLIVEIRA, Richard Romeiro. **Platão e a questão da democracia na República**. Revista de Estudos Filosóficos n. 12/2014, p. 39. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em 11/7/2022.

⁴⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.163.

supérfluos. Na tirania, para Platão a pior forma de governo, fruto da decadência da Democracia, um só homem exerce o poder através da coerção e do uso extremo da força. Na tirania impera o crime e os desejos ilícitos mais bestiais. O tirano, pois, é a antítese do rei filósofo.⁴⁸⁴⁹

A Democracia se origina na revolta das camadas populares e desfavorecidas da cidade contra a hegemonia das classes mais abastadas. Em virtude disto, o sistema democrático estabelece um regime de liberdades sem limites onde é permitida a expressão de toda sorte de valores e comportamentos. Para Platão, na Democracia a unidade e a estabilidade sociais se dissolvem e a cidade resta exposta a uma perigosa fragmentação política.⁵⁰⁵¹

Na Democracia, segundo Platão, o povo é incapaz de adquirir o conhecimento necessário da filosofia e da ciência política, tornando-se vulnerável ao político enganoso, ou seja, ao demagogo. A Democracia seria o regime que institucionaliza o amadorismo como prática política cotidiana, instaurando o governo dos ineptos, os quais colocam em risco a ordem moral e institucional da cidade.⁵² Platão aponta o amadorismo epistêmico da Democracia quando a compara a um navio desgovernado, no qual uma turba de marinheiros despreparados, alijando arbitrariamente de seu posto o mestre da embarcação, conduz o navio pelos mares sem qualquer tipo de conhecimento náutico.⁵³⁵⁴

Por seu turno, na obra *A Política*, Aristóteles se pauta pela verificação da realidade e não pela formulação de um modelo de Cidade ideal, tal qual o fez Platão. Constrói, então, uma tipologia das formas de governo, calcado em informações colhidas sobre 158 organizações políticas. Aristóteles procura a melhor Sociedade

⁴⁸ PRADO, Ediano Dionísio do. **Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles** – dois precursores controversos da Ciência política. Revista Sítio Novo v.4, out./dez.2020. p.194. Disponível em: <https://sitionovo.ifto.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/688>. Acesso em 11/7/2022.

⁴⁹ PLATÃO. **A República**. Tradução: Pietro Nasseti. Martin Claret: São Paulo, 2001. p. 239/268.

⁵⁰ PLATÃO. **A República**. Tradução: Pietro Nasseti. Martin Claret: São Paulo, 2001. p. 253/258.

⁵¹ OLIVEIRA, Richard Romeiro. **Platão e a questão da democracia na República**. Revista de Estudos Filosóficos n. 12/2014, p. 42. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em 11/7/2022.

⁵² OLIVEIRA, Richard Romeiro. **Platão e a questão da democracia na República**. Revista de Estudos Filosóficos n. 12/2014, p. 34. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em 11/7/2022.

⁵³ PLATÃO. **A República**. Tradução: Pietro Nasseti. Martin Claret: São Paulo, 2001. p. 183/185.

⁵⁴ OLIVEIRA, Richard Romeiro. **Platão e a questão da democracia na República**. Revista de Estudos Filosóficos n. 12/2014, p. 34. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em 11/7/2022.

política para os homens, visando compreender os governos, sua natureza e seus caracteres distintivos.⁵⁵

Aristóteles aponta que as formas justas de governo são: a) monarquia (quando um homem governa objetivando o bem comum); b) aristocracia (governo de mais de um, mas de poucos, onde os melhores homens governam tendo como finalidade o bem para a Cidade e para os seus membros; c) *politéia* ou república (é o governo exercido pela maioria dos cidadãos, para o bem de toda comunidade).⁵⁶

Quando os governantes desrespeitam a lei, não havendo o predomínio da razão sobre as paixões, e administram a cidade segundo interesses egoísticos, as formas legítimas se deterioram, tornando-se ilegítimas. Daí que a tirania consiste na corrupção da monarquia, sendo a forma de governo monárquico despoticamente exercido sobre a associação política. Na tirania o rei age segundo vãs paixões, afastando-se da consecução do bem da Cidade. A oligarquia é a deturpação da aristocracia. Ocorre quando o poder está nas mãos daqueles que possuem propriedades e governam visando suas particularidades, desprezando os interesses coletivos. A Democracia, degeneração da *politéia*, ocorre quando o poder pertence aos que não acumularam riqueza ou recursos e governam apenas para si, desrespeitando as leis. Das formas impuras ou degeneradas de governo, a Democracia é considerada a melhor por Aristóteles.⁵⁷⁵⁸

Ainda que se chamassem Democracias ou repúblicas, é preciso ressaltar que os sistemas de governo da Grécia, de Roma ou da Itália medieval não possuíam as características de nossa moderna Democracia representativa.⁵⁹ Desde a Grécia antiga até o Século XVII, a ideia de que um corpo legislativo não fosse constituído pelos próprios cidadãos - mas por representantes eleitos - ficou a margem da teoria e da prática democrática.⁶⁰

⁵⁵ PRADO, Ediano Dionísio do. **Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles** – dois precursores controversos da Ciência política. Revista Sítio Novo v.4, out./dez.2020. p.189/190. Disponível em: <https://sitionovo.ifto.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/688>. Acesso em 11/7/2022.

⁵⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Nova Cultural: São Paulo, 2004. p. 224.

⁵⁷ PRADO, Ediano Dionísio do. **Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles** – dois precursores controversos da Ciência política. Revista Sítio Novo v.4, out./dez.2020. p.197/199. Disponível em: <https://sitionovo.ifto.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/688>. Acesso em 11/7/2022.

⁵⁸ PLATÃO. **A República**. Tradução: Pietro Nasseti. Martin Claret: São Paulo, 2001. p. 224/225.

⁵⁹ DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p.24.

⁶⁰ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 42/43.

Cabe destacar, ainda, que o processo de democratização não foi linear, ou seja, não houve uma progressão contínua da história em direção à Democracia. Ele não seguiu uma trilha ascendente até os dias atuais, mas foi, sim, permeado por altos e baixos, movimentos de resistência, rebeliões, guerras civis e revoluções.⁶¹ Até dois séculos atrás (mais ou menos dez ou onze gerações) a história possuía poucos exemplos de verdadeiras Democracias, sendo mais um assunto teórico-filosófico. Veja-se que até mais ou menos o fim da primeira guerra mundial, em todas as Democracias até então existentes, metade da população era excluída de seus direitos de cidadania, ou seja, as mulheres. No Brasil, a título de exemplo, o direito de voto feminino⁶² somente foi conquistado em 1932.⁶³

Conforme Dahl:

“Doy por supuesto que la democracia puede ser inventada y reinventada de manera independiente donde quiera que se den las condiciones adecuadas. Y las condiciones adecuadas han existido, creo, en tiempos distintos y en lugares diferentes. Del mismo modo que la provisión de tierra cultivable y la existencia de precipitaciones adecuadas han favorecido generalmente la aparición de la agricultura, así también algunas condiciones propicias han reforzado siempre la tendencia al desarrollo del gobierno democrático. Por ejemplo, debido a estas condiciones favorables, probablemente existió alguna forma de democracia en los gobiernos tribales mucho antes del período histórico documentado”.⁶⁴

Após a queda da república romana e instituição do império, por volta do ano 44 a.C, a Democracia desapareceu por cerca de mil anos, mal sobrevivendo, teoricamente, na memória de poucos.⁶⁵ O governo popular só viria a reaparecer na

61 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid:Taurus, 1998. p.24.

62 “Na nova Zelândia as mulheres conquistaram o direito de voto em 1893, na Austrália em 1902, em muitos países ditos Democráticos as mulheres não obtiveram o direito de voto antes de 1920. Mesmo em países conhecidos como bastante Democráticos como Bélgica, França e Suíça as mulheres só puderam votar após a segunda guerra mundial”. DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p.104.

63 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid:Taurus, 1998. p 32.

64 “Dou por suposto que a democracia pode ser inventada e reinventada de modo independente aonde quer que se dêem as condições adequadas. E as condições adequadas existiram, creio, em tempos diferentes e lugares diferentes. Do mesmo modo que a provisão de terra cultivável e a existência de precipitações adequadas geralmente favoreceram o surgimento da agricultura, aí também algumas condições propícias tem reforçado sempre o surgimento de um governo democrático. Por exemplo, devido a estas condições favoráveis, provavelmente existiu alguma forma de democracia nos governos tribais muito antes do período histórico documentado”. (tradução livre). DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 15.

65 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 8.

Itália por volta do ano 1.100 d.C, em cidades-estado pequenas.⁶⁶

Vê-se, assim, que a Democracia irá surgir quando estiverem presentes as condições adequadas, independentemente de lugar ou época específica. A Democracia pode surgir sempre que presentes as condições adequadas. O processo democrático não é alheio, mas, sim, plasmado pelas condições históricas subjacentes e pela coesão do tecido social.⁶⁷

1.3 A DEMOCRACIA NO CONTRATO SOCIAL DE JEAN-JACQUES ROSSEAU

O ponto de partida para o pensamento democrático moderno é perpassado pela ideia de governo do povo ou soberania popular. O poder político deixa de ser concebido como produto da vontade divina, da tradição ou do direito de conquista e passa ser visto como produto da vontade humana.⁶⁸

A afirmação do caráter voluntário e fundacional da associação humana foi desenvolvida por vários autores, de Hobbes a Rousseau, e consagrada pelo *Bill of Rights* inglês de fevereiro de 1689 e, após, pelas revoluções americanas e francesa.⁶⁹ Assim, conforme consignado por Bobbio, Hobbes foi identificado com o Estado absoluto, Locke com a monarquia parlamentar, Montesquieu com o Estado limitado, Rousseau com a democracia, Hegel com a monarquia constitucional e assim por diante.⁷⁰

Na obra *Do Contrato Social*, Jean-Jacques Rousseau pretende “investigar se na ordem civil pode haver alguma regra de administração legítima e segura”.⁷¹ O

⁶⁶ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 21.

⁶⁷ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.197. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁶⁸ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.46. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁶⁹ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.46. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**. 11 ed.Tradução Marco Aurélio Nogueira, Paz e Terra, 2004. p. 54.

⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 23.

autor de Genebra procura uma forma de governo que coloque a lei acima do homem. Hobbes e Locke já haviam proposto a explicação contratual da passagem do estado de natureza para o estado social. Rousseau, após retomar essa assertiva, irá agregar que a liberdade e a igualdade, existentes no estado de natureza, deverão ser reencontradas no contrato social, mas transformadas, tendo sofrido “uma espécie de modificação química, ‘desnaturadas’.”⁷²

Para Rousseau, o homem não tem poder natural sobre os seus iguais e o uso da força não produz direito legítimo. Restam, pois, somente as associações voluntárias “que são o esteio de toda a autoridade legítima entre os homens”.⁷³ Busca, então, o autor uma forma de associação que respeite a liberdade e a igualdade que os homens possuíam no estado de natureza, visto que “renunciar à própria liberdade é renunciar a qualidade de homem, os direitos da humanidade.”⁷⁴ Embora o homem seja inerentemente bom (ao contrário do que preconiza Hobbes), ele é ameaçado por forças que não só o alienam como podem transformá-lo em tirano ou escravo. O contrato social seria, portanto, a base legítima para uma comunidade que busca viver de acordo com os pressupostos da liberdade humana.⁷⁵⁷⁶

Além disso, o contrato social não pode ser legítimo senão quando se origina de um consentimento unânime⁷⁷ de todos os participantes formando, imediatamente, no lugar de cada pessoa, um corpo moral coletivo, composto de tantos membros quantos serão os votos na assembleia. Há, pois, a formação de uma pessoa pública formada pela soma de todas as outras, individualmente consideradas.⁷⁸⁷⁹

⁷² CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 164.

⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 26.

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 27.

⁷⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 12/13.

⁷⁶ “Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre quanto antes. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.31.

⁷⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 101.

⁷⁸ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 166.

⁷⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 33.

Segundo Rousseau, as características da soberania decorrem da origem contratual e da definição de soberano. O soberano, constituído pelo contrato social, é o povo, que dita a vontade geral, cuja expressão é a lei. A soberania – poder do corpo político sobre todos os seus membros – confunde-se com a vontade geral sendo esta sempre dirigida ao bem comum. Cada indivíduo contrata consigo mesmo e acha-se de duas formas empenhado, como membro do soberano com os particulares, e como membro do Estado com o soberano. Sendo o soberano formado somente pelos particulares que o compõem não há, no seu bojo, interesses contraditórios.⁸⁰⁸¹

O autor de Genebra diferencia, ainda, o soberano (o povo incorporado que vota as leis) e o governo (grupo de homens particulares que as executam), subordinando a esta distinção a legitimidade do poder. Somente é legitimamente constituído o Estado em que o povo incorporado, soberano, exerce diretamente o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, assim, pertence ao povo e “não pode pertencer se não a ele”. Já o Poder Executivo “não pode pertencer à generalidade como legisladora e soberana, por que esse poder só consiste em atos particulares, que não competem à lei, nem ao soberano, cujos atos não podem ser senão leis”.⁸² O soberano *quer* – ele é o exercício da vontade geral que determina o ato – e o governo *age*, ou seja, executa, por atos particulares, o ato geral.⁸³⁸⁴

Por conseguinte, é importante mencionar que a soberania tem por características ser inalienável, indivisível, infalível e absoluta. Por ser inalienável, a soberania – e a vontade geral, por conseguinte - não pode ser representada. Jean-Jacques é absolutamente contrário ao regime representativo e defende o voto direito das leis nas assembleias.⁸⁵⁸⁶

⁸⁰ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 177.

⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 33.

⁸² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 63.

⁸³ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 180.

⁸⁴ “O princípio da vida política está na autoridade do soberano: o poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo o cérebro que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia, e o indivíduo continua a viver. Um homem fica imbecil e vive; mas, apenas cessam as funções do coração, o animal expira. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 87.

⁸⁵ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p.171.

No que pertine à vontade geral, cumpre apontar ser ela sempre correta e tendente à utilidade pública. A vontade geral não será necessariamente unânime, mas é preciso que todos os integrantes do contrato social sejam considerados. Há diferença entre a vontade de todos e a vontade geral porquanto esta tem por escopo o bem comum, enquanto àquela visa somente à soma de interesses particulares. Para exata declaração da vontade geral é necessário não haver no Estado sociedades parciais, assim como cada cidadão deve manifestar sua própria posição.⁸⁷ A vontade geral deve ser manifestada em assembleias frequentes com a participação de todos os cidadãos, visto que o soberano só age pela assembleia do povo. O objeto das assembleias é manter o pacto social e, no momento em que é aberta a assembleia, cessa todo o poder do governo, pois “onde se acha o representado, não há mais representante”.⁸⁸

Outrossim, para estabilidade do Estado a igualdade é um pressuposto imprescindível, pois se alguns têm demais, enquanto outros nada têm, o Estado acha-se exposto “ao tráfico da liberdade pública”.⁸⁹ A desigualdade pode resultar na tirania e na dissolução do Estado e “nunca o soberano tem o direito de onerar mais a um que a outro cidadão”. O contrato social estabelece entre os cidadãos uma profunda igualdade, pois todos se obrigam “debaixo das mesmas condições, e todos devem gozar dos mesmos direitos. Assim, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo o ato autêntico da vontade geral obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos.”⁹⁰ Para Rousseau, o maior bem de todos, assim como toda finalidade do sistema legislativo, pode ser resumida por dois objetos principais que são a liberdade e a igualdade. A “liberdade porque toda a dependência particular é outra tanta força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque sem ela não pode subsistir a

⁸⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 39/40.

⁸⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 40/42.

⁸⁸ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Tradução: Lydia Cristina. 8ª edição. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 186/187.

⁸⁹ “E quanto a riqueza, entendo que nenhum cidadão seja assaz opulento que possa comprar outro, e nenhum outro tão pobre que seja constrangido a vender-se”. {...} “Quereis dar consistência ao Estado? Aproximai o possível os graus extremos; não suporteis gente opulenta nem mendigos: esses dois estados, naturalmente inseparáveis, são da mesma sorte funestos ao bem comum;” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 59.

⁹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 44/45.

⁹¹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 169.

liberdade”.⁹²

Ato contínuo, acerca das tipologias das formas de governos legítimos, Rousseau estabelece que quando o soberano delega o governo a todo o povo ou à sua maioria tem-se a Democracia; a uma minoria tem-se a aristocracia; a um único magistrado, de quem todos os outros recebem seu poder, tem-se a monarquia ou o governo real.⁹³⁹⁴ Rousseau denomina como República “todo o Estado regido por leis, qualquer que seja a forma de sua administração, porque então só o interesse público governa, e a coisa pública passa a representar algo”.⁹⁵

Para o autor de Genebra, uma verdadeira Democracia nunca existiu nem nunca existirá, visto que não é possível imaginar que o povo reúna-se continuamente para cuidar dos negócios públicos. Importante mencionar que Democracia, na época do contrato social, remetia a antigos modelos políticos exercidos direta e coletivamente pelo povo. Quando Rousseau, no Contrato Social, não admite o governo democrático representativo, ele está seguindo a visão tradicional existente até então.⁹⁶ Por não admitir o governo representativo,⁹⁷ Rousseau aponta que a Democracia somente seria possível em Estados bem pequenos,⁹⁸ onde o povo ser reúna facilmente e conheça todos os demais cidadãos. Seria imprescindível, ainda, uma grande simplicidade nos costumes – para que se evite discussões e negócios difíceis - profunda igualdade social e pouco ou nenhum luxo. Apenas “se houvesse um governo de deuses, seria ele

⁹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 58.

⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 69/70.

⁹⁴ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 181.

⁹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 48.

⁹⁶ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 42/43.

⁹⁷ “Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou ela é a mesma, ou outra, e nisso não há meio-termo; logo os deputados do povo não são, nem podem ser, representantes seus; são comissários dele, e nada podem concluir decisivamente. É nula, nem é lei, aquela que o povo em peso não ratifica.” {...} “Não sendo a lei senão a mostra da vontade geral, é claro que no poder Legislativo não pode o povo ser representado; mas pode e deve sê-lo no poder executivo, que é somente a força aplicada à lei.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 91/92.

⁹⁸ Para Rousseau, quanto mais se amplia um Estado mais diminui a liberdade. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 65.

governado democraticamente, mas aos homens não convém tão perfeito governo”.⁹⁹

A partir de Rousseau, então, a Democracia passa a ser definida e associada à soberania popular e é erigida como bandeira a queda de regimes baseados na hereditariedade e no direito divino, como acontecerá com a revolução francesa.¹⁰⁰

Conforme Jean-Jacques Chevallier:

“Sobre as ruínas do absolutismo monárquico, condenado em espírito, Rousseau quis erigir, lembrando-se de Genebra, uma soberania sem perigo para os governados e, apesar disso, tão augusta, majestosa e exigente quanto a soberania de um só, segundo Bodin, Hobbes e Bosset. Soberania do Povo, isto é, dos cidadãos em conjunto, soberania inteiramente abstrata, em substituição à soberania concreta de um Luís XIV, usurpada sobre a de Deus! Soberania que opõe a *O Estado sou eu*, do monarca absoluto, *O Estado somos nós*, dos governados em conjunto”¹⁰¹

A obra de Rousseau foi um marco revolucionário na história do pensamento político. Em 1789, direta e indiretamente, as ideias do Contrato Social haviam penetrado nos espíritos cultos e sua influência estendeu-se aos mais diversos campos. Seus princípios de liberdade e igualdade política constituíram parte do substrato teórico dos setores mais radicais da Revolução Francesa. A guerra na América e a implementação da República americana também irão propagar as ideias de Rousseau. Tais balizas mestras eram as da unidade do Estado, da soberania do povo, da lei como expressão da vontade geral, apenas para citar algumas. Elas inspiraram, também, os constituintes de 1789 – juntamente com o trabalho de Montesquieu e de Syès –.¹⁰² O aporte teórico de Jean-Jacques Rousseau ainda influenciam as Democracias modernas e são um poderoso substrato intelectual na luta pela liberdade e igualdade.

1.4 OS CONCEITOS DE GOVERNO E DEMOCRACIA E SEUS CORRELATOS

⁹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 71/72.

¹⁰⁰ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.50. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹⁰¹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p.174.

¹⁰² CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8 ed. Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 194.

Preliminarmente, impende apontar o conceito de governo que pode ser definido como o “conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade”.¹⁰³ Na Sociedade moderna é necessário ter em conta que o poder de governo, habitualmente institucionalizado, está normalmente agregado e funciona dentro do sistema do Estado nacional. O Estado pode ser definido como o detentor do poder político e do conjunto das instituições que em determinado território dispõe – e está capacitado em valer-se dela no momento oportuno – da força física para resolver os conflitos entre os indivíduos e entre os grupos.¹⁰⁴

Por conseguinte, é importante delinear a diferenciação que Bobbio traça relativamente ao Estado Liberal e ao Estado Democrático. O primeiro é aquele em que a interferência ou ingerência do poder público é restrita ao mínimo possível, ou seja, é aquele em que impera a liberdade. O Estado Liberal é, ao mesmo tempo, laico no que tange à esfera religiosa e abstencionista no tocante à economia.¹⁰⁵ O Estado Democrático, por seu turno, é o *locus* político onde são mais numerosos os órgãos de autogoverno. Para teoria democrática, ser livre consiste em dar leis a si mesmo e ser liberal implica em gozar de uma esfera de ação – mais ou menos ampla – não controlada pelos órgãos de poder estatal.¹⁰⁶

O Estado de Direito,¹⁰⁷ de sua banda, é aquele onde impera o governo das leis e não o governo dos homens. A doutrina do Estado de Direito considera, pois, o poder do ponto de vista do direito. Estado de Direito e o Estado Liberal são

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13 ed. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília: 2016. p. 553.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. PONTARA, Giuliano. VECA, Salvatore. **Crisis de la democracia**. Barcelona: Ariel. 1985. p.6/7.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**. 11 ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira, Paz e Terra, 2004. p. 124.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Estudios de história de la filosofía**. De Hobbes a Gramsci. Tradução de Juan Carlos Bayón, Madri: Debate, 1991, p.197.

¹⁰⁷ “A história da doutrina do primado do governo das leis conclui-se e completa-se, ainda que através de duas rupturas revolucionárias, a primeira no século XVII na Inglaterra, a segunda no século XVIII na França, com o moderno constitucionalismo, através do qual também o poder dos governantes é regulado, como aquele dos cidadãos, pelo direito natural, ou então por pactos formalmente entre iguais, mas substancialmente entre desiguais, através da promulgação de constituições escritas dotadas de força de leis fundamentais e garantidas também por órgãos delegados que têm sua observância controlada pelo poder legislativo.” BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos**/Norberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.249.

pressupostos históricos e jurídicos do Estado Democrático.¹⁰⁸ O Estado que não seja liberal provavelmente não pode assegurar um correto funcionamento da Democracia, assim como um Estado não democrático não pode assegurar as liberdades fundamentais. Além disso, “Estado liberal e Estado democrático, quando caem, em geral, caem juntos”.¹⁰⁹

Também não se pode confundir Estado de Direito e Democracia, nada obstante um juízo sobre a Democracia deve levar em conta a existência ou não do Estado de Direito. O Estado de Direito define qual o melhor modo de governo ao passo que a Democracia questiona qual a melhor forma de governo de acordo com o critério do número de governantes. Com um governante tem-se a monarquia, com poucos a aristocracia e com muitos a Democracia.¹¹⁰

A partir dessas categorias, Bobbio aponta uma definição mínima de Democracia, optando por uma categorização de Democracia enquanto procedimento ou método,¹¹¹ no seguinte sentido:

“Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”.¹¹²

Nesse ponto, o autor adota uma visão predominantemente Procedimental de Democracia,¹¹³ eis que não estampa nenhum conteúdo de fundo para a categoria. Aponta que a Democracia é um conjunto de regras para formação de decisões

108 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.110. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

109 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed., Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.32/33.

110 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.110. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021. p. 146

111 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.10. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

112 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.30.

113 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.32.

coletivas em que deve ser permitida a participação mais ampla possível dos interessados.

Os regimes democráticos caracterizam-se, ainda, por atribuir o poder (em geral por lei fundamental tornando-se um direito de estatuta constitucional) de ditar decisões coletivas a um número muito elevado de membros do grupo a que as respectivas decisões se refiram.¹¹⁴ A norma geral pela qual as decisões coletivas são tomadas na Democracia é a regra da maioria. Assim sendo, as regras aprovadas devem vincular todos os integrantes do grupo (com a máxima participação possível).¹¹⁵

A Democracia é, por conseguinte, o mecanismo de solução dos conflitos “sem derramamento de sangue” e o bom governo democrático aquele que respeita referida regra.¹¹⁶ Assaz ter em conta que, para Bobbio, o pacto democrático (analisado pelo prisma do contrato social) possui, ao menos, duas condições:

“a) que o poder soberano, por quem quer seja exercido (mesmo pelos próprios contraentes), não se estenda sobre todas as liberdades e todos os poderes que indivíduos e grupos possuem no estado de natureza e, portanto, respeite aquelas liberdades e aqueles poderes que são considerados – justamente por este seu caráter de inatacabilidade – direitos naturais e enquanto tais não são nem suprimíveis nem restringíveis; b) que sejam estabelecidas regras para as decisões colegiais vinculatórias para toda a coletividade, de modo a permitir que tais decisões coletivas sejam tomadas com a máxima participação e o máximo consenso dos próprios contraentes (quando não puderem ser tomadas por unanimidade será necessário ao menos a maioria)”.¹¹⁷

No conceito geral de Democracia é inserida a ideia de compromisso entre as partes devendo, tal compromisso, ser fruto do livre debate no escopo da formação de uma maioria. A Democracia moderna é a Democracia representativa (única possível nos dias atuais) em oposição à Democracia dos antigos que seria a Democracia direta.¹¹⁸ Bobbio, ainda, obtempera que a Democracia é o exercício do “poder em público”. Com essa expressão procura indicar os expedientes institucionais que

114 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.30/31.

115 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.131.

116 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.185.

117 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.196.

118 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.36.

obrigam os governantes a tomarem suas decisões às claras e, por outro lado, permitem aos governados terem clareza quanto ao conteúdo e extensão de tais decisões.¹¹⁹

Já no ano de 1946, provavelmente impactado pelo recente fim do terror da Segunda Guerra Mundial, ao tratar do tema “a pessoa e o Estado”, Bobbio apresentou a Democracia “como a forma de governo que se baseia no respeito ao ser humano contra toda forma de totalitarismo”.¹²⁰ Daí porque a Democracia moderna somente resta possível onde os direitos de liberdade foram constitucionalmente estatuídos e efetivados.¹²¹ Na sequência, o autor pontifica preferir o governo das leis ao governo dos homens. A Democracia (ao contrário do governo dos homens) é, por excelência, o governo das leis. Com efeito, “o governo das leis celebra hoje seu triunfo na democracia”.¹²²

De ver-se, entretanto, que em Bobbio – para um conceito mínimo de Democracia – não bastam regras de procedimento como a da maioria ou mesmo da unanimidade. Para que haja Democracia é imprescindível que “aqueles que são chamados a decidir ou eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra”.¹²³ São pressupostos - ou condições preliminares para o funcionamento do sistema democrático - que sejam respeitados os princípios fundamentais da liberdade de associação e de opinião, eis que são precondições de deliberação e das regras do jogo.¹²⁴ O conteúdo mínimo do Estado democrático deve, ainda, abranger os seguintes requisitos:

“Garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas a sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas (nas democracias consociativas ou no sistema neocorporativo) ou tomadas com base no

119 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia e as lições dos clássicos/Norberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p.386.

120 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.16.

121 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.23.

122 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.185.

123 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.32.

124 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.85.

princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre aliados de uma coalizão de governo”.¹²⁵

Outro aspecto primordial, ou característica fundamental, para consecução da Democracia, é a possibilidade ou a liberdade do dissenso. Baseia-se, esse primado moderno da Democracia – e desde que mantido dentro dos limites das regras do jogo¹²⁶ – no princípio de que o dissenso é aglutinador e estimulante para Sociedade. Com efeito, a Sociedade em que a liceidade da discordância não é permitida é uma sociedade onde a Democracia é morta ou destinada a morrer.¹²⁷ A liberdade de dissentir necessita de uma Sociedade pluralista e a Sociedade pluralista é exatamente aquela em que é plenamente possível o exercício do direito de discordar.¹²⁸

É sempre importante salientar que – quando se trabalha com a categoria Democracia – busca-se uma aproximação do ideal estipulado. Assim sendo, ter-se-á sociedades mais e menos democráticas. Bobbio aponta, a título de exemplo, que “uma sociedade na qual os que têm direito a voto são os cidadãos masculinos maiores de idade é mais democrática do que aquela na qual votam apenas proprietários e é menos democrática do que aquela em que têm direito a voto também as mulheres”.¹²⁹

1.5 A LUTA COMPETITIVA PELOS VOTOS EM JOSEPH SCHUMPTER

A partir do século XIX o Liberalismo começou a formular uma crítica à Democracia – entendida em seu sentido de soberania popular - que pretendia ser científica e não ideológica, lastreada na observação dos fatos. Dessa crítica surgem os denominados teóricos das elites. Segundo eles, a soberania popular é um ideal que jamais correspondeu à realidade, porquanto, independentemente do regime, o governo é sempre exercido por uma minoria que, de fato, detém o poder.¹³⁰

125 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.50. No mesmo sentido: PECES-Barba, Gregório. **Ética, Poder y Derecho**. Reflexiones ante el fin de siglo. Madrid: Fontamara. 2004. 128.

126 Regras que no caso consiste no respeito das liberdades fundamentais dos demais participantes do diálogo democrático, estando bloqueado, a título de exemplo, o discurso de ódio.

127 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.72/73.

128 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.76.

129 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.31.

130 BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13 ed. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e

A teoria da Democracia de Joseph Schumpeter está inserida nesse contexto e é decorrência de sua crítica à teoria clássica da Democracia. Para o autor austríaco não é possível, nos Estados nacionais, falar tecnicamente em governo do povo. Somente na Democracia direta – em comunidades pequenas - isso seria possível. Assim sendo, a solução apresentada pelo autor consiste na substituição da expressão *governo do povo* por *governo aprovado pelo povo*, no qual ele conta com a lealdade da grande maioria de todas as classes.¹³¹¹³² Portanto, “o princípio da democracia significa então simplesmente que as rédeas do governo devem ser entregues àqueles que contam com mais apoio do que qualquer um dos indivíduos ou equipes que participam da competição”.¹³³

Joseph Schumpeter, pois, conceitua Democracia como uma competição pela liderança política, nos seguintes termos: “O método democrático é o sistema institucional para chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo”.¹³⁴ Schumpeter abandona o elemento vontade e bom do povo, substituindo-o pelo papel da liderança, que não é considerado na teoria clássica. O povo não governa verdadeiramente, mas, tão somente, opta entre aceitar ou não o governo de um grupo. A Democracia, então, consiste no governo dos políticos e a legislação e a administração são um subproduto da luta pelos cargos políticos.¹³⁵

Segundo o autor:

“Se quisermos enfrentar abertamente os fatos, temos de reconhecer que, nas democracias modernas de tipo diferente do da Suíça, a política é inevitavelmente uma carreira. Isso, por sua vez, significa o reconhecimento de um interesse profissional claramente determinado no

Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília: 2016. p. 325/3226. PECES-Barba, Gregório. **Ética, Poder y Derecho**. Reflexiones ante el fin de siglo. Madrid: Fontamara. 2004. 129/138.

¹³¹ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.65/66. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021. PECES-Barba, Gregório. **Ética, Poder y Derecho**. Reflexiones ante el fin de siglo. Madrid: Fontamara. 2004. 129/138.

¹³² SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017. p.386.

¹³³ SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017. p.370.

¹³⁴ SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017. p.366.

¹³⁵ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.71. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

político individual de um interesse de grupo claramente determinado da profissão política como tal. {...} Falando em termos políticos, o homem ainda há de estar no jardim de infância se não tiver digerido, de modo a nunca o esquecer, o ditado atribuído a um dos políticos mais afortunados que já existiu: 'O que os homens de negócios não entendem é que eu opero votos exatamente como eles operam com petróleo'.¹³⁶

A partir de seu critério relativista, o autor considera quatro condições necessárias ao bom funcionamento do método democrático: 1) o material humano da política, ou seja, os eleitos devem possuir qualidade suficientemente alta; 2) o domínio efetivo da decisão política não deve ser demasiadamente dilatado. Apesar de não poder haver limites legais àquilo que um Parlamento pode submeter à sua decisão, ele deve impor limites a si mesmo. Do contrário "o método democrático pode gerar monstros legistas". 3) Como terceira condição o governo, na Sociedade industrial moderna, deve contar com os serviços de uma burocracia bem treinada que goze de ótima reputação e com um forte senso de dever; 4) autocontrole democrático. É necessário que todos os grupos importantes da nação se disponham a aceitar as medidas legislativas e as ordens governamentais para que o sistema democrático funcione de forma satisfatória.¹³⁷

Além das referidas condições, o economista austríaco defende outra em forma de conselho: é necessário um alto grau de tolerância com as divergências de opinião. Embora não necessite ser absoluta, a tolerância deve ser suficiente para que todo líder potencial possa apresentar seus argumentos.¹³⁸

1.5 - A DEMOCRACIA EM ROBERT DAHL

Robert Dahl é conhecido como um dos principais teóricos modernos da Democracia pluralista.¹³⁹ Consoante aponta Daniela Cademartori, a teoria de Robert Dahl pretende não apenas entender o funcionamento da Democracia, mas, além disso,

¹³⁶ SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017. p.387.

¹³⁷ SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017. p.393/398.

¹³⁸ SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017. p.400.

¹³⁹ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.199. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

promovê-la.¹⁴⁰

Ato contínuo, urge pontificar que, para Dahl, a categoria Democracia pode referir-se – tanto na linguagem comum quanto na linguagem filosófica - a uma situação hipotética ideal ou, por outro lado, a regimes concretos e reais que ficam aquém do ideal.¹⁴¹ Faz-se, então, julgamentos de valor no tocante à Democracia ideal e julgamentos empíricos no que tange à Democracia real.¹⁴²

Robert Dahl traz grande contribuição quando propõe utilizar a categoria Democracia para designar o nível ideal desse sistema jurídico-político - sistema esse que é bem pouco provável que venha a existir com todos os seus caracteres - no mundo real. Para a Democracia efetivamente existente no mundo fenomênico, ou seja, para a Democracia real, o autor irá utilizar a categoria Poliarquia. A Poliarquia exsurge como uma teoria sobre a Democracia real, ou, melhor dizendo, é a teoria democrática entrelaçada com a realidade. Consiste, pois, na Democracia que funciona sob influência plural e sucessiva de grupos de interesses.¹⁴³

1.6.1 Os critérios para um processo democrático.

Fundamentalmente, Dahl pontifica que o governo democrático se caracteriza por sua contínua aptidão de responder às preferências de seus cidadãos, sem estabelecer diferenças política entre eles.¹⁴⁴

Nessa toada, na Democracia os cidadãos devem – de acordo com suas preferências e sem distinções políticas - ter igual oportunidade para: 1) formular suas preferências; 2) manifestar publicamente suas preferências entre seus partidários e perante o governo, individual ou publicamente; 3) receber por parte do governo igualdade de tratamento, ou seja, não deve haver discriminação alguma por causa do

140 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.194. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

141 DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 9.

142 DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 35.

143 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.199. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

144 DAHL, Robert. **La poliarquia: participacion y oposicion** Traductor: Julia Moreno San Martin. Españã: Tecnos. 2009. p. 13.

conteúdo ou da origem de tais preferências. Essas são condições fundamentais, embora não suficientes, para que haja uma Democracia.¹⁴⁵

Cumprir mencionar, ato contínuo, que Robert Dahl procura apontar quais são os critérios ou pressupostos para que se tenha um governo democrático. Aqui o autor procura responder a indagação: o que é ou o que significa a Democracia?¹⁴⁶ Esses critérios descrevem um sistema idealizado que, efetivamente, não existe, em sua plenitude, tendo em vista as limitações, vicissitudes e contingências impostas pelo mundo real. Tendo isso em conta, para que para uma associação voluntária possa ser considerada democrática ela deve garantir que seus membros tenham o mesmo direito de participar das decisões políticas. Além disso, todos os membros deverão ser considerados politicamente iguais. Para tanto, ela deverá satisfazer alguns critérios que são pertinentes apontar:¹⁴⁷

a) Participação efetiva: todos os membros da comunidade política devem ter oportunidades iguais e efetivas de que seus pontos de vista, sobre como deve ser a política, sejam conhecidos pelos outros membros da comunidade;¹⁴⁸

b) Igualdade de voto:¹⁴⁹ nas decisões sobre a política todos os membros da comunidade devem ter igual e efetiva oportunidade de votar. Cada homem e mulher adultos possuem direito a um voto. Ademais, todos os votos devem ser computados e possuem igual valor;¹⁵⁰

c) Compreensão ilustrada: De acordo com limites razoáveis, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas para informar-se e aprender acerca de políticas alternativas relevantes e suas possíveis consequências;¹⁵¹

¹⁴⁵ DAHL, Robert. **La poliarquia: participacion y oposicion** Traductor: Julia Moreno San Martin. Españã: Tecnos. 2009. p. 14.

¹⁴⁶ DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 38 .

¹⁴⁷ DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 47.

¹⁴⁸ DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 47.

¹⁴⁹ DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de janeiro Jorge Zahar editor, 1989. p. 70.

¹⁵⁰ DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 48.

¹⁵¹ DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de janeiro: Jorge Zahar editor, 1989. p. 73.

d) Controle da agenda ou do programa de planejamento: Os membros devem ter oportunidade de decidir como e quais assuntos devem ser incorporados à agenda. Assim, os três critérios anteriores nunca se encerram uma vez que estão sempre abertos a mudanças introduzidas por seus membros;¹⁵²

e) Inclusão dos adultos: todos adultos que sejam residentes permanentes do território devem ter plenos direitos de cidadania, os quais estão implícitos nos critérios anteriores. Portanto, devemos tratar os outros como nossos iguais políticos. Pelo critério da plena inclusão, portanto, o corpo de cidadãos de um Estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse Estado.¹⁵³ Antes do século XX referido critério não era aceito pela maioria dos defensores da Democracia.¹⁵⁴

No tocante a esse ponto é pertinente apontar que os interesses das pessoas que não têm voz no governo não recebem a mesma atenção que os interesses daqueles que têm voz. Os interesses fundamentais dos adultos a quem são negados os direitos de participação no governo não serão devidamente tutelados e promovidos pelos que governam. Quanto a isso a comprovação histórica é incontestável.¹⁵⁵

Como apontado, esses pressupostos são necessários para que os membros de uma comunidade sejam considerados politicamente iguais nas determinações das

152 DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 48.

153 DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 91.

154 DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 48.

155 “Como vimos en nuestro breve análisis de la evolución de la democracia, los nobles y burgueses en Inglaterra, descontentos con la forma arbitraria con la que el monarca les imponía cargas sin su consentimiento, exigieron y consiguieron el derecho de participar en el gobierno. Siglos después, las clases medias, creyendo que sus intereses fundamentales eran ignorados, demandaron y obtuvieron a su vez ese derecho. Allí y en otros lugares, la continua exclusión, legal o fáctica, de mujeres, esclavos, pobres y trabajadores manuales enue otros, dejó a los miembros de estos grupos escasamente protegidos frente a la explotación y el abuso incluso en países como Gran Bretaña y los Estados Unidos, donde el gobierno, por lo demás, era ampliamente democrático. En 1861, John Stuart Mili argumentó que, dado que a las clases trabajadoras se les negaba el derecho de sufragio, nadie en el gobierno hablaba a favor de sus intereses. A pesar de que manifestara no creer que quienes participaban en el gobierno buscaran deliberadamente sacrificar los intereses de las clases trabajadoras a favor de los suyos propios, se hizo la pregunta siguiente: ‘Acaso el parlamento, o alguno de los miembros que lo componen, se detiene por un instante a contemplar cualquier cuestión con los ojos de un trabajador? Cuando se discute un asunto en el que los trabajadores como tales poseen un interés, ¿es visto acaso desde cualquier perspectiva que no sea la de los patronos?’ La misma cuestión podía haberse suscitado respecto de los esclavos en las repúblicas antiguas y modernas; respecto de muchas personas formalmente libres, pero privadas de hecho de derechos democráticos, tales como los negros en los Estados sureños de los Estados Unidos hasta los años sesenta y en Sudáfrica hasta los años noventa, y en otras partes”. DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 90.

políticas da associação. No momento em que quaisquer dos critérios sejam desrespeitados os membros da associação não serão iguais politicamente.¹⁵⁶

Referidos critérios são pertinentes para que a Democracia seja efetiva tanto em uma pequena cidade – nos termos da Democracia delineada por Jean-Jacques Rousseau - quanto para a Democracia atinente a um grande Estado. Dahl lembra a importância dessa associação de tipo Estado, porquanto ela difere das outras em face do poder que possui de garantir a obediência das regras, sobre as quais reivindica sua “jurisdição”, através de seu aparato coercitivo. O Estado é a associação que possui uma capacidade extraordinária de galgar obediência aos seus ditames mediante uso da força e pelo monopólio da violência.¹⁵⁷

Impende apontar que – em sua plenitude – referidos critérios nunca foram satisfeitos plenamente em qualquer associação ou Estado. No entanto, são úteis enquanto modelos ideais e servem como orientação para o caminho e evolução da Democracia. São úteis, também, como padrões para aferir o desempenho de associações que se afirmam como democráticas.¹⁵⁸

1.6.2 – As vantagens da Democracia.

Hoje a Democracia possui conotação positiva e, não por outro motivo, mesmo os regimes autocráticos gostam de se denominarem democráticos.¹⁵⁹ Entretanto, até o século XX, na maior parte do mundo, era proclamada a superioridade dos sistemas de governo não democráticos, tanto em termos teóricos quanto práticos. Os líderes dos mencionados regimes, em geral, justificavam a dominação invocando o antigo adágio da guardiania, no sentido de que a maioria das pessoas não tem competência para participar do governo do Estado. De acordo com esse pensamento, seria melhor para comunidade confiar no governo de uma minoria sábia ou mesmo no governo de uma só pessoa ilustrada e iluminada, por vezes por atributos de

156 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 49.

157 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 53.

158 DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1989. p. 74.

159 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.2. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

conotações divinas.¹⁶⁰ Onde referida ideologia do engodo não funcionou, em geral, o governo despótico foi imposto através da coerção.¹⁶¹ Essa prática antiga não desapareceu, em sua plenitude, os dias atuais. De uma forma ou outra, a disputa entre “o governo de muitos ou o governo de poucos” permanece na ordem do dia.¹⁶²

Em face disso, há de se verificar quais os benefícios advindos da Democracia que a torna mais desejável relativamente aos demais regimes ou sistemas de governo. Nesse passo, estamos diante das seguintes interrogações: Por que a Democracia? Há alguma forma melhor de governar o Estado fora da Democracia? Seria melhor um sistema de governo não democrático? Robert Dahl pontifica que quando a ideia de Democracia é adotada de forma ativa por um povo ela produz o melhor sistema político viável e o melhor Estado como um todo. As sociedades políticas que mais se aproximam de satisfazer os critérios da Democracia são e foram melhores que as demais.¹⁶³

Dahl aponta algumas razões ou vantagens dos governos democráticos e expomos aquelas pertinentes ao presente trabalho:¹⁶⁴

1) A Democracia ajuda a evitar o governo de autocratas cruéis ou depravados.¹⁶⁵

Um problema fundamental da política consiste em evitar os governos autocráticos. Durante toda a história – e incluindo os tempos atuais - líderes guiados pela megalomania, paranóia, egoísmo, ideologia, nacionalismo, fanatismo religioso, dentre outras mazelas, têm explorado a capacidade de coerção e violência do Estado a favor de seus próprios interesses e em detrimento do interesse da maioria. Nesse diapasão, os custos humanos de governos despóticos rivalizam com a doença, a fome

¹⁶⁰ A teoria da Guardiania foi analisada no tópico referente à Democracia Ateniense.

¹⁶¹ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 56.

¹⁶² DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 56.

¹⁶³ DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 128.

¹⁶⁴ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 55.

¹⁶⁵ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 57.

e a guerra.¹⁶⁶

São múltiplos os exemplos extraídos apenas do século XX. No governo Stalinista na União Soviética (1929-1953) milhões de pessoas foram encarceradas por razões políticas. As estimativas apontam para algo em torno de 20 milhões de pessoas mortas em campos de trabalhos forçados ou pelo perecimento em virtude da fome (1932-33) no holodomor Ucrainiano.¹⁶⁷ Também no caso do regime autocrático imposto na Alemanha por Adolf Hitler (1933-1945) morreram cerca de seis milhões de judeus em campos de concentração, assim como numerosos poloneses, ciganos, homossexuais e membros de grupos sociais minoritários. Além disso, têm-se as dezenas de milhões de baixas militares e mortes civis durante a Segunda Guerra Mundial.¹⁶⁸

De sua banda, sob o jugo do ditador Pol Pot (1975-1979), no Camboja, o regime do Khmer vermelho exterminou cerca de um quarto da população cambojana, em verdadeiro genocídio autoinfligido.¹⁶⁹ Pode-se agregar, ainda, a morte e o sofrimento impostos à população pelos regimes militares e despóticos da segunda metade do século XX na América latina, em especial em países como Brasil, Chile, Argentina, Paraguai e Uruguai.

Vê-se, então, apenas por alguns exemplos, que ditadores cruéis existem em espectros políticos que vão da esquerda à direita. A Democracia apresenta, pois, uma importante e necessária salvaguarda relativamente a governos tirânicos desse jaez. Isso não significa que governos democráticos não cometam atrocidades ou injustiças. Governos Democráticos também os praticam, de forma mais enfática relativamente aos não nacionais, em guerras, embargos econômicos e na discriminação de imigrantes. No entanto, os sistemas democráticos tendem a ser mais justos e a respeitar os Direitos Fundamentais de forma mais enfática relativamente aos regimes não democráticos.

2) A Democracia garante aos seus cidadãos uma quantidade de

¹⁶⁶DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 57.

¹⁶⁷ HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**. O breve século XX. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das letras, 1995. p.55/57.

¹⁶⁸DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 57.

¹⁶⁹DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 57.

Direitos Fundamentais que os governos não democráticos não garantem nem podem garantir.¹⁷⁰

Para teoria de Robert Dahl a Democracia não consiste apenas em um sistema procedimental de governo, ou seja, a Democracia não é apenas um processo de como governar. Os Direitos Fundamentais, assim como suas respectivas garantias, também estão entre os pilares de um governo democrático. Tais direitos e garantias são fundamentais para o pleno funcionamento das instituições democráticas.¹⁷¹

Estão incluídas no governo democrático as liberdades de corte liberal clássico que formam parte do debate público e da participação como a oportunidade de opor-se ao governo, de formar organizações políticas, de expressar-se livremente em matérias políticas sem medo de represálias do governo, ler e ouvir pontos de vista distintos sobre uma mesma questão, votar secretamente em eleições nas quais candidatos de partidos diversos lutam para obter os votos e os derrotados nas eleições aceitam pacificamente a vitória dos ganhadores, dentre outras.¹⁷²

Não basta, entretanto, o mero reconhecimento legal – ou mesmo constitucional - dos direitos para cumprir as exigências da Democracia. Resta imperioso que, para além do reconhecimento em textos escritos, os direitos sejam verdadeiramente efetivados e estejam à disposição dos cidadãos em termos práticos. Se os direitos são reconhecidos formalmente, mas não estão disponíveis, ou não são efetivados, não se estará diante de um governo democrático, mas, sim, diante de um regime com “adornos” democráticos, ou seja, um governo com mera aparência democrática. Tratar-se-á, no caso, de uma Democracia de fachada plasmada, em geral, por Constituições meramente semânticas.¹⁷³

Ainda, nessa toada, resta necessária a existência de instituições que adjudiquem e protejam os direitos democráticos formalmente reconhecidos. Portanto, a existência e independência das referidas instituições resta imperiosa para os sistemas democráticos. Não pode haver Democracia, por exemplo, onde não haja um poder ou

170DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 59.

171DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 60.

¹⁷² DAHL, Robert. **La poliarquia: participacion y oposicion** Traductor: Julia Moreno San Martin. Españã: Tecnos. 2009. p. 29.

173DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 60.

órgão judicial que atue de forma independente. Esse é um pressuposto não apenas teórico, mas também empiricamente necessário à Democracia.¹⁷⁴

Veja-se, assim, que quando os cidadãos não entendem, ou deixam de entender, que um sistema de Direitos Fundamentais é pedra angular do sistema Democrático, ou não legitimam as instituições político-jurídicas que protegem esses direitos, a Democracia corre risco.¹⁷⁵

3) A Democracia assegura aos seus cidadãos um melhor e maior âmbito de liberdade pessoal relativamente a qualquer alternativa factível a ela.

Ronald Dworkin afirma que nenhum governo será legítimo a menos que endosse dois princípios: primeiro deve demonstrar respeito ou consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio. Segundo, deve respeitar, de forma plena, a responsabilidade e o direito de todas as pessoas de decidir, por si mesma, como fazer de sua vida algo valioso.¹⁷⁶ Além dos direitos e liberdades - que são estritamente necessários para que um governo possa ser considerado democrático - os cidadãos em uma Democracia têm a segurança de gozar de um espectro mais amplo de liberdades.¹⁷⁷ Para Dahl uma Democracia não sobrevive por muito tempo se, aglutinado a ela, não exista uma cultura política que a apóie, ou seja, uma cultura geral que, de forma efetiva, sustente as práticas e os ideais democráticos. Para existência da Democracia há que se ter, também, uma cultura democrática.¹⁷⁸ Nessa toada, a liberdade política que é desfrutada em um sistema democrático, de forma geral, estende-se para outros aspectos da vida cotidiana.¹⁷⁹

Portanto, um Estado com um regime de governo democrático tende a assegurar um plexo de liberdades mais dilatado que qualquer outro tipo de regime

174 DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1989. p. 61.

175 DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 61/62.

176 DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 5.

177 DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 62.

178 DAHL, Robert. **How Democratic is the American Constitution?** Yale University Press. 2001. p. 20/21.

179 DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 62/63.

político não democrático.¹⁸⁰

4) A Democracia como meio eficaz para proteção dos interesses pessoais.¹⁸¹

A justificativa mais comum em favor da Democracia é que ela resta imprescindível para a proteção dos interesses gerais das pessoas que estão sujeitas às regras emanadas do Estado.¹⁸² De fato, as pessoas desejam certos bens materiais e imateriais, tais como sobrevivência, proteção, alimentos, saúde, amor, respeito, segurança, família, descanso, lazer, trabalho que traga satisfação, dentre outros. Nada obstante, a pauta de desejos de cada pessoa, em gênero e em grau é, invariavelmente, diferente das demais pessoas da comunidade. Em face disso, é necessário que cada cidadão tenha certo grau de liberdade para eleger suas prioridades e moldar sua vida de acordo com seus próprios fins e valores. Para tanto, a Democracia é o regime que melhor assegura e protege essa liberdade e oportunidade em detrimento de qualquer outro regime ou sistema político existente.¹⁸³

Impende ter conta, entretanto, que os cidadãos de um governo democrático não possuem a garantia de que seus desejos e interesses serão plenamente satisfeitos. Porém, na Democracia, há uma maior chance de que as predileções de cada cidadão não serão alvo de um ataque direto como costuma acontecer em regimes não democráticos.¹⁸⁴ Com efeito, a Democracia está vinculada em maior grau e extensão com a liberdade.

5) A Democracia como instrumento para máxima liberdade possível.¹⁸⁵

Desde o Século XVII os defensores da Democracia apontam sua relação com a liberdade. A Democracia é, primordialmente, um instrumento para consecução da liberdade. Os seres humanos, em sua grande maioria, para gozarem de uma vida

180DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 63.

181DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo WMF Martins fontes, 2012, p. 144.

182DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 144.

183DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Madrid. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 63/64.

184DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 64.

185DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.136.

satisfatória, necessitam conviver com outras pessoas em rede ou comunidade. Na vida em Sociedade, entretanto, não se pode fazer tudo aquilo que se deseja, pois a vida em comunidade impõe certas restrições à liberdade.¹⁸⁶ Cada integrante do tecido social não pode impor seus desejos pela força e pela coerção. Há que se ter um procedimento para resolução de conflitos de forma pacífica ou, de forma ainda mais adequada, mediante acordos. Como é impossível viver em perfeita harmonia com os demais integrantes da comunidade, a todo tempo, resta necessária a existência de um processo para criação de regras e leis que possa satisfazer critérios razoáveis.¹⁸⁷

Nesse ponto, Dahl aponta os pressupostos que referido processo deve conter em um sistema democrático:

“El proceso aseguraría que, antes de que la ley fuera promulgada, yo y todos los demás ciudadanos tuviéramos una oportunidad de que nuestros puntos de vista fueran conocidos. Se nos garantizarían oportunidades para la discusión, deliberación, negociación y compromiso que, en las mejores condiciones, pudieran conducir a una ley que todos consideraran satisfactoria. Ante el supuesto más probable de que la unanimidad no pudiera ser alcanzada, se promulgará aquella ley que cuente con el mayor número de apoyos”.¹⁸⁸

Embora não garanta que todos os membros viverão, literalmente, sob as leis que escolheram, os critérios apontados expandem a autodeterminação ao limite máximo viável. Eles otimizam as oportunidades para que os membros da comunidade possam viver de acordo com as leis de sua própria escolha. Governar a si próprio, obedecer às leis que escolheu, ter autodeterminação, são fins desejáveis proporcionados pela Democracia.¹⁸⁹ Portanto, ainda que determinado membro da comunidade se encontre entre aqueles que compõem a minoria - e que teve seu ponto de vista rechaçado pela maioria - deve ter em conta que, apesar de tudo, o processo foi mais equitativo que qualquer outro que razoavelmente se poderia alcançar.¹⁹⁰

186DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 64.

187DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.137/138.

188DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.138.

189DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.137.

190DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 66.

6) Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para exercitar a responsabilidade moral.¹⁹¹

Ser responsável moralmente significa ser autônomo no plano das eleições moralmente relevantes. Dizer que se exercita a responsabilidade moral significa que são adotados princípios morais e que se tomam decisões baseadas nesses mesmos princípios, após detida reflexão, levando em conta as alternativas plausíveis e suas respectivas consequências.¹⁹² Os motivos para o respeito da autonomia moral concernem ao fato de que ela é uma qualidade sem a qual os seres humanos deixam de ser completamente humanos. Limitar as oportunidades de viver de acordo com os princípios morais de sua própria escolha é limitar o escopo da autonomia moral.¹⁹³ Os regimes democráticos são os que melhor respeitam essa autonomia.

7) A Democracia como meio mais eficaz para o desenvolvimento humano.¹⁹⁴

Robert Dahl aponta ser esta uma assertiva mais controvertida do que as demais, porquanto embora as evidências apontem que ela é plausível não resta plenamente comprovada.¹⁹⁵ A maioria das pessoas possui determinada visão acerca das qualidades desejáveis e das indesejáveis para seu desenvolvimento e procura promover as desejáveis como o amor, a equidade, a honestidade, dentre outras. Assim, os indivíduos, ao nascer, possuem determinada potencialidade abstrata de desenvolver essas qualidades.¹⁹⁶

No entanto, a efetivação do desenvolvimento de referidas potencialidades, em muito, depende da natureza do sistema político ao qual a pessoa está circunscrita. Sistemas democráticos são melhores em proporcionar as condições

191DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.140.

192DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 66.

193DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.141.

194DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.142.

195DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 67.

196DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.144.

adequadas para que as pessoas possam desenvolver plenamente referidas potencialidades. Os demais regimes políticos reduzem, de forma mais ou menos substancial, a concreção desse desenvolvimento.¹⁹⁷ O governo democrático não garante, de forma peremptória, o desenvolvimento das potencialidades humanas. Entretanto, é ele o regime político que potencializa as chances de que se possa fazê-lo livremente.¹⁹⁸

8) Somente um governo democrático pode fomentar um grau relativamente alto de igualdade política.¹⁹⁹

Uma das razões fundamentais para se preferir um regime democrático, em detrimento de um não democrático, é conseguir uma igualdade política superior no âmbito da Democracia. Nos sistemas representativos dos séculos recentes, de forma especial a partir do século XX, - com o sufrágio universal - os adultos conseguiram vantagens de igualdade política que não existiam nas Democracias e repúblicas antigas.²⁰⁰

9) As Democracias representativas modernas não fazem guerra entre si.²⁰¹

Essa é uma extraordinária qualidade dos governos democráticos em grande medida inesperada. Nas dezenas de guerras que eclodiram após a segunda guerra mundial nenhuma foi travada entre Estados democráticos.²⁰² Há que se ponderar que isso não significa que Estados democráticos sejam plenamente pacíficos.

Nesse ponto, colhe-se de Dahl:

“Desde luego, los gobiernos democráticos modernos hicieron la guerra a países no democráticos, como en la I y II Guerras Mundiales. Impusieron también el dominio colonial mediante la fuerza militar a pueblos conquistados. Algunas veces han interferido en la vida política de otros países, desgastando o contribuyendo al derrocamiento de

197DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.144

198DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 68.

199DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 68.

200DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 69.

201 DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1989. p. 49.

202DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 69.

algún gobierno débil. Hasta 1980, por ejemplo, los Estados Unidos tuvieron un pésimo historial de apoyos a dictaduras militares en América Latina; en 1954 coadyuvaron al golpe militar que derrocó al gobierno recién electo de Guatemala”.²⁰³

Portanto, não se pode afirmar que as Democracias não façam guerras, elas apenas *não fazem guerras entre si*. Embora insuficiente, isso consiste, inegavelmente, em substancial avanço da paz. Assim sendo, um mundo mais democrático aponta também para um mundo mais pacífico.²⁰⁴

10) Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não democráticos.

Há dois séculos um pressuposto compartilhado pelos filósofos políticos era o de que a prosperidade era um traço das aristocracias, oligarquias e monarquias, mas não da Democracia. Nada obstante, os séculos XIX e XX demonstraram o contrário. As Democracias foram mais prósperas relativamente aos demais regimes políticos.²⁰⁵ A relação entre Democracia e prosperidade despontou, com ênfase especial, na segunda metade do século XIX. Para Dahl ela pode estar relacionada com a afinidade entre Democracia representativa e economia de mercado eis que, segundo o autor, nos dois últimos séculos as economias de mercado produziram maior prosperidade do que suas alternativas. Desde o final do século XIX, ainda que nem todas as economias de mercado sejam democráticas, todas as Democracias adotaram a economia de mercado.²⁰⁶

Outra vantagem econômica dos regimes Democráticos consiste na promoção da educação formal de seus cidadãos. Uma força de trabalho instruída

203 “É claro que governos democráticos modernos travaram guerra contra países não democráticos, como na Primeira e Segunda Guerras Mundiais. Eles também impuseram o domínio colonial por meio da força militar aos povos conquistados. Às vezes, interferem na vida política de outros países, desgastando ou contribuindo para a derrubada de algum governo fraco. Até 1980, por exemplo, os Estados Unidos tinham um péssimo histórico de apoio a ditaduras militares na América Latina; em 1954, eles contribuíram para o golpe militar que derrubou o governo recém-eleito da Guatemala”.(tradução livre) DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 69.

204 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 69.

205 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 70.

206 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 70.

contribui para a eficiência e inovação o que promove o crescimento econômico. Também o respeito aos ditames legais, o cumprimento dos contratos e a existência de tribunais independentes contribuem para uma maior proteção aos direitos de propriedade e para menor intervenção estatal arbitrária na vida econômica. Por seu turno, as liberdades de comunicação e do tráfego de dados apontam para uma maior eficácia do intercâmbio comercial nas economias que adotam a Democracia como regime político.²⁰⁷

Em que pesem referidos apontamentos, Dahl obtempera que a economia de mercado também impõe um custo à Democracia. Esse custo consiste no fato de que a economia de mercado, embora promova crescimento econômico, gera concentração de renda e desigualdade, reduzindo, assim, as perspectivas de se galgar uma maior igualdade político-econômica entre os cidadãos.²⁰⁸

Por fim, Robert Dahl também aponta que consiste em grave erro esperar demasiadamente de qualquer regime de governo, inclusive dos governos democráticos. A Democracia, com efeito, não pode garantir que seus cidadãos sejam felizes, prósperos, sábios e pacíficos. Elas também padecem de defeitos e seus ideais meramente abstratos nunca se concretizaram em sua plenitude. Entretanto, não se pode perder de vista todos os benefícios que fazem a Democracia mais desejável que qualquer outro regime existente ou que já existiu.²⁰⁹

1.6.3 A igualdade política e social.

De suma importância, ainda, para Democracia em Dahl, é a igualdade política. Referindo-se ao caso norte-americano que, com as devidas adaptações, é praticamente o que também ocorreu no Brasil, o autor lembra que por muito tempo mulheres, escravos, povos nativos e não proprietários estavam à margem não apenas do processo político mas também de inúmeros Direitos Fundamentais essenciais à vida, à liberdade e à busca da felicidade. O próprio Thomas Jefferson era proprietário de escravos. Grande parte dos homens livres e adultos também não detinha o direito

207DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 71.

208DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 73.

209DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 72.

de voto.²¹⁰ A desigualdade e não a igualdade foi regra da história política da humanidade. Em geral, a desigualdade historicamente foi imposta pela força. Entretanto, como a imposição da força possui limites, a desigualdade era também legitimada por estratégias como a pretensa autoridade divina, o mito, o mistério, a religião e a ideologia.²¹¹

Não obstante hoje reduzida, ainda permanecem grandes mazelas infligidas pela desigualdade. Para consecução da igualdade política, então, todas as pessoas da comunidade devem ser tratadas como possuidoras de igual direito à vida, à liberdade, à felicidade e aos demais Direitos Fundamentais. Dahl chama esse princípio de *igualdade intrínseca* e ele deve pautar o governo do Estado. É a igualdade intrínseca um princípio de governo justificado pela moralidade, prudência e aceitabilidade. Com isso, ao proferir decisões, o governo deve dar igual peso e importância aos interesses de todas as pessoas abarcadas por sua decisão.²¹²

Conforme o autor em testilha, ainda, desde os tempos de Aristóteles, os teóricos políticos sustentam que as desigualdades extremas contribuem para regimes políticos hegemônicos, assim como que os regimes não hegemônicos, ou seja, mais igualitários, devem contar com um grupo preponderantemente homogêneo de pessoas de classe média. Deve-se evitar, portanto, desigualdades extremas em *status*, ganhos e riquezas de seus cidadãos para que se tenha uma Democracia estável. A igualdade e a desigualdade social, pois, influenciam nas possibilidades de que haja um regime hegemônico ou de pluralidade política.²¹³

1.6.4 – Instituições políticas requeridas pela Democracia em grande escala.

Qualquer um pode chamar de Democracia qualquer tipo de governo e líderes autoritários, muitas vezes, dizem que seu regime é alguma espécie de Democracia com matizes especiais. Nada obstante, não importa o que digam os líderes autoritários ou demagogos, um país somente será democrático se possuir as

210DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 74.

211DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 79.

212DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 76/77.

²¹³ DAHL, Robert. **La polirquia**: participacion y oposicion Traductor: Julia Moreno San Martin. Españã: Tecnos. 2009. p. 84.

instituições imprescindíveis para a caracterização e funcionamento da Democracia.²¹⁴ De toda forma, ao se apontar que um país é governado democraticamente, podemos utilizar a categoria Democracia tanto em termos ideais quanto em termos de realidade efetiva, ou pragmática, sendo que esta é sempre uma realização parcial da Democracia ideal. Em todo país democrático existe uma defasagem - que poderá ser maior ou menor – entre Democracia ideal e Democracia real.²¹⁵

Dahl, em sua teoria, introduz uma nova categoria que é a Poliarquia. Em sua etimologia grega a palavra Poliarquia significa o “governo de muitos”. Poliarquia, então, contrasta com monarquia e oligarquia que são os sistemas de “governo de poucos”. A Poliarquia consiste em uma ordem política que se distingue das demais por duas características principais: a cidadania é extensiva a um grande número de adultos, assim como os direitos de cidadania incluem a oportunidade não apenas de opor-se aos funcionários dos cargos mais elevados do governo, mas, também, de removê-los por meio do voto.²¹⁶

A Poliarquia é utilizada como o conceito operacional para Democracia representativa moderna, ou de forma mais categórica, a Poliarquia é a instituição que congrega em seu bojo o sistema jurídico-político que abarca as seis instituições que serão logo em seguida analisadas. As instituições da Poliarquia são necessárias à Democracia em grande escala, em especial aquela inerente ao Estado nacional moderno.²¹⁷

Nesse contexto, resta necessário analisar quais são as instituições políticas necessárias para que se tenha uma Poliarquia. Dahl menciona as seguintes:

1) Cargos públicos eletivos.²¹⁸ As eleições de representantes se desenvolvem a partir da idade média, quando os monarcas perceberam que para impor exações tributárias, levantar exércitos e legislar tinham que obter o

214DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 117/118.

215CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.214. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

216DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012. p.350.

217DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012. p.352.

218DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012. p.350.

consentimento da nobreza.²¹⁹ Mas até o século XVIII, o que se entendia por Democracia era o governo do povo pela forma de assembleia, com todos reunidos em um único local e votando. Democracia representativa seria uma contradição em si mesma. O sistema democrático, pois, somente seria possível em uma pequena cidade, conforme defendiam Jean-Jaques Rousseau e Montesquieu.²²⁰ No entanto, a Democracia moderna, ou a Poliarquia - que se desenvolveu no âmbito do grande Estado nacional - somente resta possível através do sistema representativo. Assim, para que se tenha a Poliarquia, são necessários funcionários eleitos pelos cidadãos, com investidura constitucional, para que exerçam o controle das decisões do governo sobre a política.²²¹

2) Eleições livres, imparciais e regulares. Os funcionários devem ser eleitos em eleições livres, frequentes e imparciais.²²² A igualdade política implica que todos os cidadãos devem ter oportunidade igual e efetiva de votar e ser votado. Além disso, todos os votos devem ser contados como iguais, ou seja, um cidadão um voto.²²³ As eleições também devem ser justas e livres, podendo os cidadãos ir às urnas sem medo de qualquer tipo de represália. As eleições precisam ser frequentes para que não haja representantes eleitos que se perpetuam, indefinidamente, no poder. Sem eleições periódicas os cidadãos perderiam o imprescindível controle sobre os funcionários eleitos e não poderiam trocar aqueles que não cumpriram as promessas eleitorais ou não corresponderam às expectativas.²²⁴

3) Liberdade de expressão e de imprensa.²²⁵ A liberdade de expressão é um requisito para que os membros do Estado Democrático participem, de forma efetiva, da vida política do país. Os membros da comunidade possuem o direito de se expressar, sem o risco de represálias. Essa liberdade abrange a crítica ao governo,

219DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 109.

220DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 109.

221DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 100.

222DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012. p.350.

223DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 110/111.

224DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012. p.350/351.

225DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012. p.351.

aos funcionários, ao regime, à ordem socioeconômica e à ideologia preponderante.²²⁶ A liberdade expressão alcança, ainda, o direito de ser ouvido e também o direito de ouvir os demais pontos de vista dos cidadãos, ou seja, a liberdade de expressão é o direito de ouvir e de ser ouvido.²²⁷

Destarte, ela também é importante para que se tenha, dentro do possível, uma ampla, irrestrita e esclarecida compreensão dos atos e políticas governamentais. Para conquistar competência cívica os cidadãos necessitam expressar suas ideias, aprender com os outros, discutir, deliberar, ler, ouvir especialistas e avaliar candidatos políticos. Para isso, resta imprescindível uma ampla liberdade de expressão e de imprensa.²²⁸ Conforme Dahl “Los ciudadanos silenciosos pueden ser súbditos perfectos de un gobernante autoritario; serían un desastre para la democracia”.²²⁹

4) Fontes alternativas de informação.²³⁰ Os cidadãos devem ter o direito de buscar informações em fontes livres e diversificadas.²³¹ É necessário que os componentes da comunidade tenham fontes alternativas e independentes de informação para o bom funcionamento da Democracia.²³² Vê-se, nessa toada, que não haverá Democracia onde exista apenas uma fonte de informação - ou onde todas as fontes de informação são controladas pelo governo - visto que os membros da comunidade não terão esclarecimentos imparciais e diversos para o conhecimento e participação efetiva na vida política.²³³

5) Autonomia das associações.²³⁴ Na Poliarquia os cidadãos devem possuir o direito de formar organizações independentes, assim como partidos políticos

226DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Tradução: Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 100.

227DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 112.

228DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 112.

229 “Cidadãos silenciosos podem ser súditos perfeitos para um governo autoritário, mas seria um desastre para Democracia”. (tradução livre). DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción: Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 112.

230DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012. p.351.

231DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 100.

232DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1989. p. 91.

233DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 113.

234DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012. p.351.

e grupos de interesse. Essas associações são de fundamental importância na busca da consecução dos direitos e para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas.²³⁵

6) Cidadania inclusiva. A nenhum residente permanente e adulto pode ser negado os direitos disponíveis aos demais cidadãos. Esses direitos são necessários para perfectibilização das cinco instituições apontadas anteriormente. Eles abrangem o direito de votar para escolha dos funcionários, de se candidatar para os cargos eletivos, de livre expressão, de formar associações, de ter acesso a informações independentes, assim como os demais Direitos Fundamentais assegurados pela Constituição do país.²³⁶ Nessa toada, um país que não possua uma ou mais das instituições retromencionadas não estará efetivamente democratizado não possuindo, portanto, uma Poliarquia. Conjuntamente consideradas, as seis instituições políticas analisadas constituem um novo sistema político, assim como uma nova forma de governo popular. Pode-se, então, aduzir que tal instituição engendra uma nova forma de Democracia (tal qual jamais existiu nos vinte e cinco séculos de experiência democrática anterior) que é a Poliarquia.²³⁷

O tamanho da comunidade política, portanto, tem importância, porquanto do número de pessoas e da extensão territorial advêm consequências para o funcionamento da Democracia.²³⁸ Quanto mais extenso o território e maior o número de cidadãos de um país democrático menos os cidadãos podem participar diretamente das decisões do governo. Nesse caso, resta imprescindível a delegação dessa autoridade decisória. No moderno Estado nação somente a Democracia representativa resta viável para a operabilidade de um sistema democrático. Para Dahl a tentativa de fazer com que todos se reúnam e deliberem, ainda que por meios eletrônicos, é um disparate.²³⁹ No mesmo sentido, aponta Bobbio que a pretensão que todos decidam

235DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 100.

236DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Madrid: Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 100/101.

237DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 105.

238DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 123.

239DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 127.

sobre tudo em Sociedades cada vez mais complexas como são as modernas Sociedades industriais é algo materialmente impossível.²⁴⁰

Embora necessário ou mesmo imprescindível, o governo representativo apresenta uma faceta ruim. Sob o governo representativo, na maioria das vezes ou mesmo na quase totalidade das vezes, os cidadãos têm de delegar uma grande autoridade para decisões de importância extraordinária. Essa delegação é efetuada não apenas aos representantes eleitos, mas, também, para administradores, burocratas, funcionários públicos, Juízes, agências reguladoras e para organizações internacionais sendo que todos eles não foram eleitos. É o que comumente se denomina como governo dos técnicos.²⁴¹

Por conseguinte, acerca de países que estão fazendo ou fizeram a transição de regimes autoritários para democráticos, Dahl faz importante ponderação a qual é plenamente aplicável ao caso brasileiro:

“Para un país que carezca de una o varias de estas instituciones—y en esta medida no está suficientemente democratizado—, el conocimiento de las instituciones políticas básicas puede ayudarnos a diseñar una estrategia para llevar a cabo una transición plena a una democracia representativa moderna. Para aquel país que haya acabado recientemente de hacer la transición, este conocimiento puede servirnos de información sobre las instituciones cruciales que deben ser fortalecidas, profundizadas y consolidadas. Al ser todas ellas necesarias para una democracia representativa moderna (democracia poliárquica), podemos contemplarlas también como constituyendo un nivel de democratización mínimo”.²⁴²

Robert Dahl lembra que os arranjos constitucionais dos países recentemente democratizados são muito importantes visto que podem ser decisivos para a consolidação e manutenção da Democracia.²⁴³ Assim, dentre outros fatores, as

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 54.

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 46.

²⁴²“Para um país que não possua uma ou mais dessas instituições - não está suficientemente democratizado - o conhecimento das instituições políticas básicas pode nos ajudar a desenhar uma estratégia para realizar uma transição plena para a democracia representativa moderna. Para um país que acaba de fazer a transição, esse conhecimento pode nos informar sobre as instituições cruciais que devem ser fortalecidas, aprofundadas e consolidadas. Como todos eles são necessários para uma democracia representativa moderna (democracia poliárquica), também podemos vê-los como constituindo um nível mínimo de democracia”.(tradução livre). DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción: Ferando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 114.

²⁴³(Apenas 22 países mantiveram ininterruptamente as instituições democráticas básicas desde 1950. São eles: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos, Finlândia, França, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Nova Zelândia, Reino Unido, Suécia e Suíça. DAHL, Robert.) **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción: Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 139.

constituições são importantes para ajudar a proporcionar estabilidade às instituições políticas analisadas. Além de estabelecer uma estrutura democrática de governo, a Constituição deve estabelecer direitos e garantias necessárias às instituições políticas básicas. A carta constitucional deve, ainda, instituir Direitos Fundamentais de proteção das maiorias e, principalmente, das minorias. Ela serve, também, para manter a neutralidade entre os cidadãos do país assegurando que o processo legislativo não favoreça nem penalize ideias ou interesses legítimos.²⁴⁴ Uma Constituição bem planejada e operacionalizada ajudará a manter e consolidar as instituições democráticas. Por outro lado, uma Carta Magna mal elaborada ou sem efetividade, poderá contribuir para o rompimento da Democracia.²⁴⁵

De toda forma, a manutenção da Democracia requer um conjunto de cidadãos comprometidos com os princípios republicanos e capazes de se autogovernarem de acordo com esses princípios. Sem esse comprometimento, ainda que se tenha um arcabouço constitucional democrático bem construído, ele não passará de um pedaço de papel.²⁴⁶ Todos os arranjos constitucionais possuem vantagens e desvantagens e nenhum satisfaz critérios perfeitos. Do ponto de vista da Democracia não existe uma Constituição que se possa atribuir como ideal.²⁴⁷ Devemos, entretanto, estar atentos à advertência de Dahl para a América Latina:

“Algunos expertos sostienen que la combinación de gobierno presidencialista con RP que se da en Latinoamérica ha favorecido el derrumbamiento de la democracia tan frecuente entre las repúblicas de América Central y del Sur. A pesar de que es difícil diferenciar los efectos de las formas constitucionales de las causas que subyacen a la polarización y la crisis política, los países democráticos probablemente sean sabios si evitan la opción latino americana”.²⁴⁸

244 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 144/149.

245 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 144/149.

²⁴⁶ DAHL, Robert. **How Democratic is the American Constitution?** Yale University Press. 2001. p.20.

247 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 144/149.

248 “Alguns especialistas argumentam que a combinação de governo presidencialista com representação proporcional que ocorre na América Latina favoreceu para o frequente colapso da democracia tão frequente entre as repúblicas da América Central e do Sul. Embora seja difícil separar os efeitos da forma constitucional das causas subjacentes da polarização e da crise política, os países democráticos são provavelmente sábios em evitar a opção latino-americana”.(tradução livre). DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 162.

Na América Latina, os regimes militares justificaram seu domínio alicerçados no argumento de que a vida política estava corrompida e, por isso, eles nada mais faziam do que purificá-la. Essa purificação permitiria que a Democracia fosse criada ou restaurada.²⁴⁹ Portanto, entre a Democracia real e a Democracia ideal há limites impostos pela realidade e pelas contingências. A preocupação, então, gira em torno das condições e instituições políticas necessárias para que a Democracia seja consolidada e mantida.

1.6.5– As condições que favorecem a Democracia.

O século XX foi paradoxal relativamente à Democracia. Houve muitos revezes democráticos sendo que cerca de setenta Democracias foram derrubadas e implantados regimes autocráticos em países diversos. Por outro lado, o século XX também foi aquele que marca o triunfo da Democracia. O alcance, a influência das ideais, instituições e práticas democráticas tornaram o século XX o interregno de maior expansão da Democracia.²⁵⁰ Apesar desse triunfo, aponta Robert Dahl que a vitória definitiva da Democracia, infelizmente, não foi obtida. Os regimes não democráticos ainda são mais numerosos do que as Poliarquias.²⁵¹ A China em seus quatro mil anos de existência nunca experimentou a Democracia. Na África, no sudeste asiático e no oriente médio há muitos países em que não há Democracia. Além disso, em muitos países que fizeram a transição de regimes autoritários para Democracia - introduzindo as instituições básicas da Democracia Poliárquica – as condições subjacentes não foram favoráveis para assegurar a consolidação da Democracia.²⁵²

Certas condições subjacentes e histórias existentes em determinado país são favoráveis à estabilidade da Democracia. Onde referidas condições estiverem presentes a Poliarquia é praticamente assegurada. Onde as condições estiverem ausentes, ou forem frágeis, as probabilidades da Poliarquia serão pequenas ou mesmo

249DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.368.

250DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos.Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 165.

251DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p.369.

252DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 165.

nulas.²⁵³ Há, ainda, uma terceira e intermediária categoria na qual se pode incluir o Brasil:

“Todavia, em muitos países, o resultado é mais incerto; enquanto algumas condições talvez sejam relativamente fortes e, portanto, relativamente favoráveis, outras são frágeis e, por conseguinte, desfavoráveis. Além disso, as condições podem mudar, fortalecendo ou reduzindo as chances da poliarquia estável num determinado país”.²⁵⁴

Dahl diferencia condições essenciais e condições favoráveis à Democracia. Passa-se a analisar as que são importantes para o sistema democrático brasileiro.

1) Controle civil da coerção violenta. Conforme aponta Daniela Cademartori, Dahl insere esse preceito apenas em 1998 não o mencionando em seus escritos anteriores. Referido requisito é considerado não apenas favorável mas, sim, imprescindível à Democracia.²⁵⁵ Em face da própria história institucional brasileira esse pressuposto para o manutenção da Democracia é de salutar importância. Ao longo da História, e em todas as geografias, as forças militares e policiais estiveram engajadas ativamente na vida política. Mesmo quando estiveram sob controle de civis, os líderes civis muitas vezes utilizaram as forças militares e policiais para instalar e sustentar regimes não democráticos. Também no mundo moderno, em muitos países, os regimes não democráticos são sustentados pelo aparato estatal de coerção violenta.²⁵⁶

Por conseguinte, exsurge como requisito essencial, para que a Democracia se desenvolva e se consolide, que as forças militares e policiais estejam sob pleno controle dos funcionários do Estado Democraticamente eleitos. Segundo Dahl, a ameaça interna mais perigosa para Democracia vem dos líderes que têm acesso aos grandes meios de coerção física, ou seja, ao exército e a polícia.²⁵⁷ Portanto, para que o Estado seja governado democraticamente, duas condições são

253DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 383.

254DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 383.

255CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.180. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. p.235.

256DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 384.

257DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 169/170.

necessárias: 1) as forças militares e policiais devem estar sujeitas ao controle civil. No entanto, apenas o controle civil não é suficiente visto que muitos regimes não democráticos mantêm o controle civil das forças de coerção. Resta, pois, necessário um segundo requisito: 2) os civis que controlam as forças de coerção devem, também, estar sujeitos ao processo Democrático.²⁵⁸

Nesse passo, as forças militares devem ser formadas por pessoas que compartilham das orientações civis e democráticas da população em geral. Além disso, os membros dessas forças – em especial os oficiais – devem ter plena consciência e cumprir diligentemente suas respectivas missões constitucionais. Eles devem respeito e subordinação aos funcionários democraticamente eleitos. Também é essencial que esse controle seja efetivo, ou seja, essa subordinação aos funcionários eleitos democraticamente deve ser tal que não possa ser desfeita.²⁵⁹

A educação constitucional e democrática dos membros profissionais de forças armadas pode ajudar a assegurar o controle civil dos líderes democráticos eleitos. Os militares devem compartilhar de convicções civis quanto à legitimidade da ordem constitucional e das ideias e práticas da Democracia. Essa cultura de deferência à ordem Constitucional e ao controle dos líderes civis eleitos deve estar profundamente arraigada nos militares para que a Democracia funcione, seja consolidada e se desenvolva plenamente.²⁶⁰

Dahl faz importante ponderação referente ao Brasil e à América Latina:

“Todavia, sob certas circunstâncias, o controle civil de uma instituição militar num país democrático corre o risco de ser prejudicado. O controle civil é ameaçado quando o profissionalismo cria um profundo abismo social e psicológico entre os profissionais militares e civis, de forma que, como ocorreu no Brasil nas décadas de 1950 e 1960 (Stepan 1973,64), os militares se tornam uma ordem social claramente à parte, uma casta militar isolada da sociedade. Ou ainda, se os profissionais militares acreditam que os interesses fundamentais da instituição militar estão ameaçados pela liderança civil, é provável que resistam ao controle civil e é possível que o rejeitem inteiramente, como ocorreu no Brasil em 1964, em Gana em 1965 e na Argentina repetidas vezes, entre 1955 e 1983”.²⁶¹

258DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 384.

259CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.180. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. p.235.

260DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 392.

261DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 392/393.

Conflito civil, desordem, atividades de guerrilha, polarizações, crises econômicas contínuas, governos, líderes e movimentos ideologicamente inaceitáveis aos militares, são fatores que contribuem para deflagrar golpes militares. Foi o que ocorreu no Brasil em 1964, no Chile e no Uruguai em 1973 e na Argentina em 1976.²⁶² Entretanto, para o autor, o fascínio da ditadura militar foi reduzido quando civis e os próprios militares constataram que os governos militares não foram capazes de corresponder às dificuldades da complexa Sociedade moderna. Na verdade, os governos militares mostraram-se “grosseiramente incompetentes”.²⁶³ Assim, essa grande ameaça à Democracia teria sido imensamente reduzida.

De toda forma, o histórico do Brasil e de praticamente toda a América Latina foi pela derrocada da Democracia por golpes militares. Daí a importância desse requisito para a implantação e consolidação da Poliarquia em nosso país e para os nossos vizinhos.

2) Uma Sociedade moderna e de organização pluralista. Para Robert Dahl uma sociedade moderna, dinâmica e pluralista em muito favorece à Poliarquia. Esse tipo de sociedade - moderna, dinâmica e pluralista - é aquela com níveis mais altos de renda e educação. Ela possui maior diversidade ocupacional, grandes populações urbanas, um decréscimo na população agrícola e a importância relativa da agricultura. Ela também é dinâmica e pluralista por apresentar crescimento econômico e padrão de vida em ascensão, assim como por possuir diversos grupos e organizações autônomas em diversos aspectos da Sociedade e, particularmente, na economia.²⁶⁴

Por conseguinte, uma Sociedade MDP²⁶⁵ dispersa o poder, a influência, a autoridade e o controle para mais de um centro e os aproxima de vários indivíduos, grupos e associações. São também características dessa Sociedade uma maior igualdade dos recursos políticos e econômicos como dinheiro, conhecimento científico,

262DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 393.

263Veja-se que no Brasil o governo militar deixou o país em um cenário de estagnação econômica, desemprego e inflação descontrolada que se reflete até os dias atuais. O último governo da ditadura militar, do General João Figueiredo, que acabou em 1985, deixou ao governo civil uma herança de hiperinflação que somente seria controlada em 1994 com o plano real. Foram, portanto, onze anos de caos inflacionário com todas as mazelas que a hiperinflação impinge a toda população e, de forma mais acentuada, aos mais pobres.

264DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 395.

265 Sigla utilizada por Robert Dahl para sociedade moderna, dinâmica e pluralista.

educação, *status* e cultura. Essa maior isonomia cria grupos de pessoas que se percebem umas às outras como similares nos direitos e oportunidades, ao mesmo tempo em que muda as fronteiras que distinguem os membros de grupos diversos. Ela, portanto, fomenta atitudes e convicções favoráveis aos ditames delineados pela Democracia.²⁶⁶ De forma geral, cedo ou tarde, os países passam por crises de cunho econômico, ideológico, militar ou político. Ambas são, inclusive, comuns no Brasil. Durante tais crises aumenta a chance de que líderes autoritários ataquem a Democracia a pretexto de retirar o país da dificuldade.

Para resistir, o sistema democrático necessita ter capacidade institucional de superar as dificuldades momentâneas sem que haja ruptura da Democracia. Isso se mostra mais fácil quando os cidadãos do país, assim como seus líderes, apóiam as práticas, instituições e valores democráticos. O apoio é ainda mais confiável quando as práticas democráticas estão arraigadas - na cultura e no inconsciente coletivo - e são transmitidas de uma geração para outra. Nesse ponto, o país possui uma cultura democrática.

Conforme Robert Dahl:

“Una cultura política democrática contribuye a formar ciudadanos que creen lo siguiente: que la democracia y la igualdad política son fines deseables; que el control sobre el ejército y la policía debe estar completamente en manos de líderes electos; que las instituciones democráticas básicas descritas en el capítulo VIII deben ser preservadas; y que las diferencias y desacuerdos entre los ciudadanos deben ser tolerados y protegidos. No pretendo sugerir que toda persona en un país democrático debe ser formada como un perfecto ciudadano democrático. Afortunadamente no, porque así seguro que no existiría jamás ninguna democracia! Pero, a menos que una mayoría sustancial de los ciudadanos prefiera la democracia y sus instituciones políticas a cualquier alternativa no democrática y apoye a los líderes políticos que sostienen las prácticas democráticas, la democracia difícilmente sobrevivirá a sus inevitables crisis. De hecho, incluso probablemente bastaría con una amplia minoría de antidemócratas violentos y militantes para destruir la capacidad de un país para mantener sus instituciones democráticas”.²⁶⁷

266DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012, p. 396.

267“Uma cultura política democrática ajuda a formar cidadãos que acreditam no seguinte: que a democracia e a igualdade política são fins desejáveis; que o controle sobre o exército e a polícia deve estar totalmente nas mãos de líderes eleitos; que as instituições democráticas básicas descritas no Capítulo VIII devem ser preservadas; e que as diferenças e desacordos entre os cidadãos devem ser tolerados e protegidos. Não pretendo sugerir que todas as pessoas em um país democrático devam ser treinadas como cidadãos democráticos perfeitos. Felizmente não, porque então certamente nenhuma democracia existiria! Mas, a menos que uma maioria substancial de cidadãos prefira a democracia e suas instituições políticas a qualquer alternativa não democrática e apóie líderes políticos que defendem práticas democráticas, a democracia dificilmente sobreviverá às crises inevitáveis. Na verdade, mesmo uma grande minoria de antidemocratas violentos e militantes provavelmente seria suficiente para destruir a capacidade de um país de manter suas instituições democráticas”. (tradução livre). DAHL,

Alguns países possuem uma cultura democrática mais arraigada do que outros. No caso do Brasil, a cultura democrática está em vias de formação e, como vêm demonstrando os últimos anos, ainda existem vieses autoritários de alguns líderes e de parte da própria população. É, pois, imperioso que sejam fortalecidas as instituições e a cultura político-democrática do país.

1.7 DEMOCRACIA FORMAL OU PROCEDIMENTAL E DEMOCRACIA MATERIAL OU SUBSTANCIAL

Adentra-se aqui na dicotomia existente entre as categorias Democracia Formal e Democracia Material. Neste contexto, a categoria Democracia tem dois significados distintos. A Democracia Formal, como já mencionado, em Bobbio, é “caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.²⁶⁸ É a aplicação de regras e procedimentos destinados ao exercício do poder estatal, em geral exercido por mandatos eletivos ou por instrumentos de Democracia participativa. Exerce-se, na maior parte das vezes, através da regra da maioria.²⁶⁹ Como já apontado, o sufrágio universal é uma das condições necessárias para a existência e o funcionamento regular de um regime democrático, na medida em que é resultado do princípio fundamental da Democracia, segundo o qual a fonte do poder são os indivíduos e cada indivíduo vale por um, assim como possui direito a um voto (o que, entre outras coisas, justifica a aplicação da regra da maioria para a

Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 178/179.

268 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.30.

269 Conforme Bobbio: “No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas - e, portanto, vinculatórias para todo o grupo - as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão. {...} É inegável que historicamente ‘democracia’ teve dois significados predominantes, aos menos na sua origem, conforme se ponha em maior evidência o conjunto das regras cuja observação é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, as assim chamadas regras do jogo, ou o ideal em que um governo deveria se inspirar, que é o da igualdade. Com base nessa distinção costuma-se distinguir a democracia formal da democracia substancial, ou, em outra conhecida formulação, a democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo”. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017. p. 60/61.

tomada das decisões coletivas).²⁷⁰

Por seu turno, a Democracia Material indica um conjunto de fins, dentre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica. Neste diapasão, a Democracia não se circunscreve a um procedimento sendo, para além disso, preenchida valorativamente. A Democracia Material ou Substancial, pois, exige que as Constituições e os governos reconheçam e tenham como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social e da igualdade material em todas as instâncias. Em síntese, impinge o combate a todas as formas de opressão. Segundo a fórmula que considera a Democracia como governo do povo para o povo, a Democracia formal é um governo do povo. De sua vez, a Substancial é o governo para o povo.²⁷¹

Havendo omissão do dever estatal de agir, mesmo existindo um Estado democrático formalmente estabelecido, a Democracia não se realiza em seu sentido material, ou seja, não há Democracia em sua plenitude. A igualdade é da essência da Democracia Material.²⁷² Assim sendo, na Democracia meramente Formal, ainda que possa existir ampla liberdade, efetivo respeito aos direitos individuais de liberdade – ou fundamentais de 1ª dimensão - assim como outras características próprias da Democracia, não há a necessária efetividade plena da ordem jurídica Constitucional, existindo um Estado que, em essência, não consegue, por omissão principalmente, concretizar o próprio direito positivo Constitucional, mormente na parte atinente aos direitos prestacionais.²⁷³

270 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.160. CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y democracia**. México: Instituto Federal Electoral. 2013. p.10/14.

271 CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y democracia**. México: Instituto Federal Electoral. 2013. p.10/14.

272 “Os homens estão, no plano jurídico, incomparavelmente mais iguais do que em qualquer outra época graças às inúmeras cartas, constituições e declarações de direitos. Mas são também de fato, incomparavelmente mais desiguais na realidade. A 'era dos direitos', para usar de novo as palavras de Norberto Bobbio, é também a era da sua maciça violação e da mais profunda desigualdade”. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado). p 121. CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y democracia**. México: Instituto Federal Electoral. 2013. p.10/14.

273 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.179. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021. p.151.

Para Luigi Ferrajoli uma das facetas de sua teoria garantista consiste na doutrina da fundação externa do Estado sobre os direitos vitais dos cidadãos. Nesse ponto, o garantismo consiste em uma reinterpretação do contratualismo clássico como estrutura de fundamentação do Estado enquanto mecanismo de tutela dos Direitos Fundamentais. Seria nele reconhecida uma primeira doutrina da Democracia. Não apenas uma Democracia Formal, fundada no consenso dos contratantes, mas, sobretudo, uma Democracia Material fundada na garantia e na efetivação dos direitos fundamentais.²⁷⁴

O projeto do garantismo de Ferrajoli propõe uma teoria normativa da Democracia e não apenas uma teoria meramente formal.²⁷⁵ Diferencia, também, Democracia Formal e Substancial, assim como efetua a fusão da Democracia Substancial com Estado de Direito. Na Democracia Substancial tem-se o Estado dotado de direitos e garantias que são efetivas, tanto liberais quanto sociais. De sua banda, na Democracia Formal tem-se o Estado político representativo, calcado no princípio da maioria como fonte de legalidade.²⁷⁶ Para o autor italiano existe uma concepção substancial de Estado de Direito que se traduz em uma dimensão Substancial de Democracia. Tem-se a Democracia chamada majoritária ou plebiscitária e uma segunda concepção denominada Democracia constitucional. Tal dicotomia, em linhas gerais, corresponde às categorias Democracia Formal e Material.²⁷⁷

Segundo Ferrajoli, para uma concepção dominante, a Democracia consiste em um método de formação das decisões públicas ou em um conjunto de regras que atribuem ao povo - em verdade à maioria - o poder (direto ou mais comumente através de representantes) de assumir tais decisões. Tem-se, aqui, a acepção etimológica e,

274 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo penal. 2 ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 814. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Traducción de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 27/39.

275 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 10. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Traducción de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 27/39.

276 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo penal. 2 ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 797.

277 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La lei del más débil. Traducción de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2010. p. 23.

de forma majoritária, a posição compartilhada pela teoria filosófica e política.²⁷⁸ Esta é a definição de Democracia Formal ou Procedimental para Ferrajoli. Efetivamente, ela identifica a Democracia tão somente com as formas ou procedimentos idôneos para garantir que as decisões exaradas sejam expressões – direta ou indireta - da vontade popular. É identificada pelas palavras *quem* (o povo ou seus representantes) e *como* (pela regra da maioria) as decisões são proferidas, independentemente de seus conteúdos.²⁷⁹ Nesse passo, mesmo uma decisão – desde que tomada por maioria – que reduza os direitos das minorias seria democrática nos termos do critério formal. Por isso, Ferrajoli sustenta que a tão só caracterização estritamente formal da Democracia não é suficiente para fundamentar uma definição adequada. Resta, pois, imprescindível integrá-la com algum vínculo de caráter substancial ou de conteúdo.²⁸⁰

Destarte, Democracia meramente Formal consistiria, essencialmente, na onipotência da maioria ou da soberania popular.²⁸¹ Para o autor tal concepção – sem a agregação da Democracia Material - seria inconstitucional, visto que a Constituição consiste em um sistema de limites e vínculos a todo poder.²⁸² Sendo assim, a Democracia normativa é a concepção integral de Democracia defendida pelo sistema garantista de Ferrajoli. Além da Democracia Formal ela abarca uma efetiva limitação de determinados núcleos de proteção, até mesmo da esfera da maioria, além de abranger uma ampla proteção dos Direitos Fundamentais.²⁸³ É importante frisar, no entanto, que a dimensão Formal de Democracia é um traço necessário e imprescindível da Democracia. A Democracia Formal é condição *sine qua non*, sem a

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 10.

²⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 9.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 9.

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p.25. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 27/39.

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p.26. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 27/39.

²⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p.32. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 27/39.

qual, em absoluto, poder-se-á falar em Democracia. No entanto, a concepção da Democracia Formal – não obstante inafastável – resta insuficiente para o conceito normativo de Democracia.²⁸⁴

Ferrajoli aponta algumas razões que demonstram a incompletude do conceito Formal de Democracia. A primeira razão consiste na falta de alcance empírico e, por conseguinte, de capacidade explicativa, de uma definição de Democracia que alcance somente seus ditames formais. Ao limitar-se a exigir que os poderes públicos sejam exercidos pelo povo, caracterizando a Democracia como poder popular absoluto, ignora o paradigma do Estado de Direito, o qual não admite a existência de poderes ilimitados no bojo do Estado Constitucional de Direito.²⁸⁵ É que o Constitucionalismo, através do mecanismo das constituições rígidas, estabelece limitações não só formais (mas também materiais) à vontade das maiorias políticas. Essas limitações dizem respeito à proibição de malferimento ao princípio da igualdade e aos demais Direitos Fundamentais. Esses direitos, pois, são limites heterônomos à dimensão política da Democracia.²⁸⁶

A segunda razão é pertinente à escassa consistência teórica de uma noção de Democracia meramente Formal que pretenda ser coerente consigo mesma. Em linha de princípio, sempre é possível que, mediante procedimentos democráticos, sejam suprimidos os próprios métodos ou princípios democráticos. Por isso, para o desenvolvimento de qualquer Democracia, resta necessário a imposição de limites materiais.²⁸⁷

Consoante delineado por Ferrajoli:

“Siempre es posible suprimir, por mayoría, los derechos de libertad e incluso el derecho a la vida. Más aún: es posible democráticamente, es decir, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el

²⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 10.

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 10.

²⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 10.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 11.

pluralismo político, la división de poderes, la representación, en una palabra, todo el sistema de reglas en el que consiste la democracia política. No hablo de hipótesis de escuela: aludo a las terribles experiencias totalitarias del siglo pasado, cuando el fascismo y el nazismo se adueñaron del poder en formas democráticas para atribuírselo «democráticamente» un jefe que suprimió la democracia. Se suele sortear esta objeción con la tesis de que los límites a la democracia asegurados por algunos derechos fundamentales son «condiciones», «precondiciones» o «presupuestos» de la democracia. Pero una condición, cuando se considera necesaria, equivale a un requisito esencial y ha de ser incluida necesariamente, como condición *sine qua non*, en la definición del término que se define”.²⁸⁸

A terceira razão diz respeito ao nexo indissolúvel entre a Democracia política e os Direitos Fundamentais de liberdade - os quais Ferrajoli denomina como direitos primários ou substanciais -. É que a vontade popular somente pode ser exteriorizada de forma autêntica se puder o sê-la de forma livre.²⁸⁹ Para além do direito de voto, a soberania popular somente pode expressar-se na medida em que garantidos e efetivados os Direitos Fundamentais de liberdade - a liberdade de pensamento, de imprensa, de informação, de reunião e de associação -. Assim, não haverá soberania popular nem Democracia onde não estejam garantidos os direitos de liberdade individual.²⁹⁰

Importante frisar – na esteira do que pontifica Ferrajoli - que os direitos de liberdade serão tanto mais efetivos quanto mais o forem também os direitos sociais de prestações positivas, tais como o direito à subsistência, à saúde e, destacadamente, os direitos à educação e à informação. Sem que haja a satisfação dos direitos sociais não

²⁸⁸ “É sempre possível suprimir, por maioria de votos, os direitos de liberdade e até mesmo o direito à vida. Mais ainda: é possível democraticamente, ou seja, por maioria, suprimir os direitos políticos, o pluralismo político, a divisão de poderes, a representação, em uma palavra, todo o sistema de regras em que consiste a democracia política. Não estou falando de hipóteses escolares: estou aludindo às terríveis experiências totalitárias do século passado, quando o fascismo e o nazismo tomaram conta do poder em formas democráticas para atribuí-lo “democraticamente” a um chefe que suprimiu a democracia. Essa objeção é geralmente superada com a tese de que os limites da democracia assegurados por alguns direitos fundamentais são condições, pré-condições ou pressuposições da democracia . Mas uma condição, quando julgada necessária, é equivalente a um requisito essencial e deve necessariamente ser incluída como condição *sine qua non*, na definição do termo definido”.(tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 11.

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 12.

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 12.

só os direitos políticos, mas todos os direitos às liberdades, estarão fadados a “ficarem apenas no papel”. Não há participação na vida pública sem a garantia dos mínimos existenciais ou vitais. Também não há formação de vontade consciente sem educação e informação.²⁹¹

Urge apontar que há verdadeira relação correspectiva entre Democracia Formal e Material. A não consecução das liberdades fundamentais e dos direitos sociais é sempre um fator de crise que se reflete também no plano da Democracia Formal, ou seja, na efetividade dos direitos civis e políticos. Por outro lado, as liberdades fundamentais e os direitos sociais (Democracia Material) não são benefícios outorgados graciosamente. São, sim, sempre decorrentes de lutas políticas tanto mais eficazes quanto mais efetivos são os direitos decorrentes da Democracia formal ou da Democracia política.²⁹² A Democracia Formal estabelece as bases e permite a luta política que, por sua vez, permite a conquista dos direitos que estabelecem a Democracia Material.²⁹³

A quarta razão é, para Ferrajoli, atinente a um aspecto filosófico-jurídico. Para o autor italiano, o povo, enquanto sujeito coletivo, não pode mais do que decidir através de seus representantes no âmbito da Democracia representativa. Ocorre que nenhuma maioria pode decidir sobre aquilo que não lhe pertence. Assim, a maioria não pode decidir acerca da supressão ou da restrição de normas constitucionais que conferem Direitos Fundamentais que pertencem a todos, e a cada um, não só seus destinatários se não também seus titulares.²⁹⁴

Deve-se, ainda, ter em conta que, nos dias atuais, esse quarto aspecto é premente tendo em vista que, em face das interdependências geradas pela globalização, cada vez mais o povo é governado, de fato, para além de seu próprio

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 1

²⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 29.

²⁹³ CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y democracia**. México: Instituto Federal Electoral. 2013. p.10/14.

²⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 12.

governo, pelas superpotências. Isto ocorre de forma ainda mais enfática nos países periféricos.²⁹⁵ Para Ferrajoli, então, para que se efetive a Democracia normativa, devem ser garantidos e respeitados determinados bens e direitos classificados como fundamentais.²⁹⁶ Os Direitos Fundamentais se configuram, então, como vínculos substanciais impostos à Democracia política. Referidos vínculos podem ser negativos, gerados pelos direitos de liberdade que nenhuma maioria pode violar, assim como vínculos positivos, gerados por direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer.²⁹⁷

As normas da Democracia Formal estabelecem quem decide e como decide através de regras majoritárias. As normas da Democracia Material estabelecem os temas sobre os quais é possível decidir e sobre os quais não se pode decidir como, por exemplo, um núcleo de Direitos Fundamentais que estão naquilo que Ferrajoli categoriza como *esfera do indecível*.²⁹⁸ A regra, então, do Estado Liberal é que nem

²⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 13.

²⁹⁶ “Isto quer dizer que são fundamentais todos aqueles direitos dos quais da garantia depende a paz e, para os quais, a violação justifica, não o dissenso, mas a revolta até o exercício, como proclamam muitas constituições do século XVIII, do direito de resistência. Estes direitos são antes de mais nada, segundo o paradigma hobbesiano e paleoliberal, os direitos à vida, à integridade e à liberdade pessoal, contra a lei do mais forte, própria do estado de natureza. Mas são também – em um mundo em que sobreviver é sempre menos um fato natural e sempre mais um fato artificial, dependente da integração social – os direitos, sociais à saúde, à instrução, à subsistência e à previdência, dos quais da satisfação depende, nas sociedades hodiernas, os mínimos vitais. Existe uma correlação biunívoca entre o grau de paz e o grau de garantismo para o suporte de todos estes direitos: a paz é tanto mais sólida e os conflitos tanto menos violentos e chocantes – dentro das sociedades nacionais e em nível internacional, na esfera pública e na esfera privada das relações interpessoais – quanto mais as garantias de tais direitos são extensas e efetivas”. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado). p. 108.

²⁹⁷ No plano da Democracia Substancial, é imperioso apontar, circunscrevem-se os Direitos Fundamentais que são constitucionalmente subtraídos ao arbítrio da maioria como limites indissociáveis das decisões governamentais. Neles estão elencados o direito à vida, os direitos de liberdade, os direitos sociais à subsistência, à saúde, à educação, dentre outros. Correspondem, portanto, às necessidades e interesses materiais primários das pessoas e sua efetivação é tendente à busca do mínimo existencial e da igualdade substancial. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo penal. 2 ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 815. CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y democracia**. México: Instituto Federal Electoral. 2013. p.10/14. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2010. p. 24. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 27/39.

²⁹⁸ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.2. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021. p. 152.

sobre tudo se pode decidir, nem mesmo pela maioria. A regra do Estado Social é que nem sobre tudo não se pode não decidir, nem mesmo pela maioria. Questões relevantes sobre a sobrevivência ou sobre um mínimo existencial o Estado não pode deixar de decidir, ainda que tal assunto não seja de interesse (ou mesmo seja contra) o interesse da maioria.²⁹⁹

Portanto, no plano axiológico, a Democracia Substancial denota valores tão importantes quanto aqueles delineados pela Democracia Formal. Nenhuma maioria pode privar a minoria de seus direitos fundamentais ou pode não decidir acerca das medidas necessárias para que aos cidadãos sejam asseguradas a subsistência e a sobrevivência digna.³⁰⁰ Conforme aponta Miguel Carbonel, a dimensão Substancial da Democracia representa o que a Democracia pode concretamente fazer para melhorar a vida dos seres humanos.³⁰¹ Esta estrutura do Estado Constitucional de Direito está destinada a um maior ou menor grau de ineficácia. Existirão direitos desrespeitados em face das normas que asseguram as liberdades assim como faltará plenitude relativamente às normas que impõe atuações estatais positivas. Ambos os vícios são, em alguma medida, fisiológicos e seria ilusório supor a eliminação total dessa ineficácia. Um Estado Constitucional de Direito é, por sua natureza, incompleto. Não resta factível uma perfeita coerência e plenitude do sistema em seus diversos níveis.³⁰²

299 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo penal. 2 ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 797.

300 Conforme Ferrajoli:“(...) os direitos fundamentais, correspondendo a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e parâmetro da igualdade jurídica e, por isso, daquela que chamarei a dimensão 'substancial' da democracia, prejudicial em respeito à sua mesma dimensão política ou 'formal' fundada, por sua vez sobre o poder da maioria”. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado). p. 15. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo penal. 2 ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 797.

301 CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y democracia**. México: Instituto Federal Electoral. 2013. p.12. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 27/39.

302 Há que se levar em conta a assertiva de Bobbio: “Cada um dos regimes é democrático segundo o significado de democracia escolhido pelo defensor e não é democrático segundo o significado escolhido pelo adversário. Além do mais, o único ponto sobre o qual uns e outros poderiam concordar é que a democracia perfeita deveria ser simultaneamente formal e substancial. Mas um regime deste gênero pertence, até agora, ao gênero dos futuríveis”. BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**. 11 ed.Tradução Marco Aurélio Nogueira, Paz e Terra, 2004. p.158. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La lei del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010. p. 24/25.

Por conseguinte, impende salientar que a Democracia Substancial é mais dificilmente efetivada e, em todo caso, sempre imperfeita visto que as liberdades fundamentais e os direitos sociais são sempre realizados de forma incompleta, ou seja, eles equivalem a princípios cuja realização é inevitavelmente parcial e cuja efetividade é sempre uma questão de grau, confiadas que são a complexas instituições de garantia e efetivação. A Democracia Formal, não obstante os problemas que apresenta principalmente no plano da mediação representativa, pode ser mais plenamente factível.³⁰³

Enquanto os Direitos da Democracia Formal são efetivados mediante o exercício por parte de seus titulares, os Direitos da Democracia Material - nada obstante previstos normativamente – expressam valores e objetivos que devem ser satisfeitos, em maior medida, pela esfera pública sendo, então, de mais difícil realização. Portanto, enquanto a Democracia Formal é tendencialmente realizável através da taxatividade das normas formais que regulam o seu exercício, o mesmo não pode ser dito da Democracia Substancial.³⁰⁴ Assim sendo, se por um lado é possível conseguir algum grau de certeza acerca da observância das normas formais e, portanto, sobre o grau de efetividade da Democracia Formal, por outro é mais difícil conseguir algum grau de certeza sobre a observância das normas substanciais e, por conseguinte, sobre o grau de efetividade da Democracia Substancial.³⁰⁵

No entanto, se a ineficácia não pode ser totalmente medida, ou tampouco eliminada, deve, sim, ser reduzida ao mínimo possível mediante as garantias adequadas. Referidas garantias são as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, buscando, nesse contexto, possibilitar a máxima eficácia dos Direitos Fundamentais. O garantismo de um sistema jurídico é, portanto, uma questão de grau. Depende da precisão dos vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos pelas normas constitucionais - e pelo sistema normativo como um todo - que asseguram uma taxa

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 30.

³⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 30.

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 30.

mais ou menos elevada a tais vínculos.³⁰⁶

Uma baixa taxa de eficácia de efetivação da Democracia Material – e dos Direitos Fundamentais em geral - é retratada no caso do Estado brasileiro. Com efeito, não obstante toda a sorte de avanços legislativos e constitucionais, o Brasil não consegue efetivar, em termos práticos e concretos, e para todos os cidadãos, o catálogo de Direitos Fundamentais que, neste aspecto, apenas formalmente se encontram assegurados. Vê-se, então, que se uma Democracia Formal e Material ainda não foi efetivada no Brasil deve, sim, ser o objetivo do processo democrático em curso no Brasil.

1.8 - PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS DA DEMOCRACIA

A análise das promessas não cumpridas, baseada no escólio de Norberto Bobbio, consiste no exame do contraste entre o que foi prometido pela Democracia e o que foi efetivamente realizado.³⁰⁷ Serão analisadas as promessas não cumpridas que são pertinentes ao presente trabalho. A primeira promessa não cumprida consiste no não desaparecimento das oligarquias.³⁰⁸ Ela é pertinente ao contexto político brasileiro, porquanto as elites dominantes concentram grande parte poder econômico-financeiro exercendo, também, a maior gama do poder político.

Bobbio assim aduz sobre o tema:

“Mas desde que parti de uma definição predominantemente procedimental de democracia, não se pode esquecer que um dos impulsionadores desta interpretação, Joseph Schumpeter, acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular”.³⁰⁹

No caso brasileiro, no entanto, é questionável a verdadeira existência de confronto político entre as elites, a disputarem o poder e o voto popular. Há confronto e

306 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La lei del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010. p. 25.

307 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.34.

308 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.38.

309 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.39.

embate político, não, entretanto, entre as elites. Urge apontar que no Brasil há uma elite política e econômica hegemônica que se perpetua no poder, por vezes de maneira e por meios antidemocráticos. Pode-se, assim, concluir, que para o Brasil a permanência de uma parcial oligarquia é uma das promessas não cumpridas da Democracia. Conforme aponta Raymundo Faoro, no Brasil há uma minoria que governa em todos os tempos, em todos os sistemas políticos, aplicando-se “a lei de bronze da oligarquia”: os poucos eleitos ou cooptados asseguram um estatuto próprio de comando.³¹⁰ Com efeito, a “elite política do patrimonialismo é o estamento, estrato social com efetivo comando político, numa ordem de conteúdo aristocrático”.³¹¹ A pressão da ideologia liberal e democrática não extingui o patronato político sobre a nação, que permaneceu impenetrável ao poder majoritário, “mesmo na transação aristocrático-plebéia do elitismo moderno”. Ainda que através de eleições livres, ao povo é reservada “a escolha entre opções que ele não formulou”.³¹²

A segunda promessa não cumprida é atinente à inexistência de educação para Democracia ou do cidadão não educado.³¹³ Tem-se que, com ênfase no caso brasileiro, cuida-se de ponto nefrágico do sistema democrático. Quanto mais educado o cidadão melhor será o exercício de sua cidadania democrática, a escolha de seus representantes, assim como a vigilância no cumprimento do mandato. Conforme Norberto Bobbio, calcado na lição de John Stuart Mill, entre o cidadão não educado e o educado, os governantes, em especial os autocráticos, preferem os cidadãos passivos, ou seja, os não educados.³¹⁴ O exemplo do ditador Pol Pot (1975-1979), no Camboja, retrata bem a questão. No regime do Khmer vermelho - que exterminou cerca de um quarto da população cambojana - O ditador tinha verdadeira ojeriza às pessoas instruídas, tendo elas sido praticamente eliminadas. “Usar óculos ou não ter calos nas mãos era quase uma sentença de morte”.³¹⁵

³¹⁰ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, p.828.

³¹¹ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, p.830.

³¹² FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, p.837

³¹³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.43.

³¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.44.

³¹⁵ DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 57.

Para Robert Dahl as oportunidades para adquirir uma compreensão esclarecida - no que concernem às questões públicas - são não apenas parte da definição de Democracia, mas, sim, verdadeira exigência para que se tenha, efetivamente, uma Democracia.³¹⁶ A Democracia, portanto, necessita de cidadãos educados para o exercício da cidadania. Onde os cidadãos são não educados, os governantes mais facilmente podem transformar “seus súditos num bando de ovelhas dedicadas tão somente a pastar o capim uma ao lado da outra” (e a não reclamar, acrescento eu, nem mesmo quando o capim é escasso)”.³¹⁷

Educação, aqui, não deve ser vista apenas pelo prisma da escolaridade ou da educação formal, mas, sim, como educação para o exercício da cidadania o que, não necessariamente, há de coincidir com a intelectualização. Se assim não fosse, estar-se-ia abrindo as portas para um discurso enviesado, antidemocrático, típico das oligarquias, onde somente aqueles que possuem determinada escolaridade estariam aptos a participar do processo político e a votar. A defesa de algo como o ressurgimento de um voto censitário por escolaridade seria algo nefasto e, sem sombra de dúvida, extremamente antidemocrático. A educação para cidadania consiste, então, no fomento para que se tenha um cidadão informado e participativo nas questões atinentes à comunidade e a coisa pública. Não necessariamente em um cidadão com escolaridade formal acentuada.

É importante frisar, nada obstante, que um mínimo de educação formal, embora não seja imprescindível, é sem dúvida desejável para um melhor exercício da cidadania. Dahl aponta que a educação cívica exige um patamar mínimo de educação formal, mas agrega também à discussão pública, o debate, a deliberação, a controvérsia, o acesso à informação confiável, assim como a existência outras instituições de uma sociedade livre.³¹⁸

Nesses termos:

“En consecuencia, si las instituciones encargadas de promover la educación cívica son débiles, sólo queda una única solución satisfactoria. Deben ser fortalecidas. Quienes creemos en los fines democráticos estamos obligados a buscar fórmulas para que los ciudadanos puedan adquirir la competencia que precisan. Las instituciones que se crearon en los países democráticos durante los

316 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, 1998. p. 91/92.

317 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.44.

318 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, 1998. p. 92.

siglos xix y xx dirigidas a promover la educación cívica quizá no sean ya adecuadas. Si esto es así, los países democráticos deberán entonces crear nuevas instituciones o completar las antiguas”.³¹⁹

A melhora da qualidade da educação formal - assim como sua mais ampla universalização - contribui para uma comunidade mais responsiva e democrática. Importante apontar, também, que “a educação para democracia surgiria no próprio exercício da prática democrática”.³²⁰ A educação para cidadania é ainda importante para mitigar o fenômeno muito comum consistente na ignorância cívica e na apatia política. Mesmo nas Democracias consolidadas a apatia política chega a abarcar metade dos eleitores.³²¹ Não se trata de querer um cidadão idealmente participativo em todas as decisões estatais através da idealização de uma Democracia cibernética ou computacional, consoante aponta Bobbio.³²² Uma Democracia em que todos decidem tudo – nas sociedades complexas modernas – seria materialmente impossível. É necessária, entretanto, a diminuição da apatia política para um melhor exercício da cidadania.

Ato contínuo, é preciso ter em conta a promessa não cumprida da eliminação do poder invisível, ou seja, da (in)visibilidade e da transparência do poder. Conforme a aponta Norberto Bobbio, “a democracia nasceu com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente”.³²³ O autocrata necessita tudo ver sem que seja visto. O político democrático, por sua vez, “fala em público e para o público.” O Estado democrático é aquele em que a atuação dos governantes deve ser de conhecimento dos governados e a opinião pública deve pesar na formação e no controle das decisões políticas. As sessões dos parlamentos devem

319 “Portanto, se as instituições encarregadas de promover a educação cívica são fracas, resta apenas uma solução satisfatória. Elas devem ser fortalecidas. Todos que acreditam em metas democráticas são obrigados a procurar fórmulas para que os cidadãos possam adquirir as competências de que necessitam. As instituições que foram criadas em países democráticos durante os séculos XIX e XX para promover a educação cívica podem não ser mais adequadas. Se for assim, os países democráticos terão que criar novas instituições ou complementar as antigas”. (tradução livre). DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. DAHL, Robert. **La democracia: uma guia para los ciudadanos**. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p 92/93.

320 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.43.

321 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.45.

322 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.45.

323 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.41.

ser públicas e a imprensa deve poder perscrutar as ações do governo para que possa elogiá-las ou tecer críticas, livremente, ainda que mordazes, ainda que contundentes. O direito de crítica e de dissentimento é balizar e inarredável ao regime democrático.³²⁴

Conforme pontifica Norberto Bobbio:

“Uma das razões da superioridade da democracia diante dos Estados absolutos, que tinham revalorizado os *arcana imperii* e defendiam com argumentos históricos e políticos a necessidade de fazer com que as grandes decisões políticas fossem tomadas nos gabinetes secretos, longe dos olhares indiscretos do público, funda-se na convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao ‘poder sem máscara’”.³²⁵

Nos dias atuais a transparência do poder revela-se ainda mais importante, porquanto os aparatos de tecnologia tornaram possível a obtenção de grande quantidade de dados por parte dos governantes - também e, principalmente, por parte de empresas privadas - relativamente aos governados, tornando possível conhecer, capilarmente, tudo aquilo que se passa na vida dos cidadãos.³²⁶ A regra na Democracia é a publicidade sendo o segredo a exceção.³²⁷ A exceção somente é admissível nas hipóteses constitucionalmente estabelecidas e para proteger outro interesse também de envergadura constitucional. No mais, a atuação estatal deve ser realizada às claras. É indubitável, pois, a existência de imperfeições e promessas não cumpridas pela Democracia por todo o mundo e mais enfaticamente no Brasil. Bobbio aponta, no entanto, que a existência de promessas não cumpridas, por si só, não transmuta o Estado Democrático em autocrático ou totalitário:

“Pois bem, minha conclusão é que as promessas não cumpridas e os obstáculos não-previstos de que me ocupei não foram suficientes para transformar os regimes democráticos em regimes autocráticos. A diferença substancial entre uns e outros permaneceu. O conteúdo mínimo do Estado democrático não encolheu: garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência

324 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001, p.180. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

325 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.42.

326 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.43.

327 “Sob este aspecto, é essencial à democracia o exercício dos vários direitos de liberdade, que permitem a formação da opinião pública e asseguram assim que as ações dos governantes sejam subtraídas ao funcionamento secreto da câmara de conselho, desentocadas das sedes ocultas em que procuram fugir dos olhos do público, esmiuçadas, julgadas e criticadas quando tornadas públicas”. BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**. 11 ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira, Paz e Terra, 2004, p.30.

entre si, eleições periódicas a sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas (nas democracias consociativas ou no sistema neocorporativo) ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão de governo. Existem democracias mais sólidas e menos sólidas, mais invulneráveis e mais vulneráveis; existem diversos graus de aproximação com o modelo ideal, mas mesmo a democracia mais distante do modelo não pode ser de modo algum confundida com um estado autocrático e menos ainda com um totalitário”.³²⁸

É também pertinente mencionar que as promessas democráticas não cumpridas somente podem ser alcançadas paulatinamente e sua efetivação deve ser contínua. Há de se ter em conta que os problemas complexos da Sociedade contemporânea – em especial da Sociedade brasileira - implicam na inexistência de soluções simples e facilmente alcançáveis.

Ato contínuo, importante consignar a ideia de extensão da Democracia para outros espaços.³²⁹ Bobbio aponta que uma coisa é a democratização do Estado e outra é a democratização da Sociedade, sendo, pois, possível a existência de um Estado democrático em uma Sociedade em que a maior parte das práticas institucionais (da família à escola, da empresa à gestão dos serviços públicos) não são democráticas.³³⁰

Nesse diapasão:

“Em outros termos, quando se deseja saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país, o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito”.³³¹

Assim sendo, urge ter-se em conta a premente necessidade de

328 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.50.

329 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.40.

330 “Após a conquista do sufrágio universal, se ainda é possível falar de uma extensão do processo de democratização, esta deveria revelar-se não tanto na passagem da democracia representativa para a democracia direta, como habitualmente se afirma, quanto na passagem da democracia política para a democracia social - não tanto na resposta à pergunta “Quem vota?”, mas na resposta a esta outra pergunta: “Onde se vota?” Em outros termos, quando se deseja saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país, o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito”. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.40.

331 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.40.

democratizar a Sociedade no plano ascendente, partindo-se do contexto familiar. O discurso e a prática democrática há de partir das questões afetas à filiação, ao gênero, à raça, à escola e, a partir daí, para os demais contextos sociais. Na Sociedade brasileira persistem graves traços de uma sociedade racista, patriarcal e machista. São rotineiros os casos de violência e intolerância em face das populações excluídas socialmente, das pessoas negras e pardas, da população LGBTQIAP+, assim como de violência doméstica sofrida pelas mulheres. Com efeito, um indicador atual do desenvolvimento democrático consiste não apenas no número de pessoas que têm direito de voto e participação política mas, também, no direito de efetiva participação nos diferentes locais (em especial os locais não políticos) nos quais é possível votar. Aqui, portanto, “o critério não deve mais ser o de “quem” vota, mas o do “onde” se vota.”³³²

Por fim, insta ver que Bobbio apresenta visão otimista da realidade e do futuro o que é estimulante na busca de uma Sociedade menos injusta e mais democrática. Para tanto, é essencial que se concretize a Democracia nos planos formal e material.

1.9 - DE COMO AS DEMOCRACIAS DECLINAM NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Em período pouco anterior ao século XX os inimigos pré-modernos da Democracia (monarquia absolutista, aristocracia hereditária, oligarquia apoiada por sufrágio restrito) já haviam perdido a legitimidade para grande parte da humanidade.³³³ Ao longo da segunda metade do século XX o mundo vivenciou uma profunda mudança política. As principais alternativas à Democracia ou desapareceram ou se transformaram em regimes exóticos. Os inimigos da Democracia - o fascismo, o nazismo e o comunismo - ou foram eliminados com a derrota bélica na segunda guerra mundial ou colapsaram por suas próprias contradições internas. Também as ditaduras militares restaram bastante desacreditadas por seus fracassos, em especial na América latina.³³⁴

Para Robert Dahl, no entanto, isso não significa uma vitória incontestada da

332 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.68.

333 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 7.

334 DAHL, Robert. **La democracia**: uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998. p. 7.

Democracia uma vez que valores e movimentos antidemocráticos continuam existindo, de forma geral, associados ao nacionalismo fanático ou ao fundamentalismo religioso. O trânsito para hegemonia dos regimes políticos democráticos, embora desejável, não são historicamente inevitáveis.³³⁵ Como advertência aos perigos que circundam a Democracia, já no início da obra *O Futuro da Democracia*, Norberto Bobbio pontifica deixar claro que não faz nenhuma aposta relativamente ao futuro.³³⁶ Ocorre que, nos últimos anos, cresceu a preocupação relativamente ao ataque contra as democracias consolidadas. Conforme Yascha Monk, a evidência que a Democracia está sob ataque só faz crescer.³³⁷ Entender como os regimes democráticos, na atualidade, são enfraquecidos, ainda que dentro da aparente legalidade jurídico-constitucional, exsurge como fundamental para consolidação e proteção dos sistemas democráticos.³³⁸

Em geral, na época da guerra fria, as democracias derrocavam pelas mãos de homens armados. Esse foi caso de países como Argentina, Brasil, Grécia, Guatemala, Nigéria, Paquistão, Peru, República Dominicana, Tailândia, Turquia e Uruguai. Nesses casos a democracia ruiu pelo poder coercitivo dos militares.³³⁹ Hodiernamente, entretanto, consoante apontam Levitsky e Ziblatt,³⁴⁰ as Democracias não mais caem através de golpes violentos perpetrados através do aparato de forças armadas. Com efeito, hoje, elas podem cair pelas mãos de líderes eleitos e não de generais. Nessa sistemática, os sistemas democráticos decaem em um processo lento e gradativo, muitas vezes de forma pouco perceptível. Eleições continuam a ser formalmente disputadas, políticos de oposição mantêm seus respectivos assentos e os jornais circulam, ainda que a imprensa sofra ataques diretos ou dissimulados.³⁴¹

Nessa toada, as iniciativas para erodir a Democracia contêm aparência de

³³⁵ DAHL, Robert. **La poliarquia: participacion y oposicion** Traductor: Julia Moreno San Martin. Espanã: Tecnos. 2009. p. 38.

³³⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.8.

³³⁷ MONK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p.130.

³³⁸ LEVITSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.11.

³³⁹ LEVITSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.14/15.

³⁴⁰ LEVITSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

³⁴¹ LEVITSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.80/81.

legalidade. São aprovadas pelo legislativo e muitas vezes consideradas constitucionais pelos tribunais. Os atos de ataque à Democracia, nesses casos, possuem a justificativa de buscar o interesse público, combater a corrupção, aperfeiçoar as eleições e mesmo aperfeiçoar a própria Democracia.³⁴² Há um paradoxo nesse plano visto que é utilizada a via eleitoral para erosão da própria Democracia e, como consequência, o aumento do autoritarismo. É, pois, a utilização de instituições democráticas para afastar a própria Democracia.³⁴³ Em virtude disso, Levitsky e Ziblatt denotam que os regimes democráticos são, de forma geral, frágeis e devem ser protegidos por salvaguardas institucionais. Essas salvaguardas devem ir além do sistema legal e da própria Constituição.³⁴⁴³⁴⁵ Os autores elencam quatro sinais de alerta que indicam traços autoritários a ameaçarem o sistema democrático. Assim, é de se preocupar quando políticos apresentam os seguintes traços característicos:

- “1) rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo;
- 2) negam a legitimidade de oponentes;
- 3) toleram e encorajam a violência;
- 4) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia”.³⁴⁶

Nesse diapasão, é de crucial importância que os partidos políticos sirvam de bloqueio a candidatos que apresentem as características autoritárias delineadas. Resta necessário, então, que os partidos políticos exerçam verdadeiro papel de guardiões da Democracia. “A responsabilidade de separar o joio do trigo” está nas mãos dos partidos políticos.³⁴⁷ São eles os responsáveis, em grande medida, em selecionar os

342 Líderes eleitos subverteram os regimes democráticos, através desta sistemática, em países como Venezuela, Geórgia, Hungria, Nicarágua, Peru, Filipinas, Polônia, Rússia, Sri Lanka, Turquia e Ucrânia. Tais retrocessos surgiram não obstante tais líderes terem galgado o poder através do voto.³⁴² Políticos como Alberto Fujimori no Peru e Hugo Chaves na Venezuela chegaram ao poder através de eleições e alianças, ou seja, a partir de dentro do sistema jurídico-político. LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.24.

343LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.19.

344LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.15.

345 Nos dias atuais, percebe-se grande polarização entre pensamentos políticos antagônicos. Essas polarizações extremas podem arruinar a Democracia e essa advertência é pertinente ao momento político vivenciado no Brasil, bem como em inúmeras outras nações. LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.20.

346LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.32.

347LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.34.

candidatos aos cargos em pleitos eleitorais, em especial à Presidência – no sistema presidencialista como o brasileiro e o norte-americano - sendo, portanto, de responsabilidade dos partidos afastar candidatos com perfil afeito à tirania.³⁴⁸

Levitsky e Ziblatt lembram, ato contínuo, que os partidos devem encontrar um equilíbrio entre dois papéis cruciais: um democrático, ao escolher o candidato que melhor representa os eleitores e outro de filtragem. Consiste a filtragem em remover aqueles que representam ameaça à Democracia.³⁴⁹ O referido papel incumbido aos partidos, se por um lado pode ser antidemocrático - porquanto pode criar um mundo em que os chefes dos partidos ignoram as bases e não representam o povo - por outro, protege o sistema democrático de demagogos que ameaçam, efetivamente, a Democracia. Tais demagogos, muitas vezes, alcançam, por estratégias de múltiplas formas, a “vontade popular”.³⁵⁰

De ver-se, igualmente, que a explosão das mídias alternativas diminui a possibilidade desta filtragem de candidatos pelos chamados guardiões tradicionais. Efetivamente, o caminho para o reconhecimento nacional de um nome que antes passava pelos canais estabelecidos dos meios de comunicação tradicionais, hoje, com o novo ambiente de mídia, possibilita que celebridades midiáticas, ou demagogos de ocasião, alcancem o reconhecimento de seus nomes.³⁵¹ É o que aconteceu com a eleição do Presidente Donald Trump na eleição Norte-Americana de 2016, bem como na eleição brasileira de 2018 com a eleição do presidente Jair Messias Bolsonaro.³⁵²

É certo que alguns demagogos, ainda que eleitos, assumem o cargo eletivo já imbuídos de planos autocráticos. Entretanto, a ruptura democrática pode se dar de forma circunstancial e não planejada. Com efeito, ela pode derivar de uma sequência não antecipada de acontecimentos como, por exemplo, “uma escalada de retaliações

348LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.48.

349LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.48.

350LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.48.

351LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.61.

352É importante salientar, neste contexto, que tanto o presidente Donald Trump quanto o presidente Jair Bolsonaro se enquadram nas características de perfil autoritários delineadas por LEVITSKY e ZIBLATT, as quais sejam: 1) rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; 2) negam a legitimidade de oponentes; 3) toleram e encorajam a violência; 4) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia.

entre um líder demagógico que não obedece às regras e um *stablishment* político ameaçado”, como foi o caso, por exemplo, de Fujimori no Peru.³⁵³ A ascensão ao poder de um demagogo pode polarizar a Sociedade, criando uma atmosfera de medo, hostilidade e desconfiança. As ameaças do novo líder possuem efeitos variados e imprevisíveis os quais podem esgarçar a coesão social e colocar, ainda mais, em perigo a Democracia.³⁵⁴

Há que se ter em conta que a Democracia consiste em um projeto político em Sociedade que demanda esforço e comprometimento. Democracias exigem negociações, compromissos e concessões. Os reveses são frequentes e as vitórias podem ser apenas parciais. Nesses termos, o sistema de freio e contrapesos exsurge como um empecilho aos projetos dos autoritários e, assim, eles possuem pouca ou nenhuma paciência para o jogo democrático e pelo respeito à Separação de Poderes. Por isso é comum que líderes autoritários ataquem os demais poderes estatais.³⁵⁵

Levitsky e Ziblatt apontam, ainda, que – para além do sistema jurídico-constitucional de freios e contrapesos – a Democracia necessita de “grades de proteção”. As proteções constitucionais ordinárias não são suficientes para a efetiva proteção do regime democrático.³⁵⁶ Nessa linha, mesmo Constituições bem projetadas não são salvaguardas suficientes para proteção da Democracia. Líderes como Perón e Getúlio Vargas assumiram seus mandatos sob o pálio de Constituições ao estilo norte-americano. Isto, entretanto, não os impediu de se tornarem governantes autocráticos.³⁵⁷

As Democracias de longa data e bem sucedidas, portanto, contariam com regras informais que, embora não escritas, fazem parte da praxe política. Em que pese não estarem elencadas no sistema constitucional formal, essas regras seriam

353 LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.79.

354 Nesse sentido: “Se a mídia se sente ameaçada, pode abandonar o comedimento e padrões profissionais, num esforço desesperado para enfraquecer o governo. E a oposição pode concluir que, pelo bem do país, o governo tem que ser afastado através de medidas extremas – impeachment, manifestações de massa, até mesmo golpe”. LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.79.

355 LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.80.

356 LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.99.

357 LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.100.

conhecidas e amplamente respeitadas. No caso da Democracia Estadunidense, por exemplo, tais regras não escritas mostraram-se vitais à manutenção do sistema democrático.³⁵⁸ Para os autores, duas normas destacam-se no âmbito da proteção da Democracia por regras informais. Elas são a tolerância mútua e a reserva institucional.³⁵⁹

A tolerância mútua consiste em aceitar que os rivais que joguem pelas regras institucionais tenham o pleno direito de existir, competir pelo poder, assim como de, em caso de vitória nas urnas, assumir o poder e governar. Implica, pois, em reconhecer que, mesmo não concordando, há legitimidade na opinião contrária. A tolerância mútua impele em aceitar que os rivais políticos são pessoas decentes, honestas e possuem um projeto de país de cunho patriótico, ainda que diferente.³⁶⁰ Por seu turno, Norberto Bobbio também aponta que o procedimento de tolerância faz parte das regras da Democracia. Ele consiste em técnica de convivência destinada à resolução de conflitos sociais sem apelo à violência. Somente onde tal técnica é respeitada o adversário político ou ideológico não é um inimigo a ser destruído, mas, sim, um opositor que futuramente poderá ocupar nosso lugar dentro do aparato estatal ou vice-versa.³⁶¹

Nesses termos, ao respeitar a tolerância mútua, os adversários políticos não tem um ao outro como uma ameaça institucional a ser exterminada. Ainda que discordem de forma veemente no plano das ideias, os adversários não se tratam como traidores, subversivos, golpistas ou usurpadores de poder. A “tolerância mútua é, pois,

358LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.102.

359LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.103.

360 Em 2008, por exemplo, John McCain deu um exemplo de tolerância mútua. Em sua campanha para presidência, McCain foi interpelado por um eleitor que lhe disse que tinha medo do que aconteceria caso Barack Obama ganhasse as eleições. McCain defendeu seu adversário: “Vou dizer uma coisa: ele é um sujeito decente, e você não precisa ter medo dele como presidente dos Estados Unidos.” Na mesma convenção uma senhora apontou sua preocupação de que Obama não era confiável por ser “árabe”. McCain novamente apontou sua fidalguia e tolerância mútua: “Não, senhora. Ele é um homem de família e um cidadão decente de quem por acaso discordo em assuntos fundamentais, e esse é o motivo desta campanha”.³⁶⁰ A lucidez moral que levou McCain a abrir de uma vantagem partidária para afirmar a legitimidade da oposição é um exemplo eloquente de sua postura democrática e de tolerância mútua. MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p. 144.

361BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.51/52.

a disposição dos políticos de concordarem em discordar”.³⁶² Assaz apontar, assim, que quando o respeito à tolerância mútua é frágil resta ameaçada a Democracia. Se os rivais são encarados como uma ameaça tem-se muito a perder no caso de sua vitória eleitoral. Nesse caso, para o político que não respeita a tolerância mútua, restam justificadas medidas de cunho autoritário para evitar a assunção ao poder dos adversários, tendo-se, aqui, o nascedouro da derrocada da Democracia.³⁶³

Consoante apontam Levitsky e Ziblatt:

“Em quase todos os casos de colapso democrático que nós estudamos, autoritários potenciais – de Franco, Hitler e Mussolini na Europa entre guerras a Marcos, Castro e Pinochet, durante a guerra fria, e Putin, Chaves e Erdogan mais recentemente – justificaram a sua consolidação de poder rotulando os oponentes como uma ameaça à sua existência”.³⁶⁴

Portanto resta de extrema importância que, além do sistema de freios e contrapesos institucional (*checks and balances*), para a plena manutenção da Democracia, haja tolerância mútua entre os atores políticos.

A segunda regra não escrita e essencial para estabilidade da Democracia é a reserva institucional. Ela consiste na ação de limitar o uso de um direito legal, ou seja, é o comedimento e tolerância ao usar a legislação (mesmo a constitucional) para não violar o seu espírito. A reserva institucional, pois, significa evitar ações que – embora respeitem a literalidade normativa – violam seu escopo. Quando a reserva institucional é respeitada os políticos não abusam de suas prerrogativas legais, embora tenham, em tese, o direito de fazê-lo. O uso das prerrogativas legais, até o seu limite, pode esgarçar o sistema e malferir a Democracia.³⁶⁵ O desrespeito à reserva institucional é também conhecido como “jogo duro constitucional”. Ele consiste em jogar segundo as regras, mas levando-as ao limite extremo, muitas vezes de forma

362LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.104.

363LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.104.

364LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.104.

365 Um exemplo de respeito à reserva institucional dado por Levitsky e Ziblatt é a aposentadoria de George Washington depois de seus dois mandatos de presidente, em 1797. Tal conduta estabeleceu um poderoso precedente aos presidentes americanos seguintes. Essa reserva institucional somente seria desrespeitada pelo presidente Franklin Delano Roosevelt em 1940, sendo que tal transgressão ensejou a promulgação da vigésima segunda Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América que limitou a reeleição do presidente a apenas um novo mandato.LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.108/109.

autoritária, no afã de se perpetuar e aumentar seu respectivo poder. São exemplos de “jogo duro constitucional” o aparelhamento de Supremas Cortes - como alteração do número de membros de sua composição - ou o controle do legislativo abusando o executivo do uso de decretos.³⁶⁶

Importante ponderar que há uma relação de reciprocidade entre a tolerância mútua e a reserva institucional:

“A tolerância mútua e a reserva institucional têm uma relação estreita. Por vezes, reforçam uma à outra. Políticos são mais propensos à moderação quando se aceitam uns aos outros como rivais legítimos, e aqueles que não encaram os oponentes como subversivos serão menos tentados a recorrer a violações da norma para mantê-los longe do poder”.³⁶⁷

Com o desrespeito da tolerância os políticos partem para o embate buscando a vitória a qualquer custo porquanto o adversário partidário passa a ser não o parceiro de Democracia com ideais diferentes, mas, sim, o inimigo que deve ser aniquilado. Este embate - com o abandono da reserva institucional - pode levar à ascensão de grupos antissistema. Esses grupos tendem a abandonar as regras do jogo democrático e, assim, a Democracia resta substancialmente enfraquecida.³⁶⁸ Quando a Democracia é estável os principais atores políticos estão dispostos a obedecer às principais regras do jogo democrático. Algumas são regras formais: o presidente ou primeiro-ministro permite ao Poder Judiciário e ao Ministério Público investigar delitos de membros do governo, sem trocar a chefia do órgão investigativo, assimila as críticas da imprensa, em vez de fechar jornais e perseguir jornalistas, e ao

366 Instituto legal e Constitucional que pode ser considerado uma forma de “jogo duro constitucional” é o afastamento do presidente pela via do *impeachment*. Esse instituto jurídico-político é considerado como “a peça de artilharia mais pesada do arsenal congressual.” E, por ser tão excepcional, é inadequado ao uso comum ou banalizado, pois, como se sabe, ele arrosta de maneira radical os resultados eleitorais oriundos das urnas. Nada obstante sua excepcionalidade, no Brasil, após a redemocratização, com a Constituição Federal de 1988, dois Presidentes eleitos sofreram processo de impeachment e foram afastados. Outro exemplo de jogo duro constitucional ocorreu com o *impeachment* do presidente do Paraguai Fernando Lugo em 2012. O Presidente paraguaio, nesse caso, foi acusado de forma bastante genérica de “mau desempenho das funções” tendo apenas duas horas para elaborar e apresentar sua defesa. Fernando Lugo foi afastado do cargo pelo Senado Paraguaio. LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.133/134.

367 LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.112.

368 LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.116

perder a eleição deixa o cargo de forma pacífica.³⁶⁹

Há, por outro lado, outras regras informais onde não fica tão claro quando são malferidas: o governo não reescreve as regras eleitorais meses antes de uma eleição para melhorar suas chances no pleito, os insurgentes políticos não glorificam líderes autoritários do passado, não ameaçam de prisão seus adversários nem violam os direitos de minorias.³⁷⁰ Políticos que respeitam o sistema democrático são participantes do jogo que lutam para obter vantagem sobre os adversários mas estão cientes de que deve haver limites na busca de seus interesses partidários. Vencer uma eleição é menos importante do que preservar o sistema democrático e a política não pode degenerar em guerra total onde os adversários políticos tornam-se inimigos.³⁷¹

Igualmente, impende apontar que para que o sistema de freios e contrapesos seja operante e funcional é essencial que as regras não escritas - da tolerância mútua e reserva institucional – sejam respeitadas. Para tanto, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário precisam encontrar um ponto de equilíbrio que seja convergente. O Poder Legislativo e o Poder Judiciário devem permitir que o governo funcione e opere suas políticas públicas. Nada obstante, precisam fiscalizar e, algumas vezes, bloquear a atividade do Executivo quando esse desrespeite o sistema Constitucional. “Eles têm que ser o cão de guarda da Democracia”.³⁷² Por seu turno, ao Poder Executivo incumbe respeitar a atividade legiferante do Legislativo e cumprir as decisões judiciais emanadas do Poder Judiciário. De ver-se que o respeito e a deferência entre os três poderes devem imperar, ainda que o integrante de um dos poderes não concorde com a medida tomada pelo outro (pressupondo que a medida respeite a Constituição). Portanto, sem o respeito à reserva institucional, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) dá lugar ao impasse e à disfunção.³⁷³

³⁶⁹ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p. 140

³⁷⁰ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p. 140.

³⁷¹ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p. 140/141.

³⁷² LEVITSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.124.

³⁷³ Especificamente sobre os Estados Unidos da América, Levitsky e Ziblatt apontam que, via de regra, houve respeito à reserva institucional e a não utilização do “jogo duro constitucional”: “Mesmo com o aumento marcante das competências legal, administrativa, militar e de inteligência do Executivo durante

O sistema de freios e contrapesos funcionou bem nos Estados Unidos, durante o século XX, porque esteve alicerçado em regras de reserva institucional e tolerância mútua entre os respectivos poderes.³⁷⁴ Em que pese as instituições democráticas terem sido ameaçadas e desafiadas naquele país isso não descambou na “espiral da morte” que arrostou as democracias na Europa pelo nazifascismo dos anos 30 ou na América latina nos anos 60 e 70.³⁷⁵ O mesmo não pode ser dito relativamente ao século XX no Brasil. No país o século passado foi delineado por regimes autocráticos, fechamento do Legislativo e desrespeito à independência do Judiciário. Além disso, o século XX no Brasil foi marcado pela supressão das liberdades civis, perseguição de adversários políticos dos detentores do poder, aplicação da tortura, assim como pelas demais mazelas que as ditaduras frequentemente utilizam para sua assunção e perpetuação no poder. Apenas após a Constituição Federal de 1988 tem-se um período um pouco mais longo de relativa estabilidade Constitucional e parcial respeito pela Constituição.

Outra medida de ataque à Democracia, em sua versão contemporânea, – que dispensa o uso de blindados, metralhadoras e canhões para ceifar a Democracia – é o ataque e o aparelhamento da imprensa. O direito à informação é um direito do cidadão e pressuposto elementar para o funcionamento da Democracia. Uma imprensa livre e independente é um dos alicerces que sustentam o jogo democrático. Para o exercício pleno do direito de voto - de forma consciente e independente - é essencial que os governados saibam de forma clara o que os governantes estão fazendo. Além disso, a liberdade de imprensa permite aos eleitores aquilatarem, de forma qualificada,

o século XX, os presidentes se submeteram e cumpriram as normas estabelecidas em suas interações com o Congresso e os tribunais. Com exceção dos tempos de guerra, eles foram criteriosos em seu uso de ordens executivas. Nunca usuram indultos para autoproteção ou ganhos políticos estreitos, e a maioria buscou aconselhamento do Departamento de Justiça antes de decretá-los. E, de maneira crucial, os presidentes do século XX raramente desafiaram outros setores do governo, como fizeram Lincoln e Andrew Johnson no século XIX. O presidente Harry Truman sujeitou-se à Suprema Corte quando ela obstruiu sua ordem executiva de 1952, que nacionalizava a indústria metalúrgica diante de uma greve que ele considerou uma emergência nacional. Eisenhower fez cumprir a decisão *Brow contra o conselho de Educação* apesar de sua própria contrariedade com ela. Mesmo Nixon cedeu à exigência congressual de entregar suas gravações secretas depois que a Suprema Corte decidiu a favor do Congresso”. LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de janeiro: Zahar, 2018. p.127/128.

374LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de janeiro: Zahar, 2018. p.135.

375LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de janeiro: Zahar, 2018. p.139.

todas as opções que surgem do debate político.³⁷⁶³⁷⁷

Em conclusão, é possível destacar que desde que filósofos começaram a pensar no conceito de autonomia deram grande importância à educação cívica. Uma maneira essencial de defender a Democracia a longo prazo continua sendo a de levar a sério a tarefa de educar as crianças para transformá-los em cidadãos. O cidadão educado possui um compromisso mais forte com os princípios democráticos e está menos propenso a acreditar em demagogos, suas mentiras e teorias da conspiração.³⁷⁸ A curto prazo, no entanto, refrear os autoritários depois que tomam posse é uma batalha árdua, faz-se necessário vencê-los nas eleições. Isso é aplicável a países em que os populistas ainda não chegaram ao poder. Os cidadãos têm força para assegurar que candidatos autoritários - com evidente desdém pelas regras democráticas - não tenham chance de por seus intentos em prática.³⁷⁹

Mas mesmo em países onde autoritários já assumiram o governo, as eleições continuam a ser cruciais visto que ditadores, em geral, levam anos para consolidar o poder. Recept Erdogan, Vladimir Putin e Hugo Chaves somente consolidaram o poder em uma segunda ou terceira vitória nas urnas e, a partir de então, levaram seus países a uma verdadeira ditadura.³⁸⁰ Uma proteção democrática contra o ataque de governantes autoritários, portanto, é persuadir o povo a votar contra eles enquanto ainda há tempo. Para salvar a Democracia é necessário unir os cidadãos em torno de uma visão comum de suas nações, assim como dar-lhes esperança quanto ao futuro econômico. Além disso, é preciso torná-los resistentes às mentiras e ao ódio com que se deparam nas mídias sociais diariamente. Esses são os imensos desafios que definirão a luta contra o autoritarismo e por uma sociedade

376 LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p.189.

³⁷⁷ Igualmente, no Brasil convive-se com atitudes não democráticas por parte do governo do Presidente Jair Bolsonaro. Ataques à imprensa, tentativas veladas e mesmo explícitas de censura à produção cultural. O Presidente também vem, sistematicamente, insuflando a desconfiança nas urnas eletrônicas e apregoando uma possível ausência de lisura das eleições.

³⁷⁸ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p. 29.

³⁷⁹ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p. 225.

³⁸⁰ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p. 226.

melhor. Para sua estabilidade, ainda, a Democracia necessita estar imbricada em um contexto amplo de justiça socioeconômica no qual os cidadãos sintam que, efetivamente, têm poder. Entre os cidadãos comprometidos com a liberdade e a igualdade a Democracia ainda é um valor insuperável.³⁸¹

Pode-se concluir que resta necessário – no afã da proteção e consolidação da Democracia Formal no Brasil - que sejam asseguradas, e também fomentadas, a possibilidade de participação efetiva dos membros da comunidade sobre como deve ser a política, a igualdade de voto, o controle da agenda ou do programa de planejamento e a inclusão de todos os adultos residentes permanentes nos direitos de cidadania. Ainda, para manutenção da Democracia Formal, restam necessárias a manutenção de eleições para os principais cargos públicos que exerçam controle de decisões do governo sobre a política, seja assegurada a liberdade de expressão e as fontes alternativas de informação, a garantia da autonomia das associações e eleições livres, imparciais e regulares. É necessária, ainda, uma melhor promoção da cidadania inclusiva e da compreensão ilustrada. Com efeito, os cidadãos precisam ser bem instruídos (educação, cultura, conhecimento, etc.), e não estarem privados das condições mínimas existenciais (saúde, alimentação, moradia, etc.). Consoante Fábio Ulhoa Coelho, o Estado não deve ser uma entidade rígida e eterna, devendo ser flexível e preocupado com a qualidade e eficiência de suas intervenções, tanto na economia quanto nas políticas públicas. Nesse passo, o aumento da igualdade por meio do fortalecimento dos menos favorecidos no tratamento de conflito de interesses, mesmo que eventualmente à custa da liberdade (aumento de impostos dos mais ricos, por exemplo), tem sido um ingrediente essencial da estratégia de evolução humana.³⁸²

Como conclusão do capítulo, é possível aduzir que a consolidação da Democracia é ainda um projeto em construção e necessita de aperfeiçoamento e expansão. Pode-se deduzir que, nada obstante necessite de aperfeiçoamento, temos um bom grau de eficácia da Democracia Formal no Brasil. Entretanto, as conquistas não são definitivas e por isso é imperioso que os cidadãos e as instituições estejam vigilantes na manutenção da Democracia Formal. Por outro lado, há um baixo grau de eficácia no tocante à Democracia Material. Para que se tenha uma nação efetivamente democrática, em todos os níveis, necessita-se um patamar mais elevado de eficácia

³⁸¹ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019. p. 232.

³⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. **Os livres podem ser iguais?** São Paulo: Martins Fontes, 2022. p.205 e 241.

dos Direitos Fundamentais (de liberdade, políticos, sociais, ambientais). Assim sendo, necessita-se um maior grau de eficácia da Democracia Material. De toda forma, é importante ter em conta que nos países que não tiveram um legado longo de experiência na prática da política democrática – como é o caso do Brasil -, a transformação da nação em Poliarquia será um processo lento que necessita, via de regra, várias gerações para se desenvolver e consolidar. Esse processo pode ser mais dilatado ou reduzido de acordo com as circunstâncias existentes.³⁸³

No próximo capítulo será analisada a teoria da Separação de Poderes nas lições clássicas de John Locke e Montesquieu. Na sequência, explana-se acerca da Separação de Poderes e sua correlação com a função jurisdicional, assim como sua evolução no Estado Liberal, no Estado Social e no Estado Neoliberal. Em seguida, discorre-se sobre as categorias jusnaturalismo, positivismo jurídico e pós-positivismo. Analisam-se, ato contínuo, as posturas judiciais formalista e antiformalista. Por fim, evidencia-se a atuação do Juiz na Democracia, calcado na lição dos autores Antoine Garapon e Aharon Barak.

³⁸³ DAHL, Robert. **La poliarquia: participacion y oposicion** Traductor: Julia Moreno San Martin. Espanha: Tecnos. 2009. p. 52/53.

CAPÍTULO 2

SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL DO JUIZ NA DEMOCRACIA

2.1. INTRODUÇÃO

Conforme Pedro Manoel Abreu, remonta a Aristóteles a identificação de três principais funções estatais. A racionalidade da divisão de funções estatais encontra em Aristóteles o fundamento da não concentração do poder nas mãos de um único governante pois “entre os iguais e similares, não é justo nem conveniente que um único homem deva ter autoridade sobre o resto”.³⁸⁴ Com o escopo de obstar a tirania e assegurar a forma republicana de governo, aponta que o poder estatal deve ser ramificado em distintas e diferentes funções de modo a encontrar o justo balanceamento de forças para o bom governo.³⁸⁵

Para Aristóteles, deve existir em todo governo três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interesse e a conveniência dos particulares. Quando referidas partes são bem formadas, o governo é necessariamente bom. A função consultiva (pertinente à guerra, à paz e as leis), a função judiciária e, por fim, a função de um magistrado encarregado dos assuntos da administração. Pode-se, assim apontar que existe o poder deliberativo (aquele que delibera sobre os negócios do Estado e corresponde ao Poder Legislativo moderno), o poder das magistraturas ou poderes constituídos, ou seja, aqueles de que o Estado necessita para agir (correspondente ao Poder Executivo, e é exercido por magistrados governamentais) e o poder que abrange os cargos de jurisdição, com diversas espécies de Juízes, onde a forma de nomeação poderia ser a eleição ou o sorteio (correspondente ao Poder Judiciário).³⁸⁶³⁸⁷

³⁸⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Nova Cultural: São Paulo, 2004. p. 249.

³⁸⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Nova Cultural: São Paulo, 2004. p. 199. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.82.

³⁸⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Nova Cultural: São Paulo, 2004. p. 199/200.

A partir da concepção delineada por Aristóteles, surgiram várias outras como as de Marsílio de Padua, Henry Bolingbroke, Nicolau Maquiavel, Jean Bodin, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, e, já no século XVII e XVIII, a de John Locke seguida da de Montesquieu.³⁸⁸ Vê-se, então, que a história do desenvolvimento das formas do Estado moderno muito se imbrica com a história do controle do poder. A necessidade de limitação das forças estatais sempre foi de extrema relevância para o desenvolvimento da Sociedade e da cidadania. É que o exercício do poder, por quem o detêm, tende a ser ilimitado e despótico e, assim, impõe-se a institucionalização de mecanismos de limitação e reação.³⁸⁹

Nesse passo, a origem e os alicerces da teoria da Separação dos Poderes residiu na premente necessidade de impor limites ao exercício do poder Estatal absoluto - e na forma despótica de governo -. Nesse diapasão, o princípio da Separação de Poderes - aliado ao desenvolvimento do Constitucionalismo e à instituição dos Direitos Fundamentais – foi uma das formulações liberais de maior prestígio ao longo da história do Estado moderno. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, no seu artigo 16º, estabeleceu que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem uma constituição”.

O escopo da Separação de Poderes - de limitar o poder por meio da distinção entre as funções estatais em diversos órgãos ou instituições - é acolhido em várias Constituições ocidentais. Pode-se dizer que o princípio da Separação de Poderes restou consagrado em praticamente todas as Constituições dos séculos XVIII e XIX. No que concerne ao Brasil, a Separação de Poderes esteve presente em quase todas as Constituições. Na de 1824 no art.10; na de 1891 no art. 15; na de 1934 no art.3º; na de 1946 não houve previsão; na de 1967 no artigo 6º e, na de 1988 no art. 2º.³⁹⁰ De ver-se, ainda, que o princípio da Separação de Poderes na Constituição

³⁸⁷ PELICIONI, Ângela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação de poderes**. Revista de informação legislativa. Brasília, ano 3 n.169 jan/março 2006. p. 22/24

³⁸⁸ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.82.

³⁸⁹ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 79.

³⁹⁰Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Federal do Brasil foi mesmo erigido em cláusula pétrea, consoante art. 60 § 4º, inciso III, estando, assim, imune a qualquer proposta de emenda tendente a aboli-lo. Faz parte, pois, do núcleo duro e intangível da Constituição o princípio da Separação de Poderes.

2.2 – SEPARAÇÃO DE PODERES EM LOCKE E MONTESQUIEU

John Locke é considerado o pensador que sistematizou e traçou algumas premissas básicas do padrão de organização do poder político. Em seu Segundo Tratado do Governo Civil - obra que pode ser considerada como expressão clássica das ideias políticas liberais - entre vários temas abordados, Locke defende o governo pelo consentimento, com poderes limitados, além de repartir as funções estatais em executiva, legislativa e federativa.³⁹¹

A divisão dos poderes é a base de legitimidade do governo em Locke e ele dá preponderância ao poder Legislativo, o qual é responsável por estabelecer leis permanentes para a consecução do bem público. O Poder legislativo é “aquele que tem a competência judicial para estabelecer como a força da comunidade civil organizada deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros.”³⁹² Os membros do legislativo são submetidos – ao contrário do monarca absolutista – às próprias leis que criaram.³⁹³

Para Locke, por outro lado, incumbe ao Poder Executivo “a execução das leis municipais da Sociedade sobre todos que fazem parte dela”. Ao Poder Federativo, de sua banda, cabe a “administração da segurança e do interesse do povo e de todos aqueles que podem trazer benefícios ou prejuízos à sociedade”.³⁹⁴ O Poder Federativo cuida das questões nacionais, ou seja, aquelas atinentes à relação do Estado com os demais Estados ou governos. Locke não inclui o Poder Judiciário dentre os poderes estatais.³⁹⁵

391LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p.115.

392LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p.115.

393LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p.115.

394LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p.116.

395LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p.116.

Conforme apontam Paulo Cruz e Zenildo Bodnar:

“O liberalismo, que remonta a Locke, denunciou, (ao menos desde o século XIX) o perigo representado pelas maiorias tirânicas e postulou a precedência dos direitos humanos com relação à vontade do povo. Em um caso os direitos humanos deveriam a sua legitimidade ao resultado da autocompreensão ética e da autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, eles deveriam construir limites legítimos do povo a usurpação das esferas de liberdades subjetivas intocáveis”.³⁹⁶

John Locke temia que o corpo legislativo, detentor do poder de maior estatura, segundo sua teoria, fosse arbitrário, razão pela qual mesmo o Poder Legislativo, fundado no consentimento da coletividade, necessita de controle. O escopo precípua da conquista da Separação de Poderes é exatamente a limitação do poder estatal - no diapasão do argumento liberal de Locke -, ou em outros termos, a proteção da esfera de liberdade particular de cada indivíduo.³⁹⁷

Nesse sentido:

“Em uma comunidade civil constituída, estabelecida em sua própria base, e atuando de acordo com sua própria natureza, ou seja, atuando pela preservação da comunidade, pode existir apenas um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; apesar disso, como o legislativo é apenas um poder fiduciário que atua para certos fins, cabe ao povo usar o poder supremo que ainda possui para remover ou alterar o legislativo”.³⁹⁸

Por seu turno, é atribuída a Montesquieu a formulação da doutrina de Separação de Poderes, mas, em verdade, consoante pontifica Pedro Abreu, sua contribuição restou mais incisiva na formulação da teoria dos freios e contrapesos, ou seja, no controle recíproco entre os poderes.³⁹⁹ Montesquieu constatou que na Inglaterra as funções legislativas, executivas e judiciárias estavam repartidas em órgãos diversos: o Parlamento legiferante, o rei governante e a Corte julgadora, com

396CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Ferrer. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.p. 147.

397LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p.115./117.

398LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014. p. 119.

399ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 211. p. 82.

base nas regras de direito. Em seu país, a França, todas as funções estavam concentradas nas mãos do monarca absoluto, o rei.⁴⁰⁰

Foi, pois, nesta divisão entre os órgãos diversos que Montesquieu viu a causa da melhor situação do povo inglês relativamente aos franceses. Com efeito, o autor francês constatou que a separação de funções é um obstáculo à tendência inerente do ser humano de abusar do poder quando o detém. Assim, para obstaculizar essa inclinação, Montesquieu pontificou que o poder deve deter o poder, ou seja, a conjugação de poderes deve estar em um sistema simétrico de controle recíproco. Montesquieu não defendeu uma divisão absoluta de funções, mas um sistema governamental de balanceamento, ou seja, um sistema de freios e contrapesos que fomenta o equilíbrio das funções estatais, impedindo a consolidação de um poder absoluto em detrimento dos demais.⁴⁰¹

Era de suma importância para Montesquieu que a edição das leis e sua execução ficassem, orgânica e funcionalmente, separadas no escopo de evitar o abuso de poder e a tirania.⁴⁰² O autor francês elaborou um regime caracterizado pela inconfundibilidade dos poderes em suas dimensões orgânicas, no equilíbrio de suas respectivas potências, assim como em sua complementariedade funcional.⁴⁰³ Diversamente de Locke, Montesquieu apontou para uma divisão tripartite dos poderes do Estado. No décimo primeiro livro, capítulo VI, do *Espírito das Leis*, denominado da Constituição da Inglaterra, Montesquieu descreve seu modelo tripartite de Separação de Poderes:

“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem o direito das gentes, e o executivo das que dependem o direito civil”.⁴⁰⁴

400MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de Poderes. Da doutrina liberal a princípio constitucional.** Revista de informação legislativa. A 45 n 178 abr/junho 2008. p. 196.

401ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.88.

402MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de Poderes. Da doutrina liberal a princípio constitucional.** Revista de informação legislativa. a 45 n 178 abr/junho 2008. p 197.

403ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 83.

404MONTESQUIEU, **Do espírito das leis.** Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Coleção os pensadores. Nova cultural: 2005. p. 201.

Montesquieu categoriza o que hoje se conhece por Poder Judiciário como o "poder executivo das coisas que dependem de direito civil". A concepção formulada pelo filósofo foi aquela que encontrou maior difusão nos ordenamentos constitucionais contemporâneos. A importância da divisão do poder estatal (e de um poder de julgar independente) é fundamental para Montesquieu:

"Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências entre os indivíduos".⁴⁰⁵

Portanto, foi na formulação de Montesquieu que primeiro se reconhece um Poder Judiciário funcional e destacado do Poder Executivo e Legislativo, com a função de julgar os crimes e conflitos entre particulares. O filósofo via na divisão orgânica de poderes um preceito muito mais de conotação política do que um princípio jurídico. Ele preconiza e racionaliza a função judicial como um poder (em termos de atuação política) praticamente nulo e invisível, com caráter meramente instrumental. A função precípua da atuação judicial seria a garantia da segurança jurídica. O autor Francês concebe o judiciário como o menos perigoso dos poderes estatais, devendo sua atividade cingir-se ao direito preexistente, operando, assim, de forma retroativa, ou seja, uma atividade de reconstrução e não uma atividade proativa com os olhos voltados para o futuro.⁴⁰⁶

De ver-se, então, que a Separação de Poderes em Locke e Montesquieu não propõe apenas a distinção entre funções estatais, mas, também, a separação dessas funções entre distintas instituições. Veja-se que apenas com a concepção de

405MONTESQUIEU, **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Coleção os pensadores. Nova cultural: 2005. p. 202.

406BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 36/37. FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP – Dossiê Judiciário, v. 21. p. 14.

Separação de Poderes surge a conexão desse sistema organizativo estatal com a proteção dos Direitos Fundamentais. Assim, uma das vertentes mais importantes da concepção de divisão dos poderes é a de que só o poder limita o poder e, assim, dividindo entre diferentes instituições, consiste na forma adequada de impedir abusos e arbitrariedades.⁴⁰⁷

Urge apontar com Ferraz que:

"A teoria clássica da divisão dos poderes construída com claro acento anti-hierarquizante e com finalidade de implodir a concepção monohierárquica do sistema político, iria garantir de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de direito".⁴⁰⁸

Resta deixar consignado que vários autores como Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Emmanuel Joseph Sieyès, Alexander Hamilton, Benjamin Constant, Saint Simon, Friedrich Hegel, Maurice Hauriou, Karl Loewenstein, dentre outros, também trataram do tema da Separação de Poderes. Esses contributos teóricos, assim como outros, foram os substratos jurídico-ideológicos, assim como político-jurídicos, das revoluções Inglesa (1688), Americana (1776) e Francesa (1789), abrindo as portas para as concepções que são o mote da modernidade, ou seja, Estado de Direito, Iluminismo, Liberalismo e Constitucionalismo. Estes aportes podem ser compreendidos como a tentativa de equilibrar as forças e tensões estatais, - mediante a separação de funções - de modo harmônico, no afã de garantir as liberdades do indivíduo em face do poder concentrado nas mãos dos monarcas absolutistas.

Por conseguinte, assaz apontar que o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no mundo contemporâneo está diretamente relacionado com a própria evolução do Estado. Daí porque o papel de Juízes e Tribunais não pode ser compreendido sem ter em conta as mutações pelas quais passou o próprio Estado. Abertas as portas, então, para o surgimento do Estado Liberal e sua imbricação com a teoria de Separação de Poderes. É o que se passa a analisar.

407BIELSCHOWSKY, Raoni. **O poder judiciário na doutrina da separação de poderes**. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. Revista de informação legislativa. a 49 n 195 jul/set 2012. p 270.

408FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP – Dossiê Judiciário, v. 21. p. 18.

2.3 - FUNÇÃO JURISDICIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO LIBERAL

Conforme Bobbio, o liberalismo é um movimento de ideias que passa por diversos autores como Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, Humboldt, Benjamin Constant, John Stuart Mill, Aléxis de Tocqueville, dentre outros.⁴⁰⁹

Consoante Norberto Bobbio:

“O Estado liberal é o Estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura história do Estado de direito”.⁴¹⁰

As revoluções liberais, destacadamente a francesa,⁴¹¹ restaram marcadas pelas ideias de Rousseau (o contrato social) que identificava no Legislativo um papel de primazia, mormente com sua teoria de que a lei seria a manifestação da vontade geral. Nesta senda, o papel do Judiciário, em grande medida, resta diminuto sendo absorvido, em grande medida, pelo Parlamento. No momento da concepção e construção teórica do Estado Liberal ganhou força a ideia de distinção entre funções estatais, assim como da distribuição das respectivas tarefas a mais de um titular, com o fim precípua de limitar o poder, consoante apontado no tópico anterior. Assim, o Estado Liberal é ao mesmo tempo laico (no que pertine à esfera religiosa) e abstencionista (relativamente à esfera econômica).⁴¹² Assume, então, a feição de Estado mínimo, figura que se torna o denominador comum de todas as maiores expressões do pensamento liberal.⁴¹³

O constitucionalismo, então, reflexo de um modelo de organização da

409BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.128.

410BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.129/130.

⁴¹¹ Para um estudo detalhado da declaração Francesa de 1789 ver: CARBONELL, Miguel. **En los orígenes del Estado Constitucional: La declaración Francesa de 1789**. Perú: Cuadernos del rectorado. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. 2012.

412BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**. 11 ed.Tradução Marco Aurélio Nogueira, Paz e Terra, 2004, p. 124.

413BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**. 11 ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira, Paz e Terra, 2004, p. 129.

Sociedade e do Estado, promoveu uma primeira camada de constituições de acentuado teor revolucionário e inspiração jusnaturalista em sua feição racionalista.⁴¹⁴ Estas constituições denotam desconfiança em face do poder estabelecido, caracterização clássica do liberalismo, com valorização da Sociedade burguesa e individualista. Referidas cartas – plasmadas em documentos escritos e adquirindo aspecto formal – representaram a despolitização quase por inteiro da Sociedade em afirmação dos postulados liberais. Foi estabelecido, assim, verdadeiro fosso entre a Sociedade e o Estado com rigorosa e nítida separação de conceitos.⁴¹⁵

Esses sistemas constitucionais apresentam-se como instrumentos que afirmam mais a plataforma política dos revolucionários do que um documento jurídico propriamente dito. Veja-se que, na Europa, vigorou uma primeira fase de cartas liberais, cuja concepção era a de que a Constituição não passaria de documento com cunho essencialmente político. Não se concebia a possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário relativamente às decisões emanadas do Poder Executivo ou Legislativo, por exemplo. Característico desse contexto é a proeminência das codificações, tendo por emblema o Código Civil Napoleônico. A codificação responde, ante tudo, ao ideal burguês de perdurar, porquanto o Código é “o arquétipo da norma permanente, não destinada a cambiar facilmente, dado seu caráter geral e estruturante de pretensos âmbitos normativos completos”.⁴¹⁶

Assim, o absolutismo monárquico deu lugar a um sistema de poder onde a supremacia política e jurídica foi deslocada para o Poder Legislativo, agora o único soberano representante da nação.⁴¹⁷ A instituição-chave para a limitação do poder monárquico - e para a garantia das liberdades da Sociedade civil - passou a ser do Parlamento.⁴¹⁸ Igualmente, essa proeminência do Parlamento em face do Judiciário é, em parte, derivada da desconfiança em relação aos Juízes⁴¹⁹ os quais eram

414BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 200.

415BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 200/201.

416CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.135.

417CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p.61.

418COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.48.

419 A desconfiança relativamente aos Juízes levou a França a ter um controle de constitucionalidade apenas político e preventivo – pelo Conselho de Estado -. Somente em 2012 entrou em vigor a

considerados como ligados ao antigo regime, assim como violadores dos direitos fundamentais de abstenção.⁴²⁰

Conforme Garapon, com a revolução, a magistratura judiciária perdeu toda a influência política que possuía. Uma maneira de anular a importância dos Parlamentos do Antigo Regime foi dividir a justiça em muitos corpos e dar-lhes domínios precisos e restritos de ação.⁴²¹ Bem ilustra esta concepção a radical Escola da Exegese ao apregoar que o Juiz era apenas a “boca da lei”, assim também o sistema de jurisdição administrativa, vigente, em parte, até os nossos dias na França, mas hoje com total autonomia em face do próprio Executivo.⁴²² Essa grande importância do Legislativo implicava no fato de que - no caso de omissões legislativas - não caberia ao Poder Judiciário a colmatação da lacuna.⁴²³

Nos séculos XVII, e especialmente no século XVIII, o descontentamento da burguesia pelo opressivo poder do Estado, e a força econômica adquirida, levam-na a pretender compartilhar o poder político. Para este desiderato, os Direitos Fundamentais serão uma das armas mais importantes.⁴²⁴ Nessa toada, o Estado Liberal é a sede política dos primeiros direitos fundamentais.⁴²⁵ Nesse passo histórico, é imperioso apontar que no Estado Liberal do século XIX a Constituição é marcada por seu caráter sintético, disciplinando apenas o poder estatal e os direitos individuais de abstenção (civis e políticos). Com efeito, esses eram os direitos que interessavam e tanto bastavam à burguesia.⁴²⁶

possibilidade de controle repressivo, *a posteriori*, de constitucionalidade de leis pela via de exceção no contencioso administrativo ou judicial. AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 261. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

420MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.231.

421 GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.62.

422BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 42.

423COMPARATO, Fábio Konder. **As novas funções judiciais do estado moderno**. Revista da Ajuris, Porto Alegre: Ajuris, n. 37, 1986, p. 191.

424PECES, Gregório. MARTÍNEZ, Barba. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: **Curso de derechos fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.117.

425PECES, Gregório. MARTÍNEZ, Barba. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: **Curso de derechos fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.126.

426BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 204.

Ato contínuo, tem-se que a aristocracia e a realeza, agora forças do passado, restaram desarmadas, vencidas, ideologicamente derrotadas, e, em virtude disso, foram fadadas ao declínio. Eis o caldo cultural para o surgimento de uma segunda fase das cartas liberais.⁴²⁷ Nessa segunda fase, paulatinamente, vai se consolidando o reconhecimento do teor jurídico das novas constituições. Isso se dá pela estabilidade do conteúdo material das regras constitucionais. Elas estabelecem os postulados da ideologia burguesa, principalmente pela ausência de combate contrarrevolucionário, assim como pela homogeneidade do corpo representativo, eminentemente burguês, encarregado do exercício do poder constituinte. Assim, a burguesia – porque agora detentora do poder – abandona o jusnaturalismo e abraça o positivismo jurídico no intuito de perpetuar seu poder político, econômico e jurídico.⁴²⁸

Bonavides sintetiza a respeito:

“A Constituição que emerge da fase contra-absolutista se apresenta qual conceito político e filosófico. Só mais tarde, consolidadas as instituições liberais, tomou ele definitiva e nítida feição jurídica, espelhando o Estado de direito, apanágio do século XIX e da ideologia burguesa de superação do absolutismo”.⁴²⁹

Impende destacar que a conquista dos direitos relativos às liberdades inverte a relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigação dos governados. Agora, diante do poder soberano, e precedentemente, há o direito do indivíduo que passa de súdito a cidadão. Essa inversão implica na mudança do pensamento político vigente até então.⁴³⁰

Urge, ainda, anotar que a brevidade das constituições desse período está umbilicalmente atrelada à sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. Essas constituições ladeavam a Sociedade, embebidas que eram de uma concepção individualista e antioletivista. Seu compromisso era restrito aos Direitos Fundamentais de primeira geração, ou seja, aos direitos de liberdade. Por ser o direito dos vencedores da batalha contra o absolutismo, nunca os direitos de abstenção foram acoimados de programáticos, ou seja, nunca lhes foi acoimada a pecha de que – para serem efetivos – dependeriam de ulterior interposição

427BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 203.

428BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 203.

429BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 201.

430BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p.100.

legislativa.⁴³¹

No entanto, o modelo de Estado de cunho liberal, com perfil fundamentalmente abstencionista, começou a acentuar, cada vez mais, as diferenças socioeconômicas entre os diversos estratos que compõem a Sociedade, em especial com a nova classe de trabalhadores industriais que surgem com as revoluções industriais.⁴³² Isso fez com que os postulados de cunho iluminista atuassem em uma dimensão eminentemente formal. Não havia, assim, medidas de implementação concreta do poder estatal, na medida em que baseava sua restrita atuação na pretensa neutralidade e objetividade da lei, consoante os postulados do positivismo. Esse modelo de Estado, então, inaugura novas estratégias para tornar novamente absoluto o poder político, nada obstante, agora, em mãos diversas.⁴³³

No plano econômico, aparece a mão invisível que só foi mencionada uma vez por Adam Smith em sua obra riqueza das nações, mas que, nada obstante, é assim tão famosa. No âmbito do Estado mínimo, a solidariedade e a fraternidade não têm lugar visto que Sociedade é impulsionada pelo ânimo do lucro.⁴³⁴ Vale dizer: a mão invisível de Adam Smith não dá impulso quase nunca os Direitos Fundamentais.⁴³⁵ A maximização da liberdade e minimização da atuação social fez com que, a margem dos vencedores, surgisse toda uma gama de pessoas excluídas e exploradas pelo processo político-econômico de matiz liberal. Para esses, era absolutamente insuficiente a eficácia abstencionista dos direitos assegurados pelas Constituições de então. Daí a necessidade e impulso para que se cunhasse um novo modelo de Sociedade e de direito.

Neste modelo, a cultura judicial - calcada no apanágio do direito civil - possui uma concepção paradigmática de Separação de Poderes estatais na qual os Juízes detinham papel meramente secundário, sem maiores digressões ou incursões

431BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 203/204.

432CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p.60.

433CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p.60.

434PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? In -----(org). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.20.

435PECES, Gregório. MARTÍNEZ, Barba. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: **Curso de derechos fundamentales: Teoria General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.173.

no tocando aos problemas estruturais da Sociedade.⁴³⁶ Os Tribunais detinham inexpressivo peso político (comparativamente aos demais poderes). Restaram, portanto, alheios ao processo de esfacelamento da coesão do social decorrentes do desenvolvimento acentuado da economia industrial capitalista que, destacadamente após a primeira e segunda revolução industrial, agravaram sobremaneira as desigualdades sociais.⁴³⁷ Portanto, o Judiciário, na concepção do Estado Liberal, ficou limitado a uma atividade de mero regulador do uso político da violência ou regulador de querelas privadas sem grandes repercussões, sendo, assim, uma prática judiciária com conotação fortemente técnica sem, contudo, conteúdo ético-jurídico ou filosófico-jurídico de maior monta.⁴³⁸

No fim do século XIX a Europa passa por um período de grande turbulência e desorganização social. Isso adveio, principalmente, dos problemas derivados da revolução industrial tais como a explosão de pessoas nas áreas urbanas, desenraizamento social, condições subhumanas de habitação, criminalidade crescente, aumento da prostituição, trabalho infantil, degradação das condições de saúde e de vida dos trabalhadores em geral, epidemias e desnutrição. Em que pese isso, o Poder Judiciário manteve-se fora desta problematização, apenas defendendo os direitos liberais de propriedade e bloqueando a interferência estatal na economia.⁴³⁹ Exemplo contundente desse contexto fático, no âmbito dos Estados Unidos da América, é a chamada era Lochner.⁴⁴⁰ A Suprema Corte, então dominada pela doutrina do liberalismo econômico – que predominava no fim do século XIX e início do XX – passou a invalidar qualquer legislação de intervenção no domínio econômico, atendendo, assim, aos interesses das corporações comerciais e industriais. É uma fase

436BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 35.

437BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 46.

438BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 47.

439BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 47.

⁴⁴⁰ A jurisprudência da era Lochner será analisada, em detalhes, no capítulo IV.

caracterizada pelo Ativismo Judicial conservador.⁴⁴¹

Em síntese, no Estado Liberal as funções judiciais foram plasmadas pelas seguintes características: Separação de Poderes como força de organização política com primazia do Legislativo; neutralização política do Judiciário decorrente do princípio da legalidade estrita; acionamento do Poder Judiciário e atuação de forma retroativa com o objetivo de reconstruir uma realidade normativa plenamente constituída; litígios individualizados; prioridade à segurança jurídica calcada na generalidade, universalidade da lei e na sua aplicação por subsunção; independência do Poder Judiciário decorrente de sua atuação estar submetida ao império da legalidade estrita; inexpressivo poder político em comparação com os demais poderes do Estado.⁴⁴²

Assim sendo, a reação às injustiças do Estado Liberal levaram ao surgimento de um movimento jurídico-político chamado Estado Social ou de providência. É o que se passa a delinear.

2.4 – FUNÇÃO JURISDICIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO SOCIAL

No tempo em que os titulares dos direitos políticos eram apenas os homens brancos e proprietários as solicitações ao poder político eram circunscritas, principalmente, à proteção da propriedade e dos contratos. No entanto, na medida em que os direitos políticos foram sendo conquistados, a duras penas, pelos despossuídos, as reivindicações passaram a abarcar os direitos relativos ao emprego, medidas de proteção previdenciária, escolas gratuitas, dentre tantos outros de característica social.⁴⁴³

A pressão oriunda da grande massa de excluídos dos benefícios das revoluções burguesas é o que, essencialmente, vai cunhando, ao longo do século XIX, as linhas de uma ideologia⁴⁴⁴ jurídico-política do Estado Social, no qual um dos núcleos

⁴⁴¹MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.29.

⁴⁴² BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 46.

⁴⁴³BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.137.

⁴⁴⁴ Aqui entendida em seu sentido positivo.

centrais são os Direitos Fundamentais Sociais, de segunda geração ou dimensão.⁴⁴⁵ Conforme Bobbio: “A passagem do Estado liberal para o Estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez mais promocional”.⁴⁴⁶ Foi para corrigir e supurar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia formal, que o movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico.⁴⁴⁷

Apontam Cruz e Bodnar:

“A crise da liberdade como paradigma do Direito moderno se iniciou com as lutas pelo Estado Social, no final do Século XIX e no começo do Século XX. Foram as ideias e as ações socialistas que pressionaram as sociedades europeias a admitir a flexibilização dos paradigmas do Estado Liberal e do direito moderno. As sociedades ocidentais passaram conferir um evidente equilíbrio entre os dois conceitos: Estado de Liberdade e Estado de Igualdade”.⁴⁴⁸

Com base no princípio da solidariedade, então, passaram a ser reconhecidos como Direitos Fundamentais os chamados direitos sociais. Eles se realizam pela execução de políticas públicas destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais vulneráveis, ou seja, aos mais pobres, idosos e deficientes que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.⁴⁴⁹

É pertinente a síntese delineada por Comparato:

“O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. [...] Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização radical das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas [...]. Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se

445PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? In -----(*org*). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.21.

446BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.126.

447COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.53.

448CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Ferrer. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.p. 46.

449COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.64.

compor com os trabalhadores”.⁴⁵⁰

Os direitos econômicos, sociais e culturais, identificados, sinteticamente, como direitos sociais, são, pois, de formação marcadamente mais recente. Chamados Direitos Fundamentais de segunda geração ou dimensão, durante o século XX, passam a ser introduzidos nas constituições de diversos Estados sob o pensamento social decorrente de reflexão antiliberal. Este processo é apontado como de generalização dos Direitos Fundamentais, visto que promove o alargamento de seu espectro.⁴⁵¹ A generalização consistirá no progressivo, ainda que nunca definitivo, ajuste entre as informações de que os direitos são naturais, é dizer, que correspondem a todos os seres humanos, e uma prática restritiva que circunscrevia seu desfrute a uma classe social, a burguesia.⁴⁵²

Destarte, o período posterior ao 1º grande conflito mundial é aquele no qual se vislumbra a generalização constitucional dos direitos sociais, tendo-se, exemplificativamente, as Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919) - como pioneiras no âmbito da Seguridade Social - no seio do nascente Estado social, mas que já possuíam antecedentes na Revolução Francesa.⁴⁵³ A Primeira Guerra Mundial deu extraordinário impulso à luta por direitos sociais pelos trabalhadores.⁴⁵⁴ Segundo Pinsky, o complexo de culpa das classes governantes que conduziram o povo à carnificina tornou especialmente generosa a legislação social então aprovada.⁴⁵⁵ Nesse ponto, é pertinente a afirmação de Comparato:

“A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências,

450COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.64.

451PECES, Gregório. MARTÍNEZ, Barba. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: **Curso de derechos fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.117.

452PECES, Gregório. MARTÍNEZ, Barba. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: **Curso de derechos fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.126.

453PÉREZ LUÑO, Antonio Enríque. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? In -----(org). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.17.

454PINSKY, Jaime. **História da cidadania**, São Paulo: Contexto, 2003, p.238.

455PINSKY, Jaime. **História da cidadania**, São Paulo: Contexto, 2003, p.240.

agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”.⁴⁵⁶

Correlatamente, portanto, há de se apontar a ameaça ao mundo capitalista liberal representada pela revolução de outubro de 1917, porquanto não há como se entender a história do século XX sem a revolução russa e seus efeitos diretos e indiretos. Era necessário, então, “dar-se os anéis para não se perder os dedos”. O início da era Soviética fornece o incentivo para o capitalismo modificar-se, assim como para abandonar a crença na ortodoxia do livre mercado.⁴⁵⁷ Tais fatores foram os principais motrizes das conquistas estampadas nas constituições sociais. Cumpre ver que, no entre guerras, a economia mundial capitalista pareceu desmoronar e ninguém sabia exatamente como se poderia recuperá-la.⁴⁵⁸ Os problemas sociais e a hiperinflação na Alemanha, além da grande depressão dos anos 1930, que se irradiou para mundo a partir dos EUA, onde os efeitos foram particularmente severos, fez com que as classes trabalhadoras daquele país se mobilizassem em autodefesa, contra o desemprego e a pobreza extrema.⁴⁵⁹

A Segunda Guerra Mundial, tanto quanto a primeira, fomentou a luta pelos direitos sociais, inclusive por ter sido antecedida pela grande depressão.⁴⁶⁰ Também a derrota do fascismo e do nazismo, que haviam tentado destruir o movimento político socialista e o Estado Social, atuou como fomentadora dos direitos sociais, apontando, ainda, a necessidade de sua internacionalização.⁴⁶¹ Como efeito desse estado de coisas, a maioria das Constituições redigidas após a Segunda Guerra Mundial incluía a obrigação do governo nacional manter a economia o mais próxima possível do pleno emprego,⁴⁶² tornando os direitos sociais verdadeiramente parte dos direitos humanos.⁴⁶³

456COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.37.

457HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**. O breve século XX. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das letras, 1995, p. 89.

458HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**. O breve século XX. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das letras, 1995, p. 91.

459PINSKY, Jaime. **História da cidadania**, São Paulo: Contexto, 2003, p.240.

460PINSKY, Jaime. **História da cidadania**, São Paulo: Contexto, 2003, p.247.

461PÉREZ LUÑO, Antonio Enríque. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? In -----(org). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.17.

462PINSKY, Jaime. **História da cidadania**, São Paulo: Contexto, 2003, p.243.

463PINSKY, Jaime. **História da cidadania**, São Paulo: Contexto, 2003, p.248.

Com os direitos sociais surgem, então, para o Estado, deveres de prestações eminentemente positivas, cujo escopo é a melhoria das condições de vida e, precipuamente, à promoção da igualdade material. Apenas a igualdade puramente formal e abstrata - como nos direitos fundamentais de abstenção – já era insuficiente nessa quadra da história. No âmbito dos direitos sociais são consideradas relevantes as diferenças.⁴⁶⁴ Igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada (e não apenas no de partida como os direitos de abstenção) são os traços identificadores desses direitos.⁴⁶⁵

A intervenção estatal destina-se, pois, a neutralizar as distorções econômicas geradas no seio social, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, salário digno, à liberdade sindical, à participação nos lucros das empresas, à educação, acesso à cultura, à previdência e assistência social, dentre outros.⁴⁶⁶ Neles, como reconhece Bobbio, os direitos não estão somente para proteger dos malefícios do poder, mas para obter os benefícios do poder.⁴⁶⁷ É assim que pretendem favorecer, na organização da vida social, o protagonismo da pessoa, sem, contudo, partir da ficção em que se baseiam os Direitos Fundamentais de primeira geração. Para esses, basta ostentar a condição humana para serem titulares dos mesmos. Não intentam, entretanto, pôr em mãos dos desfavorecidos instrumentos para que, de fato, possam viver de forma digna.⁴⁶⁸

Em síntese, enquanto os direitos individuais funcionam como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.⁴⁶⁹ Nesse passo, é essencial ter em conta que os direitos sociais emergem da crise do Estado liberal. A

464PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? In -----(org). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.32.

465PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? In -----(org). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.32.

466BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 7 ed. Rio de janeiro: Renovar, 2003, p. 101.

467PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? In -----(org). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.32.

468PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? In -----(org). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.32.

469BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 7 ed. Rio de janeiro: Renovar, 2003, p. 101.

constituição alemã de Weimar documenta o auge da prefalada crise. É nesse contexto histórico que as Constituições guinam suas facetas, agora para Sociedade e não para o indivíduo, buscando, assim, reconciliar o Estado com a Sociedade, intento que estampa o sacrifício das teses individualistas.⁴⁷⁰ É a ideia de comunidade entre os homens e de solidariedade social que emergem.⁴⁷¹ Exsurge, assim, uma batalha doutrinária delineada por duas teses constitucionais: a do Estado Liberal, em declínio, e a do Estado Social em plena ascensão. Esse embate dialético preside a elaboração das novas declarações constitucionais, fazendo-lhes, muitas vezes, polêmicos e contraditórios seus conteúdos. Bem por isso, essa luta embarga e retarda a “normatização” das novas constituições principalmente com a teoria das normas programáticas.⁴⁷²

Dalmo de Abreu Dallari discorre sobre o tema:

"Proposta essa ideia de maneira sistemática no século XVIII, com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados. [...] Como se tem observado a separação dos poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar os poderes do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas esferas tradicionais".⁴⁷³

Com o advento do Estado social, portanto, as condições político-jurídicas da divisão de poderes e, conseqüentemente, a neutralização política do Poder Judiciário se alteraram de forma substancial. Com efeito, o Estado Social trouxe à baila o problema das liberdades positivas.⁴⁷⁴ O período entre os dois grandes conflitos mundiais marca, notadamente, a fase de transição do Estado Liberal ao Social. O Estado Social expandiu a atuação dos Poderes Legislativos e Executivo, porquanto

470BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 206.

471PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? *In* -----(*org*). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996, p.17.

472BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed São Paulo: Malheiros, 2000, p. 206.

473DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.216.

474FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP – Dossiê Judiciário, v. 21. p. 18.

deles se cobrava a consecução da cidadania social e não apenas a sustentação de seu controle jurídico-formal como na sistemática anterior (Estado Liberal).⁴⁷⁵

Todas essas alterações no contexto político-ideológico projetam alterações no âmbito da estrutura de divisão de poderes, porquanto para além da segurança jurídica atinente aos direitos de liberdade (um não fazer do Estado), surge a ideia de provimento de condições materiais para o adequado e livre desenvolvimento do indivíduo e para respectiva proteção de sua dignidade (um fazer do Estado). Importante lembrar que as teorias clássicas de Separação de Poderes, especialmente a de Montesquieu, foram elaboradas sob a égide do Estado Liberal – nascente e em desenvolvimento - onde não havia o dever estatal de garantir bem-estar social a seus cidadãos. A ampliação do espectro de deveres estatais, pois, não mais restrito aos direitos de abstenção, modifica o ponto de equilíbrio da tripartição de poderes na direção de uma posição ampla e difusa, voltada para atuações estatais positivas.⁴⁷⁶

Nesse contexto, o Poder Judiciário deixa de atuar apenas no julgamento do certo ou errado estritamente legal, passando a syndicar se o exercício do poder de legislar conduz à efetiva concretização dos direitos sociais delineados pelas novas Constituições do Estado Social. A atuação do Judiciário, então, passa a uma avaliação prospectiva, ou seja, não apenas do que se fez, mas, também, do que se pode e deve fazer.⁴⁷⁷ É importante apontar que no Brasil o Estado Social de Bem-estar ou de Providência, não obstante tenha atingido níveis legislativos elevados – tanto na legislação Constitucional quanto infraconstitucional – na realidade prática padece de concretização por motivos de várias ordens.⁴⁷⁸

É necessário, por fim, deixar consignado que o Estado Social não foi implementado da mesma forma em todos os países ocidentais. Com efeito, ele foi bem desenvolvido nos países centrais Europeus e muito menos efetivado nos países periféricos⁴⁷⁹ (países africanos, asiáticos e latino-americanos) ou semiperiféricos como

475FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP – Dossiê Judiciário, v. 21. p. 18.

476 BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros.** Brasília: CJP. p. 80.

477FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP – Dossiê Judiciário, v. 21. p. 18.

478BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros.** Brasília: CJP. p. 48.

479Terminologia de Boaventura de Sousa Santos.

Brasil, Colômbia e Portugal.⁴⁸⁰

2.5 – FUNÇÃO JURISDICIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES NO ESTADO NEOLIBERAL E NO MUNDO GLOBALIZADO

Impende, de início, apontar que a categoria neoliberalismo⁴⁸¹ é polissêmica havendo, portanto, diferentes e variados significados “entre monetarismo, neoconservadorismo, consenso de Washington e reforma de mercado”.⁴⁸² O termo foi cunhado em 1938 pelos participantes do Colóquio Walter Lippmann, em Paris, e retomado em 1947 com a Sociedade de Mont-Pèlerin.⁴⁸³

Luana Heinem delinea três vertentes do neoliberalismo. A primeira consiste em vislumbrar o neoliberalismo enquanto prática e política econômica. Essa crítica - de cunho Marxista e baseada na obra de David Harvey - aponta que o neoliberalismo consiste em um projeto político de restauração das condições de acumulação de capital e de poder das elites econômicas.⁴⁸⁴ Esse processo ganha força a partir dos anos 70 com as crises do Petróleo e com revolução Iraniana. Esses eventos fizeram os preços do petróleo subir de forma vertiginosa, o que gerou um processo inflacionário muito grande em todo mundo, e em especial nos Estados Unidos da América, assim como uma enorme queda no preço das ações americanas.⁴⁸⁵ É, portanto, a partir da década de 70 que o Estado Social começa a se desestabilizar em face, dentre outros fatores, da incapacidade financeira em atender as crescentes despesas das

480BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 49.

481Para o sociólogo Octavio Ianni o liberalismo foi o emblema da revolução burguesa nacional. Por seu turno, o neoliberalismo é uma prática, teoria e ideologia que retrata o emblema do novo ciclo da revolução burguesa que está em curso com a globalização. IANNI, Octavio. **Capitalismo, Violência e Terrorismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 141.

482HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**/ Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 9.

483Os traços principais da economia globalizada na era do neoliberalismo, segundo Boaventura de Sousa Santos, são a economia dominada pelo sistema financeiro, processo de produção flexíveis, baixos custos de transporte, revolução das tecnologias de informação, desregulamentação das economias nacionais, proeminência das agências multilaterais e emergência dos capitalismos transnacionais dos Estados Unidos, Japão e Europa. SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **A globalização e as ciências Sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002. p.29.

484HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**/ Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.p. 12/14.

485HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**/ Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.p. 12/14.

providências estatais, da burocratização, assim como dos elevados níveis de ineficiência e globalização da economia.⁴⁸⁶

Ulrick Beck aponta sobre o colapso do Estado Social:

“Eis o diagnóstico: o capitalismo gera desemprego e não dependerá do trabalho. E assim cai por terra a histórica aliança entre economia de mercado, Estado do bem-estar social e democracia que legitimou e integrou, até o presente momento, o modelo ocidental e o projeto do Estado nacional para a modernidade”.⁴⁸⁷

Com o neoliberalismo resta desfeita uma aliança entre capitalismo, Estado Social (ou de bem-estar social) e Democracia.⁴⁸⁸ Sob as condições de uma economia globalizada há “a destruição de uma constelação histórica onde havia o compromisso do Estado social.”⁴⁸⁹

Conforme Zigmunt Bauman:

“Dessa vez, a confiança do público foi investida na “mão invisível do mercado”. E decerto (tal como recomendado por Milton Friedman, Ronald Reagan, Margaret Thatcher e o grupo em rápida expansão de seus subalternos, aduladores e acólitos entusiastas, todos a desenterrar ativamente da cova do descrédito e do esquecimento os pronunciamentos de Adam Smith e a reciclá-los/reformá-los para uso público) nos poderes mágicos da ganância dos padeiros, em quem todos os que desejam pão fresco diariamente à mesa do café podem confiar. “Desregulamentação”, “privatização”, “subsidiarização” haveriam de alcançar aquilo que regulamentação, nacionalização e empreendimentos comunais dirigidos pelo Estado deixaram, de forma tão abominável, de obter. Funções do Estado tinham de ser e seriam deslocadas (“transferidas”, “terceirizadas” e/ou “contratadas”) para o mercado, esse espaço reconhecidamente “sem política”.⁴⁹⁰

A segunda vertente consiste no neoliberalismo enquanto teoria política,

486BAUMAN, Zygmunt; Lyon. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: gedisa. 2000. 73/81. BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJP. p. 49.

487BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e terra, 199. p. 26.BAUMAN, Zygmunt; Lyon. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: gedisa. 2000. 73/81.

488BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e terra, 199. p. 118. BAUMAN, Zygmunt; Lyon. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: gedisa. 2000. 73/81.

489 CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Ferrer. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.p.68. BAUMAN, Zygmunt; Lyon. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: gedisa. 2000. 81/87.

490BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução: Renato Aguiar. Zahar: 2016. Kindle posição 195. BAUMAN, Zygmunt; Lyon. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: gedisa. 2000. 81/87.

políticas governamentais e modelos de Estado. Ganha importância a política de encarceramento em massa nos Estados Unidos da América efetuada, inicialmente, pelo Governo Reagan. O encarceramento é utilizado como política de controle social ou como “ferramenta para administrar os pobres insubordinados.”⁴⁹¹ É também pertinente apontar que a retirada dos direitos sociais pelo sistema neoliberal gera instabilidade social e, no lugar do *Welfare State*, surge o *Workfire State*.⁴⁹² Os cidadãos são tratados como clientes do sistema e não como pessoas com direitos constitucionais subjetivos. As pessoas não possuem direitos, mas podem ter acesso a um cupom ou *voucher* que vai lhe garantir uma esmola estatal. Assim ocorre porque, para o neoliberalismo, a culpa da pobreza somente pode ser atribuída à própria pessoa pobre que não se esforçou o suficiente para sair de tal condição.⁴⁹³ Laços de solidariedade são esgarçados por esse sistema que incentiva o individualismo e o “faça você mesmo”.⁴⁹⁴

Para assegurar a legitimidade de todo o projeto, o neoliberalismo alicerça-se no discurso da tecnocracia. Procura deslegitimar a política, colocando-lhe a pecha de um espaço de corrupção atribuindo-lhe um viés pejorativo. Os neoliberais atacam as universidades, os sindicatos, as legislaturas e o serviço público.⁴⁹⁵ Também legitima o Estado Neoliberal a promoção de um sentimento popular conservador. Valores como pátria, família, tradição, homofobia e o ataque às liberdades reprodutivas das mulheres

491 HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**/ Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.p. 15.

492 Em alusão ao Leviatã a mão direita do Estado tem como tarefa a disciplina econômica estatal, com o enxugamento orçamentário, incentivos fiscais, desregulamentação, promoção de crescimento e acolhimento das reivindicações dos mercados de capitais. A bolsa de valores é o valor supremo dos Neoliberais. É pela mão direita estatal que operam a polícia, os tribunais e a prisão. Por seu turno, a mão esquerda estatal é materializada pelos ministérios dos “gastos” ou “desperdícios” do Estado com saúde, educação, habitação, assistência social e proteção ao trabalho. HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**/ Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.p. 15.

493 HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**. Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.p. 12/14.

494 Nada obstante, os direitos caros ao Neoliberalismo como policiamento, segurança, e o aparelhamento estatal para o cumprimento dos contratos (Cortes de justiça), agências estatais de regulação econômica, dentre outros, despendem tanto, ou até mesmo mais, recursos relativamente aos gastos com políticas sociais. Assim, o Estado Neoliberal não é menor ou mais enxuto do que o Estado de Bem Estar. É, sim, um Estado onde foi elaborada uma reengenharia ou modificação estrutural. HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**. Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.p. 17.

495 HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**. Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.p. 20.

são enaltecidos.⁴⁹⁶

A terceira vertente consiste no neoliberalismo enquanto ética. Nesse diapasão, ele é visto como a concepção de vida que legitima as políticas econômicas e um modelo de Estado. Nesse modelo de subjetivação, cada pessoa é responsável por si mesma, por seu destino, por sua situação econômico-social, enfim, por todas as agruras que por ventura sofra. Ele naturaliza toda desigualdade social existente, eis que apenas o indivíduo é responsável por si e ninguém mais.⁴⁹⁷ Nessa vertente ética o neoliberalismo apregoa um exacerbado individualismo que abala os alicerces da solidariedade social e a responsabilidade comunal. “A ideia de justiça social comprometida, a vergonha e a condenação social conectadas à cobiça, à rapacidade e ao consumo ostensivo foram removidas e recicladas em objetos de admiração pública e de culto à celebridade.”⁴⁹⁸

Por conseguinte, acerca da globalização, o sociólogo Zygmunt Bauman aponta que ela resta inevitável e irreversível estando a Sociedade global em uma quadra histórica onde não há mais possibilidade de voltar.⁴⁹⁹ Ele aponta que “seja qual for o sentido de 'globalização', ela significa que somos todos dependentes uns dos outros”.⁵⁰⁰

496Em síntese, pode-se dizer com Heinen que núcleo institucional do neoliberalismo, nesse ponto, consiste na articulação entre Estado, mercado e cidadania. Há o aparelhamento do Estado para impor à cidadania as marcas do mercado. Desse sistema resulta o encarceramento em massa com meio de controle social em face da perda de perspectiva dos cidadãos, aniquilação do Estado de Bem Estar e da precarização do trabalho. Para o topo das classes sociais o sistema é edificante para a base é penalizador. HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo**. Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.p. 15/21.

497O sociólogo Polonês Zygmunt Bauman traz a baila o conceito de insensibilidade moral que é perfeitamente aplicável ao modelo de vida boa do Neoliberalismo enquanto ética: “Quando empregamos o conceito de ‘insensibilidade moral’ para denotar um tipo de comportamento empedernido, desumano e implacável, ou apenas uma postura imperturbável e indiferente, assumida e manifestada em relação aos problemas e atribuições de outras pessoas (o tipo de postura exemplificado pelo gesto de Pôncio Pilatos ao ‘lavar as mãos’), usamos a ‘insensibilidade’ como metáfora (...)”.BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2014. p. 20.

498 Bauman pontifica a esse respeito: “Por trás dessa filosofia da incerteza, por trás da liquidação do Estado de bem-estar social, que não afeta somente a Europa, mas é galopante em maior ou menor medida na escala global, jaz a crença neoliberal de que todos devem prover a si próprios, sem sobrecarregar os outros com suas necessidades e insuficiências”. BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução: Renato Aguiar. Zahar: 2016. Kindle posição 1064. BAUMAN, Zygmunt; Lyon. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: gedisa. 2000. 73/97.

499BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução: Alexandre Werneck. Zahar: p. 28.

500 BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução: Alexandre Werneck. Zahar: p. 56. Acerca dos difíceis dilemas Europeus sobre migrações ver: AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**. La sfida delle migrazioni transnazionali. Editora: il Mulino.2006.

Conforme Beck:

“Cresce, por consequência, a intensidade do conflito – inclusive dentro do campo econômico – entre contribuintes virtuais e reais. Ao passo que as empresas transnacionais escapam dos impostos do Estado nacional, as pequenas e médias empresas, responsáveis pela maior parte da oferta de postos de trabalho, sangram nas mãos dos novos entraves da burocracia estatal. O humor negro da história entra em cena: são justamente os perdedores da globalização que deverão pagar tudo, o Estado social e o funcionamento democrático, enquanto os vencedores seguem em busca de lucros astronômicos e se esquivam de suas responsabilidades para com a democracia do futuro. De onde se segue esta conclusão: a famosa questão da justiça social deve ser reformulada teórica e politicamente na era da globalização”.⁵⁰¹

Os traços principais da economia globalizada e do neoliberalismo, segundo Boaventura de Sousa Santos, são: economia dominada pelo sistema financeiro, processo de produção flexível, baixos custos de transporte, revolução das tecnologias de informação, desregulamentação das economias nacionais, preeminência das agências multilaterais e emergência dos capitalismos transnacionais dos Estados Unidos, Japão e Europa.⁵⁰²

Bauman aponta, também, sobre a globalização:

“Mais importante ainda: essa dimensão planetária não foi acompanhada pelo controle democrático em escala também global. Podemos dizer que o poder 'bateu asas' das instituições historicamente envolvidas que costumavam exercer o controle democrático sobre usos e abusos de poder dos Estados-nação modernos. A globalização, em sua forma atual, representa um progressivo desempoderamento do Estado-nação moderno e (até agora) a inexistência de qualquer substituto efetivo”.⁵⁰³

A globalização é mais avançada no tocante às economias e aos mercados e menos avançada no que tange às questões pertinentes à Democracia, cidadania e adjudicação dos direitos pela atuação judicial, que estão mais circunscritos aos Estados nacionais. Entretanto, os problemas atuais da Sociedade, submetidos aos tribunais, extrapolam as fronteiras nacionais tais como as questões relativas aos

⁵⁰¹BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e terra, 199. p. 22.

⁵⁰²SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **A globalização e as ciências Sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002. p.29.

⁵⁰³BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução: Alexandre Werneck. Zahar: p. 60.

problemas ambientais, crises financeiras, aumento das desigualdades sociais e crime organizado transnacional.⁵⁰⁴

As transformações econômicas e dos mercados, sob a influência dos ideais do neoliberalismo, principalmente a partir da década de 80 do século XX, operam significativas modificações na atuação do Estado e do Poder Judiciário especificamente. A globalização e o neoliberalismo impõem um dilema à Sociedade e ao Estado. Para que o Estado promova políticas públicas para melhoria de vida de seus cidadãos são necessários recursos orçamentários que são advindos da tributação. É sabido que a maior parte da receita tributária é proveniente da tributação de empresas e negócios comerciais. Ocorre que a globalização e o neoliberalismo implicam na busca – pelas empresas e pelos negócios – de países com menor tributação. Logo o aumento de tributação terá como efeito a fuga de empresas e negócios para os países com menor tributação.⁵⁰⁵

Sobre a nova função da justiça, no plano do Estado neoliberal globalizado, pontifica Garapon:

“Se a justiça era formal e excludente no Estado liberal, terapêutica e distribuidora durante o Estado provedor, ela com certeza tem que ser simbólica e integradora numa sociedade em que a exclusão constitui seu maior problema”.⁵⁰⁶

É nesse contexto complexo e multifacetado que o Poder Judiciário é chamado a atuar. Assim sendo, resta claro que a antiga forma de atuação dos sistemas judiciais, instituído para a Sociedade dos últimos duzentos anos, calcado nos influxos do positivismo jurídico, já não responde às demandas de Sociedades complexas, plurais, globalizadas e neoliberais. O que é possível verificar, na evolução da Separação de Poderes no Estado Liberal, Social e neoliberal, é que a complexificação da Sociedade e do Estado operou significativas modificações nas

⁵⁰⁴ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 57.

⁵⁰⁵ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 53.

⁵⁰⁶ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 205.

funções estatais e sistemas judiciais, mormente nas tarefas e funções dos Juízes e Tribunais.⁵⁰⁷

2.6 – FUNÇÃO JURISDICIONAL, SEPARAÇÃO DE PODERES E A ASCENÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PÓS-GUERRA

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a humanidade como um todo necessitou efetuar uma profunda reflexão acerca do que aconteceu naquele período da História. Os avanços científicos foram postos em desfavor do ser humano. O projeto Manhattan obteve sucesso em construir um artefato bélico (a bomba nuclear) com capacidade de destruir toda a humanidade. Houve a construção de campos de concentração e câmaras de gás que ceifaram a vida de milhões de pessoas. Os juristas, em particular, também tiveram de fazer uma profunda análise sobre o papel do direito e sobre as finalidades da atuação jurídica. Durante o nazismo foram aprovadas diversas leis de caráter absolutamente anti-humanitárias e juristas não hesitaram em legitimá-las e aplicá-las com todo o rigor. Decisões judiciais foram prolatadas autorizando a esterilização de seres humanos, aplicando penas de morte por crimes banais, pessoas foram envidadas a campos de extermínio com a autorização de Juízes.⁵⁰⁸

O mundo descobriu que o legislador e os Juízes podem ser tão opressores quanto o pior tirano e que o direito legislado que não seja submetido a uma avaliação crítica e ética pode ser puro arbítrio. As normas jurídicas podem ser instrumentos de opressão, assim como os juristas podem ser cooptados a serviço do mal. No entanto, o direito e os juristas a serviço da opressão não é exclusividade da Alemanha nazista. Inúmeros países seguiram políticas oficiais de opressão institucionalizada. No Brasil do Estado Novo (1937-1945) e da ditadura militar (1964-1985), muitos juristas profissionais, com vasta qualificação, não vacilaram em usar o conhecimento jurídico a serviço dos regimes autocráticos.⁵⁰⁹

Em virtude disso, os juristas do pós-guerra travaram discussões sobre o sentido e a finalidade do direito, no afã de tentar recuperar a legitimidade da atividade

⁵⁰⁷BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 69.

⁵⁰⁸ LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 33/34.

⁵⁰⁹ LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 34.

jurídica que foi enfraquecida pelo uso opressivo do sistema legal durante os regimes autoritários. No plano do direito constitucional, a principal mudança foi a valorização jurídica dos Direitos Fundamentais que se tornaram, ao menos na retórica acadêmica, o fundamento de validade de todo o sistema jurídico. Os juristas também passaram a aceitar e proclamar a força normativa da Constituição,⁵¹⁰ conforme a obra de Konrad Hesse, com a conseqüente aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais.⁵¹¹

Com a valorização da força normativa da Constituição houve, em contrapartida, uma relativa desvalorização da lei, fenômeno conhecido como “crepúsculo da legislação”. O crepúsculo da legislação pode ser definido como o processo de enfraquecimento do Poder Legislativo enquanto instância de tomada de decisões definitivas.⁵¹² Nesse passo, a ascensão do constitucionalismo e dos Direitos Fundamentais exsurge modificando o modelo clássico de Separação de Poderes, no intuito de coarctar a opressão contra minorias, de eventuais majorias que temporariamente conquistem o poder.⁵¹³

⁵¹⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

⁵¹¹ O jurista alemão defende que a Constituição, ainda que de forma limitada, possui força própria motivadora e ordenadora da vida do Estado. Para tanto, busca traçar a distinção entre categorias que denomina como Constituição real e Constituição Jurídica. Aduz que ambas estão em relação de coordenação, condicionando-se mutuamente. A Constituição, então, não caracteriza apenas um ser, mas, também, um dever ser. “Determinada pela realidade social, 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”.⁵¹¹ A força normativa da Constituição, é imperioso frisar, possui limites, porquanto se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, ela carecerá de sua força vital. A disciplina normativa, delineada por uma Constituição abstrata e teórica, não se concretizará. Assim, o desenvolvimento da força normativa da Constituição, tanto será maior quanto mais a Constituição busque lograr corresponder à natureza singular presente. Está, portanto, condicionada pela realidade histórica. Isto, entretanto, não implica aduzir que a Constituição não possua força ativa propulsora de modificações nas estruturas sociais e estatais. Nas palavras de Hesse: Embora a Constituição não possa por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de constituição. Nesse diapasão, o desenvolvimento da força normativa da Constituição está ligada não apenas ao seu conteúdo, mas também à sua prática pelos participantes da vida constitucional. É o que o Hesse denomina *vontade de constituição*.⁵¹¹ “Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição”. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p.18/23.

⁵¹² LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 38.

⁵¹³ LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 38.

O reconhecimento, então, da força normativa da Constituição e da aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais opera algumas mudanças de paradigma na concreção dos direitos. Podem ser indicadas as seguintes transformações: a) o redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os Direitos Fundamentais, visto que o conteúdo e a aplicação das normas constitucionais – do Poder Constituinte, portanto - não podem ficar ao alvedrio da vontade parlamentar. As leis devem girar em torno dos Direitos Fundamentais e não os Direitos Fundamentais girar em torno da lei; b) a reformulação da doutrina da Separação de Poderes, em virtude da solução de compromisso que todos os poderes devem assumir na concretização dos Direitos Fundamentais, reconhecendo-se uma atuação mais ativa do Poder Judiciário na concretização das normas Constitucionais, principalmente por meio da jurisdição constitucional; c) a aceitação da efetivação judicial de Direitos Fundamentais, independentemente da integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, decorrente da força normativa da Constituição. Com isso há o reconhecimento do Poder Judiciário como o guardião da Constituição.⁵¹⁴

Assim, assuntos que estavam na zona de atuação do Parlamento, dentro do que a doutrina constitucional denomina como zona de conformação do legislador, passam a ser objeto de decisões, agora jurídicas, da jurisdição constitucional. Na implementação dos direitos consagrados constitucionalmente, então, principalmente após a 2ª guerra mundial, paulatinamente, ocorreu um deslocamento do protagonismo do Poder Legislativo em direção ao Poder Judiciário. De mero aplicador mecanicista da lei, o Juiz passou a sindicá-la sua constitucionalidade e a inserir no sistema, além das regras os princípios jurídicos. A margem de espaço de interpretação do judiciário é ampliada e, com ela, o nítido e inevitável caráter político da atuação jurisdicional. Hodiernamente há produção normativa substancial, fora da lei em sentido estrito, como a eficácia das normas e dos princípios constitucionais, os tratados internacionais, a diversificação das modalidades legislativas como as medidas provisórias, e, de forma acentuada, a ascensão e valorização dos conceitos jurídicos abertos e/ou indeterminados.⁵¹⁵

⁵¹⁴ LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 39.

⁵¹⁵ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 71.

Igualmente, esse fenômeno acarretou uma abertura dos critérios de julgamento utilizados pelos Juízes que passaram a justificar suas decisões com argumentos produzidos por outros campos do conhecimento - não circunscritos à subsunção lógico-jurídica norma legal agregada ao fato fenomênico - tais como princípios axiológicos, argumentos de razão prática e de filosofia moral, na busca dos significados abertos dos comandos constitucionais. Houve, também, um aumento da importância da argumentação na solução dos problemas jurídicos, porquanto se passou a exigir dos Juízes uma maior sofisticação na justificação de suas decisões, em especial daquelas que se afastam da orientação legislativa ou são embasadas em conceitos jurídicos indeterminados.⁵¹⁶

É possível, de igual forma, aduzir que inexistia e ainda inexistente fórmula pronta e acabada que traga solução para todos os problemas relativos à Separação de Poderes. O princípio sofre alterações e adaptações à medida que a realidade social e política se modifica. Independentemente da corrente interpretativa ou jurídico-filosófica adotada, a aplicação da teoria de Separação de Poderes não é estanque nem imutável. Sua relativa abstração, pois, está jungida às mutações dos arranjos jurídicos, políticos e sociais.⁵¹⁷

O grande desafio do exercício legítimo dos poderes públicos, nos dias atuais, reside em ser capaz de perseguir e lograr objetivos sociais sem vulnerar os Direitos Fundamentais dos indivíduos, o que deve ser o princípio regulador da atuação do jurista contemporâneo.⁵¹⁸ Assim sendo, nas atuais Sociedades complexas, líquidas, abertas e plurais redobram conflitos e anseios sociais sendo muito deles judicializados. As funções estatais reservadas aos Juízes e Tribunais pelas concepções tradicionais, de papel restrito, não se coadunam com os anseios e expectativas das Sociedades contemporâneas. As mutações das funções judicantes, acarretadas pela centralidade e protagonismo do Poder Judiciário nas esferas de decisões sobre questões políticas e

⁵¹⁶ LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 39.

⁵¹⁷ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p.44.

⁵¹⁸ ATIENZA, Manuel Rodríguez. MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Editorial Ariel. 1996. p. 25.

sociais, demandam a releitura e a reformulação das concepções clássicas de Separação de Poderes.⁵¹⁹

Essa modificação do pêndulo da Separação de poderes, portanto, levanta a discussão sobre a legitimidade democrática dos Juízes para decidirem questões sensíveis e socialmente relevantes. Afinal, por que assuntos importantes, cruciais para a vida de milhares de pessoas, por vezes invalidando as escolhas políticas dos demais poderes, estão sendo julgados por Juízes que não ocupam seus cargos por escolha popular? Os limites da legitimidade democrática da jurisdição tem sido um tema central da filosofia política e jurídica e passa pelas discussões relativas à Judicialização e ao Ativismo Judicial e pelas teorias Pragmatista, Substancialista e Procedimentalista da Democracia. Todas essas questões serão objeto do próximo capítulo.⁵²⁰

2.7 – JUSNATURALISMO, POSITIVISMO JURÍDICO E PÓS-POSITIVISMO

O movimento de centralização do poder político que culminou com o aparecimento do Estado moderno redundou em configurações políticas absolutistas. O Estado recolheu as formas de juridicidade dispersas do sistema jurídico medieval, monopolizando a jurisdição e o uso da violência legítima.⁵²¹ No plano histórico, as duas matrizes teóricas que regeram o estudo do direito foram o jusnaturalismo e o juspositivismo. O paradigma jusnaturalista foi o mais duradouro, perdurando na cultura jurídica do ocidente por mais dois mil anos.⁵²²

Para Bobbio, o jusnaturalismo consiste na “corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo”. De outro vértice, entende por “positivismo jurídico, aquela corrente que não admite a distinção entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro além do positivo.” Nestes termos, “o jusnaturalismo é dualista, o positivismo jurídico,

⁵¹⁹ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p.44.

⁵²⁰ LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 47.

⁵²¹ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 258. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵²² ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 200.

monista”. O jurista italiano aponta, em síntese, três formas típicas de jusnaturalismo as quais denomina como escolástico, racionalista moderno e hobbesiano. Para o jusnaturalismo escolástico o direito natural exsurge como um conjunto de princípios éticos gerais, dos quais o legislador deve retirar inspiração para consecução do direito positivo. Nestes termos, o direito natural é composto de poucas normas que tem por destinatários, primordialmente, os legisladores. Como consequência dos destinatários principais serem os legisladores decorre o dever de obediência dos súditos, em alguns casos, mesmo de leis injustas, desde que legitimamente promulgadas.⁵²³

De sua banda, na concepção racionalista moderna:

“o direito natural é o conjunto dos *dictamina rectae rationes*, que fornece a matéria da regulamentação, enquanto o direito positivo é o conjunto dos expedientes prático-políticos (como a instituição e a organização do poder executivo), que determina a forma, ou, em outras palavras, o primeiro constitui a parte preceptiva da regra, aquela que atribui a qualificação normativa a dado comportamento, e o segundo, como o humano, dominado pelas paixões, que impedem a maioria de seguir os ditames da razão.”⁵²⁴

Já o jusnaturalismo hobbesiano, para Bobbio, seria aquele pelo qual o direito natural seria o fundamento ou o sustentáculo de todo ordenamento positivo. Aqui a regulamentação é determinada pelo legislador humano (o soberano) e a função precípua do direito natural é fornecer o fundamento de legitimidade ao legislador, prescrevendo a obediência dos súditos a tudo aquilo que for determinado pelo soberano.⁵²⁵

Outra classificação denota que o jusnaturalismo atravessa as fases cosmológica, teológica e, por último, a antropológica.⁵²⁶ Os dois primeiros são o substrato ideológico do absolutismo monárquico. O último, por sua vez, servirá como forma específica de legitimidade de uma ordem a ser criada pela via revolucionária à

⁵²³ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Closen. São Paulo: Unesp, 2016. p. 156/158.

⁵²⁴ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Closen. São Paulo: Unesp, 2016. p. 158.

⁵²⁵ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Closen. São Paulo: Unesp, 2016. p. 159.

⁵²⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.157/158.

burguesia ascendente,⁵²⁷ sendo correlato à construção da modernidade.⁵²⁸ A corrente jusnaturalista teológica concebe os postulados de princípio em forma de axiomas jurídicos estabelecidos por uma deidade. Já o jusnaturalismo racionalista aponta que as normas estabelecidas derivam de reta razão. São, pois, normas universais, corolário de um direito ideal. Um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e, após a secularização, da razão humana.⁵²⁹

O jusnaturalismo moderno corresponde à fase antropológica e é desenvolvido a partir do século XVI. Ele aproximou a lei da razão transformando-se na filosofia natural do direito. As necessidades de segurança, autonomia, liberdade e igualdade de um importante e numeroso setor da população humana, a burguesia, convergiram com as construções teóricas de um renomado grupo de filósofos, juristas e pensadores sociais em geral.⁵³⁰

O jusnaturalismo racionalista surge, pois, como processo filosófico-jurídico pelo qual, após grande período em que o poder eclesiástico era tão ou mais forte que o poder do soberano, buscou-se converter as crenças e instituições religiosas em doutrinas filosóficas e instituições laicas. Com a secularização do pensamento político a legitimidade divina do poder soberano deixa de existir. Isso representa, no âmbito da história do pensamento filosófico-jurídico, a consecução de um hiato muito importante dentro do amplo, complexo e nada homogêneo movimento de secularização do mundo moderno.⁵³¹ O jusnaturalismo racionalista, será, portanto, a força motriz e o substrato teórico que ensejará a possibilidade de assunção do poder político pela burguesia e a derrocada do absolutismo aristocrático, representando, assim, a teoria de base das revoluções burguesas. Foi ele o catalisador das revoluções liberais e, aqui, o conceito

527WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.158.

528BILLIER, Jean-Cassien. **História da filosofia do direito**. São Paulo: Manoele, 2005, p. 135.

529BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 234.

530 FERNANDES GARCIA, Eusébio. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. In PECES-BARBA, Gregório (org). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 1998. p. 574. PECES-Barba, Gregório. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael **Curso de Teoría del Derecho**. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons. 2000. p. 296/309. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. Quinta edición. Madrid: Tebar. 2007. 31/36.

531FERNANDES GARCIA, Eusébio. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. In PECES-BARBA, Gregório (org). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 1998. p. 575. PECES-Barba, Gregório. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael **Curso de Teoría del Derecho**. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons. 2000. p. 296/309. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. Quinta edición. Madrid: Tebar. 2007. 31/36.

de direito natural se entrelaça com os de igualdade, liberdade e dignidade humana.⁵³²

Orlando Zanon Junior, ao sintetizar as teses centrais do Jusnaturalismo pontifica que sua característica mais marcante “consiste em afirmar uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão”. O jusnaturalismo seria “anterior e hierarquicamente mais elevado”, relativamente ao direito legislado.⁵³³

Norberto Bobbio sintetiza três modos em que positivismo jurídico e jusnaturalismo se opõem:

“A insistência na separação entre o direito como é e o direito como deve ser é uma forma de oposição à teoria jusnaturalista; a afirmação de que as leis devem ser obedecidas enquanto tais opõem-se à teoria jusnaturalista, segundo a qual existe uma obrigação moral de obedecer apenas às leis justas; e, enfim, a defesa da relatividade dos valores é a mais clamorosa antítese à crença na objetividade dos valores, própria do Jusnaturalismo em todas as suas principais acepções.”⁵³⁴ (p. 184).

O jurista italiano aponta seis argumentos contra o direito natural: “1) O direito natural não é direito da mesma maneira que o positivo, porque falta o atributo da eficácia. 2) O direito natural não consegue alcançar a finalidade que é atribuída aos sistemas jurídicos positivos, porque não garante nem a paz, nem a segurança. 3) O direito positivo invadiu pouco a pouco todos os campos que eram atribuídos ao direito natural. 4) A noção de natureza é tão equívoca que foram considerados naturais direitos diametralmente opostos. 5) Ainda que o acordo sobre o que é natural tivesse sido unânime, não se seguiria daí, necessariamente, acordo unânime sobre o que é justo e injusto. 6) Ainda que o acordo sobre o que é justo porque natural tivesse sido unânime, isso não implica a validade dele também para o tempo presente.”⁵³⁵⁵³⁶

⁵³²FERNANDES GARCIA, Eusébio. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. In PECES-BARBA, Gregório (org). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 1998. p. 591. PECES-Barba, Gregório. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael **Curso de Teoría del Derecho**. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons. 2000. p. 296/309. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. Quinta edición. Madrid: Tebar. 2007. 31/36.

⁵³³ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 205.

⁵³⁴ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Closen. São Paulo: Unesp, 2016. p. 184.

⁵³⁵ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Closen. São Paulo: Unesp, 2016. p. 214.

⁵³⁶ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 210.

Acusado de metafísico e sem rigor científico o jusnaturalismo é empurrado com força para margem da história pela ascensão vigorosa do positivismo jurídico.⁵³⁷ O positivismo jurídico, a partir da metade do século XIX, impôs-se como a principal doutrina jurídica contemporânea.⁵³⁸ Isso, entretanto, não ocorre por acaso. Com efeito, a função ideológica da teoria jusnaturalista racionalista – enquanto defesa de um ideal universal – era esconder seu real objetivo, ou seja, possibilitar a transposição para outro tipo de realidade política, social e econômica, sem revelar, explicitamente, os verdadeiros atores beneficiados, ou seja, a sociedade burguesa em ascensão.⁵³⁹

Ocorre que, ao chegar ao poder, adonando-se do aparelho Legislativo do Estado, não mais se mostra necessário, sendo mesmo inconveniente, invocar o jusnaturalismo como teoria de base. Assim, aos vitoriosos importa construir e solidificar o poder conquistado. Para tanto, o ordenamento positivista servirá para oficializar esses novos interesses imperantes.⁵⁴⁰ Nesse sentido, o juspositivismo é fruto de uma Sociedade em que a burguesia reforçou substancialmente as suas posições econômicas e políticas.⁵⁴¹

Segundo Antônio Carlos Wolkmer, o positivismo jurídico procurou banir as considerações de caráter metafísico-racionalista do direito, reduzindo-o à análise de categorias empíricas. Em nome, então, da objetividade científica, o positivismo equipara o direito à lei, afastando-o, em nome da neutralidade e pureza, da filosofia e de discussões em torno dos conceitos legitimidade e justiça. Em nome da pureza científica, exclui qualquer enfoque de natureza sociológica ou política, advogando a

537“Múltiplas correntes empíricas podem ser agrupadas e demarcadas em sentido amplo como positivismo jurídico. Todavia dentre todas, a mais significativa é aquela representada pelo normativismo dogmático de Hans Kelsen (1881-1973), que harmoniza uma formação de matriz neokantiana com influxos recebidos do neopositivismo lógico da Escola de Viena.”(WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.163.) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. 5 edición. Madrid: Tebar. 2007. 37/44.

538WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.160. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. Quinta edición. Madrid: Tebar. 2007. 3744.

539WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.159. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. Quinta edición. Madrid: Tebar. 2007. 3744.

540WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.159.

541WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.160.

separação entre direito e moral.⁵⁴² O jusnaturalismo cede passo, então, a um positivismo bastante forte e dominante.⁵⁴³

Orlando Zanon Júnior sintetiza as teses centrais do juspositivismo no seguinte sentido: 1) No ponto atinente à separação entre direito e moral, “os juspositivistas, em geral, defendem a tese de que as questões morais são autônomas e independentes das jurídicas”; 2) “O Positivismo Jurídico pressupõe que o direito é formado exclusivamente (ou ao menos preponderantemente) por regras jurídicas, como sinônimo de normas jurídicas positivadas”; 3) “a doutrina juspositivista concebe a ordem jurídica como um complexo sistemático de regras jurídicas, devidamente escalonado em degraus hierárquicos, de acordo com parâmetros de legitimidade para produção do direito, que pode ser visualizado como uma pirâmide”; 4) “os juspositivistas sustentam que as normas jurídicas são direcionadas ao juiz, a quem cabe aplicá-las através de um procedimento lógico dedutivo, chamado de subsunção dos fatos aos textos normativos”; 5) “o Juspositivismo admite que o juiz deverá empregar discricionariedade na interpretação e na aplicação do direito (*judicial discretion*), no sentido de produzir a regra jurídica que reputar mais adequada para a resolução do caso concreto submetido à jurisdição (*interstitial legislation*), em se tratando dos chamados casos difíceis”.⁵⁴⁴

Em face das críticas e das insuficiências do Positivismo Jurídico adentra-se, ato contínuo, em uma terceira fase que se convencionou denominar como pós-positivista. Segundo Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo corresponde ao marco filosófico do novo direito constitucional, situando-se na confluência das duas correntes opostas de pensamento que delinearam os paradigmas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. A fase atual corresponde à superação dos modelos puros e estanques por um modelo abrangente de ideias, as quais se agrupam sob o rótulo genérico pós-positivismo.⁵⁴⁵

Seu marco histórico foi, na Europa continental, o constitucionalismo do pós-guerra, mormente na Alemanha e na Itália, países que sofreram as agruras do

⁵⁴²WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.160.

⁵⁴³BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.

⁵⁴⁴ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 259/264.

⁵⁴⁵BARROSO, L.R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista da associação dos juízes federais do Brasil. n. 82, p.114.

nazifascismo. No Brasil, por seu turno, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que lhe impulsionaram.⁵⁴⁶ A Constituição de 1988 e a doutrina constitucional têm promovido à ascensão dos princípios “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁵⁴⁷

Luís Roberto Barroso traz lição preciosa acerca do tema:

“A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição da normatividade dos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”.⁵⁴⁸

Segundo Roberto Barroso, sob o prisma teórico, três grandes transformações estão imbricadas com os paradigmas delineados pelo pós-positivismo. São elas: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição. b) a expansão da jurisdição constitucional. c) o desenvolvimento de uma nova metodologia de interpretação constitucional. Sob o prisma material, dois elementos caracterizam o pós-positivismo: a incorporação de valores e opções políticas nos textos constitucionais contemporâneos (mormente no que tange à dignidade humana) e os direitos fundamentais.⁵⁴⁹

Consoante Zanon, os novos modelos teóricos do pós-positivismo podem ser separados em três grandes correntes que são a substancialista, pragmatista e a procedimentalista. É necessário apontar que as referidas correntes dizem respeito à

⁵⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista da associação dos juízes federais do Brasil. n. 82, p.111.

⁵⁴⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 237.

⁵⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista da associação dos juízes federais do Brasil. n. 82, p.114/115.

⁵⁴⁹BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista da associação dos juízes federais do Brasil. n. 82, p.114.

teoria do direito e não podem ser confundidas com as correntes Substancialista, Procedimentalista e Pragmatista da Democracia que serão delineadas no capítulo 3 do presente trabalho.⁵⁵⁰

Visto isso, a corrente substancialista possui como característica fundamental “o enfoque na interpretação efetuada no momento da construção da norma jurídica que visa resolver um caso concreto, sob a perspectiva de um agente (observador) que deve procurar articular sua atividade mental segundo as bases axiológicas caras à comunidade respectiva, notadamente os princípios jurídicos inseridos na constituição”.⁵⁵¹

De sua vez, a corrente pragmatista está mais preocupada com as consequências da decisão judicial e menos com o grau de eficácia dos princípios éticos incidentes no caso concreto. Os defensores do pragmatismo advogam que “a pessoa encarregada de decidir, notadamente o magistrado, deve estar focada no atingimento das consequências mais razoáveis, segundo uma análise sistêmica da sociedade”.⁵⁵²

Por fim, a corrente procedimentalista “parte da premissa implícita de que, diante da dificuldade de se identificar quais as bases axiológicas caras à comunidade (como pretendem os substancialistas) e da impossibilidade de antever as melhores consequências (na forma proposta pelos pragmatistas), a solução seria permitir um procedimento discursivo, em que a opinião de todos merece ser igualmente considerada, para o fim de tentar obter um consenso ao final”.⁵⁵³

2.8 A POSTURA JUDICIAL FORMALISTA E ANTIFORMALISTA

Com a positivação do direito nos Estado Liberais modernos, além dos elementos já expostos, afirmou-se, durante o século XIX, a hegemonia de uma visão formalista de interpretação jurídica. O formalismo jurídico é uma categoria importante e abrangente, da história do direito, da sociologia do direito, do direito comparado, do

⁵⁵⁰ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.267/269.

⁵⁵¹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 269.

⁵⁵² ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 272.

⁵⁵³ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 274/275.

estudo da cultura do direito e do campo interdisciplinar chamado teoria do direito.⁵⁵⁴ Apesar de ser um conceito controvertido, o formalismo jurídico pode ser entendido como “a aderência à prescrição de uma norma sem atenção às regras de fundo às quais a norma deve servir (mesmo quando a prescrição da norma não atende àquelas razões em um caso particular). Um formalista olha mais para a forma de uma prescrição – que está contida em uma regra vinculante – do que para a finalidade ou finalidades reais às quais ela deve atingir”.⁵⁵⁵

Importante destacar que o do formalismo jurídico é uma categoria ampla possuindo várias acepções. Elencam-se algumas delas: formalismo como recusa em admitir a necessidade de se realizar escolhas na área de penumbra do significado das regras; formalismo como recusa em admitir que o direito tem funções instrumentais; formalismo como ênfase excessiva na formulação escrita canônica das regras; formalismo como um modelo contido e comparativamente apolítico de tomada de decisões; formalismo como a ideia de que a aplicação de regras é um trabalho mecânico e de que essa aplicação mecânica de regras é justa; formalismo como a recusa em reconhecer as consequências práticas de decisões judiciais; formalismo com um estreitamento das escolhas envolvidas na interpretação do direito, dentre outras.⁵⁵⁶

Importante denotar que o formalismo jurídico clássico serviu, em primeiro plano, para designar um método de construção da ciência jurídica como um sistema coerente de conceitos, princípios e regras, ordenados e hierarquizados, e não uma coleção empírica de casos, acumulados de maneira casual e fortuita, pelas decisões exaradas pelos Tribunais. Seu objetivo era converter o conhecimento do direito em uma ciência, através da utilização de um método indutivo e analítico, buscando nos casos particulares o resultado daqueles elementos comuns que são suscetíveis de generalização. Abstraindo os traços particulares de cada caso – purificando, pois, apenas os caracteres gerais e abstratos – tem-se o caráter formal do direito, porquanto

⁵⁵⁴ KENNEDY Duncan. **Formalismo jurídico**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 166.

⁵⁵⁵ ALEXANDER, Larry. **“Comigo, é tudo ou nada”**. **Formalismo no direito e na moralidade**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 166.

⁵⁵⁶ SHAUER, Frederick. **Formalismo**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 55.

eliminado o que era material e concreto que pertencia ao caso particular, obtendo-se, assim, os conceitos jurídicos.⁵⁵⁷

Em segundo plano, e ligado ao anterior, o formalismo jurídico designa um método de aplicação do direito. Partindo dos conceitos gerais, regras obtidas de acordo com os ditames anteriormente traçados, a solução dos novos casos pelos juristas são resultado de uma aplicação dedutiva e automática do direito posto, subsumindo os fatos particulares novos nos conceitos gerais previamente elaborados pela ciência jurídica. Esta subsunção do particular no geral, dos novos conteúdos empíricos nas normas abstratas, é o que faz com que a adjudicação seja considerada formalista.⁵⁵⁸

Outros elementos, a despeito da divergência interna e da diversidade de correntes jurídicas formalistas, fornecem alguns paradigmas para caracterização do denominado formalismo jurídico: 1) O formalismo jurídico defende uma interpretação do direito estritamente técnica e destacada da política e da moral. Nesse passo, aduz a delimitação do direito como um corpo de normas (a) distintas da autoridade da qual emanou (fontes formais), (b) sistematizadas por um discurso técnico que toma tais decisões como um dado inegável (dogmática jurídica), (c) concretizadas por profissionais especializados, (d) a partir de arenas decisórias institucionalizadas (como o Poder Judiciário de forma principal).⁵⁵⁹

2) A segunda ideia central do formalismo jurídico é atinente ao caráter axiomático, silogístico e dedutivo da interpretação. Essa concepção pode ser exemplificada pela racionalização formal do direito liderado pela escola pandectista da Alemanha (a jurisprudência dos conceitos que sistematizou a codificação do direito civil alemão em 1900). Assim, (a) cada decisão jurídica concreta resulta da subsunção do

⁵⁵⁷ HERNÁNDEZ, José López. **El formalismo en la teoría estadounidense**. Anuario de filosofía Del derecho, 2001. Universidad de Murcia. p. 270. Disponível em: <file:///C:/Users/ams02/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElFormalismoEnLaTeoriaJuridicaEstadounidense-257666-2.pdf>. Acesso em 10/8/2022.

⁵⁵⁸ HERNÁNDEZ, José López. **El formalismo en la teoría estadounidense**. Anuario de filosofía Del derecho, 2001. Universidad de Murcia. p. 270. Disponível em: <file:///C:/Users/ams02/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElFormalismoEnLaTeoriaJuridicaEstadounidense-257666-2.pdf>. Acesso em 10/8/2022.

⁵⁵⁹ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 258/259. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022. ATIENZA, Manuel Rodríguez. **El sentido del Derecho**. 5 ed. Ariel Derecho:2009. p.277/279.

fato a uma norma jurídica; (b) essa dedução é realizada tão somente com os instrumentos da lógica jurídica; (c) o direito é considerado como um sistema completo de normas jurídicas; (d) o conteúdo que não puder decorrer desse raciocínio lógico-jurídico é irrelevante para o direito.⁵⁶⁰

3) Em terceiro plano, é característica típica do formalismo a exigência de normas plenamente delimitadas em sua hipótese de incidência e formuladas por palavras com significados fixos. As regras e princípios jurídicos estão claramente determinados porquanto foram fixados de maneira precisa por instâncias anteriores (precedentes, doutrinas e leis), proporcionando certeza e segurança na aplicação do direito.⁵⁶¹ Tal delineamento pode ser ilustrado pelo exemplo da “escola da exegese” na França. A circunscrição do poder jurisdicional, nesse ponto, é advinda do compromisso interpretativo em obedecer “à vontade da lei”, interpretando-a de forma literal.⁵⁶²

4) O Juiz não deve, em nenhum caso, fazer exceções a aplicação das soluções que as normas do sistema jurídico prescrevem para o caso de que se trate. As únicas exceções à aplicação de uma norma do sistema jurídico a um caso que nela se encaixe são as que se amparam em uma norma do mesmo sistema que preveja, para o dito caso, uma solução especial. Portanto, não há exercício legítimo da discricionariedade judicial e a sentença será plenamente correta somente quando se atenha às soluções objetivamente determinadas pelo sistema jurídico mesmo.⁵⁶³

⁵⁶⁰ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 259/260. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022. ATIENZA, Manuel Rodríguez. **El sentido del Derecho**. 5 ed. Ariel Derecho: 2009. p.277/279.

⁵⁶¹ HERNÁNDEZ, José López. **El formalismo en la teoría estadounidense**. Anuario de filosofía Del derecho, 2001. Universidad de Múrcia. p. 270. Disponível em: <file:///C:/Users/ams02/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElFormalismoEnLaTeoriaJuridicaEstadounidense-257666-2.pdf>. Acesso em 10/8/2022. ATIENZA, Manuel Rodríguez. **El sentido del Derecho**. 5ª edición. Ariel Derecho: 2009. p.277/279.

⁵⁶² AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 260. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022. ATIENZA, Manuel Rodríguez. **El sentido del Derecho**. 5 ed. Ariel Derecho: 2009. p.277/279.

⁵⁶³ AMADO, Juan Antono García. **Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoria Del Derecho**. Eunomia. Revista em Cultura de la legalidade. Febrero 2013. p. 14. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=AMADO%2C+Juan+Antono+Garc%C3%ADa.+Sobre+formalismos+y+antiformalismos+em+la+Teoria+Del+Derecho.+&btnG=. Acesso em: 11/8/2022. ATIENZA, Manuel Rodríguez. **El sentido del Derecho**. 5 ed. Ariel Derecho: 2009. p.277/279.

José Lopes Hernandez, de sua vez, aponta que, para o formalismo, o sistema jurídico deve ter três qualidades. Primeiramente deve produzir resultados desde si mesmo, sem considerações substanciais extrajurídicas. Para tanto, o direito deve estar claramente determinado, de maneira que as decisões jurídicas derivem da simples aplicação das normas aos fatos, sem intervenção da discricionariedade judicial. A segunda é atinente a defesa de que o direito é um sistema coerente, composto de conceitos e princípios abstratos, dos quais se deduz, de maneira lógica, as regras aplicáveis. A terceira aponta ser o direito um sistema autônomo, cujos princípios e normas derivam integralmente de fontes jurídicas, sem influência de conhecimentos externos, como a filosofia, a moral, a política ou a economia, exemplificativamente.⁵⁶⁴

Por conseguinte, instar apontar que o imaginário formalista do século XIX é marcado pelo privatismo, ou seja, pela prevalência do direito privado sobre o direito público. Como apontado, as declarações constitucionais eram vistas como promessas políticas não controláveis e infensas à adjudicação judicial, diante da supremacia legislativa e do caráter passivo do Poder Judiciário.⁵⁶⁵ A postura formalista, entretanto, será contrastada, ao longo do século XX, por correntes que propugnam pela consideração na interpretação jurídica de valores e finalidades para dimensionar o sentido das normas aplicáveis na solução de controvérsias. Nas últimas décadas do século XX foram desenvolvidas abordagens que procuraram conferir objetividade a esse tipo de juízo teleológico e axiológico, com visões morais mais abrangentes, que a jurisdição poderia progressivamente declarar e desenvolver.⁵⁶⁶

Com efeito, nos Estados Unidos e na Europa, entre os fins do século XIX e início do século XX, surgem diversas correntes antiformalistas: a escola do direito livre (Kantorowicz) e da livre investigação científica do direito (Geny), a jurisprudência dos interesses (Heck, Jhering), várias correntes associadas à sociologia jurídica

⁵⁶⁴ HERNÁNDEZ, José López. **El formalismo en la teoría estadounidense**. Anuario de filosofía Del derecho, 2001. Universidad de Múrcia. p.268. Disponível em: <file:///C:/Users/ams02/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElFormalismoEnLaTeoriaJuridicaEstadounidense-257666-2.pdf>. Acesso em 10/8/2022.

⁵⁶⁵ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 261. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵⁶⁶ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 257. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

empírica (Ehrlich) e o realismo jurídico americano (Holmes, Dewey, Frank, Cohen, Pound, Llwellyn, Cardozo), dentre outras correntes de pensamento jurídico afins.⁵⁶⁷⁵⁶⁸

Luís Roberto Barroso sistematiza as características comuns das diferentes escolas de pensamento jurídico de cunho antiformalista: (i) reação à crença de que o direito poderia ser estabelecido e encontrado puramente no texto da lei e nos precedentes judiciais; (ii) rejeição da tese de que a função jurisdicional seria meramente declaratória daquilo que existe, previamente, estabelecido pela norma posta. Pelo contrário, em diversas situações o Juiz desempenha um papel criativo do direito, apontam os antiformalistas; (iii) a compreensão e a defesa de que os fatos e as ciências sociais desempenham uma função importante para o direito, assim como de que o direito deve ser interpretado levando em conta a evolução da Sociedade e no escopo da realização de suas finalidades.⁵⁶⁹

As contestações ao formalismo jurídico apontam que a realidade social é demasiadamente complexa para que possa ser governada exclusivamente por regras estritamente jurídicas, sendo, pois, necessária a consideração de fatores extrajurídicos na interpretação e decisão jurídica. Além disso, o processo de formalização do direito – obtendo conceitos jurídicos pela via da abstração – deixa de fora fatos sociais relevantes.⁵⁷⁰ Outro ponto de crítica ao formalismo é pertinente à contestação ao silogismo e a inferência dedutiva na aplicação do direito. Os antiformalistas defendem que existe uma margem de escolha tanto no que tange à formulação da premissa normativa (regra geral abstrata aplicável) quanto para a descrição da premissa fática como exemplificação prática dos termos da norma abstrata. Os antiformalistas apontam, assim, a necessidade recorrente de agregar ao processo interpretativo juízos

⁵⁶⁷ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 264. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p.310/311.

⁵⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p.311.

⁵⁷⁰ HERNÁNDEZ, José López. **El formalismo en la teoría estadounidense**. Anuario de filosofía Del derecho, 2001. Universidad de Múrcia. p.271/272. Disponível em: <file:///C:/Users/ams02/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElFormalismoEnLaTeoriaJuridicaEstadounidense-257666-2.pdf>. Acesso em 10/8/2022.

valorativos não plenamente predeterminados pelas normas jurídica aplicáveis, no afã de alcançar seu sentido e alcance.⁵⁷¹

Uma decisão importante, nos Estados Unidos da América, que vai reforçar as críticas ao formalismo jurídico é *Lochner v. New York*,⁵⁷² de 1905.⁵⁷³ Nesse caso, a Suprema Corte invalidou – com substrato na cláusula do devido processo legal substantivo - Lei trabalhista do Estado de Nova York, de 1897, que estabeleceu jornada máxima de trabalho de 60 horas semanais ou 10 horas diárias para os empregados de padarias, entendendo que o ato normativo interferia na liberdade de contrato assegurada entre empregadores e empregados.⁵⁷⁴ A decisão é considerada formalista porque constrói o conceito de liberdade como associado aos conceitos de propriedade e contrato, formando, assim, uma regra, aplicada no caso, de que, segundo a Constituição, deve ser protegida a liberdade de contratação.⁵⁷⁵ Além disso, ao interpretar o princípio do devido processo e tomar como sua decorrência uma cláusula geral de liberdade, aplicada à seara privada, a Corte deu-lhe um sentido muito amplo, desconsiderando qualquer outro interesse ou valor aplicável ao caso. A postura formalista, pois, implicou na negação de escolhas políticas, morais, sociais e econômicas envolvidas na tomada de decisão.⁵⁷⁶

A Suprema Corte negou que houvesse, no caso, qualquer margem de escolha entre premissas suplementares plausíveis e, negou ainda, a indeterminação básica de sentido das palavras inseridas no texto constitucional. A decisão esteve associada, ainda, à complementação do texto constitucional por premissas ideológicas não explicitadas nem problematizadas, mascaradas sob o pretexto de única solução

⁵⁷¹ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 264. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵⁷² 198 U.S.45 (1905).

⁵⁷³ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.29/36.

⁵⁷⁴ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 107/108.

⁵⁷⁵ HERNÁNDEZ, José López. **El formalismo en la teoría estadounidense**. Anuario de filosofía Del derecho, 2001. Universidad de Múrcia. p.271. Disponível em: <file:///C:/Users/ams02/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElFormalismoEnLaTeoriaJuridicaEstadounidense-257666-2.pdf>. Acesso em 10/8/2022.

⁵⁷⁶ SHAUER, Frederick. **Formalismo**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 67.

plausível e correta pelas palavras das normas aplicáveis.⁵⁷⁷ A Corte era influenciada pela a doutrina do Liberalismo Econômico, que predominava no pensamento político-econômico do fim do século XIX, e sistematicamente invalidava qualquer legislação de intervenção no domínio econômico, atendendo aos anseios das corporações comerciais e industriais da época.⁵⁷⁸

Ato contínuo, é imperioso apontar que as vertentes antiformalistas do direito – como o próprio realismo jurídico americano – são desenvolvidos em um período de crescimento do aparato administrativo estatal, assim como de relativa prevalência do direito público sobre o direito privado, característico do Estado Social no entre guerras e no pós segunda guerra mundial. Essa expansão do Executivo aumentou o nível de tensão deste poder com o Judiciário como denotam os embates entre o presidente Franklin Roosevelt e a Suprema Corte nos Estados Unidos.⁵⁷⁹

Conforme Lucas Amato:

“Instando os juízes a revelarem as opções valorativas feitas no processo interpretativo – em vez de fazê-las sob o pretexto da inexorabilidade lingüística -, os realistas pregaram em geral a autocontenção judicial e a deferência política à legislação, em combate ao ativismo judicial que, à luz do formalismo dos direitos privados entrincheirados na constituição, havia julgado como inconstitucionais as medidas estruturantes do Estado social”.⁵⁸⁰

As correntes antiformalistas – ao apregoarem a recorrente necessidade de fazer atribuições finalísticas e valorativas à interpretação das normas para determinar o direito aplicável – conduziram a uma preocupação com o possível decisionismo judicial que, em verdade, proclamasse as preferências políticas e ideológicas do julgador, aumentando o protagonismo dos Juízes na defesa de determinados interesses, valores e programas, em detrimento da segurança jurídica.

⁵⁷⁷ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 264. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵⁷⁸ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.29/36.

⁵⁷⁹ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 265. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵⁸⁰ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 265. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

Em face disso, parcela importante do pensamento jurídico passa a demandar que as opções valorativas e os juízos finalísticos requisitados na aplicação do direito - em especial do direito constitucional por sua relativa abertura e indeterminabilidade - fossem justificados por uma visão moral mais abrangente, que fornecesse um parâmetro de maior objetividade ao exercício jurisdicional, limitando, assim, o subjetivismo do intérprete.⁵⁸¹

Nesse passo, entre as décadas de 1960 a 1980, houve a ascensão de teorias que revalorizam o papel da argumentação no direito e defendem a adoção de parâmetros valorativos na interpretação. Pode-se apontar, nesse sentido, o pragmatismo jurídico e sua análise econômica do direito, que discernem a eficiência como valor central de consecução das normas jurídicas, bem assim as denominadas “teorias de princípios”, com o Substancialismo e o Procedimentalismo, em suas vertentes da teoria jurídica.⁵⁸²

Portanto, os formalistas clássicos desenvolveram uma metodologia de racionalização interpretativa do direito estritamente formal, com o intuito de reduzir a justificação decisória às regras delineadas pelo legislador ou consolidadas pela jurisprudência. Com essa prática, justificam respeitar melhor as opções do legislador e, conseqüentemente, a Separação de Poderes, oferecendo maior previsibilidade, segurança jurídica e controle público, assim como maior universalidade e racionalidade. As desvantagens do formalismo associam-se a adoção de rigidez dos parâmetros decisórios, visto que não há problematização sobre os fundamentos a eles subjacentes.⁵⁸³

Por seu turno, os antiformalistas buscam explicitar as escolhas valorativas da interpretação, desenvolvendo parâmetros mais objetivos para soluções principiológicas, por exemplo. Desse modo, haveria um critério moral mais abrangente

⁵⁸¹ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 267. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵⁸² AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 267. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵⁸³ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 270. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

para justificar as opções interpretativas (Dworkin), ou ter-se-ia um método de sistematizar a ponderação (Alexy), com o fechamento do sistema e diminuição da discricionariedade. As posturas antiformalistas visam à adequação social da decisão jurídica buscando decisões mais qualitativas. Sua desvantagem consiste no fato de que “apresentam dificuldades em gerar padrões e critérios que permitam a comparabilidade e o tratamento igual dos casos semelhantes”.⁵⁸⁴

Em análise do formalismo jurídico moderno Cass Sunstein problematiza as vantagens e desvantagens de posturas formalistas e antiformalistas na interpretação e aplicação do direito. O autor inicia seu artigo lembrando que, no período nazista, os Juízes alemães rejeitavam o formalismo, pois não confiavam no significado ordinário dos textos legais. Eles defendiam que as leis deveriam ser interpretadas de acordo com o espírito da época, ou seja, de acordo com as referências do regime nazista. Isso denota que o formalismo jurídico pode ter uma faceta positiva de proteção e segurança jurídica.⁵⁸⁵

Em sua “encarnação” moderna, as abordagens formalistas tendem a compartilhar um conjunto de características positivas e negativas: 1) a insistência em utilizar o texto como a única ou principal fonte de interpretação; 2) a crença de que a compreensão original ou ordinária do texto é a que deve prevalecer, mesmo admitindo que, em alguns casos, o texto será ambíguo; 3) a recusa em fazer exceções ao sentido ordinário dos termos, mesmo quando os resultados provavelmente não foram desejados e parecem muito distantes das preocupações do legislador que editou a lei; 4) onde o texto não é claro a busca por abordagens subótimas para restringir a discricionariedade judicial; 5) a defesa, no caso de ambigüidade do texto de lei, de que os Juízes sigam o entendimento da agência encarregada de sua aplicação; 6) a recusa em consultar o histórico legislativo; 7) cautela em relação às ideias de propósito legislativo – interpretação teleológica – e “vontade do legislador”; 8) relutância em invocar argumentos de política de vários tipos, que envolvam, por exemplo, as

⁵⁸⁴ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 279. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

⁵⁸⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 201.

consequências de uma ou outra abordagem; 9) atenção aos cânones interpretativos que ajudem a limitar a discricionariedade judicial.⁵⁸⁶

Sunstein pontifica que, ao minimizar as fontes extratextuais, o formalismo moderno nega aos Juízes quatro poderes relevantes: fazer exceções ao texto, mesmo quando tais exceções pareçam sensatas ou necessárias; permitir que o significado mude com o decorrer do tempo; invocar “cânones” interpretativos para levar as leis em direções preferenciais e invocar os propósitos do legislador para pressionar em certas direções os textos ambíguos. Na academia Frederick Schauer é um proeminente defensor do formalismo e na Suprema Corte Americana o Juiz Scalia era seu defensor entusiasta.⁵⁸⁷

O antiformalista moderno, por outro lado, tende a insistir que a interpretação requer ou permite o recurso a fontes extratextuais. Ele está menos preocupado com a discricionariedade nos casos particulares e está mais preocupado em evitar os tipos de rigidez que podem acarretar injustiças e erros. Os antiformalistas defendem que os Juízes invoquem legitimamente propósitos ou princípios de fundo de diversos matizes, para guiar a legislação ou os contratos no que parecem ser decisões sensatas. Ronald Dworkin era um proeminente antiformalista e na Suprema Corte Americana o Juiz Stephen Breyer, agora aposentado, era um defensor do antiformalismo.⁵⁸⁸

Para Cass Sunstein, a verdadeira questão relativamente ao formalismo moderno é qual o grau de formalismo deve ser aplicado mais do que aplicar ou não o formalismo. É difícil encontrar quem acredite que os cânones interpretativos não tenham um lugar legítimo na interpretação, ou que pense que o sentido literal dos textos deva ser sempre aplicado, não importando quão absurdo ou indesejado seja o resultado. Por outro lado, nenhum antiformalista defende que Juízes devem empenhar-se numa ponderação *ad hoc* de todas as considerações envolvidas na interpretação. Nenhum formalista sensato afirma ter oferecido uma teoria completa sobre a aplicação do direito, assim como não deveria negar que princípios de fundo estão por todo lado.

⁵⁸⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 219.

⁵⁸⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 201.

⁵⁸⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 204/205.

A linguagem não tem significado sem tais princípios e, assim, o formalismo somente se torna um projeto factível quando há um acordo sobre o conteúdo dos princípios governantes. O objetivo formalista, então, é desenvolver estratégias interpretativas que levem o direito em direções mais próximas da regra, negando, assim, excessiva discricionariedade aos Juízes.⁵⁸⁹

Nesse teor, segundo o autor estadunidense, para saber se formalismo é bom, resta necessário aferir três pontos principais: a) se um judiciário formalista ou não formalista produzirá mais erros ou injustiças; b) se o legislador antecipará possíveis erros ou injustiças, se os corrigirá depois que ocorre e se o fará a um custo baixo; c) se um judiciário não formalista aumentará em muito os custos de decisão⁵⁹⁰ no processo, para os tribunais, litigantes e para aqueles que buscam aconselhamento jurídico, aumentando os custos associados à imprevisibilidade. Portanto, deve ser investigada a estratégia interpretativa que gerará custos de decisões e de erros mais baixos.⁵⁹¹

Nesse diapasão, em um sistema jurídico no qual o legislador democrático é extremamente cuidadoso e responsivo a interpretações judiciais efetuadas após a edição da lei, o formalismo pode ser bom, de forma especial se um judiciário não formalista criasse confusão e cometesse erros graves. De outro vértice, uma abordagem não formalista faria sentido em um sistema legal com um excelente judiciário e com um legislador descuidado ou desatento.⁵⁹² Portanto, a defesa de uma posição tendente ao formalismo, ou, ao contrário, tendente ao antiformalismo, dependerá da capacidade das instituições envolvidas e, em particular, da capacidade dos tribunais e legisladores. É o desacordo sobre questões empíricas fundamentais, e não sobre conceitos, que devem separar formalistas e não formalistas.⁵⁹³

Cass Sunstein obtempera que não defende, peremptoriamente, o formalismo. Aponta, no entanto, que o que pode ser chamado de “novo formalismo” é,

⁵⁸⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 205/206.

⁵⁹⁰ Os custos da decisão aqui não estão circunscritos aos custos econômicos mas devem ser entendidos em um sentido amplo.

⁵⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 207.

⁵⁹² SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 207/208.

⁵⁹³ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 208.

em verdade, uma mistura de argumentos realistas e formalistas, equivalendo à aceitação do formalismo em face dos bons efeitos que tem ou pode ter. O formalismo poderá aumentar a previsibilidade diminuindo, assim, os custos de decisão. Regras claras na aplicação do direito podem ser boas na promoção do planejamento e uma abordagem textualista das leis pode produzir maior clareza no direito. Alguns desses argumentos pragmáticos e empíricos foram lançados pelo Juiz Scalia, na defesa do significado original dos textos legais, enquanto atuava na Suprema Corte.⁵⁹⁴

Destaca-se, portanto, que o objetivo central do formalismo moderno é reduzir o fardo de decisões no caso concreto, eliminando ou ao menos reduzindo a necessidade de utilização da discricionariedade judicial, certificando-se que o direito é aplicado tão próximo da regra estabelecida quanto possível, de modo a aumentar e promover a previsibilidade e reduzir os custos dos erros, tanto para as partes quanto para os legisladores. Vê-se, então, que o formalismo poderia reduzir os custos de decisão se fosse relativamente fácil, para as pessoas em um sistema formalista, saber qual é o direito. Ele também poderia reduzir os custos dos erros se levasse a menos erros ou a erros menos danosos.⁵⁹⁵

O autor pontifica que todas essas indagações dependerão de questões empíricas. Nesse passo, suponha-se que um Juiz que rejeita o formalismo possa – a um baixo custo – formular excelentes regras supletivas, moderando a linguagem legal ou contratual de tal forma que discirna o que as partes envolvidas – no contrato ou na atividade legislativa – teriam feito. Nessa hipótese, o argumento em favor do formalismo resta enfraquecido. Se Juízes não formalistas hipoteticamente perfeitos pudessem, sem erros ou custos elevados, levar em conta todo o arcabouço jurídico para descobrir o que o Congresso realmente quis dizer com um termo legal, eles seriam muito melhor do que Juízes formalistas.⁵⁹⁶

Em sentido contrário, suponha-se que os Juízes possam gerar regras supletivas, de caráter formalista, que funcionem bem para criar bons incentivos *ex ante* para as partes do contrato ou para o legislador. Nesse caso, o argumento em favor do

⁵⁹⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 209/210.

⁵⁹⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 216/217.

⁵⁹⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 217/218.

formalismo resta fortalecido. De toda forma, mesmo que Juízes não formalistas possam chegar a boas respostas, eles provavelmente sacrificarão a previsibilidade e não conseguirão fazer com que as pessoas conheçam o direito antecipadamente. Assim, é possível apontar que uma abordagem tendencialmente formalista resta importante em disciplinas como o direito penal, empresarial e tributário. Como se pode ver, então, para saber qual dessas alternativas deve prevalecer, há de se conhecer muita coisa acerca da performance institucional provável e sobre os fatos subjacentes.⁵⁹⁷

A esse propósito, faz-se mister trazer a aceção de Cass Sunstein sobre o ponto:

“Uma importante questão empírica envolve competência relativa de juízes formalistas e não formalistas e as prováveis reações legislativas. Excelentes juízes não formalistas seriam o que de melhor pode existir. Por outro lado, juízes formalistas moderadamente competentes seriam melhores que juízes não formalistas incompetentes, e poderiam até ser melhores que juízes não formalistas moderadamente competentes.”⁵⁹⁸

No que tange ao formalismo no âmbito do direito constitucional norte-americano, Sunstein aponta que os antiformalistas lembram que o texto constitucional possui muitas indeterminações (argumento sobre custos de decisões) e também que o formalismo constitucional resultaria em uma categoria inaceitavelmente estreita de direitos constitucionais (argumento sobre custo de erros). Por outro prisma, o Juiz Scalia (um formalista), por exemplo, defendia que o uso da compreensão original do texto simplificaria a investigação constitucional (argumento sobre redução de custos). Ele também apontava ser mais provável que a estrutura de direito usufruída pelos americanos restará em risco com abordagens não formalistas (argumento sobre custos de erros). Em sua visão, vazios graves na proteção de direitos devem ser preenchidos nas arenas democráticas e não na via judicial.⁵⁹⁹

Nesse ponto, o autor também defende que o fundamento empírico é relevante. O argumento em favor do formalismo no direito constitucional seria fortalecido caso fosse possível demonstrar que, quando os juízes utilizam tal método, e

⁵⁹⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 217/218.

⁵⁹⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 217/218.

⁵⁹⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 223/224.

não protegem certos direitos, o processo democrático o faz. O argumento contra o formalismo, de sua vez, seria fortalecido se o oposto pudesse ser demonstrado. Muitos debates sobre *Roe v. Wade* giram em torno dessa questão.⁶⁰⁰

Nessa toada, sendo iguais os demais fatores, Sunstein aponta ser provável que o formalismo predomine em Democracias que tenham um legislador competente e altamente responsivo e, por outro prisma, abordagens menos formalistas predominem em Democracias nas quais o legislador é incompetente, desatento, ou ambos. Se os legisladores forem altamente responsivos e se Juízes antiformalistas produzirem imprevisibilidade e arbitrariedade, então a defesa do formalismo é bastante fortalecida. Exemplificativamente, o direito inglês é mais legalista e formalista que o direito americano e o Parlamento britânico é menos propenso a delegar autoridade discricionária aos Juízes. Além disso, Juízes ingleses tendem a tratar as leis como regras, recusando investigar se a aplicação da lei faz sentido como uma questão de política ou de princípio. Na Inglaterra, a criação e a interpretação do direito são bem mais rígidas comparativamente aos Estados Unidos, onde os Juízes estão propensos a evitar o formalismo.⁶⁰¹

Por conseguinte, no tocante à legitimidade e à Democracia, alguns defendem o formalismo calcados em fundamentos empíricos, apontando que as abordagens formalistas derivam da correta teoria sobre legitimidade política. Os textualistas, por exemplo, aduzem que a teoria de legitimidade fundamental dos Estados Unidos é a contratualista. Assim, dizem eles, sem algum tipo de abordagem formalista, um grupo de juristas poderia mudar os termos do acordo através de posturas não formalistas, em nome de uma Sociedade que não os indicou para tal desiderato. Portanto, os Juízes somente devem ser obedecidos quando aderem à Constituição de uma forma formalista, porquanto os vivos devem decidir por meio de eleições e “nada bate o textualismo num tribunal, pois nada mais é capaz de sustentar um veto judicial”, dizem seus defensores.⁶⁰²

⁶⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p.224.

⁶⁰¹ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 225.

⁶⁰² SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 230.

Para Cass Sunstein, no entanto, esses argumentos falham em mostrar que a ideia de legitimidade sustenta o textualismo, visto que os que buscam invocar intenções, considerações de equidade, cânones interpretativos ou compreensões sociais em evolução amplamente aceitas, também podem reivindicar o argumento da legitimidade política. Não há como saber quem está certo ou errado sem saber mais sobre a performance institucional. No caso estadunidense, por exemplo, os signatários da Constituição estão há muito tempo mortos e aduzir que os Juízes não formalistas estão descumprindo o “acordo” original parece não mais que uma metáfora.⁶⁰³ Isto posto, a ideia de autogoverno democrático parece não justificar, sozinha, o formalismo. Muitos antiformalistas são também entusiastas da Democracia, invocando o histórico legislativo e pontificando que os Juízes deveriam consultar a vontade dos representantes do povo, ao invés de dicionários ou seus próprios julgamentos, para determinar o sentido dos termos constitucionais abertos. Isso também não significa que estejam, peremptoriamente, certos.⁶⁰⁴

Em síntese, para Cass Sunstein, tudo depende de descobertas sobre as capacidades e performances empíricas institucionais para que se possa falar que uma abordagem formalista seria mais legítima ou, ao contrário, que uma abordagem não formalista seria mais justa e defensável. O formalismo é mais bem defendido se: a) sob o regime formalista os legisladores forem mais responsivos aos incentivos criados pelo formalismo para agir bem antes do fato e para corrigir erros depois do fato; b) os legisladores responderem a um regime não formalista legislando com desleixo e delegando poderes ao Judiciário; c) um Judiciário não formalista crie erros graves, injustiças e incertezas consideráveis, com altos custos dentro do sistema jurídico e na prática do dia a dia, tendo em vista que as pessoas não saberão como guiar seus negócios.⁶⁰⁵

De seu turno, os não formalistas negarão essas assertivas, apontando que a interpretação formalista não diminuirá os custos de erro das decisões. Eles apontam que, no tipo de jurisdição que defendem, não é provável que os Juízes

⁶⁰³ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 230/231.

⁶⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 231.

⁶⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 234/235.

cometam erros graves, criem aumentos significativos de imprevisibilidade e que os legisladores não serão responsivos aos métodos formalistas. Para Cass Sunstein, pois, as respostas a tais questões dependem de dados empíricos e podem variar entre diferentes nações e diferentes matérias.⁶⁰⁶

2.9 O JUIZ NA DEMOCRACIA EM ANTOINE GARAPON

Antoine Garapon,⁶⁰⁷ Juiz francês, Professor e filósofo, analisa em profundidade a influência crescente que a justiça exerce sobre a vida coletiva francesa – o que também acontece no Brasil - e a crise de legitimidade existente relativamente às instituições que exercem alguma forma de autoridade, nos países democráticos. A ideia geral de Garapon é uma crítica e uma proposta corretiva da justiça e da Democracia.⁶⁰⁸

O autor denota uma inversão de posições entre a política e o Judiciário, elaborando um duplo diagnóstico do declínio da política e do crescimento do mundo jurídico, sendo que a Sociedade se remete aos Juízes em face do desamparo que encontra na política representativa. O aumento exacerbado da busca pela justiça, na Sociedade hodierna, faz com que nada mais escape ao controle do Poder Judiciário, em verdadeira judicialização de quase todos os conflitos sociais. O Juiz, assim, tornou-se um verdadeiro árbitro dos costumes e da moralidade, o “guardião de promessas” da modernidade, em um crescente controle da vida coletiva pela justiça.⁶⁰⁹ A jurisdição converte-se, assim, no último disciplinador de uma Sociedade em vias de desintegração - decepcionada com seus regimes institucionais clássicos - assim como em última instância moral no momento em que a religião desaparece do horizonte democrático, convertendo-se a justiça no último palco de esperança de uma Sociedade carente de projetos.⁶¹⁰

Esse aumento de poder da justiça mascara dois fenômenos,

⁶⁰⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 234/235.

⁶⁰⁷ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁶⁰⁸ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.12.

⁶⁰⁹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.24.

⁶¹⁰ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.173/174.

aparentemente diferentes e contraditórios, mas cujos efeitos são convergentes: o enfraquecimento do Estado, sobre a pressão do mercado, e o desmoronamento simbólico do homem e da Sociedade democrática. Com a “derrubada do homem democrático” há uma verdadeira reviravolta da vida política, onde a justiça é vista como o último refúgio de um ideal democrático desiludido. Nesse passo, o prestígio contemporâneo do Juiz procede menos de uma escolha deliberada e mais de uma reação de defesa que decorre de quatro derrocadas: política, simbólica, psíquica e normativa.⁶¹¹

O aparente sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado, dentre outros fatores, pelo crescente desinteresse e pela perda do espírito público. A justiça é acionada na busca da compensação desse “déficit democrático”, tornando-se um espaço de “exigibilidade da democracia”. Ela oferece, potencialmente, aos cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes e de intimá-los a respeitar as promessas contidas nas leis e nas Constituições. O Juiz é chamado a socorrer uma Democracia na qual:

“um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curso prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”.⁶¹²

O Juiz, então, surge como um recurso contra a implosão das Sociedades democráticas que não conseguem administrar a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado de suas referências e da identidade estrutural de sua personalidade, procura na justiça a solução para o seu mal-estar civilizatório. Com efeito, o acentuado individualismo, mote da vida atual, contribuiu para que a justiça fosse eleita como a solução para os problemas da Sociedade, acarretando uma explosão de demandas. Os Juízes, assim, são os últimos a preencher uma função de autoridade e a justiça acaba, erroneamente, sendo apontada como o remédio para apaziguar o sofrimento do homem moderno, passando a ser vista como a solução para todos os males, deixando os Juízes atônitos diante de

⁶¹¹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.26.

⁶¹² GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.47/48.

um papel para o qual não foram e não estão preparados.⁶¹³

Portanto, na pessoa do Juiz, a Sociedade não busca apenas o papel do árbitro ou do jurista, mas, verdadeiramente, o de um conciliador, pacificador das relações sociais e até mesmo de animador de uma política pública. O Juiz torna-se uma referência para o indivíduo perdido, isolado e sem raízes – típico de nossas atuais Sociedades – que procura no mundo jurídico seu último resquício de identidade. Chama-se a justiça no intuito de “apaziguar o mal estar do indivíduo sofredor menor”. Para responder a esse chamado a justiça passa ao exercício de uma nova função que Garapon denomina de magistratura do sujeito. Trata-se de uma demanda inédita de justiça das Sociedades modernas, tanto qualitativa quanto quantitativa. Cuida-se de “uma demanda de massa e de uma demanda maciça”.⁶¹⁴⁶¹⁵

A justiça, nessa quadra, é chamada a multiplicar suas intervenções (demanda quantitativa) e, além disso, é demandada relativamente a dilemas morais difíceis, como os relativos à bioética ou à eutanásia (demanda qualitativa). A instabilidade dos laços familiares, a mobilidade profissional, a diversidade cultural, modificaram a demanda de justiça e o direito converte-se na última instância da moral comum em uma Sociedade desprovida dela. A justiça é solicitada a remediar prejuízos resultantes do enfraquecimento dos vínculos sociais na população marginalizada, vendo-se, pois, intimada a tomar decisões “em uma democracia preocupada e desencantada”.⁶¹⁶

Nesse sentido, o Ativismo Judicial, para Garapon, deve ser compreendido como relacionado a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das facetas. Não se trata de uma transferência de soberania para o Juiz, mas, sobretudo, de uma transformação da própria Democracia. O espaço simbólico da Democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. A grande popularidade dos Juízes está diretamente ligada com uma nova expectativa política, na qual os Juízes se sagraram heróis, em uma nova concepção de Democracia. A origem desse movimento se encontra mais no investimento do direito no imaginário democrático do

⁶¹³ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.26/27.

⁶¹⁴ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.24.

⁶¹⁵ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.139.

⁶¹⁶ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.139.

que no próprio direito. O direito, pois, converteu-se em uma nova linguagem por meio da qual são formuladas as demandas políticas, em detrimento de um Estado inativo e de um cidadão politicamente desiludido. Essa Sociedade despolitizada “levará os homens a um novo estado natural, através desse *rousseauísmo* invertido”.⁶¹⁷

Para o magistrado francês, entretanto, esse excesso de intervenção do direito no tecido social pode enfraquecer a Democracia visto que a justiça não pode substituir ou se colocar no lugar da política. Efetivamente, assim o fazendo, abre espaço para uma “tirania das minorias”, assim como para uma espécie de crise de identidade. O mau uso do direito, portanto, é tão ameaçador para a Democracia, quanto a falta do próprio direito, e o excessivo entusiasmo relativamente à justiça pode conduzir a um impasse, voltando-se contra a própria justiça. É que a transferência irracional de todas as frustrações modernas para o Poder Judiciário volta-se contra a própria justiça e a invocação indiscriminada de direitos tem como efeito submeter ao controle judicial um amplo espectro da vida social, privando o indivíduo de exercer, ele próprio, o controle de suas escolhas e de sua própria liberdade.⁶¹⁸

“Governo de juízes, ativismo jurídico, protagonismo jurídico, tentação de uma justiça redentora”, são as palavras que designam, para Garapon, os novos perigos que a Justiça pode trazer para Democracia, na medida em que o “governo de juízes” implicaria em um engessamento social de reformas pretendidas pela maioria, com a desvalorização do papel do cidadão. O Ativismo Judicial evidencia-se quando “entre muitas soluções possíveis, a escolha do Juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la”.⁶¹⁹

Assim sendo, o Juiz faz com que a Democracia corra o risco do ativismo ao criar um direito pretoriano ou, por outro lado, um risco de imobilismo, impedindo reformas requeridas pelas maiorias. Em ambos os casos há um menoscabo à segurança jurídica, porquanto a jurisdição não possui os meios para legislar e não pode substituir as manifestações inerentes à dinâmica política.⁶²⁰

⁶¹⁷ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.39.

⁶¹⁸ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.53.

⁶¹⁹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.55/56.

⁶²⁰ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.74.

Nesse passo:

“O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia”.⁶²¹

Garapon, entretanto, admite a insuficiência do formalismo jurídico na concretização do direito. Segundo ele, a lei constituía o principal elo do positivismo, visto que supostamente efetuava a ligação entre o ofício do Juiz e a soberania popular. O Juiz deveria, então, ser apenas “a boca da lei”. A lei, que era essencial para Separação de Poderes, não é mais suficiente para guiar o Juiz em suas decisões, devendo, assim, o julgador buscar fontes externas para fundamentar suas sentenças. A legislação não mais se confunde com o direito, não obstante ainda guarde função essencial, e não pode mais pretender, sozinha, fundamentar todo o sistema jurídico. A lei, à vista disso, torna-se um produto semi-acabado que deve ser finalizada pelo Juiz.⁶²²

O verdadeiro desafio, para Antonie Garapon, consiste em estabelecer a complementariedade entre justiça e Democracia, ou seja, os meios “para dinamização da democracia pela justiça, e não mais contra a justiça”. Para o autor, a justiça é a guardiã do direito e dos pactos anteriores aos quais todos estão conectados. Ela garante a identidade da Democracia, “entendida como uma forma que não permanece a mesma através dos tempos, mas que se mantém como uma promessa feita”. O Juiz, então, deve ser o avalista da promessa de liberdade feita por todos, bem assim deve assegurar a continuidade do sujeito de direito e da Democracia, ligando o presente ao passado. O pacto democrático é o que substitui a tradição em uma Democracia e o Juiz é o guardião da memória reforçada: “aquela das promessas que os fundadores fizeram em nossa intenção”. Nesse diapasão, a Sociedade democrática substitui a tradição pela abstração do contrato social.⁶²³⁶²⁴

Garapon defende um caráter mais simbólico da justiça e um maior

⁶²¹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.74.

⁶²² GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.41.

⁶²³ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.181/182.

⁶²⁴ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.186.

distanciamento da Democracia política. A justiça deve ser, assim, mais simbólica, descentralizada e procedimental, visto que “o mundo comum não desertou da perspectiva democrática, mas deixa de basear-se menos em valores substanciais comuns para adotar um método ou um processo”.⁶²⁵ A jurisdição não pode mais ser monopólio do Judiciário, sendo, pois, necessária e premente a desjudicialização de conflitos. A coesão social exige da justiça um novo modelo, mais descentralizado. Esse novo modelo de justiça é bem simbolizado pela “casa de justiça, que pratica a mediação civil ou penal, e a arbitragem comercial”. Ele impõe-se diante da constatada impotência do sistema judicial, que não mais consegue dar vazão, de forma eficaz, a todos os conflitos que lhe são submetidos. O Juiz não pode se responsabilizar como “instância política pacificadora de todas as relações sociais da qual deveria ser um mero garantidor e não seu efetivo promotor”.⁶²⁶

Portanto, a solução é recolocar o indivíduo no centro de gravidade da Democracia. O indivíduo deve tomar as decisões inerentes à sua vida, sem utilizar o Poder Judiciário para resolução de todos os problemas, no desiderato que a redefinição da liberdade se concretize. Migra-se, assim, de um modelo democrático calcado na lei para outro que valoriza o consentimento e o acordo, levando o indivíduo a um papel mais ativo e responsável. Esses novos espaços descentralizados da Justiça têm por escopo não apenas cuidar do indivíduo mas, para além disso, favorecer uma auto-reflexão crítica a cada uma das partes, oferecendo uma instância para deliberação e para o consenso. Para fomentar a reflexão, exsurge um terceiro imparcial que estimula a solução do conflito, determina os limites de tempo, define os objetivos, sanciona os compromissos assumidos e garante a aplicação do protocolo a todos. Nesse passo, não se chega à justiça por meio do direito ou através de critérios substanciais, mas, sim, através das formas, ou seja, do debate no processo.⁶²⁷

Para Garapon, esses novos *locus* da Justiça encenam uma forma de Democracia descentralizada, através de um direito mais adaptado à realidade social que deve, em parte, ser secretado pelas próprias partes. O Estado, pois, concebe de maneira reflexiva seu papel normativo pelo planejamento, a deliberação, a negociação coletiva, homologando o direito estabelecido pelas próprias partes. É o próprio critério

⁶²⁵ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.225.

⁶²⁶ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.186.

⁶²⁷ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.230.

de justiça que evolui para uma forma mais procedimental, cujo conteúdo moral foi estabelecido pelos participantes do processo. Essa concepção procedimental exige que o Juiz preencha um papel reflexivo e não mais dedutível, no afã de que as próprias partes sejam exigidas a definir e respeitar sua própria regra moral. Não se trata de capitulação da justiça mas de sua preocupação em assumir o afastamento de critérios substanciais de justiça, conforme almejado pela Democracia.⁶²⁸

Nessa senda, o Juiz assume na Democracia apenas o *status* de terceiro incluso, sempre responsável por seus julgamentos perante a comunidade política. A concepção de uma nova posição da justiça implica em repensar as disposições institucionais como um jogo de *checks and balances* sofisticado.⁶²⁹ Garapon aponta a necessidade de ser mantido um constante e efetivo diálogo entre todos os segmentos da Sociedade e o conjunto de instituições judiciárias e poderes políticos, no escopo de que todos se comprometam com o Estado democrático, assumindo cada qual sua parcela de responsabilidade.⁶³⁰

Para o filósofo francês, a representatividade é tão benéfica para a justiça quanto para a Democracia. Se àquela ela empresta legitimidade, a esta proporciona uma intensa experiência de cidadania. A representatividade faz com que a Democracia, usualmente centralizada e unitária, evolua para uma forma mais deliberativa, tornando a própria soberania mais compartilhada. Não é somente no direito que se encontrará a solução para crise da justiça, mas, sim, principalmente na política, que deve adaptar-se a uma nova linguagem da Democracia. Portanto, o projeto democrático que põe a justiça no eixo principal é impossível se não for acompanhado pelo retorno do político, ou seja, pela elaboração comum de um destino coletivo, a partir de novas categorias e uma nova definição de justiça social.⁶³¹⁶³²

2.9 O JUIZ NA DEMOCRACIA EM AHARON BARAK

⁶²⁸ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.237/238

⁶²⁹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.244.

⁶³⁰ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.264.

⁶³¹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.264.

⁶³² GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.269.

O Juiz da Suprema Corte Israelense Aharon Barak⁶³³ aludi não ser nem um filósofo nem cientista político, mas um magistrado da mais alta corte do seu país. Indaga, então, qual seu papel como Juiz? Aponta que o papel do Juiz é determinar a legislação pela qual a demanda diante de si deve ser decidida. Mas isso não é tudo. Existem critérios para avaliar a qualidade do trabalho do Juiz e eles não estão relacionados com os aspectos estéticos da decisão nem com o número de fontes eruditas citadas nas sentenças. “Sou um bom Juiz?” Essa é pergunta que preocupou Aharon Barak nos 26 anos de serviço prestado na Suprema Corte Israelense. A resposta é determinada pelos critérios utilizados para o desenvolvimento judicial da legislação e fornece uma base para formulação da metodologia de interpretação dos textos jurídicos.⁶³⁴

Declara o autor israelense que a era atual é a era da Democracia. Ela comemora sua vitória sobre o nazismo e o fascismo - na segunda guerra mundial - e sobre o comunismo no final do século XX. A Democracia, no entanto, não deve ser entendida apenas pela regra da maioria (Democracia Formal). Ela abrange também a Separação de Poderes, a independência do Judiciário, o Estado de Direito e a proteção aos Direitos Humanos (Democracia Substantiva). A lição histórica do holocausto é que o povo, por meio de seus representantes, pode destruir a Democracia e os direitos humanos. Desde o holocausto,⁶³⁵ aprendeu-se que os direitos humanos são o núcleo da Democracia Substantiva e parte essencial das Democracias modernas. Acaso eliminados os direitos humanos da Democracia, “a Democracia perde sua alma”. Os direitos humanos são, pois, “as jóias da coroa da democracia”.⁶³⁶ Assim, sem proteção aos direitos humanos não pode haver Democracia, e a proteção desses direitos – de cada indivíduo, de cada grupo e das

⁶³³ Hoje aposentado.

⁶³⁴ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 9/10.

⁶³⁵ Aharon Barak possui uma nota pessoal relativamente ao holocausto. Quanto tinha apenas três anos de idade iniciou a segunda guerra mundial e quando tinha cinco anos sua família e ele foram deslocados para um gueto. Aponta que estavam em um inferno. Dos trinta mil do gueto apenas alguns foram salvos. Ele foi um dos poucos sobreviventes e quase toda sua família foi assassinada. A maioria das crianças do gueto foi assassinada a tiros no meio da rua. Ele foi salvo por um milagre e pelas graças de uma família lituana. Qual a lição aprendida para Barak? Não é ódio nem desesperança sobre a natureza do homem. O Juiz israelense aponta que sua lição é a primazia do ser humano, a igualdade para todos, que todos foram feitos a imagem de Deus. Proteger a dignidade e a equidade é a estrela do norte e lhe guia em seus momentos difíceis. BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.108. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶³⁶ BARAK, Aharon. **Proporcionalidad**. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2021. p. 191.

minorias – não pode ficar somente nas mãos do Legislativo e do Executivo, que, por sua natureza, refletem a opinião das majorias.⁶³⁷

Por tudo isso, a importância do Poder Judiciário aumentou relativamente aos demais ramos estatais, desde a segunda guerra mundial, havendo forte tendência à constitucionalização da política democrática. Além disso, as pessoas cada vez mais buscam no Judiciário a solução para problemas sociais prementes e cresce a importância política do Poder Judiciário. Muitos apontam o excesso de Ativismo Judicial e que a concretização da Constituição deveria ser retirada das Cortes. Por outro lado, outros pontificam que os Tribunais são demasiadamente autocontidos e deveriam ser mais ativistas. Todas essas alegações devem ser avaliadas dentro da estrutura e do papel do Poder Judiciário dentro de uma Democracia, ou seja, o debate concerne ao que pode e o que não pode ser exigido dos Juízes, do que é legítimo ou ilegítimo na atuação judicial em uma Democracia.⁶³⁸

Todos esses dilemas surgem, em geral, nos chamados casos difíceis. Para Aharon Barak, em alguns casos, há uma margem de escolha a ser feita pelos Juízes. Esse pensamento não é fruto de delírios judiciais de grandeza nem resultado de imperialismo judicial. Ele decorre da própria incerteza inerente ao direito e a fonte dessa incerteza é fruto da linguagem, das limitações do criador do texto legal e da amplitude das regras interpretativas. O poder judicial de escolha – a discricionariedade judicial – não é absoluto, estando sempre sujeito a limitações processuais, assim como a limitações substantivas (como razoabilidade, coerência e racionalidade). Barak rejeita o formalismo jurídico quando esse defende que o Juiz deve meramente declarar a lei sem qualquer papel criativo. Aduz ser essa uma abordagem fictícia e até mesmo infantil.⁶³⁹ Insta lembrar, igualmente, que o autor israelense está delineando seus apontamentos no âmbito do sistema jurídico do *common law*. No entanto, ele afirma que suas colocações são também aplicáveis ao sistema de *civil Law*.⁶⁴⁰

Nessa esteira, aponta que os sistemas jurídicos evoluem e os Juízes também são responsáveis por essas mudanças. O significado do direito, antes e depois de um julgamento, não é o mesmo. Em um caso difícil, antes da decisão, há opções ao Juiz. Depois da decisão o significa do direito mudou e um novo direito foi

⁶³⁷ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 10/11.

⁶³⁸ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 12/13.

⁶³⁹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 13/15.

⁶⁴⁰ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p.17.

criado. A atividade judicial, portanto, envolve criação. A preocupação de Aharon Barak é com a política judicial, ou seja, com a formulação de uma abordagem sistemática - baseada em princípios - para o exercício da discricionariedade judicial em uma Democracia.⁶⁴¹ O autor afirma que sua teoria é aplicável ao Juiz do início do século XXI e não seria aplicável ao magistrado de cem anos atrás nem será mais válida para o magistrado atuante cem anos à frente. Com efeito, qualquer perspectiva sobre o papel da atuação judicial é uma função do lugar e tempo presente. É relativo, incompleto e o papel do Judiciário varia de acordo com as diferentes Democracias em diferentes épocas.⁶⁴²

Segundo o magistrado de Israel, o Juiz, em uma Democracia, deve observar duas questões principais: fazer a ponte entre o direito e a Sociedade e proteger a Constituição e a Democracia. O Juiz é encarregado de ambas as funções simultaneamente e elas, na maioria dos casos, são complementares. Durante vários períodos históricos um desses elementos teve precedência sobre o outro. Diante do reconhecimento do controle de constitucionalidade pelos Tribunais, desde a segunda guerra mundial, e a inclusão de dispositivos de proteção aos direitos humanos nas Constituições, o papel de proteção da Democracia cresceu em importância.⁶⁴³

No tocante a ponte entre o direito e a Sociedade, o Juiz é um parceiro na criação do direito e deve manter a coerência do sistema jurídico como um todo. Normas legais e princípios formam um sistema de direitos onde as diferentes partes estão intimamente ligadas e o Juiz é partícipe na criação desse sistema. O propósito do Juiz é entender a função do direito na Sociedade e ajudar para que a direito atinja seu objetivo social. Mas a lei é um organismo vivo, baseia-se em uma realidade factual e social que está em constante evolução. O Juiz, então, deve equilibrar a estabilidade com a necessidade de mudança.⁶⁴⁴⁶⁴⁵

Por conseguinte, devem ser levados em conta três elementos no desenvolvimento do direito pelo Judiciário: 1) a coerência do sistema. O desenvolvimento do direito deve manter a coerência normativa dentro do sistema

⁶⁴¹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 14/15.

⁶⁴² BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 17/18.

⁶⁴³ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy**. Harvard Law Review 16. 2002. p. 26/28. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁴⁴ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 17/18.

⁶⁴⁵ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p.11/19.

jurídico. Assim, cada decisão deve integrar-se coerentemente no quadro desse sistema. 2) os poderes e limitações da instituição do Judiciário, conforme definido dentro desse sistema. Ao fazer a ponte entre a Sociedade e o direito, o Juiz deve ter em contas as limitações do Poder Judiciário, visto que a criação judicial do direito deve ser feita esporadicamente e não sistematicamente. Mudanças legislativas amplas e abrangentes devem ser elaboradas pelo Legislativo e não pelo Judiciário. 3) a forma como seu papel é percebido. A legislação que preenche a lacuna entre o direito e a Sociedade deve ser consistente com os valores sociais básicos.⁶⁴⁶

O segundo papel do Juiz em uma Democracia consiste em proteger a Constituição e a Democracia. O Judiciário, e cada um de seus Juízes, devem salvaguardar tanto a Democracia Formal, expressa nas regras do jogo e no princípio da maioria, quanto Democracia Substantiva, como expressa nos conceitos de separação de poderes, estado de direito, princípios, independência do judiciário e direitos humanos. A Democracia não é um fato dado nem tem seu manutenção garantido. É necessário lutar pela Democracia. A suposição de que “isso não pode acontecer conosco”, segundo Barak, não pode mais ser aceita. Se a Democracia “foi prevertida e destruída na Alemanha de Kant, Beethoven e Goethe”, o mesmo pode acontecer em qualquer lugar.⁶⁴⁷⁶⁴⁸

Por conseguinte, como já exposto, a “Democracia real” abrange não apenas a supremacia do povo, por meio de representantes, ou seja, a Democracia Formal, mas, também, requisitos substantivos, abrangendo princípios como a dignidade, igualdade, tolerância e direitos humanos. Esses são direitos tão essenciais que devem ser retirados do poder da maioria. Quando há conflito interno entre os elementos formais e substantivos da Democracia o sistema deve colocar limites tanto na supremacia legislativa quanto na supremacia dos direitos humanos. Nem mesmo os direitos humanos são absolutos, visto que o direito de um indivíduo é limitado pelo direito do outro e também pelas necessidades da Sociedade. Tais restrições, estabelecida pela Constituição escrita ou pela jurisprudência, refletem a ideia de que

⁶⁴⁶ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 29/36. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁴⁷ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 19. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁴⁸ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** New Jersey: Princeton University Press. p.20/24.

“os direitos humanos não são os direitos de uma pessoa em uma ilha deserta”.^{649 650}

Para manter a verdadeira Democracia – e assegurar o equilíbrio delicado entre seus elementos formais e substanciais – uma Constituição formal é preferível. Além disso, para operar efetivamente, a Constituição deve gozar de supremacia normativa (Constituição rígida), assim como aos Juízes deve ser conferido o poder do controle de constitucionalidade. Embora não sejam premissas imprescindíveis para a existência de uma Democracia, essas condições são preferíveis para o seu bom funcionamento.⁶⁵¹ Nesse passo, os direitos humanos podem ser limitados, mas há condicionantes para referida limitação. O Juiz deve manter a integridade e um equilíbrio adequado nessa ponderação. Assim, o papel do Juiz na Democracia é manter esse balanceamento, ele deve garantir a segurança e a existência do Estado, bem como promover a realização dos direitos humanos.⁶⁵²

Ato contínuo, Aharon Barak elenca as condições interpretativas para criação judicial do direito. Denota que a discricionariedade judicial – na criação judicial do direito – é inerente ao próprio direito. Primeiramente resta necessário uma definição preliminar de discricionariedade. A discricionariedade pode ser entendida como o poder outorgado a uma pessoa com autoridade para eleger entre duas ou mais alternativas, tendo em conta que cada uma delas é lícita. Ela significa a liberdade de eleger entre duas soluções possíveis. A discricionariedade judicial, portanto, significa o poder que o direito confere aos Juízes para elegerem entre várias alternativas, cada uma das quais sendo lícita. Essa definição pressupõe que o Juiz não atuará de modo mecânico, mas que sopesará, refletirá e estudará as alternativas.⁶⁵³

Assim, para o autor, o direito sem discricionariedade é um corpo sem alma e qualquer teoria de interpretação deve ser baseada em um elemento interno de

⁶⁴⁹ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 38/40. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁵⁰ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** New Jersey: Princeton University Press. p.20/24.

⁶⁵¹ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 38/40. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁵² BARAK, Aharon. **Proporcionalidad.** Los derechos fundamentales y sus restricciones. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2021. p.191/192.

⁶⁵³ BARAK, Aharon. **Discrecionalidad judicial.** Traducción de Lucas E. Misseri e Isabel Lifante Vidal. Lima: Palestra Editores, 2021. p. 28.

discrecionalidade.⁶⁵⁴ A pergunta chave, portanto, não é se deve subsistir a discrecionalidade, mas onde uma Sociedade democrática, que seja norteadada pelo direito, deve pôr limites apropriados à discrecionalidade. A criatividade judicial faz parte da existência legal e a criação judicial de leis é tarefa, primordialmente, de uma Suprema Corte. Ocorre que os Juízes tendem a esconder sua função criativa e apontar que apenas declaram a lei. Esse é um lema comum de muitos Juízes, há muito tempo. Eles temem que a confiança pública seja afetada caso a comunidade descubra a verdade. No entanto, o Juiz de Israel pontifica que o povo tem o direito de saber como os Juízes atuam.⁶⁵⁵

Aharon Barak levanta a seguinte questão: Como a discrecionalidade judicial pode ser exercida de modo que permaneça coerente com uma Democracia fundada sobre a Separação de Poderes? A legitimidade judicial para criar o direito está no equilíbrio entre jurisdição e Democracia, de modo que o Juiz, na sua atividade criativa, consiga promover esse balanceamento. Segundo o autor, os Juízes tendem a desculpar-se de seu papel criativo principalmente devido ao seu caráter não representativo, ou seja, na sua “dificuldade contramajoritária”. No entanto, o caráter não representativo do Judiciário – e a relativa ausência de responsabilidade política – não é motivo de debilidade mas a fonte principal da força dos Juízes. As Cortes não são corpos representativos, mas, sim, corpos reflexivos que devem salvaguardar os valores básicos do sistema e da Democracia. A Democracia, assim, implica que a maioria não desconsidere os direitos das minorias, sendo, pois, um equilíbrio delicado entre a regra da maioria e os direitos individuais. Além disso, o poder criativo dos Juízes é uma decorrência do próprio sistema legislativo. As constituições contêm uma delegação da faculdade de interpretar a Constituição dos cidadãos aos Juízes e, portanto, de criar normas de desenvolvimento constitucional.⁶⁵⁶

Nessa toada, a criação judicial do direito deve expressar os valores básicos do sistema legal e esses valores são a chave para a interpretação constitucional e legal. Eles devem refletir os postulados éticos de moralidade e justiça

⁶⁵⁴ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p.146/147.

⁶⁵⁵ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.108/109. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁵⁶ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.109. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

e incluem ditames sociais relacionados à ordem pública, independência judicial, Separação de Poderes, tranquilidade pública e segurança. Estão, ainda, fundados nos conceitos de razoabilidade, tolerância, proporcionalidade, boa fé e honestidade. Incluem, também, a proteção de expectativas razoáveis e confiança nas leis. No centro desses referidos valores estão os direitos humanos – políticos, sociais e econômicos -. ⁶⁵⁷

A maior dificuldade na criação judicial do direito surge nos denominados casos difíceis, nos quais o Juiz se defronta com um conflito entre dois ou mais valores básicos. A dignidade do indivíduo pode, por exemplo, confrontar-se com a segurança do Estado; a liberdade de expressão com a ordem pública, a privacidade ou a reputação alheia; a dignidade do feto pode ser confrontada com a dignidade da mãe que não pretende levar a gravidez a termo. Os Juízes devem decidir esses conflitos, mas, muitas vezes, os sistemas legais não fornecem as ferramentas para se chegar a uma adequada solução. Muitos juristas defendem que a solução do caso deve consistir no equilíbrio entre os valores conflitantes, mas nem o sistema legal nem a filosofia possuem uma resposta à pergunta sobre qual peso deve ser assinalado a cada interesse em disputa e como deverá o Juiz equilibrar a colisão de direitos. Ponderar, equilibrar, sopesar, são apenas metáforas. A existência de discricionariedade, nesses casos, significa que não há regras de aplicação exatas sobre como pesar e equilibrar, em cada caso, os valores básicos em conflito. Isso não significa que o Juiz pode fazer o que quiser visto que não há discricionariedade absoluta. A discricionariedade absoluta dos juízes – e de qualquer funcionário público - seria o início do fim da Democracia. ⁶⁵⁸

Barak, então, aponta alguns balizamentos para criação judicial do direito e para o controle da discricionariedade. Primeiramente, **o contrapeso dos valores em conflito deve ser um processo racional**. A discricionariedade judicial deve manifestar uma razão e um mandato. O método pelo qual o Juiz pesa e equilibra é diferente do método que o legislador pesa e equilibra os mesmos valores. O processo legislativo é político, ao passo que o processo judicial é normativo. O sopesamento

⁶⁵⁷ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.109. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁵⁸ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.110. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

judicial, nos termos apontado por Ronald Dworkin, deve permanecer dentro das margens do marco normativo. O Juiz sempre estará jungido à manutenção da harmonia no interior do sistema. Exemplificativamente, um Juiz não pode em um caso aduzir que a liberdade de expressão é de grande importância (por exemplo, em um conflito entre a liberdade de expressão e a ordem pública), e, em outro, que carece de importância (por exemplo, em um conflito entre a liberdade de expressão e a reputação alheia).⁶⁵⁹

Quando o Juiz utiliza a discricionariedade, não realiza um ato único, isolado, apartado da ordem normativa existente. A discricionariedade judicial deve ser utilizada dentro do marco do sistema e deve nele se encaixar. Em geral, o crescimento do sistema legal necessita de um desenvolvimento gradual e requer uma evolução orgânica, harmoniosa e não uma revolução. Normalmente, o bom funcionamento do sistema normativo requer uma evolução lenta e gradual. Entretanto, em situações excepcionais, não se pode evitar uma guinada mais abrupta no lugar da continuidade gradual. Para Aharon Barak, *Brow v Board of Education* é um bom exemplo de uma virada necessária. Uma Suprema Corte não pode sobreviver com confiança pública se a cada semana anuncia um novo *Brow*. Por outro lado, também não sobreviverá com confiança pública se perder a oportunidade especial de proferir um *Brow*. Assim sendo, o exercício ideal da discricionariedade judicial deve passar pelo triplo exame de integração com o passado, justiça no presente e norma apropriada para o futuro.⁶⁶⁰

Um segundo ponto, consiste na necessidade **da discricionariedade judicial ser objetiva**. A ponderação dos valores deve ser objetiva e, como a objetividade tem muitos significados, é necessário apontar que, para Aharon Barak, objetividade deve ser entendida como um processo intelectual pelo qual o Juiz deve ir mais adiante de si mesmo para entender, pela perspectiva de sua comunidade, os valores sociais que deve sopesar. A decisão judicial deve refletir os valores arraigados da Sociedade, não os valores pessoais do julgador. O Juiz deve se libertar, tanto quanto possível, de suas preferências pessoais, para que sua decisão reflita o profundo consenso e os valores compartilhados pelo tecido social. A objetividade

⁶⁵⁹ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.110/111. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁶⁰ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.110/111. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

também implica na necessidade de congruência, onde casos similares sejam julgados de forma coerente com observação dos precedentes. A congruência, entretanto, não implica na abstenção absoluta de mudança, quando esta se mostrar necessária. Aqui há uma diferença entre a discricionariedade da judicatura e a discricionariedade do legislador, porquanto o legislador não possui obrigação legal de ser congruente. É através da objetividade e da congruência que o Juiz obterá a confiança pública, sendo este seu ativo mais importante. Como o Juiz não possui nem a força nem o orçamento (nem a espada nem o dinheiro), tudo que ele tem é a confiança pública. A confiança pública, entretanto, não deve ser confundida com popularidade. Ela consiste na necessidade de preservar o conhecimento público de que a discricionariedade judicial está sendo exercida objetivamente, através da aplicação imparcial do direito e de acordo com os valores fundamentais da comunidade.⁶⁶¹

Um terceiro ponto consiste na observação de que **a sentença é um elo de uma corrente**. Ao resolver um caso difícil, o Juiz deve manter um profundo respeito pela tradição, significando a tradição um sentido da história e o apreço pelo precedente. Ela significa uma fusão dos horizontes do passado com o presente, ou seja, um diálogo entre gerações. A tradição cria continuidade, como a escrita de um livro com várias entregas. Os Juízes que não mais possuem assento no tribunal escreveram os capítulos anteriores e os Juízes atuais escrevem a continuação, baseando-se, no entanto, nos capítulos passados. Assim se chega à criação judicial do direito que não possui nem princípio nem fim.⁶⁶²⁶⁶³

O quarto ponto consiste no seguinte: **a decisão judicial deve encaixar-se na estrutura geral dos sistemas institucionais governamentais**. Ao exercer a discricionariedade o Juiz faz parte do Poder Judiciário mas sua decisão deve ser compatibilizada com os conceitos fundamentais de sua área e das demais autoridades estatais. Esses conceitos fundamentais são provenientes da visão que a Sociedade possui da Democracia e da Separação de Poderes. Importante observar que a

⁶⁶¹ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.112. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁶² BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.112. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁶³ Nesse ponto a teoria de Aharon Barak é semelhante à teoria do romance em cadeia de Ronald Dworkin.

criação judicial do direito não é a única forma de criação do direito nem a mais importante. Os demais poderes também criam direito – função primordial do Poder Legislativo - e a criação judicial deve se encaixar no contexto global do sistema normativo.⁶⁶⁴

O quinto ponto aduz que **ao exercer a discricionariedade e sopesar os valores em conflito, o Juiz deve ter uma mente aberta**. Ele deve ser receptivo a novas ideias, deve ter em conta que, em uma Sociedade plural, há muitos pontos de vista e não existe uma “única resposta correta”. Um Juiz deve ser consciente da complexidade da Sociedade e do ser humano e, quando interpreta uma lei, interpreta, concomitantemente, todo sistema normativo. Durante a vida no direito, o magistrado se depara com muitas teorias conflitantes como jusnaturalismo, positivismo, feminismo, análise econômica do direito e muitas outras. Cada uma tem algo de certo e reflete diferentes aspectos da experiência humana. O Juiz deve aprender com todas elas sem tornar-se escravo de nenhuma, porquanto o ecletismo reflete melhor a complexidade da natureza humana. Qualquer teoria sobre a decisão judicial, em uma Democracia, deve considerar a possibilidade do cometimento de erros e o Juiz deve admitir seus erros. Os Juízes não devem se entrincheirar em seus preconceitos nem nas suas opiniões preconcebidas.⁶⁶⁵

Por fim, o que deve o Juiz fazer quando todos os passos apresentados falharam? Como deve decidir um caso difícil quando a racionalidade, objetividade, tradição e humildade falham a guiar o Juiz a uma resposta adequada? Para Aharon Barak, não há uma única resposta para essa questão. Diferentes Juízes têm diferentes respostas. Para o autor, nessa circunstância rara, de um caso muito difícil, deve ser permitido ao Juiz acessar a subjetividade. O Juiz não deve encurtar o caminho e ir diretamente às suas crenças subjetivas. Há um longo caminho de objetividade que deve ser percorrido. Porém, se depois de tudo, estando o longo caminho da objetividade esgotado, o Juiz deve permitir-se aplicar suas crenças subjetivas. Nesse caso, o Juiz deve ter em conta que a lei não é um fim em si mesma, mas um meio para que se atinja a ordem e os fins sociais. O escopo principal deve ser

⁶⁶⁴ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.113. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁶⁵ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.113. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

a proteção da Democracia, do processo político e dos direitos humanos. Além disso, quando todos os cânones objetivos falham, o caminho está aberto para reflexão sobre o valor mais importante, o conceito geral de justiça. A justiça, efetivamente, acompanha os Juízes através de todo o processo de solução de conflitos. No entanto, quando as considerações objetivas falham em produzir uma resposta, a justiça deve prevalecer e, nesse ponto, justiça e direito se fundem, o direito é justiça e a justiça é direito. Nesse ponto, então, a justiça faz justiça.⁶⁶⁶

Ato contínuo, Barak aponta como outro ponto importante do Juiz na Democracia o referente à Judicialização de questões políticas. Ele consiste em saber se determinada questão com relevância pode ou deve ser decidida pelo Poder Judiciário. Nesse ponto, impende apontar que – ao adotar a doutrina da não justiciabilidade de questões políticas - os Juízes identificam questões sobre as quais eles não devem tomar uma decisão, deixando-a para outros ramos do Estado. O autor aponta que não adota a posição de que o Judiciário é sempre a melhor instituição para resolver todas as questões, aceitando, assim, que certas disputas sejam decididas por outros ramos governamentais. No entanto, o Judiciário não deve abdicar de seu papel em uma Democracia meramente sob o argumento de que a decisão no caso é desconfortável ou que causará tensão com os outros poderes estatais. Essa tensão não justifica a rejeição de demandas, mas é mesmo desejável em algumas hipóteses. É que a tensão decorre, muitas vezes, da necessidade de respeito aos direitos individuais.⁶⁶⁷⁶⁶⁸

O integrante da Suprema Corte Israelense diferencia, na sequência, judicialização normativa e judicialização institucional. A judicialização normativa concentra-se na existência ou inexistência de critérios jurídico-normativos para julgar uma disputa. Visa responder a questão se existem critérios legais para solucionar determinada demanda. Para o autor, todo problema jurídico possui critérios para sua resolução, não havendo, pois, “jurisdição no vácuo”. Mesmo questões de natureza nitidamente política – como questões relativas à guerra – podem ser examinadas sob

⁶⁶⁶ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.115. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁶⁷ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy**. Harvard Law Review 16. 2002. p. 97/98. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁶⁸ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p.178/183.

o escrutínio de critérios jurídicos, como as leis internacionais de guerra, por exemplo. O fato de uma questão possuir ramificações políticas – ou mesmo elementos políticos predominantes – não significa que não possa ser resolvida por um Tribunal. Segundo sua abordagem, onde há uma norma de direito, também há critérios legais que operam a norma. Pontificar que não há critérios legais para decidir uma questão significa apenas que determina norma jurídica não se aplica ao tema em testilha, mas que outra norma pode, sim, ter incidência normativa. Assim, dizer que uma questão não é normativamente judicializável é apenas aduzir que determinada norma não se aplica àquele caso concreto.⁶⁶⁹

Esse argumento, portanto, no plano normativo, equivale a dizer que, no caso concreto, não há causa de pedir. Não é o caso, então, de apontar que a demanda não é passível de judicialização. Ao aceitar o argumento da não judicialização normativa, o Tribunal não foge à consideração da legalidade da ação questionada. Pelo contrário, adota atitude sindicando a legalidade da ação e determinando, se for o caso, sua manutenção, correção ou anulação. Assim, a doutrina da injusticiabilidade ou justiciabilidade normativa não tem existência independente.⁶⁷⁰

No que tange à judicialização institucional, ela diz respeito a saber se o Poder Judiciário é ou não o palco adequado para decidir determinada questão política. Não se trata de saber se é possível decidir a disputa de acordo com a lei em um tribunal (judicialização normativa), mas, sim, se é desejável decidir a disputa com os critérios de decisão utilizados pelo Poder Judiciário. Aharon Barak pontifica que o fato de determinado assunto ser confiado exclusivamente a um ramo do Estado não é uma permissão para que esse ramo atue contrariamente à lei ou à Constituição. Quando determinado dispositivo jurídico confere competência e autoridade a um ramo do governo, ainda assim, exige que esse ramo aja legalmente no âmbito dessa competência. Desse modo, a disposição legislativa também confere às Cortes a autoridade para interpretá-lo a fim de determinar seu âmbito de aplicação, assim como

⁶⁶⁹ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 98/101. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022. BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** New Jersey: Princeton University Press. p.146/147.

⁶⁷⁰ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 98/101. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

se a competência foi lícitamente exercida.⁶⁷¹⁶⁷²

Igualmente, também não é possível apontar que a Judicialização de questões políticas fere a Separação de Poderes. Para o magistrado, a Separação de Poderes não é uma autorização para um poder estatal violar a Constituição ou a lei. É natural que determinado ramo político leve em conta considerações políticas para sua decisão. De outra banda, também é natural que o Judiciário examine se essas considerações políticas – por mais prudentes que sejam - estão de acordo com a Constituição e com o direito globalmente considerado. Não há nada no princípio da Separação de Poderes que possa justificar a negativa de revisão judicial dos atos governamentais, qualquer que seja seu caráter ou seu conteúdo. Muito ao contrário, é a própria Separação de Poderes que determina a revisão judicial dos atos governamentais, mesmo que sejam de natureza política, pois, assim, garante que cada ramo estatal atue lícitamente em sua esfera competência, assegurando, nesse passo, o respeito à própria Separação de Poderes.⁶⁷³

Também não pode ser aceito o argumento que a doutrina da não Judicialização da Política está implícita no próprio conceito de Democracia. O plano formal da Democracia – princípio do governo da maioria – não justifica a negação de atuação judicial quando a atuação governamental contrarie a Constituição. Também o plano substantivo da Democracia não pode justificar a não justiciabilidade. A revisão judicial geralmente visa proteger o indivíduo, garantindo sua liberdade, provendo, dessa forma, a própria Democracia Substancial. Nada na Democracia autoriza que a maioria aja em detrimento dos direitos assegurados à minoria. A Democracia não é prejudicada pela atuação judicial que invalida ações de outros ramos governamentais quando atuação desses ramos é ilegal ou inconstitucional. O Judiciário não deve negar a lógica interna ou a eficiência prática de tais considerações políticas. O que o Judiciário pode e deve fazer é considerar sua legalidade. Dentro da Democracia, por

⁶⁷¹ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 101/103. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁷² BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** New Jersey: Princeton University Press. p.183/186.

⁶⁷³ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 101/103. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

consequência, o direito não é política e a política deve estar subordinada ao direito.⁶⁷⁴

Embora seja crítico da doutrina da não justiciabilidade das questões política, Aharon Barak aduz que não defende que ela não possa, em determinadas hipóteses, ser utilizada. Salienta, entretanto, que prefere indeferir uma petição por falta de causa de pedir e afastando o argumento da não justiciabilidade. A atuação judicial concentrada na (i) legalidade do ato aumenta a confiança do público no Estado e nos Juízes, permitindo que o Judiciário cumpra seu papel na Democracia.⁶⁷⁵

No que atine à relação entre o Judiciário e os demais poderes, o Juiz da Suprema Corte israelense obtempera que a tensão existente entre os poderes é uma constante e decorre dos papéis que lhes são atribuídos. O papel do Poder Judiciário é revisar as ações dos outros poderes e avaliar se estão agindo legalmente. Essa atribuição encontra oposição dos outros poderes, particularmente quando o Judiciário, por meio de suas decisões, frustra os objetivos políticos que os outros ramos perseguem. Nessa hipótese, muitos argumentam que o Poder Judiciário, que não presta contas ao povo, não deve ter o poder de frustrar a atuação dos poderes majoritários. Quanto mais importante para os demais poderes a decisão anulada, mais incisivas serão as críticas.⁶⁷⁶⁶⁷⁷

Para o autor, conforme já apontado, a tensão entre os poderes é não só natural como também desejável, visto que se as decisões do Poder Judiciário fossem sempre satisfatórias para os demais ramos do Estado ele, provavelmente, não estaria cumprindo seu papel de proteger a Democracia. Se assim o fosse, provavelmente seria levantada a suspeita de atuação subserviente do Judiciário relativamente aos demais poderes do Estado. Com efeito, o Juiz deve estar ciente da existência de tensão entre os poderes mas não deve ceder a ela. O Juiz aprende, com o tempo, a

⁶⁷⁴ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 101/103. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁷⁵ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 6. 2002. p. 101/108. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁷⁶ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 116/120. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁷⁷ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** New Jersey: Princeton University Press. p. 215/217.

conviver com a tensão e essa experiência lhe fortalece.⁶⁷⁸

Para Aharon Barak, a Democracia Substantiva tem por sustentáculo a Separação de Poderes e a Separação de Poderes é a espinha dorsal de um sistema constitucional moderno. Quando o poder é concentrado em um mesmo ramo estatal, e esse departamento cria estatutos legislativos, administra o governo e julga as disputas daí decorrentes, tem-se um governo arbitrário, inexiste liberdade e a Democracia real não pode ser perfectibilizada. É necessário pontificar, entretanto, que para o autor a Separação de Poderes não é um valor em si e não é projetada para garantir eficiência. Seu precípua objetivo é fortalecer a liberdade e impedir a concentração de poder nas mãos de um único ramo governamental. Ele não significa que – dentro de sua esfera de atuação ou competência – qualquer esfera governamental pode agir ilegalmente. Não significa, ainda, a criação de uma barreira que impeça qualquer conexão ou contato entre os poderes, mas, pelo contrário, encontra expressão na existência de um equilíbrio entre os poderes – na teoria e na prática – que possibilita independência em um contexto de supervisão recíproca.⁶⁷⁹

Nessa esteira, uma Democracia é um regime de Separação de Poderes e isso não significa que cada poder seja uma autoridade em si mesmo, sem ter em conta os demais. Isso seria prejudicial à Democracia visto que, nesse caso, significaria uma ditadura – ou um absolutismo de cada poder - em cada ramo governamental na sua própria esfera de atuação. Ao contrário, a Separação de Poderes significa que os sistema de freios e contrapesos estabelece, entre os vários ramos, não paredes mas pontes que se equilibram e se controlam. Ele significa, então, que cada um dos poderes é independente, desde que opere legalmente. Quando um poder age ilegalmente – se excede em sua autoridade ou exerce sua autoridade para fins ilegais – é papel do Poder Judiciário, como parte do princípio da Separação de Poderes, assegurar que a ação ilícita seja anulada.⁶⁸⁰

⁶⁷⁸ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 116/120. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁷⁹ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 120/124. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

⁶⁸⁰ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 120/124. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

No ponto pertinente ao Ativismo Judicial e Autocontenção, Aharon Barak assevera que os Juízes, especialmente em uma Suprema Corte, têm muita responsabilidade e deles muito se espera. Eles estão sujeitos a críticas e muitas delas giram em torno de termos como ativismo e autocontenção. Os que usam essas categorias para as críticas, em geral, não as definem, pois há muita divergência relativamente as suas respectivas definições. Essa imprecisão terminológica implica na necessidade de realizar uma análise detalhada do tema antes de responder se o Ativismo ou a Autocontenção são desejáveis. Para o autor, o modelo indica que esse par de termos – Ativismo/Autocontenção – são atinentes a processos de pensamentos e ações e não dizem respeito à qualidade das decisões. Um Juiz pode ampliar ou limitar direitos sem qualquer correlação necessária com o Ativismo e a Autocontenção. Também não é possível correlacionar Ativismo e Autocontenção com abordagens liberais ou conservadoras. De igual forma, o Ativismo não pode ser encorajado quando se é favorável ao resultado do ativismo e, logo em seguida, exigir-se Autocontenção quando o resultado não é agradável.⁶⁸¹

Nesse diapasão, o apoio ou a oposição ao Ativismo ou a Autocontenção deve ser sopesado relativamente à correlação entre os ramos dos poderes estatais e não relativamente aos seus resultados dessa relação. Para o autor, seria melhor não falar em Ativismo ou Autocontenção, porquanto essas categorias fazem parte de um diálogo caracterizado por slogans vazios e rótulos superficiais. Os danos que causam superam seus benefícios e, assim, resta melhor investigar se o Juiz ou tribunal está cumprindo seu papel em uma Democracia, realizando, então, um exame detalhado de vários aspectos da atuação do Poder Judiciário e os resultados globais por eles produzidos.⁶⁸²

Por fim, Aharon Barak aponta que é necessário rechaçar a visão de que os Juízes são representantes do povo e responsáveis perante as pessoas, tal qual o legislador. Aponta, então, que os Juízes não são representantes do povo, e seria uma tragédia se o fossem. O princípio de representação que se aplica ao Legislativo e ao Executivo não se aplica ao Judiciário. É suficiente que o Judiciário espelhe os diferentes valores que são aceitos na Sociedade, devendo atuar de acordo com uma

⁶⁸¹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 263/265.

⁶⁸² BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy**. Harvard Law Review 16. 2002. p. 126/127. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

responsabilidade que reflita sua independência e seu papel especial em uma Democracia. O Juiz deve ser sensível ao seu papel na Democracia, levando a sério as tarefas que lhes são impostas, preenchendo a lacuna entre o direito e a Sociedade, protegendo a Constituição e a Democracia, “tendo como estrela do norte” os valores e princípios da Democracia Constitucional.⁶⁸³

O próximo capítulo é dedicado a explicar as teorias que serão a base de análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, objeto principal da Tese, e essenciais para confirmação ou rejeição das hipóteses estabelecidas. As teorias referidas estão em busca do equilíbrio entre Constitucionalismo e Democracia. Elas estão inseridas em um dos novos modelos teóricos da ciência jurídica, coletivamente classificados como integrantes da corrente Pós-positivista. É diante dos novos prismas da teoria constitucional que se busca analisar as teorias Substancialista, Procedimentalista e Pragmatista da Democracia, as quais traçam os limites da jurisdição constitucional e o seu fundamento democrático. O capítulo é também dedicado à análise da Judicialização da política e das relações sociais e do Ativismo e Autocontenção Judiciais, porquanto ambos são fenômenos diretamente imbricados com as demais teorias explanadas no capítulo.

⁶⁸³ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 160/161. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

CAPÍTULO 3

A FUNÇÃO JURISDICIONAL SEGUNDO AS TEORIAS PROCEDIMENTALISTA, SUBSTANCIALISTA E PRAGMATISTA DA DEMOCRACIA

3.1 – INTRODUÇÃO

Um dos temas mais pulsantes e atuais no cenário do Direito Constitucional e da Ciência Política consiste no embate entre Substancialismo, Procedimentalismo e Pragmatismo. Ele está jungido aos limites e possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais com respeito à Separação de Poderes e à Democracia. Diz respeito, assim, às fronteiras de atuação dos poderes do Estado, em especial do Poder Judiciário.

Referidas teorias dizem respeito ao grau de dirigismo que uma Constituição pode/deve adotar em relação à implementação da pauta de direitos previstos constitucionalmente. O debate concerne, também, ao fundamento democrático da jurisdição constitucional. As perguntas pertinentes à polêmica podem ser colocadas nos seguintes termos: por que um texto elaborado em alguns casos há muito tempo – séculos no caso dos Estados Unidos da América – deveria limitar as maiorias atuais? Por que dever-se-ia transferir ao Poder Judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes eleitos pelo povo?⁶⁸⁴

Resta pertinente a síntese de Alexandre Morais da Rosa acerca do tema em testilha:

“Em linhas gerais, os substancialistas defendem a concretização dos direitos fundamentais constituídos e compartilhados pelos cidadãos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular”.⁶⁸⁵

As teorias referidas, portanto, estão em busca do equilíbrio entre Constitucionalismo e Democracia. Elas estão inseridas em um dos “novos modelos

684BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 113.

685ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.214.

teóricos da ciência jurídica, coletivamente classificados como integrantes da chamada corrente do Pós-positivismo”.⁶⁸⁶ É diante dos novos prismas da teoria constitucional que se busca analisar as teorias Substancialista, Procedimentalista e Pragmatista da Democracia, as quais traçam os limites da jurisdição constitucional e o seu fundamento democrático.⁶⁸⁷

Foi Luiz Werneck Vianna quem introduziu no Brasil a temática relativa às teorias Procedimentalista e Substancialista. O autor pontifica que o Poder Judiciário era, anteriormente, um poder periférico e encapsulado, inacessível aos leigos ou aos não iniciados, atuando distante da agenda política e dos atores sociais. Nada obstante, aponta que houve verdadeira transmutação do Poder Judiciário, que passou a ser instituição central à Democracia brasileira, tanto no plano propriamente político como no relativo à intervenção social. Nesse contexto, o Poder Judiciário começa a ser percebido como o local propício para discussão das insatisfações relativas à inércia dos demais poderes estatais, sendo, portanto, “convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião dos valores fundamentais”.⁶⁸⁸

O Poder Judiciário, então, desponta como alternativa para agregação do tecido social, bem como para adjudicação e fomento da cidadania. Em torno do Judiciário cria-se uma nova arena pública onde os procedimentos políticos de mediação cedem espaço aos judiciais. Segundo Vianna, há uma verdadeira perda da nitidez entre política e direito no âmbito da esfera pública contemporânea, havendo, pois, um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade. Isso enseja a redefinição dos papéis dos três poderes estatais, assim como suas respectivas relações. Disso deriva a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.⁶⁸⁹

No entanto, a referida transmutação do Poder Judiciário não é infensa de controvérsia, sendo exatamente acerca dessa disputa que tratam as teorias Substancialista e Procedimentalista. Com efeito, a dicotomia entre Procedimentalismo e Substancialismo é das mais importantes da teoria constitucional contemporânea. Referidas teorias, no sentido que serão na tese delineadas, dizem respeito ao papel

⁶⁸⁶ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 269.

⁶⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 119.

⁶⁸⁸ VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p.9/11.

⁶⁸⁹ VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p. 22/23.

destinado ao Poder Judiciário – e à justiça constitucional – no panorama do constitucionalismo contemporâneo.⁶⁹⁰ Ela é plasmada em dois eixos principais: acerca do papel da Constituição na Sociedade, assim como relativamente ao espaço adequado da jurisdição, mormente a constitucional.⁶⁹¹

O papel da Judicialização da Política e o comportamento dos Tribunais no plano das Sociedades democráticas são inerentes a essa classificação dicotômica.⁶⁹² Assim sendo, a função da Constituição, sua força normativa e seu grau de dirigismo irão depender da assunção de uma das teses delineadas. O debate é, como apontado, fundamental para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional.⁶⁹³ Está em pauta, na discussão, o papel dos Tribunais, da Democracia e o espaço da política nas Sociedades contemporâneas. A discussão travada, portanto, é pertinente à legitimidade do deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais. É, pois, relativamente à clivagem entre Democracia e Constituição, direito e política que surgem tais teorias. É, também, acerca da legitimidade democrática do referido deslocamento que se busca, aqui, definir e categorizar o Procedimentalismo, o Substancialismo e o Pragmatismo Jurídico.⁶⁹⁴

3.2 – A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A TEORIA PROCEDIMENTALISTA

O Procedimentalismo é capitaneado por autores como Jürgen Habermas, John Hart Ely, Antonie Garapon, Robert Alexy, Niklas Luhmann, Jeremy Waldron, dentre outros.⁶⁹⁵ Ele sustenta que o papel da Constituição é, precipuamente, definir as regras do jogo político, garantindo sua natureza democrática. Determinados direitos são pressupostos para o bom funcionamento da Democracia como, exemplificativamente, a

690 STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.150.

691 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo horizonte: Fórum. p.219.

692 BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 134.

693 STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 118.

694 STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.151.

695 STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.157.

liberdade de expressão e de associação política.⁶⁹⁶ Referida tese ganhou corpo nos últimos tempos pela crítica que faz da Judicialização da Política pelas teses Substancialistas.⁶⁹⁷

Consoante aponta Werneck Vianna, o eixo Procedimentalista defende que a efetivação dos direitos não deve ser efetuada por fora do terreno livre da Sociedade civil. A efetivação pela via judicial dos direitos sociais conduziria a uma cidadania passiva, ou de clientes, o que em nada colaboraria para uma cultura cívica, assim como para o melhoramento das instituições democráticas. A igualdade, pois, somente daria bons frutos quando acoplada a uma cidadania ativa, cujas práticas contribuíssem para o aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos. Assim, a invasão da política pelo direito – ainda que calcada na consecução da igualdade – desaguaria em perda da liberdade.⁶⁹⁸

Portanto, para o Procedimentalismo, a invasão da política pelo direito deve encontrar reparação a partir de uma política democrática que busque privilegiar a formação de uma verdadeira cidadania ativa. Com efeito, o gigantismo do Poder Judiciário contribuiria para o desestímulo de um agir orientado para fins cívicos, passando, o Juiz e o direito, a ser referência e esperança de um indivíduo socialmente desorientado e isolado.⁶⁹⁹ Para essa corrente, em que pese o reconhecimento da autonomia do direito, o caminho primordial para concretização de direitos constitucionais não deve ser lastreado por procedimentos judiciais ou de justiça constitucional. Ao menos não da forma que apontam os Substancialistas. Com efeito, a própria Sociedade deve escolher os valores primordiais que devem preencher substancialmente a Democracia. Não há valores predeterminados de uma geração à outra e tal implementação não deve ser obra do Poder Judiciário, mas, sim, efetivada mediante deliberações emanadas de diferentes frentes do tecido social pela via,

696 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo horizonte: Fórum. p.220.

697STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 119.

698VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p. 23.

699VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p. 24.

primordial, do Poder Legislativo.⁷⁰⁰

Os Procedimentalistas rejeitam posturas ativistas e de protagonismo judicial buscando métodos que restrinjam o poder dos Juízes, para que prevaleça a vontade democrática e não aquilo que denunciam como voluntarismo judicial. Eles não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas, sim como um fiscal do bom funcionamento do processo político deliberativo democrático.⁷⁰¹ Para a corrente, os resultados da concretização de direitos estão sempre abertos durante o processo deliberativo e o procedimento de afirmação dos direitos deve ser eminentemente democrático, de modo que cabe ao Poder Judiciário apenas garantir o respeito às regras do jogo. Essa concepção de Democracia, portanto, prioriza a vontade da maioria e rejeita a intervenção judicial na formação de políticas públicas.⁷⁰²

A corrente Procedimentalista pontifica, também, que os Tribunais têm dificuldades para atuar e decidir acerca de decisões sociais complexas e controversas e, assim, referidas decisões devem ser estipuladas pelos canais políticos convencionais. Tais canais seriam mais adequados e efetivos para perfectibilizar reformas sociais relativamente ao Poder Judiciário. O papel do Judiciário, então, deve ficar circunscrito a fiscalizar as regras deliberativas do sistema Democrático. Questões controvertidas sobre direitos (como aborto, eutanásia, casamento de pessoas do mesmo sexo, liberalização de drogas leves, por exemplo) devem ser decididas pelos demais poderes do Estado.⁷⁰³

O Procedimentalismo propõe um espaço público independente e paritário entre os atores sociais. Pressupõe, também, uma Corte Constitucional capaz de assegurar os direitos democráticos à participação na respectiva deliberação e não muito mais que isso. Defende que decisões substantivas pertinentes a temas

700 STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.151.

701 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 117.

702 BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 135.

703 BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 135.

controvertidos no plano moral, econômico, político e social não devem ser extraídas da interpretação da Constituição efetivada por meio de Juízes. Caberá ao povo, por meio da representação democrática, em cada momento, deliberar acerca de pautas importantes.⁷⁰⁴ Decisões acerca de temas complexos e controversos devem ser engendradas no âmbito das majorias políticas.⁷⁰⁵

Urge, ainda, apontar que o Procedimentalismo defende que os tribunais constitucionais não podem ser colocados na posição de protetores de uma ordem suprapositiva de valores.⁷⁰⁶ Como dito, Procedimentalistas e Substancialistas têm visões diferentes para o papel que deve ser exercido pela jurisdição constitucional. Para teoria Procedimentalista a Constituição é uma moldura que deve regular apenas o processo deliberativo da Sociedade, ou seja, deve preservar os canais democráticos de formação de vontade.⁷⁰⁷ Ela defende, também, um papel modesto e autocontido da jurisdição constitucional. O Poder Judiciário deve assumir uma postura minimalista, a menos que esteja jogando a defesa de algum direito pressuposto do bom funcionamento da Democracia. Nessa hipótese, seria justificável uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional.⁷⁰⁸ O Tribunal Constitucional, portanto, não deve extrair da Constituição – através da interpretação e da argumentação – direitos ou pretensões que não estejam claramente estampados no texto e decorram da clara opção política do poder constituinte. Tudo mais deve ficar ao alvedrio do legislador.⁷⁰⁹ “Daí que, na Democracia, a Corte Constitucional deve se limitar a uma compreensão procedimental da Constituição”.⁷¹⁰

O eixo analítico do Procedimentalismo, portanto, defende a cidadania ativa, devendo suas práticas levar ao aperfeiçoamento do sistema democrático. O direito,

704 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo horizonte: Fórum. p. 220.

705 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 117.

706 STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.120.

707 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 117.

708 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. 2 ed. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo horizonte: Fórum. p.220.

709 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 118.

710 WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.29.

então, deve zelar e assegurar para que todos possam intervir participativamente no processo democrático. O direito não deve invadir o campo da política, ainda que em nome da igualdade, porquanto isso levaria a perda de liberdade e ao paternalismo estatal. O incremento do controle judicial também prejudicaria o exercício efetivo da cidadania. A justiça, assim, torna-se, mais restritamente, apenas o instrumento de emancipação contra a erosão da Democracia.⁷¹¹

Luiz Werneck Viana aponta:

“Nesse modelo, em que, para a criação da lei são centrais os direitos comunicativos e de participação de uma livre e ativa cidadania, a democracia não comportaria a judicialização da política, mesmo em suas formas abrandadas, como interpretação construtivista do direito à Dworkin”.⁷¹²

John Hart Ely é um representante proeminente da corrente Procedimentalista com sua obra *Democracia e Desconfiança* de 1980.⁷¹³ Seu livro é considerado um marco histórico do constitucionalismo norte-americano, sendo a obra de direito mais citada nos Estados Unidos em todo o século XX. Ele busca reconciliar o a revisão judicial⁷¹⁴ com a Democracia. A ideia central consiste na busca de um papel para a jurisdição constitucional que não interfira com julgamentos substantivos ou escolhas morais dos legisladores. Ely busca explicar as decisões do período que analisa por meio de seu modelo procedimental de interpretação constitucional.⁷¹⁵

O autor principia por se distanciar da clássica dicotomia hermenêutica que divide o discurso constitucional norte-americano entre interpretativismo e não interpretativismo. Em breve síntese, interpretativistas defendem que a tarefa de interpretar a Constituição deve ficar restrita à aplicação das normas constitucionais expressas ou de normas que possam claramente ser inferidas do texto constitucional,

711 BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 134/135.

712 WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.28.

713 ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes.

714 Utiliza-se na presente tese a expressão “revisão judicial” como sinônimo de “controle de constitucionalidade”.

715 ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 248.

sob pena de os Juízes substituírem a vontade dos representantes eleitos pelo povo, em detrimento da Democracia e da Separação de Poderes. Assim, as Cortes devem ater-se às opções valorativas, crenças e propósitos daqueles que redigiram a Constituição, mesmo no caso dos Estados Unidos há mais de dois séculos. Por seu turno, não-interpretativistas sustentam que compete ao Judiciário uma atividade exegética mais ampla, cuja natureza construtiva não se limita à literalidade do texto constitucional, admitindo-se que a determinação concreta do conteúdo da Constituição - em especial das normas abertas e conteúdos jurídicos indeterminados – se guie por uma ordem objetiva de valores, extraída, de acordo com a vertente eleita, do direito natural, da tradição, dos costumes, da razão, do consenso, de juízos de prognose sobre o progresso ou dos princípios.⁷¹⁶

O professor de Yale aponta que a primeira corrente, a dos interpretativistas, se equivoca ao se apegar excessivamente à literalidade das normas constitucionais, visto que se desviam do espírito que a elas subjaz. A corrente compromete a Democracia, na medida em que subordina as decisões das futuras gerações aos ideais e valores que permearam o trabalho dos elaboradores da Constituição, há muito tempo mortos.⁷¹⁷ Esse seria o governo dos mortos sobre os vivos. É necessária, portanto, uma mínima limitação às gerações futuras, mantendo-se desobstruídas as vias institucionais de acesso ao poder político, garantindo que referidas gerações deliberem democraticamente acerca das normas que repute pertinentes às suas expectativas.⁷¹⁸

No que tange à segunda corrente, a dos não-interpretativistas, o autor combate suas justificativas sob o argumento principal de que a objetividade dos valores consiste em uma falácia, na medida em que as profundas divergências entre filósofos, as mudanças da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, assim como a habitual verificação de que a argumentação axiológica aponta para soluções díspares,

⁷¹⁶ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.9. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 188.

⁷¹⁷ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.15.

⁷¹⁸ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p. 9. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 188/190.

denotam, em verdade, a contingência da escolha dos valores de determinada Sociedade. Em verdade, para Ely, a história “refuta a tese de que o Judiciário ‘isento’ tem sido mais capaz de falar em nome de nossos melhores princípios morais”.⁷¹⁹ Aponta, então, que, em um Estado democrático, o conteúdo das normas constitucionais abertas não deve ser preenchido e ditado por Juízes que não são legitimados pelo voto popular. Nesse diapasão, o desenvolvimento constitucional dos Estados Unidos fortaleceu substancialmente o compromisso original com o controle do governo pela maioria dos governados. Nenhum teórico ou cidadão americano contestou seriamente a noção geral de controle majoritário, sendo que “jamais desejaram o governo de uma aristocracia, mesmo com uma roupagem moderna”.⁷²⁰

Para o autor, em uma Democracia, as escolhas valorativas devem ser operacionalizadas por representantes eleitos e não por Juízes. É que a Sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois “dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão”.⁷²¹ Os Juízes não devem ser concebidos como guardiões dos direitos naturais, de princípios morais substantivos, das tradições ou de consensos sociais. Defende, ainda, que, como regra geral, os Juízes adotem uma posição autocontida (*judicial self-restraint*). Caso as escolhas feitas pelos representantes eleitos não sejam aprovadas pelo povo, eles podem ser substituídos por outros que defendam outras opções axiológicas.⁷²² A participação no processo político teria um papel de legitimação (aprovação ou reprovação) das escolhas efetuadas por seus representantes. O grande desafio sempre foi, e continua sendo, o de criar uma ou mais maneiras de “proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”.⁷²³

⁷¹⁹ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.76.

⁷²⁰ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.11.

⁷²¹ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.79.

⁷²² ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.137.

⁷²³ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.12. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 249/250. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de

Defende Ely, igualmente, que as Constituições não devem veicular uma determinada forma de organização social, cabendo-lhes, tão somente, o delineamento da organização do Estado e a limitação dos poderes, de modo a consagrar um equitativo processo político. Não seria tarefa da Constituição, ou do direito constitucional, impor valores substanciais, mas somente estabelecer procedimentos legítimos que possibilitem que as escolhas de fundo sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo.⁷²⁴ Obtempera que, apesar do controle de constitucionalidade ter uma tradição histórica nos Estados Unidos, não é a história que deve prevalecer. Efetivamente, caso não seja possível desenvolver uma abordagem de aplicação judicial das disposições abertas da Constituição, compatível com o compromisso norte-americano com a Democracia representativa, deve-se considerar proibir os Tribunais de exercerem referida atividade.⁷²⁵

Nesse passo, propugna que o aparente paradoxo entre controle de constitucionalidade e o regime democrático pode ser dirimido, caso se entenda o primeiro como um reforço a este, na medida em que se considere a atuação do Judiciário, no particular, como a de um árbitro cuja função é zelar pela observância das “regras do jogo”, “intervindo apenas quando um time obtém vantagens indevidas”. Outra analogia efetuada pelo autor é de que o funcionamento da Suprema Corte deve ser análogo a uma orientação antitruste nos assuntos econômicos – entendida como oposta a uma orientação reguladora - onde “em vez de ditar resultados, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico”.⁷²⁶

John Hart Ely, por exemplo, considera correta a atuação da corte Warren, no seguinte diapasão:

“É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte

Janeiro: Lumen Jûris, 2018 p. 188/189. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 221/222.

⁷²⁴ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.122.

⁷²⁵ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.54.

⁷²⁶ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.136.

de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista em condições de relativa igualdade. Finalmente, houve decisões importantes que insistiram na igualdade de tratamento devida àqueles que a sociedade habitualmente não trata de maneira igual: especialmente as minorias raciais, mas também os estrangeiros, os filhos ‘ilegítimos’ e os pobres”.⁷²⁷

Ely propõe, então, uma transformação no papel da Suprema Corte de um grupo de sábios filósofos - que efetuam escolhas morais e ditam valores fundamentais – em um conjunto de guardiões da lisura e da imparcialidade dos processos democráticos de deliberação. A Corte Constitucional, então, não deve controlar os resultados do processo legislativo efetuado pelo Parlamento. Seu papel circunscreve-se em policiar a forma e as precondições da Democracia, garantindo seu bom funcionamento. Na medida em que detecta uma situação de bloqueio de acesso aos canais democráticos, o sistema não está funcionando de forma eficiente, e a Corte deve desbloqueá-lo, ainda que para isso tenha que declarar inconstitucionais atos do legislador democrático.⁷²⁸

Portanto, o Judiciário deve verificar se os caminhos de participação institucional estavam abertos a todos, assim como se a norma acoimada de inconstitucional tolhe a voz das minorias. Cabe, pois, à Corte a aferição do respeito aos direitos de participação política e às “minorias insulares”. Ao contrário da abordagem que aceita que Juízes ditem valores substantivos fundamentais, a abordagem de reforço da representatividade “dá aos juízes um papel que eles são plenamente capazes de desempenhar”, segundo o posicionamento de Ely.⁷²⁹ Admite, então, o autor, que o Judiciário declare nulos atos oriundos do parlamento para manter abertos os canais de participação política e para proteger minorias estigmatizadas, nos seguintes casos:

⁷²⁷ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.98/99.

⁷²⁸ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.182.

⁷²⁹ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.135. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 190. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 249/250.

“(1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer Uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos”.⁷³⁰

Em suma, John Hart Ely defende a limitação da revisão judicial a questões circunscritas à preservação da integridade do próprio regime democrático. O papel da jurisdição constitucional não consiste, pois, em fazer escolhas morais substantivas, mas, sim, em atuar como uma instituição de reforço à Democracia. Escolhas valorativas de fundo devem ser efetuadas pelos agentes políticos investidos pelo voto popular. Na sua visão, portanto, a Constituição é um documento de natureza procedimental, cuja essência principal é o controle e a disciplina do processo democrático.

A tensão entre Democracia e Direitos Fundamentais ou, no plano institucional, entre legislador e Juiz, também é objeto da análise do filósofo alemão Jürgen Habermas, sob a insígnia do papel e legitimidade da jurisdição constitucional. Em termos gerais, o autor alemão aceita grande parte das premissas delineadas por John Hart Ely. Habermas investiga de que maneira a interpretação constitucional pode ser operacionalizada dentro dos parâmetros da Separação de Poderes, em um Estado de Direito, de forma que não haja usurpação da competência do legislador por parte do Judiciário. Para o professor alemão, a existência de tribunais constitucionais não é autoevidente, mesmo porque tal instituição não existe em muitas ordens do Estado de Direito e, onde existem, há controvérsias acerca do seu lugar na estrutura de competências constitucionais, assim como acerca da legitimidade de suas decisões.⁷³¹

Habermas apoia-se em um conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas de validade de um juízo deliberativo devem ser deduzidas não somente da dimensão lógico-semântica da construção argumentativa, mas, também, da dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. A vida pública - e não os tribunais - seria o lugar de fala dos atores

⁷³⁰ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes. p.137.

⁷³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p. 297/298.

sociais. O cidadão é, assim, um indivíduo autônomo que expressa sua opinião e vontade no âmbito da Sociedade civil e na esfera pública. Seu paradigma requer uma prévia cultura política de liberdade, sem a qual a formação da vontade é externada de forma disfuncional.⁷³²

Nesse sentido, aponta Lenio Streck:

“Na visão da teoria do discurso sustentada por Habermas, a lógica da divisão de Poderes exige uma assimetria no cruzamento de Poderes do Estado: em sua atividade, o Executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois Poderes através do Executivo. A lógica da divisão de Poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento. *A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas*”.⁷³³

O filósofo aponta ser útil levar em conta que o reexame das decisões legislativas poderia dar-se no plano de um autocontrole do próprio Parlamento – organizado na forma de um Tribunal – institucionalizado em uma comissão parlamentar que incluía juristas especializados para tarefa. Essa autorreflexão - acerca das próprias decisões - teria a vantagem de levar o Parlamento a ficar atento, durante suas deliberações, ao conteúdo normativo dos princípios constitucionais. Esse processo institucional, interno e autorreferenciado, do controle das normas, de competência do próprio legislativo, poderia contribuir para o incremento da racionalidade do processo.⁷³⁴

É que lógica da Separação e Poderes, calcada na teoria da argumentação, sugere que o controle abstrato das normas seja operacionalizado *autorreflexivamente*, de modo idêntico ao da justiça, e que o parlamento autocontrole a própria atividade. O legislador não dispõe da competência para examinar se os Tribunais, na aplicação do direito, servem-se dos argumentos normativos que fundamentam racionalmente uma lei. De outro vértice, o controle abstrato das normas “é função indiscutível do

732BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 137.

733STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.159.

734 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p. 300.

legislador”, daí porque não ser destituído de sentido reservar referida função a um autocontrole do legislador democrático, podendo assumir feições de um processo judicial. Em síntese, para o autor, o controle abstrato de normas é função precípua do legislador e não do Judiciário. Assim, dever-se-ia reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um controle do próprio Poder Legislativo.⁷³⁵

A primeira crítica de Jürgen Habermas à jurisdição constitucional está relacionada a diferentes concepções de política e direito que determinam um espectro peculiar acerca do papel que deve ser exercido pela jurisdição constitucional. Ele busca superar a polarização entre a concepção liberal e a concepção republicana da política, no afã de explicitar a função que o Tribunal deve ter no âmbito da Democracia deliberativa. Uma segunda crítica, mais direcionada à atuação da jurisdição constitucional, – em especial ao Tribunal Constitucional alemão – diz respeito ao que Habermas denomina jurisprudência de valores, cujo aspecto metodológico principal consiste no sopesamento de princípios. Essa crítica, embora direcionada ao Tribunal Constitucional Alemão, pode ser extrapolada para outros países, inclusive para o Brasil, visto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal comumente lança mão de argumentos de valores e princípios, assim como recorre ao sopesamento ou ponderação, como forma de aplicação do direito, formas essas que são consideradas irracionais pelo filósofo alemão.⁷³⁶

O autor assevera, ato contínuo, que o Tribunal Constitucional não possui legitimidade para verificar se o conteúdo subjacente da decisão do legislador é correto ou aceitável, pois a Corte não está em um lugar neutro em face do processo político. Se assim o fizer, o Tribunal, no máximo, estará substituindo a escolha moral do legislador por outra escolha moral – também parcial – no seio de uma Sociedade pluralista. A Corte deve, então, assegurar a Democracia, garantindo a autodeterminação deliberativa da elaboração do direito. Nesse passo, sua incumbência é “utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam

⁷³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p. 301. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.160.

⁷³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p.330/354. TERRA, Marcos Nobre; Terra, Ricardo. (organizadores) **Direito e Democracia**. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p.203/204.

legitimidade”,⁷³⁷ realizando a mediação entre o ideal político republicano e a prática da política real. No plano da Separação de Poderes, é essa sua concepção do papel do direito, ou seja, um meio estabilizador da tensão entre faticidade e validade. O Tribunal Constitucional, pois, deve se limitar à tarefa de compreensão procedimental da Constituição devendo, portanto, autoconter-se na proteção da criação democrática do direito.⁷³⁸

Seu projeto é construir um sistema em que a autonomia pública e privada se aglutinem e se complementem, sendo concebidas como co-originárias. Na perspectiva habermasiana, a Democracia não se identifica como o governo das maiorias, porquanto não se circunscreve a uma forma de agregação de interesses individuais conflitantes. A Democracia é deliberativa, lastreada no diálogo social e nas interações travadas no espaço público. É o embate entre argumentos e contra-argumentos, na arena pública, que oferece racionalidade e legitima o processo decisório democrático. Ele critica “a invasão da política e da vida social pelo Direito”. Utiliza-se da teoria do discurso para interpretação da distinção entre política e do Direito, partindo da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX – em Democracias de massa dos Estados Sociais – denotam uma compreensão Procedimentalista do Direito. Para Habermas, ao Estado Democrático de Direito compete à legislação política e, aos representantes eleitos, incumbe à função central. Ele critica o gigantismo e a politização do Poder Judiciário.⁷³⁹

Nesse sentido, a jurisprudência constitucional requerida por Habermas é “aquela que impõe uma forma deliberativa de formação da vontade política”. Essa atuação da Corte deve ser operacionalizada na forma de um tutor ou fiscal do processo político, assegurando canais comunicativos procedimentalmente adequados à decisão política racional. Essa perspectiva busca compatibilizar, de modo complexo, dois aspectos da Democracia. Na perspectiva liberal, a instrumentalização da política como

⁷³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p. 340.

⁷³⁸ TERRA, Marcos Nobre; Terra, Ricardo. (organizadores) **Direito e Democracia**. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p.205/206.

⁷³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p.116/122. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.157. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 3 ed. Livraria do advogado: Porto Alegre. p.43. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 222.

esfera de intermediação de interesses e de proteção de liberdades negativas. Por outro lado, também abrange o idealismo republicano que pressupõe uma comunidade política virtuosa, direcionada à consecução do bem comum. Nesse sistema de Democracia deliberativa, então, é possível articular as condições normativas necessárias à legitimação do direito com a política real de barganhas e compromissos. O modelo procedimental habermasiano busca superar, ao mesmo tempo em que incorpora elementos, o liberalismo que afirma a prioridade dos direitos clássicos sobre os direitos políticos, e, de outro, o republicanismo que dá prioridade aos direitos políticos. Assim, “o republicanismo renovado também entende o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa”⁷⁴⁰

Habermas recusa o processo hermenêutico de aplicação de normas como valores, assim como é o enfoque do Juiz Hércules de Ronald Dworkin de “um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade.”⁷⁴¹ O autor sustenta, ainda, uma abordagem deontológica e não axiológica do direito e faz distinção relativamente a discursos de justificação e de aplicação, no que tange a interpretação das normas. Aponta que, no plano da divisão de poderes no Estado de Direito, as práticas de interpretação jurídica por parte do Judiciário, muitas vezes, lançam mão de competências verdadeiramente legislativas. É que o Tribunal Constitucional, atuando de forma a realizar valores materiais ou substanciais, dados preliminarmente no direito constitucional, estará se transformando em uma instância autoritária, sendo que no caso de colisão de direitos, as razões podem assumir “o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico ;pela compreensão deontológica de normas e princípios de direito”.⁷⁴²

Assim sendo, “em Habermas os princípios constitucionais não devem emprestar à ordem constitucional qualquer conteúdo substantivo”. Para ele não há lugar para o Ativismo ou protagonismo judicial. Com efeito, os princípios constitucionais não devem consubstanciar a ordem jurídica nenhum conteúdo de cunho substantivo

⁷⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p.341. TERRA, Marcos Nobre; Terra, Ricardo. (organizadores) **Direito e Democracia**. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p.209.

⁷⁴¹ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.158.

⁷⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p. 320/321.

por não estarem referidos a direitos materiais, mas aos procedimentos de formação da vontade, devendo, ainda, ser a todos assegurado o livre acesso aos direitos de comunicação e participação. A função do Tribunal Constitucional deve ser restrita à proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. Ele deve examinar os conteúdos normativos controvertidos - no contexto dos pressupostos comunicativos – aquilatando, tão somente, as condições procedimentais emanadas do legislador democrático. Com efeito, essa “*compreensão procedimentalista da constituição*” imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição”.⁷⁴³

O autor propõe um modelo de Democracia calcado não em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que devem assegurar a participação e a formação democrática da opinião, ancorada em uma “nação de cidadãos”.⁷⁴⁴ Ele apresenta seu ponto de vista sobre o que uma Constituição democrática deveria se tornar (basicamente um instrumento governamental capaz de erigir um regime democrático lastreado num sistema de Direitos Fundamentais que assegure a autonomia moral dos cidadãos). Outra visão da Constituição – como a que apregoa um sistema de valores fundamentais ou de compromissos básicos – seria antidemocrática, pois comprometeria as manifestações de vontade das futuras gerações. A Constituição, portanto, não pode ser uma ordem jurídica global e concreta que impõe aos cidadãos uma específica forma de vida. Pelo contrário, ela deve determinar os procedimentos políticos, no afã de assegurar a todos os participantes da vida comunitária seus respectivos direitos à autodeterminação. Somente “*as condições processuais da gênese democrática das leis*” asseguram a legitimidade do direito”.⁷⁴⁵

Em face disso, somente caberá um papel ativo ou ofensivo por parte do Judiciário na hipótese em que seja necessário garantir a legitimidade democrática dos

743 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p. 326. WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.30/33.

744STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.160.

745 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p. 325/326.

procedimentos de deliberação, os quais devem estar presentes na formação política da vontade e da opinião. Incumbe ao Tribunal, pois, ficar atento aos procedimentos e normas organizacionais dos quais dependa a eficácia legitimativa do processo democrático. Sua função é fiscalizar para que permaneçam funcionando os canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade da comunidade. Impende, ainda, salientar que Habermas reconhece que sua tese pressupõe uma cultura política de liberdade, sem a qual a formação da vontade política racional não pode ser consubstanciada.⁷⁴⁶

3.3 - A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A TEORIA SUBSTANCIALISTA

O Substancialismo, segundo Streck, é defendido por autores como Laurence Tribe, Mauro Cappelletti, Bruce Ackerman, Ronald Dworkin, entre outros, no plano internacional. No Brasil é acolhido por Paulo Bonavides, Dalmo Dallari, Fabio Konder Comparato, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau, Gilberto Bercovi, Clèmerson Clève, José Luis Bozan Moraes, Ingo Sarlet e o próprio Lenio Luiz Streck, dentre outros. Também a corrente que se convencionou denominar, no Brasil, como “constitucionalismo da efetividade”, (defendida por constitucionalistas como Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos), é considerada como defensora do Substancialismo.⁷⁴⁷

O eixo Substancialista concede aos Tribunais Constitucionais, e ao Poder Judiciário de forma geral, uma nova inserção no plano das relações entre os três poderes. Preconiza a defesa de um Poder Judiciário ativo na transformação social e guardião de princípios insertos nos Direitos Fundamentais.⁷⁴⁸ Mais do que equilibrar os demais poderes, o Judiciário é apontado como o poder que assume o papel de efetivar a vontade geral explicitada nas regras e princípios insertos nos textos constitucionais,

746 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1. p. 327. WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.30/32.

747STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo.p.157.

748BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 138.

ainda que contra eventuais maiorias.⁷⁴⁹ Consoante pontifica Werneck Vianna, para o eixo Substancialista, a criação jurisprudencial do direito, além de inevitável, seria favorável à agenda igualitária sem nenhum menoscabo à liberdade.⁷⁵⁰

Acerca da condição de possibilidade legítima do Substancialismo, aponta Luiz Werneck Vianna:

“De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a ‘substituição’ de um Estado *benfeitor* por uma justiça providencial e de molde assistencialista, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça”.⁷⁵¹

Nesse passo, o redimensionamento do papel do judiciário e a incursão do direito na política não seriam um fenômeno estranho à tradição democrática, mas, sim, verdadeira extensão da Democracia a setores pouco integrados da Sociedade a esse ideário. A perspectiva Substancialista é, pois, focada no papel de uma carta de direitos (ou dispositivos constitucionais que outorgam e protegem direitos individuais) agregada ao controle de constitucionalidade da produção normativa infraconstitucional. Parte, ainda, do pressuposto de que há um conteúdo mínimo substancial garantido nas cartas de direitos que não podem ser malferidos pelo princípio da maioria.⁷⁵²

O Substancialismo defende a legitimidade da adoção de decisões substantivas pelas Constituições e sua respectiva concreção por parte do Poder Judiciário, mormente no que concerne aos Direitos Fundamentais, independentemente

749VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p .38.

750VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p .24.

751VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p. 43.

752VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p .32.

de tais direitos estarem ligados ao bom funcionamento da Democracia, como querem os Procedimentalistas.⁷⁵³ Ele pugna que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deve assumir o papel de intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral - explícita ou implícita nos textos constitucionais - assim como nos princípios selecionados como de valor permanente nos sistemas democráticos.⁷⁵⁴

No plano da jurisdição constitucional, o Substancialismo apregoa uma postura ativa não apenas em casos que envolvam os pressupostos da Democracia, mas, também, em demandas que sejam pertinentes aos demais valores estampados nas constituições. O modelo Substancialista, então, acredita e apregoa o modelo de Constituição Dirigente, tese desenvolvida pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. A Constituição Dirigente “é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente, pois, aproxima-se da noção de constituição programática”.⁷⁵⁵ Nesse modelo constitucional, o Poder Judiciário exerce amplo papel na consolidação dos Direitos Fundamentais, implementando os direitos sociais, culturais e econômicos.⁷⁵⁶ No âmbito do dirigismo constitucional a Constituição estabelece diretivas que devem ser respeitadas, retirando da discricionariedade do legislador ordinário uma larga gama de matérias. A Constituição dirigente, pois, é eminentemente Substancialista.

Igualmente, o eixo Substancialista preconiza a defesa de um Judiciário que atue de forma ativa no afã da transformação social. O Poder Judiciário, no plano da tripartição de poderes, seria o guardião dos princípios e valores fundamentais da Democracia e também do respeito e da efetividade dos Direitos Fundamentais.⁷⁵⁷ É

753 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo horizonte: Fórum. p.220.

754 STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 3 ed. Livraria do advogado: Porto Alegre. p.47.

755 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Editora Coimbra: Coimbra. 2ª edição. p. 224.

756 Canotilho, em obras posteriores, reviu em parte a defesa do dirigismo constitucional: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 3 ed. Editora Coimbra: Coimbra.

757 BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 138.

premente para o Substancialismo a efetivação dos Direitos Fundamentais através de provimentos judiciais.

Lembra Streck que:

“O modelo Substancialista trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social {...} Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances”.⁷⁵⁸

Portanto, o Substancialismo apregoa a possibilidade e a legitimidade constitucional daquilo que tem sido denominado como judicialização da vida e da Política, de modo a concretizar os projetos traçados pelo sistema constitucional. Na vertente Substancialista, assim, é legítimo que os Juízes interfiram na determinação de políticas públicas, uma vez que, nesse caso, dar-se-á concreção às normas previstas na Constituição. Nesse diapasão, a corrente pontifica novas relações entre direito e política, mormente através da criação jurisprudencial do direito. Tal consecução seria inevitável e mesmo desejável à realização de uma agenda calcada na igualdade. Com efeito, o Substancialismo legitima a atuação judicial no âmbito das opções valorativas do neoconstitucionalismo.⁷⁵⁹ A Judicialização da política seria indicativo de que a justiça teria se tornado um ‘último refúgio de um ideal democrático desencantado’.⁷⁶⁰

Nesses termos:

“trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política”.⁷⁶¹

O Substancialismo não desacredita na Democracia representativa. No entanto, aduz que a Democracia representativa pode não estar dotada de capacidade para promover a razão e a justiça relativamente a minorias excluídas do processo de

758STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 3 ed. Livraria do advogado: Porto Alegre. p.47.

759BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 139.

760WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.25.

761WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.22.

formação da vontade geral. Isso se apresenta, de forma ainda mais premente, em Sociedades onde há grande exclusão e desigualdade social, como é o caso da brasileira. Nesses casos, há verdadeira ruptura da representação política, porquanto os grupos minoritários, excluídos e vulneráveis não têm voz no âmbito da deliberação política.⁷⁶²

Luís Roberto Barroso aponta defender o Substancialismo de longa data, tendo em vista que em um país como o Brasil – com suas respectivas condições políticas e sociais – se a Constituição não cuidar de definições em temas importantes, tais como educação, saúde e proteção ambiental, “ela se tornará um mero repositório de regras sem efetividade para a disputa do poder pela classe dominante”. Defende, ainda, que, no âmbito da interpretação e da jurisdição constitucional, incumbe ao intérprete, na medida permitida pelo texto constitucional e pela realidade social, impulsionar avanços que não foram promovidos, ou ficaram represados, no processo político majoritário. Assim, em situações excepcionais, a jurisdição constitucional deve atuar “como uma vanguarda iluminista que ajuda a empurrar a história”.⁷⁶³

Também Lenio Streck alinha-se às teorias materiais-substanciais por trabalharem com a perspectiva de que a implementação dos Direitos Fundamentais sociais substantivos “afigura-se como condição de possibilidade da própria Constituição, naquilo que representa de elo conteudístico que une política e Direito”. O professor gaúcho entende difícil sustentar as teses procedimentalistas em países como o Brasil em que grande parte dos direitos fundamentais sociais, embora previstos no texto da Constituição, continuam sem efetividade mesmo após mais de três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988. É insuficiente, então, destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelos procedimentos democráticos, consoante apregoa o paradigma Procedimentalista.⁷⁶⁴

Pontifica Streck, nessa toada:

⁷⁶² WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.33.

⁷⁶³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 59/62. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p.118.

⁷⁶⁴ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 119/120. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.157.

“Parece não restar dúvida que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar dessa discussão – traz à baila a questão da legitimidade do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão, que implica uma maior judicialização da política e não da discricionariedade judicial, já que esta última sempre deve ser observada como um problema de atuação ativista por parte do Poder Judiciário, ao ponto de causar graves prejuízos à democracia brasileira por meio de decisões voluntaristas”.⁷⁶⁵

O autor em testilha rechaça as teses de Jürgen Habermas e John Hart Ely, pois entende que o Procedimentalismo é aplicável nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos Direitos Fundamentais foram solucionados, pressupondo, assim, Sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos. Aponta que Habermas pressupõe uma comunicação sem constrangimentos ou distorções, o que seria factível somente em uma comunidade emancipada e autônoma. Além disso, o autor alemão, ao expor sua teoria, jamais se referiu a países como o Brasil, onde não existe um “espaço público livremente pactuado ao qual *todos os segmentos sociais tenham iguais possibilidades de acesso*”. Pelo contrário, o Estado brasileiro é caracterizado como um *locus* apropriado pelas elites econômicas que “*instrumentalizam o poder para servir aos seus próprios negócios, quase como se tivéssemos uma espécie de apropriação privada dos espaços públicos*”. Assim, trabalhar o texto constitucional brasileiro somente no sentido procedimental equivale a manter os direitos sociais não realizados e os direitos fundamentais, mais amplamente, não respeitados.⁷⁶⁶

De sua banda, o jurista italiano Mauro Cappelletti foi um dos pioneiros a sustentar que o Judiciário poderia contribuir para a agregação da capacidade de incorporação do sistema político, dando a grupos marginalizados – que são destituídos da capacidade de terem suas pretensões amparadas no plano da política – a oportunidade de terem suas reivindicações amparadas pelo Poder Judiciário, adotando, portanto, postura Substancialista.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 119.

⁷⁶⁶ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.167/174.

⁷⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto

O autor investiga, então, se o Juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se, por outro lado, participa da atividade legislativa, ou seja, é partícipe da criação do direito. Aduz que o verdadeiro problema não é concernente à oposição interpretação x criação do direito, mas, sim, ao grau de criatividade e aos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra do Poder Judiciário. Aponta que, ainda que sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e criatividade é inerente a toda atividade interpretativa. Todavia, isso não deve ser confundido com a total liberdade do intérprete. O Juiz, embora seja criador do direito, não é um criador completamente livre de vínculos, nem um criador com poucos vínculos tal qual o legislador. Com efeito, o Juiz possui na criação do direito certos limites tanto processuais quanto substanciais.⁷⁶⁸

O professor italiano pontifica como causas da maior atividade criativa dos Juízes, do Ativismo e do dinamismo, na atualidade, o crescente sentimento de desilusão e desconfiança em relação ao Parlamento e ao Poder Executivo. Aponta que o Poder Legislativo, em Sociedades pluralistas, compõem-se em grande parte de políticos eleitos localmente ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos específicos. Para esses políticos, as prioridades e valores são amiúde valores e prioridades locais, setoriais, corporativas ou de grupo e não de uma gama ampla da Sociedade. Eles não legislam de forma objetiva e desinteressada e terminam por fomentar distorções econômicas socialmente perniciosas e com grandes custos. Assim, é necessária grande força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, foi social e amplamente autorizada.⁷⁶⁹

Nesse passo, ao Judiciário incumbe uma de duas escolhas: 1) permanecer fiel à concepção tradicional, típica do século XIX, dos limites institucionais da função jurisdicional; 2) Elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se um “terceiro gigante”, que seja capaz de controlar o Legislativo e o Executivo. Ao optar pela primeira hipótese, o Judiciário estará confinado ao tranquilo campo das funções protetoras e repressivas, ficando circunscrito aos denominados conflitos privados (civis

Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.162.

⁷⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 13/24.

⁷⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 44/46.

ou penais). Optando pela segunda hipótese, ver-se-á emergir um Judiciário como “terceiro gigante” no jogo de forças do Estado moderno, controlando não apenas as atividades privadas dos cidadãos, mas, também, os demais poderes estatais.⁷⁷⁰

Para Cappelletti, o Poder Judiciário deve atuar consoante a segunda hipótese, visto que apresenta riscos menos graves de atuação abusiva sendo - por não possuir nem o orçamento (“bolsa”) nem a força (“espada”) -, segundo a célebre definição de Alexander Hamilton, o ramo estatal menos perigoso por sua própria natureza e estrutura. Obtempera que o ideal da estrita e clássica de Separação de Poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente fraco, confinado aos conflitos privados. Resta, pois, necessário um sistema de freios e contrapesos equilibrado – capaz de assegurar a liberdade - para que operem e coexistam um Legislativo, um Executivo e um Judiciário fortes. Portanto, a expansão do papel do Judiciário representa um necessário contrapeso, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno.⁷⁷¹ Além disso, impende apontar que a confiança na doutrina da “soberania parlamentar” restou fortemente abalada pela captura trágica do Legislativo ocorrida em países como Itália e Alemanha por regimes opressivos. Assim sendo, as disposições de Direitos Fundamentais cessam de ser “meras declamações filosóficas” quando sua proteção e concretização são confiadas aos tribunais⁷⁷²

Sustenta o autor, ainda, a possibilidade de criação jurisprudencial do direito, mobilizando a ciência política ligada ao tema da representação. Entretanto, a criação judicial do direito não pode ser equiparada à atividade legislativa, porquanto, se assim o fosse, estaria o Judiciário invadindo o feixe de atribuições próprias do Poder Legislativo. Para o jurista italiano “o bom juiz pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”. O Juiz, então, deve atuar com passividade no plano processual, atuando nos casos concretos, a partir da demanda das partes, com

⁷⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 47/54.

⁷⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 47/54.

⁷⁷² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 65/66.

imparcialidade, devendo assegurar o direito de que todas as partes sejam ouvidas, assim como deve ter um alto grau de independência relativamente às pressões externas, especialmente àquelas provenientes dos poderes políticos. São essas virtudes passivas ou limites processuais que diferenciam o processo jurisdicional do processo político.⁷⁷³

Por conseguinte, o professor italiano analisa o que considera a objeção mais forte relativamente à criação judicial do direito: a assertiva que aponta seu caráter antidemocrático em face dos Juízes não serem obrigados a prestar contas de suas decisões ao povo ou à maioria deste e a seus representantes. Mauro Cappelletti aponta alguns argumentos para refutar a objeção: 1) Dissipou-se a utopia ocidental de que os poderes políticos são plenamente capazes de alcançar o consenso dos governados, ou ao menos da maioria. Os cientistas políticos, segundo o autor, demonstraram amplamente que o Legislativo, assim como o Executivo, nunca consistiram em paradigma perfeito da Democracia representativa. O que conseguiram, em verdade, não foi a vontade da maioria, mas o compromisso entre grupos com interesses conflitantes. 2) O próprio Poder Judiciário não está inteiramente destituído de representatividade, visto que os Juízes – ao menos os de cúpula no caso do Brasil – são nomeados pelo Poder Executivo (que possui a legitimidade do voto), com a aprovação do Senado (que também possui a legitimidade do voto). 3) Os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema, na medida em que podem permitir o acesso ao processo judicial ofertando, pois, proteção a grupos que não estão em condições de obter acesso e influência no âmbito do processo político ordinário. Efetivamente, para Cappelletti, o processo jurisdicional é o mais acessível e mais participatório de todos os processos da arena pública.⁷⁷⁴

Para o autor em testilha, o verdadeiro problema da criação judicial do direito não é de legitimação abstrata, mas um problema de restrições concretas. A criatividade jurisdicional é ao mesmo tempo inevitável e legítima, desde que efetuada na justa medida. Sempre restará ao legislador a possibilidade de ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional. Dessa forma, a última palavra no processo de produção do direito, para

773 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 73/76. WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.33.

774 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 92/100.

Cappelletti, pertence sempre à vontade majoritária, tal como se expressa na legislação ordinária ou constitucional. Portanto, Mauro Cappelletti admite a resistência legislativa às decisões judiciais tanto ordinárias quanto no campo da jurisdicional constitucional – sendo, nessa última hipótese, necessária a revisão constitucional.⁷⁷⁵

Ato contínuo, importante denotar que o conceito de Democracia de Mauro Cappelletti admite a autuação contramajoritária por parte do Poder Judiciário:

“Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativo ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas”.⁷⁷⁶

A obra de Mauro Cappelletti pode ser apontada como uma defesa da expansão da criatividade judiciária nas Sociedades contemporâneas, visto que o autor articula argumentos que justificam “este grande movimento de acentuação do papel dos juízes”. A defesa da criação jurisdicional do direito – inclusive no plano da jurisdição constitucional e na proteção de direitos sociais e difusos – aponta para a adoção de uma postura Substantialista.⁷⁷⁷

3.4 A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A TEORIA PRAGMATISTA

O foco principal do presente tópico consiste na análise da Teoria Pragmatista da Democracia. Antes, entretanto, impende traçar as características gerais do pragmatismo jurídico, em especial o defendido por Richard Posner. O pragmatismo filosófico⁷⁷⁸ é uma das vertentes mais influentes do pensamento contemporâneo. Na

⁷⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 103.

⁷⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 107.

⁷⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999. p. 112 e 129.

⁷⁷⁸ “O pragmatismo rejeita as especulações filosóficas muito abstratas e desvinculadas da realidade concreta, como as da metafísica. Ele tem como características fundamentais o *antifundacionalismo*, o *contextualismo* e o *consequencialismo*. O antifundacionalismo é a rejeição da busca de qualquer fundamento último para as teorias e os argumentos. O contextualismo enfatiza a importância do contexto

filosofia, as referências mais recentes do pragmatismo remontam aos trabalhos de William James, Charles Sander Peirce e John Dewey nos Estados Unidos.⁷⁷⁹

Na teoria jurídica, o mais conhecido defensor do pragmatismo é o norte-americano Richard A. Posner, professor da *University of Chicago Law School* e Juiz do Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito da justiça federal norte-americana. Ele é também um dos expoentes da corrente denominada análise econômica do direito. É importante assinalar que Posner foca sua teoria no sistema jurídico norte-americano, vinculando-se ao paradigma consuetudinário ou jurisprudencial. Ele defende uma abordagem do direito e da política a partir do que denomina de pragmatismo cotidiano, distinto do pragmatismo filosófico, não obstante seja por este influenciado. O autor defende o pragmatismo como a melhor descrição do *ethos* judicial americano, assim como o guia para melhoria do desempenho judicial e da teoria normativa. Conforme Orlando Luiz Zanon Junior, é importante apontar a independência da corrente pragmática quanto às construções teóricas de viés positivista, Procedimentalista e Substancialista. A corrente pragmatista é antiformalista e “rejeita a possibilidade de confirmação procedimental ou substancial quanto à correção do resultado”.⁷⁸⁰

O Pragmatismo legal é experimentalista e voltado para o futuro, na medida em que se pauta nas consequências da decisão e não em conceitualismos ou generalidades. Ao contrário do formalismo, não possui um senso de dever para com o passado, mas preza pela continuidade porque ela é um valor social que promove a previsibilidade. A decisão pragmática deve ponderar os resultados possíveis, seja buscando os efeitos desejados, seja evitando os efeitos indesejáveis. Aponta para a necessidade de se preocupar com o mundo real e com as consequências práticas das decisões judiciais, mas vai além de uma decisão preocupada apenas com as consequências imediatas, porquanto deve levar em conta também os efeitos

histórico e das experiências humanas de cada sujeito nas investigações científicas ou discussões teóricas. Nesse sentido, o contextualismo se aproxima do relativismo. Já o consequencialismo preconiza que se priorizem as soluções que produzam os melhores resultados práticos.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed.. p. 231.

⁷⁷⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. p.231.

⁷⁸⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 2/3. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 338/339 e 346.

sistêmicos. No entanto, somente em casos excepcionais, as consequências sistêmicas serão controladoras da decisão, como faz o formalismo jurídico.⁷⁸¹

Apesar da ênfase nas consequências, seus defensores sustentam que não se trata de uma forma pura e simples de consequencialismo, visto que não se exige que o Juiz leve em conta todos os efeitos possíveis de sua decisão. Com efeito, é importante ao pragmatismo jurídico proteger os valores do sistema jurídico, como a Separação de Poderes e o respeito ao texto constitucional, às leis e às decisões precedentes. Posner aduz que o pragmatismo olha para frente e o formalismo jurídico olha para trás, fundamentando a legitimidade das decisões judiciais no fato de ser dedutível de uma norma ou de um princípio. É importante que os juízes - assim como outros tomadores de decisão - pensem no plano das consequências sem levar em conta a retórica do formalismo legal nem "esquentar a cabeça com a filosofia pragmática" visto que devem ser pragmatistas cotidianos.⁷⁸²

Nesse passo, a boa decisão é aquela que produz os melhores resultados, e não a que está de acordo com os textos legais ou com alguma ambiciosa teoria moral. Isso não significa, entretanto, que o direito positivo seja irrelevante para o processo de adjudicação judicial. A estabilidade e a preservação das expectativas dos indivíduos e agentes econômicos são importantes. Eles são promovidos pelo respeito às leis e aos precedentes. Nesse sentido, o pragmatismo jurídico propugna que, na maior parte dos casos, leis e precedentes devem ser observados. Somente em casos extremos o juiz tem justificativa para desconsiderar o julgamento legislativo e os precedentes. Bem por isso, declarar "guerra ao Legislativo e a tribunais de instância superior restará desestabilizador ao sistema jurídico". Sua observância, entretanto, não

⁷⁸¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.42,55 e 62/66. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. p. 231/232. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.49. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022.

⁷⁸² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.42,55 e 62/66. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. p. 231/232. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.49. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022.

decorre de um dever de respeito às decisões passadas de autoridades legítimas, mas, sim, de um cálculo de utilidade social.⁷⁸³

A racionalidade é o critério definitivo da adjudicação pragmática, na medida em que o Juiz pragmático deve proferir a decisão mais razoável possível, prezando os prós e os contras, efetuando uma análise dos custos e benefícios quanto ao futuro econômico do país, na busca da maximização da riqueza. Para Posner “não há algoritmo para infundir o equilíbrio correto entre consequências baseadas na norma jurídica e as específicas ao caso, continuidade e criatividade, longo prazo e curto prazo, sistêmica e particular, norma e padrão”. De fato “não há muito mais a dizer para o juiz com inspiração a ser pragmático do que proferir a decisão mais razoável que puder, pesando todos os prós e contras”. Nessa senda, os Juízes devem ter em conta que o fundamento da norma jurídica está correlacionado com as “vantagens que ela traz para Sociedade, e a determinação dessas vantagens depende de um juízo econômico, da ponderação de custos e benefícios”.⁷⁸⁴

O pragmatismo legal é, também, empirista, porquanto tende a atribuir mais importância aos dados da realidade do que às concepções teóricas. Segundo Posner “os pragmatistas querem um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais”. Sua objeção, no entanto, não é a toda teoria, mas às más teorias. Fatos e teorias não são opostos, são dois elementos que se unem na boa ciência social. Ele é hostil a ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial.⁷⁸⁵ Mas se a abstração for uma ferramenta da ciência empírica será bem recebida. Nesse passo, aproxima-se mais das ciências empíricas como a economia. Pragmatismo e economia parecem, em geral, relacionados devido à preocupação empírica e consequencialista que o autor denota a ambos. Aduz, na sequência que o pragmatismo, especialmente o cotidiano, é impopular entre acadêmicos do direito pelo

⁷⁸³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins fontes, 2009. p. 20. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.55. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. p. 231/232. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 341.

⁷⁸⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.50. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 349 e 355.

⁷⁸⁵ Para Posner, “os juízes não constituem uma vanguarda moral e as palavras pomposas, que usam tendem a ser rótulos para convicções baseadas em palpites e emoção.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 52.

fato de não existir nada realmente especial no raciocínio legal. Ele é “somente o raciocínio prático aplicado a uma classe específica de controvérsias e engalanado num jargão especial”.⁷⁸⁶

O Juiz pragmático, ainda, “tende a privilegiar as bases de decisão estreitas em relação a bases amplas nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal”. O magistrado, pois, necessita trabalhar com os fatos presentes que são apresentados porquanto os fatos futuros são, essencialmente, incertos e a probabilidade de erros em sua projeção é grande. Ele evita, então, generalizações prematuras, pois é esse o caminho da prudência e do empiricismo. Trabalha de dentro para fora, em estágios, a partir do caso que lhe é apresentado.⁷⁸⁷

O pragmatismo legal é antiformalista, assim como não é um suplemento ao formalismo e, nesse passo, é distinto do positivismo de Herbert Hart. Ele não se confunde com o realismo jurídico nem com os estudos jurídicos críticos. Para Posner, esses dois últimos movimentos foram intensamente políticos, ao passo que o Pragmatismo legal não possui compromissos políticos pois “o pragmatismo não tem alma”, ou seja, não tem raízes nos conceitos de justiça ou direito natural. “Baseia-se em avanços na economia, na teoria dos jogos, na ciência política e em outras disciplinas sociocientíficas, em vez de preferências e aversões políticas não examinadas, para tomar o lugar do formalismo legal”.⁷⁸⁸

Por conseguinte, a Democracia pragmática defendida por Richard Posner é derivada da teoria da Democracia do economista Joseph Alois Schumpeter – conforme analisada no primeiro capítulo - ⁷⁸⁹ a qual ele chamará de Democracia de

⁷⁸⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 58/61 e 271. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. p. 232. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.50. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022.

⁷⁸⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.47 e 62. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.51. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022.

⁷⁸⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.62/65. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 360.

⁷⁸⁹ Em síntese no primeiro capítulo ficou consignado: A teoria da Democracia de Joseph Schumpeter está inserida nesse contexto e é decorrência de sua crítica à teoria clássica da Democracia. Para o autor austríaco não é possível, nos Estados nacionais, falar tecnicamente em governo do povo. Somente na

elites, pragmática ou schumpeteriana. Por manter a política nos limites de fronteiras estreitas, a teoria de Schumpeter, segundo Posner, apresenta uma melhor descrição da Democracia real norte-americana.⁷⁹⁰

O autor aponta a existência de dois conceitos de Democracia. A Democracia do conceito 1 é denominada deliberativa e resta caracterizada por ser teórica, idealista e esperançosa. Esse conceito parte da premissa de que todo adulto tem o direito moral de participar, em iguais condições, do governo da Sociedade. Por outro lado, possuem também deveres morais: a) ter interesse nos assuntos públicos para poder participar da governança de forma inteligente; b) discutir questões políticas, com outros cidadãos com a mente aberta; c) calcar suas decisões e opiniões em uma opinião honesta, formada com base na deliberação, daquilo que é melhor para Sociedade como um todo e não aquilo que é melhor para o seu interesse particular. Este conceito é alicerçado na inteligência, tem uma mente cívica, orientada para o interesse público em vez de interesses particulares. Essa é a Democracia dos textos clássicos de Jean Jacques Rousseau e John Stuart Mill e requer que o cidadão tenha interesse, atenção e participe ativamente da política.⁷⁹¹

Por seu turno, a Democracia do conceito 2 é pragmática, caracterizada por ser realista e baseada em interesses. O conceito descreve como a Democracia

Democracia direta – em comunidades pequenas - isso seria possível. Assim sendo, a solução apresentada pelo autor consiste na substituição da expressão *governo do povo* por *governo aprovado pelo povo*, no qual ele conta com a lealdade da grande maioria de todas as classes. Portanto, “o princípio da democracia significa então simplesmente que as rédeas do governo devem ser entregues àqueles que contam com mais apoio do que qualquer um dos indivíduos ou equipes que participam da competição”. Joseph Schumpeter, pois, conceitua Democracia como uma competição pela liderança política, nos seguintes termos: “O método democrático é o sistema institucional para chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo”. Schumpeter abandona o elemento vontade e bom do povo, substituindo-o pelo papel da liderança, que não é considerado na teoria clássica. O povo não governa verdadeiramente, mas, tão somente, opta entre aceitar ou não o governo de um grupo. A Democracia, então, consiste no governo dos políticos e a legislação e a administração são um subproduto da luta pelos cargos políticos. SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017. p.366/386.

⁷⁹⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.101/102. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.59. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 343.

⁷⁹¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.101/102 e 117. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.59. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 343.

norte-americana é praticada concretamente e não como deveria ser, ou seja, não parte da moral ou política, mas da prática da Democracia real. A Democracia Pragmática “descreve um sistema de busca pelo poder político como uma competição de votos, de forma cínica e pragmática”⁷⁹² Esse conceito não tem ilusões acerca da Democracia, encarando-a como um acidente, e enxerga a política como uma competição entre políticos que visam, em verdade, os próprios interesses, construindo uma classe regente. Nesse conceito, o povo também busca seus próprios interesses e não está interessado ou bem informado acerca da política. Com efeito, a Democracia Pragmática não é autogoverno, sendo, sim, o governo por representantes oficiais que são escolhidos pelo povo. O povo não governa mas tem a prerrogativa de escolher os governantes. Se não atenderem às expectativas, os governantes serão afastados ao fim do mandato.⁷⁹³

A Democracia Pragmática, portanto, funciona como o mercado e se aproxima mais de um corretor ou empresário do que de um acadêmico. Ela é fundada nos interesses e na desigualdade de capacidades, pressupondo a existência de duas classes distintas. Os representantes são os políticos eleitos e os funcionários públicos por eles nomeados que são os governantes efetivos. Os representados são os eleitores e o processo eleitoral é tendente a alinhar os interesses dos representantes e representados, porquanto os políticos – não obstante, a princípio, persigam seus próprios interesses – têm por objetivo serem reeleitos ou não perderem o mandato. Além disso, após vencerem os pleitos, os políticos buscam convergir sua atuação governamental à opinião pública. Portanto, o papel da representatividade tem importância central na Democracia Pragmática, visto que mantém a estabilidade, evita revoltas, faz com que as pessoas trabalhem com dedicação e obedeçam às leis por se sentirem representadas.⁷⁹⁴

⁷⁹² ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 343.

⁷⁹³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de janeiro: Forense, 2010. p.111/119. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.59/62. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 343.

⁷⁹⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de janeiro: Forense, 2010. p.111/119. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.62/63. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 344.

Richard Posner considera as propostas da Democracia idealista e deliberativa (Democracia do conceito 1) utópicas e inoperáveis, uma vez que prescreve condições de conhecimento, atenção e espírito público que, em geral, as pessoas comuns não podem atender em suas respectivas vidas políticas, tendo em vista que não têm tempo nem capacidade. A Democracia deliberativa, portanto, exagera nas capacidades morais e intelectuais dos cidadãos. O autor, assim, defende a Democracia Pragmática ou elitista (Democracia do conceito 2), na qual a governança é delegada e as exigências dos eleitores são mínimas. Os eleitores são deixados livres para gastar seu tempo em suas atividades produtivas e de lazer, sem as interferências ou animosidades advindas dos debates políticos inconclusivos. A política, nesse passo, é apresentada como uma perda de tempo. Aponta, ainda, que a ênfase conferida pelos democratas deliberativos na educação, como pré-condição para a deliberação política competente, restaria sem sentido se os analfabetos fossem reconhecidos como tendo tal competência. Seria sem sentido, também, afirmar que a educação melhora a deliberação e, ao mesmo tempo, afirmar que todo mundo poderia ser igualmente instruído. Assim sendo, ao enfatizar ideais em detrimento dos interesses, a Democracia deliberativa é mais elitista do que a Democracia do conceito 2.⁷⁹⁵

Por ser pertinente ao presente trabalho, importante apontar a posição de Richard Posner acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade:

“O projeto de reconciliar a democracia com o reexame judicial conferindo, de alguma forma, ao reexame judicial uma linhagem democrática é inútil. Contudo, isso não mostra que o reexame judicial seja ilegítimo. Tudo o que mostra é que os teóricos políticos e advogados constitucionalistas estão trilhando o caminho errado na investigação sobre legitimidade. Lembre que a legitimidade é a aceitação, e aceitação é, com mais probabilidade, para ser baseada em resultados práticos – na entrega de mercadorias – do que numa exposição de motivos filosófica ou de outra forma teórica ‘convincente’. Apesar de ser impossível, com base no conhecimento existente, realmente determinar se o efeito visível do reexame judicial sobre as coisas que os americanos mais valorizam, como a liberdade e a prosperidade, tem sido positivo, o povo obviamente não se revolta contra os tribunais. Não há crise de legitimidade judicial. De forma correta ou incorreta, o povo julga os resultados do reexame judicial como sendo bom o bastante. Como os *argumentos* da defesa da legitimidade de um

⁷⁹⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.111/119 e 170. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.60/62. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022.

tribunal oligárquico num sistema democrático são fracos, parece que a legitimidade do reexame judicial não exige argumentos, mas apenas resultados, para se estabelecer”.⁷⁹⁶

Assim sendo, a resposta de Posner acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade é pragmática: ele será legítimo – independentemente do que diga a filosofia jurídico-política – desde que apresente bons resultados.

Por conseguinte, pertinente apontar a posição de Democracia Pragmática do economista indiano Amartya Sen. Ele procura analisar que tipo de raciocínio deve ser empregado para avaliar conceitos éticos e políticos, tais como os de justiça/injustiça e Democracia. Sua pretensão não é oferecer soluções teoricamente perfeitas, nem traçar modelos institucionais desenvolvidos, mas, sim, valorizar os aspectos comportamentais capazes de desenvolver uma racionalidade prática capaz de reduzir a injustiça e incrementar a Democracia. Seu foco é menos conceitual e mais pragmático. Assim, as perspectivas centradas em instituições seriam redundantes, pois identificam princípios a partir de uma situação perfeita que é faticamente inexistente.⁷⁹⁷

Nesse sentido, o que ele denomina como “institucionalismo transcendental” se concentra em acertar as instituições e perde o foco nas Sociedades reais. Existe, pois, um contraste radical entre uma concepção de justiça e de Democracia com arrimo em arranjos e uma concepção focada em realizações, visto que a última concentra-se no comportamento real das pessoas, em vez de supor que todas sigam o comportamento ideal. O foco do autor está nos comportamentos sociais – “comparação focada em realizações”- e não nas instituições utópicas, ou seja, no “institucionalismo transcendental”.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.181.

⁷⁹⁷ Sen exemplifica como teóricos contemporâneos da justiça que adotam a via institucional transcendental: John Rawls, Ronald Dworkin, David Gauthier e Robert Nozick. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.14/16 e 36/37. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 157/158.

⁷⁹⁸ Sen exemplifica como teóricos contemporâneos da justiça que adotam a via institucional transcendental: John Rawls, Ronald Dworkin, David Gauthier e Robert Nozick. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.14/16 e 36/37. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 157/158.

O professor indiano defende que a Democracia deve ser aquilatada e praticada no plano da argumentação racional pública, o que resulta em uma compreensão de Democracia como “o governo por meio do debate”, de acordo com as contribuições de John Stuart Mill. Para o autor, a Democracia precisa ser vislumbrada de forma mais genérica “quanto à capacidade de enriquecer o debate fundamentado através das melhorias da disponibilidade informacional e da factibilidade de discussões interativas”. Nessa toada, ela deve ser avaliada não apenas pelas instituições formalmente existentes, mas pelas diferentes vozes, de diversas partes da população, que efetivamente possuem direito de fala e são ouvidas.⁷⁹⁹

Nesse passo, Sen reforça a importância da discussão pública e da argumentação para o esclarecimento da ideia de justiça, advogando um debate plural e compreensivo. Obtempera que a voz das pessoas deve ser levada em conta nas discussões envolvendo justiça e Democracia, não somente porque seus interesses estão em jogo, mas, também, porque a argumentação pode incrementar o debate. A deliberação consiste na troca de pontos de vista, na ampla discussão política e no diálogo. Na busca da solução de problemas guiados pela deliberação pública, portanto, há um forte argumento para não deixar de fora as perspectivas e os argumentos apresentados pelas pessoas interessadas. Vê-se, pois, que os pontos centrais de uma compreensão mais ampla da Democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública.⁸⁰⁰

Assim sendo, a valorização da Democracia deve se efetivar pela relevância do exercício da razão pública e não pela importância intrínseca de eleições ou de votações. Com efeito, apesar da transformação conceitual da Democracia na filosofia política, a história da Democracia é comumente recontada em termos estritamente organizacionais, concentrando-se no processo de votação e eleições. Apesar de sua incontestável importância, a eficácia das votações depende, fundamentalmente, da existência e da efetividade dos direitos que lhes são correlatos como a liberdade de expressão, o acesso à informação e a liberdade de discordância.

⁷⁹⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.15. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 157/158.

⁸⁰⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.360/. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 160/162.

Em verdade, inúmeros ditadores no mundo têm obtido grandes vitórias em eleições formais.⁸⁰¹

Amartya Sen pontifica, ato contínuo, que uma das iniciativas mais importantes para promoção da argumentação pública no mundo consiste em apoiar uma imprensa livre e independente. Ela é importante por diversas razões. Promove a liberdade de expressão em geral e a liberdade de imprensa em particular para qualidade de vida dos cidadãos. A imprensa possui também um importante papel informativo, difundindo o conhecimento e permitindo a análise crítica. A liberdade dos meios de comunicação exerce, ainda, uma função protetora, na medida em que dá voz aos negligenciados e desfavorecidos o que pode contribuir para segurança humana.⁸⁰²

Em geral, os governantes vivem suas vidas isolados das misérias e mazelas das pessoas comuns. Eles podem enfrentar casos de calamidades públicas, fomes coletivas ou desastres, sem compartilhar o destino de suas vítimas. Uma imprensa livre e atuante fará com que os governantes tenham de enfrentar as críticas da opinião pública. Eles terão de pagar o preço da negligência nas eleições, o que lhes dá um forte incentivo para tomar medidas oportunas e evitar crises. A história das fomes coletivas, por exemplo, possui estreita relação com regimes autocráticos. De fato, segundo Sen, nunca houve uma grande ocorrência de fome coletiva em uma Democracia com eleições regulares, partidos de oposição, liberdade de expressão e liberdade de imprensa, mesmo em países muito pobres.⁸⁰³

Outro ponto importante que a Democracia necessita enfrentar, para o economista indiano, consiste na atuação da regra da maioria e no respeito aos direitos das minorias. Ele aduz que, para evitar a atuação de uma maioria impiedosa, que não hesita em eliminar os direitos das minorias, a formação dos valores da tolerância exsurge como fator primordial para o bom funcionamento de um sistema democrático. Aduz ser fundamental processos políticos de educação inclusiva e interativa para arrostar os fanatismos do pensamento comunal divisionista. A prática cotidiana da Democracia também ajuda a promover um maior reconhecimento e respeito das

⁸⁰¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.369/371 e 376/377.

⁸⁰² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.369/371 e 376/377.

⁸⁰³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.369/371 e 376/377.

identidades plurais dos seres humanos. Além disso, uma mídia ativa pode exercer um papel importante, apontando os problemas, dificuldades e a humanidade de determinados grupos para que sejam conhecidos e compreendidos. Será, portanto, a prática da política democrática – e não a mera existência de instituições formalmente democráticas – que estabelecerá os laços comuns de tolerância e respeito às minorias.⁸⁰⁴

Assim sendo, para Amartya Sen, o êxito da Democracia não consiste na existência das melhores estruturas institucionais que se pode conceber. Ele depende, muito mais, dos padrões de comportamento reais e do funcionamento das interações políticas e sociais. O funcionamento das instituições democráticas dependerá das atividades concretas dos agentes humanos que necessitam operar com atitudes razoáveis. As lições destas experiências empíricas, então, promoverão a efetividade da Democracia.⁸⁰⁵

3.5 – O DEBATE ENTRE RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON

O debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron consiste na discussão acerca da legitimidade democrática da revisão judicial (*judicial review* ou controle de constitucionalidade). Primeiramente, é importante lembrar que tanto Ronald Dworkin como Jeremy Waldron elaboraram seus modelos teóricos focados no sistema jurídico norte-americano, vinculando-se ao paradigma consuetudinário ou jurisprudencial.⁸⁰⁶ Os autores debatem se a revisão judicial é compatível com o ideal democrático e, se o for, em que medida. Seria legítimo, nessa toada, que Juízes não eleitos e não sujeitos a grandes responsabilizações políticas, revoguem a legislação emanada de um Legislativo eleito pelo povo?

Conforme Conrado Hübner Mendes:

“Qualquer resposta necessariamente carregará um estoque de suposições. Elas estarão conectadas, entre outras coisas, com: os significados e valores da democracia e do constitucionalismo; o papel da representação eleitoral; o esquema de prioridades entre procedimentos decisórios equitativos e resultados justos; as capacidades decisórias de

⁸⁰⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.386/389.

⁸⁰⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.386/389.

⁸⁰⁶ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 278.

Juízes e Legisladores e os valores por trás da legislação e da adjudicação; e os arranjos concretos sob discussão.”⁸⁰⁷

Ronald Dworkin está entre os substancialistas mais famosos e debatidos. Juntamente com John Rawls, Dworkin é considerado um dos expoentes do liberalismo igualitário, filosofia política que defende a liberdade aliada à defesa da igualdade material. A ênfase do liberalismo igualitário na igualdade serve para demandar que seja assegurado, a cada pessoa, os meios necessários à realização de seu projeto de vida pessoal, justificando-se medidas redistributivas. Na sua dimensão institucional, o liberalismo igualitário tende a defender a jurisdição constitucional como mecanismo importante para proteção de direitos morais em face das maiorias. Para essa corrente, o papel legítimo da jurisdição constitucional não se circunscreve à garantia da observância das regras do jogo democrático, nem à proteção dos pressupostos da Democracia, como defendem os procedimentalistas. O liberalismo igualitário, assim, propõe um papel ativo dos Juízes que devem pautar sua atuação pela defesa de princípios morais associados ao respeito das liberdades e da igualdade.⁸⁰⁸

O jusfilósofo americano promove crítica ao positivismo jurídico que consistirá precisamente no alargamento das fronteiras da ordem jurídica positiva. O filósofo busca traçar para a teoria do direito uma terceira via que supere por um lado as teses positivistas e, por outro, as teses do pragmatismo e do jusnaturalismo. Em suma, sua proposta pressupõe um metanível de princípios de justiça do qual será deduzida a solução jurídica dos casos difíceis.⁸⁰⁹

Dworkin descreve uma concepção do direito que não consiste em um sistema de regras que podem conflitar com a moral, mas, sim, como sendo ele mesmo “um ramo do galho da moralidade política que, por sua vez, brota do tronco maior da moral, segundo a imagem estrutural de uma árvore”.⁸¹⁰ Afirma que a moral política depende da interpretação e que a interpretação depende do valor. Acredita que

⁸⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 25. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁰⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.206/209.

⁸⁰⁹ BILLIER, Jean-Cassien. **História da filosofia do direito**. São Paulo: Manoele, 2005, p.419/ 428.

⁸¹⁰ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 287.

existem verdades objetivas relativamente aos valores e que a esfera da moral é a dos argumentos e não de fatos brutos. Nesse passo, para ser possível aferir se determinado fato moral é certo ou errado, como o aborto, por exemplo, tem-se de fornecer argumentos morais em favor da tese. Não há outro jeito de fazê-lo pois “os juízos morais podem ser verdadeiros ou falsos, e os argumentos morais são necessários para provar quais são o quê”.⁸¹¹ Portanto, provar os desafios filosóficos à verdade dos juízos morais são, eles próprios, teorias morais substantivas. Assim, no plano moral, a verdade é somente a que é demonstrada pelo melhor argumento.⁸¹²

No que tange à obrigação política, obtempera que ela decorre da mesma forma que outras obrigações associativas e o governo coercitivo é essencial para dignidade de todos. Para que se tenha a possibilidade de criar boas vidas e de viver bem, necessita-se da ordem e da eficiência que somente o governo coercitivo pode proporcionar. As exigências da obrigação política são fixadas pela estrutura e pela história constitucional, pelos processos relativos à legislação e, em algumas hipóteses, pela atuação do Judiciário. A obrigação política vigora quando o governo possui legitimidade e esta decorre de certas condições: depende de como o governo adquiriu seu poder e de como exerce esse poder.⁸¹³

Os governos têm a responsabilidade soberana de tratar todos os seus súditos com igual consideração e respeito e serão justos na medida em que o fizerem. Entretanto, legitimidade e justiça são categorias diferentes. O governo pode ser legítimo, caso se empenhe em prol da plena dignidade de seus cidadãos, mesmo que siga uma concepção deficiente das exigências dessa dignidade. Por sua vez, a justiça é uma questão de grau, porquanto nenhum Estado é plenamente justo, mas vários atendem em grau razoável a esta condição.⁸¹⁴

Dworkin redefine a noção de moralidade comunitária, ao afirmar que as pessoas em comunidade endossam certos princípios básicos de moralidade política, apesar de suas diferentes visões de mundo. Uma comunidade política não possui o poder moral para criar e impor obrigações e deveres em face de seus membros a

811DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 39.

812DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 9,13, 352 e 185.

813DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p 491.

814DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p 492/493.

menos que os trate com igual consideração e respeito ou, ao menos, que em seus programas de ação política, considere seus destinos como de importância igual. Urge, também, que respeite a responsabilidade de cada indivíduo por suas próprias vidas e este princípio de legitimidade é fonte dos direitos políticos. Em termos abstratos, pois, há praticamente consenso que o governo deve tratar as pessoas com igual consideração, assim como deve conceder-lhes as liberdades que necessitam para definir uma vida bem-sucedida de forma individual.⁸¹⁵

Ato contínuo, o autor elabora o conceito operacional da categoria direito jurídico, advertindo que nem todos os Estados transformam os direitos políticos em direitos constitucionais ou mesmo em direitos jurídicos ordinários:⁸¹⁶

"Um direito proclamado pelo órgão legislativo de um governo legítimo, a ser imposto a pedido dos cidadãos individuais por meio, se necessário, de uma instituição judicial, como um tribunal. Um direito jurídico pode ter a finalidade de dar efeito a um direito político preexistente".⁸¹⁷

Para Ronald Dworkin, os governantes somente são legítimos quando preenchem certos pressupostos de legitimidade procedimentais e substantivos sendo que tais conceitos devem ser propostos de forma interpretativa.⁸¹⁸ Nessa toada, aponta acerca de um governo com legitimidade procedimental e substancial:

"A correta distribuição da riqueza em bens privados e coletivos é a distribuição exigida pela obrigação da comunidade de tratar com igual consideração a vida de cada um dos seus membros. Para uma comunidade que aceita o primeiro princípio da dignidade, uma teoria da igualdade econômica é uma teoria da justiça distributiva: os dois conceitos são idênticos. Para uma comunidade que aceita o segundo princípio, qualquer concepção da liberdade deve demonstrar o devido respeito pela responsabilidade de cada pessoa de identificar e buscar o sucesso em sua própria vida. Uma concepção de liberdade inclui uma concepção dessa responsabilidade. Numa comunidade desse tipo, a distribuição do poder deve refletir ambos os princípios: as estruturas e as decisões do governo devem reconhecer tanto a igual importância dos cidadãos quanto sua responsabilidade pessoal. Uma concepção de democracia é uma concepção de como melhor enfrentar esse desafio

815DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p 504. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV 2017. p. 251.

816DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p 506.

817DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p 505.

818DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.522.

por meio das estruturas e práticas políticas. Uma vez que temos o objetivo de interpretar nossos dois princípios de modo que eles não conflitem entre si, mas se apoiem um ao outro, temos de tentar desenvolver concepções de igualdade, liberdade e democracia que também se apoiem umas às outras”.⁸¹⁹

Por conseguinte, é importante destacar que Dworkin afirma que existem direitos e princípios além das normas estabelecidas. Com efeito, “o jusfilósofo sustenta que as pessoas possuem direitos morais contra o estado, ainda que não expressamente reproduzidos na legislação ou na jurisprudência”.⁸²⁰ Pontifica que é necessária uma fusão do direito constitucional com a teoria ética contrariando, aqui, uma das teses estabelecidas pelo positivismo jurídico. Aduz que existem direitos legais visto que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos. Porém, além das leis, também existem direitos morais: os homens têm direitos morais contra o Estado. A existência dos direitos morais é particularmente importante no contexto de um Estado grande e forte. O conceito de direito, afirma o jusfilósofo, nunca é independente de uma concepção do direito e da justiça, sendo um conceito interpretativo e não semântico. Esta ampliação é delineada no sentido de que tanto as regras jurídicas emanadas do legislador quanto os princípios de justiça irão compor a ordem jurídica. Os princípios de justiça serão designados pela autoridade de aplicação sem estarem, contudo, ao seu sabor discricionário. Os Juízes, pois, não são livres na aplicação do direito, pelo menos não o são da mesma maneira que o legislador.⁸²¹

Um ponto importante - no tocante à teoria de Dworkin - é referente à discussão que envolve os princípios e regras. Em artigo publicado em 1967 (*The model of rules*), cujos fundamentos foram, posteriormente, reproduzidos no livro *levando os direitos a sério*, publicado dez anos depois, Dworkin estabelece os alicerces da distinção entre regras e princípios.⁸²² O professor faz relevante crítica ao positivismo defendido por Herbert Hart, seu antecessor de Cátedra de Filosofia do Direito na

819DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.534/535.

820 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 279.

821 LÓPES CALERA, Nicolas Maria. Filosofia de los derechos humanos. *In: Filosofia del derecho (I)*. Granada: Comares, 1997. p. 238. BILLIER, Jean-Cassien. **História da filosofia do direito**. São Paulo: Manoele, 2005, p. 419/422. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 283.

822PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

Universidade de Oxford.⁸²³ Partindo da crítica à distinção estabelecida pelo positivismo entre Direito e Moral, busca arrostar o critério utilizado pelo positivismo para distinguir a validade do direito baseado no critério de sua origem.⁸²⁴ Sua estratégia gira em torno da ideia de que, quando os juristas raciocinam e debatem sobre casos difíceis, os padrões estabelecidos pelo positivismo são insuficientes para solução das questões apresentadas. De fato, ao discutirem casos difíceis os juristas operam com padrões diferentes das regras (sendo as regras o sistema utilizado pelo positivismo), ou seja, raciocinam com base em princípios.⁸²⁵ Ao estabelecer a diferença entre políticas e princípios Dworkin esclarece que seu objetivo principal é distinguir as regras dos princípios.⁸²⁶

Para tanto, parte de alguns exemplos. No primeiro aduz que em 1889, no caso *Riggs vs Palmer*, um Tribunal de Nova York julgou processo no qual um herdeiro, nomeado no testamento de seu avô, pleiteia o recebimento da herança, nada obstante o tenha assassinado com o desiderato de recebê-la. O Tribunal iniciou o julgamento pontificando que a literalidade das leis que regem a elaboração, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência da propriedade, caso seus efeitos não possam ser limitados ou modificados, sem dúvida, concedem a herança ao assassino. A Corte, entretanto, prosseguiu aduzindo que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e nos seus efeitos por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir qualquer bem em decorrência de seu próprio crime”.

823PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

824CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2007, p. 67.

825DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

826 “Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.)

Diante disso, o Tribunal decidiu que o assassino não receberia a herança.⁸²⁷

No segundo exemplo, o jusfilósofo aponta que 1969 um Tribunal em Nova Jérsei se deparou, no caso *Henningsen vs Bloomfield Motor Inc.*, com a questão de saber até que ponto um fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso de o automóvel ser defeituoso. Henningsen havia comprado um automóvel e assinado um contrato que dizia que a responsabilidade do fabricante limitava-se ao conserto das partes defeituosas. O autor argumentou que a responsabilidade não poderia ser de tal forma limitada pelo contrato devendo, além disso, o fabricante ser responsabilizado por despesas médicas e outros tipos de despesas de pessoas feridas em uma colisão. Henningsen não conseguiu provar que houvesse alguma lei ou regra de direito em que houvesse a proibição para inserção de tais cláusulas no contrato. Não obstante, o Tribunal acolheu a argumentação de Henningsen, apelando, em suas razões, para padrões de princípios jurídicos (e não para o padrão de regras).⁸²⁸

A partir dos exemplos citados, Dworkin estabelece os primeiros traços distintivos entre as regras e princípios, em sua exata expressão:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas”.⁸²⁹

O sistema, portanto, é composto de regras e princípios, sendo que ambos os modelos apontam para decisões particulares que podem ser tomadas em determinadas circunstâncias, diferenciando-se, nada obstante, pelo caráter de orientação que fornecem para o caso. Princípios e regras operam de forma logicamente diferenciada. A maneira de operação das regras é disjuntiva, ou seja, ou

827 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

828 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38.

829 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38/39.

uma regra se aplica ou não se aplica (tudo ou nada).⁸³⁰ As regras, assim, estabelecem de maneira radical a oposição entre direito e não direito.⁸³¹ Por seu turno, os princípios sequer apresentam as condições em que se faz necessária sua aplicação, de modo que apenas enunciam uma razão que direciona o intérprete, sem, contudo, traçar ou exigir uma decisão em particular.⁸³² Com evidência, Dworkin aponta que os juristas tratam de princípios como direito. “Uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda parte, à nossa volta”.⁸³³

Ato contínuo, traça o segundo aspecto distintivo entre as regras e princípios que consiste na dimensão de peso ou importância que possuem os princípios e que são inexistentes no âmbito das regras⁸³⁴:

“Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”.⁸³⁵

Por conseguinte, Dworkin afirma que há certas ocasiões em que os princípios e regras desempenham papéis fundamentalmente semelhantes, sendo, nestas hipóteses, suas respectivas diferenciações mais uma questão de forma que de conteúdo. Pontifica ser verdade que os princípios existem e influenciam o Direito mas, em que pese isso, os lugares onde a força dos princípios aparece com evidência,

830SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.57.

831CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2007, p. 69.

832SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.58.

833DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.

834DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

835DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42/43.

apontando sua maior relevância jurídica, são nos casos difíceis. Nestas hipóteses, os princípios desempenham papel essencial para os argumentos que servem de fundamentação às decisões. O esforço do jusfilósofo é deixar claro que - principalmente nos casos difíceis - o positivismo jurídico mostra-se insuficiente para resolução dos conflitos. Isto impele seja admitido que uma constelação de princípios venha oxigenar o sistema jurídico impondo direitos e obrigações.⁸³⁶

Cademartori sintetiza a contribuição de Ronald Dworkin da seguinte forma:

“Portanto, a partir dessa reformulação, passa a ser irrelevante a diferenciação entre regra e princípios do ponto de vista da validade daquelas, contraposta ao peso ou valor destes últimos. Em verdade, o que passa a ser relevante é a conformação heurística dos princípios como normas primariamente consideradas a orientar a solução de um conflito jurídico e cuja adoção não será obrigatória para casos semelhantes. Isto porque dependerá das valorações ponderadas, racionalmente, em cada situação. Sendo assim, a ductibilidade ou otimização dos princípios revela-se como seu principal atributo a diferenciá-los das demais normas de direito”.⁸³⁷

Impende aduzir que, com sua teoria, Dworkin contribuiu decisivamente para teoria dos princípios, destacando as potencialidades deste tipo de norma jurídica. Assim, nos denominados casos difíceis, os Juízes devem atentar para os princípios de moralidade que forneçam a solução mais adequada e justa, ao tempo em que melhor explicitem a tradição, a história, e a prática do sistema jurídico institucionalizado.⁸³⁸

Na sequência, é necessário elencar alguns apontamentos de Dworkin acerca do processo hermenêutico. Pontifica o autor que não existe um ato de interpretação geral, mas, sim, a interpretação dentro de um gênero. É preciso assumir determinado gênero de interpretação para poder interpretar, sendo a interpretação um fenômeno social visto que interpretamos porque existem práticas de interpretação às quais nos unimos.⁸³⁹ No âmbito da discussão filosófica da verdade, mormente no plano

836 Dworkin combate, com veemência, a tese positivista da discricionariedade judicial em casos difíceis. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49/62.)

837 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p.80.

838 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p. 271/285. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127/132. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p.254. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.62.

839 DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 198/199.

de se é possível sua existência, propõe uma caracterização formal abstrata no sentido de que “a verdade é aquilo que representa a solução maximamente bem-sucedida a um desafio de investigação”.⁸⁴⁰

Nesse diapasão, conceitos morais tais como razoabilidade, honestidade, confiabilidade, decência, responsabilidade, crueldade, descaso, fraude e brutalidade, bem como conceitos políticos tais como legitimidade, justiça, liberdade, igualdade, Democracia e direito são conceitos que ele classifica como interpretativos. Nestes termos aponta: “Temos em comum um conceito interpretativo quando a melhor explicação do nosso comportamento coletivo no uso desse conceito entende que seu uso correto depende da melhor justificativa do papel que ele desempenha para nós”.⁸⁴¹ Assim sendo, as proposições morais podem ser objetivamente verdadeiras e, portanto, os juízos interpretativos podem ser verdadeiros, afastando, pois, os relativismos. Assim, tendo em vista que os conceitos morais são interpretativos, tanto o raciocínio moral elaborado cotidianamente quanto a mais elevada filosofia moral são exercícios de interpretação.⁸⁴²

Para Dworkin as proposições interpretativas somente são verdadeiras em virtude de uma justificação que recorra a um complexo de valores e nenhum desses valores pode ser, do mesmo modo, independentemente verdadeiro. Então, uma proposição interpretativa é verdadeira porque as razões para aceitá-la são melhores que as razões das propostas interpretativas rivais. A fenomenologia da interpretação inclui a noção de que ela visa à resposta correta.⁸⁴³ Neste passo, exemplificando, pondera que “um juiz que mande alguém para a cadeia baseado numa interpretação da lei que ele não crê ser melhor que as interpretações rivais, mas somente diferente delas, deveria ele próprio ser enjaulado”.⁸⁴⁴

Nesse sentido, a interpretação do direito deve ter por objetivo tornar mais

840 DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271.

841 DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 239/240.

842 DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 282.

843 DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 191.

844 DWORKIN. Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 230.

equitativo, mais sábio e mais justo o governo da comunidade. No entanto, isso é por demais abstrato e há que se buscar um refinamento desta interpretação, tornando-a mais sutil e complexa, a fim de decidir entre interpretações antagônicas. Tem-se de decidir, a título exemplificativo, a melhor divisão da autoridade política entre os vários ramos do governo. Os juristas têm de encarar questões relativas à teoria da Democracia, determinando, por exemplo, até que ponto os juízes não eleitos podem assumir a autoridade de decidir qual das interpretações possíveis de uma norma jurídica controversa produzirá o melhor direito. O direito é, pois, colaborativo, porquanto o juiz – assim como o legislador quando elaborou a lei – visa à consecução da justiça na interpretação da lei.⁸⁴⁵

Nesse passo, a interpretação, em especial no direito constitucional, comumente envolve questões de filosofia moral. Não se trata de defender que os Juízes podem impor suas visões e valores pessoais à Sociedade, mas um reconhecimento de que essa é a única forma pela qual a jurisdição constitucional pode ser exercida. Interpretar envolve alguma opção valorativa. Não resta viável, para o autor, uma interpretação constitucional meramente procedimental ou “não substantiva”, visto que sempre existirão questões de moralidade a serem decididas pelos Juízes, ainda que no contexto de uma pretensa Constituição meramente procedimental. Dworkin discorda de John Hart Ely e aponta que seria um erro supor que os Juízes possam escolher aplicar a revisão judicial sem se deparar com questões substantivas e de moralidade política. Portanto, “não podemos nos valer da ideia de que o Supremo Tribunal deve estar preocupado com o processo *enquanto distinto da substância*”. A fuga da substância terminará em substância.⁸⁴⁶

Ato contínuo, importante pontificar que, para Dworkin, a instância legislativa é o fórum dos argumentos de política (justificam a decisão em função de parâmetros utilitaristas visando algum objetivo coletivo político, econômico ou social), enquanto a esfera jurisdicional é o fórum dos argumentos de princípio (justificam a decisão mostrando que ela é “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão

845 DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 202/207.

846 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 95. Grifo no original. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p. 252.

da moralidade”). Quem decide com base em princípios extrai legitimidade da resposta correta e dos bons argumentos e não da representação. Na decisão com argumentos de política a legitimação advém da regra majoritária.⁸⁴⁷ Assim, enfatiza a importância da utilização de argumentos de princípios, ao invés de argumentos de política, no exercício da jurisdição constitucional:

“Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular *Marbury contra Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral-, e que deve de tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.”⁸⁴⁸

O jusfilósofo norte-americano defende que o direito é capaz de fornecer respostas objetivas e corretas, mesmo para os casos difíceis. Seu argumento é calcado em uma complexa concepção de interpretação e integridade, na qual os juristas são responsáveis pelo desenvolvimento das melhores justificativas para os casos jurídicos, à luz do conjunto de práticas compartilhadas. Nesse passo, o direito deve ser interpretado e aplicado como um romance escrito por vários autores (romance em cadeia). Cada escritor escreve um capítulo do romance, devendo ler o capítulo anterior e construir o próximo. Os romancistas devem ter a seriedade de escrever não contos autônomos, mas dar continuidade ao capítulo de seu antecessor, com visão e escopo de integridade. Para o autor, decidir casos controversos é como escrever esse romance plural. Os Juízes devem interpretar os precedentes como se fossem o capítulo anterior do romance e, ato contínuo, escreverem o próximo capítulo na decisão do caso em julgamento. As decisões devem, também, observar a integridade, a história e a prática, respeitando o desenho estrutural da Constituição como um todo, assim como a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros Juízes no passado. Devem ter em conta que realizam um trabalho de equipe,

⁸⁴⁷DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 e 131/134. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 295/296.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 36/37 e 77. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.101.

elaborando, conjuntamente, uma moralidade constitucional coerente. Em síntese, o dever do juiz é interpretar a história que encontra e não inventar uma história melhor (interpretação de ajuste à história doutrinal). Essa concepção de direito como integridade pressupõe a existência de uma estrutura jurídica coerente, composta por uma rede de princípios, capazes de fornecerem a resposta correta para os problemas jurídicos.⁸⁴⁹

Ronald Dworkin defende que os Juízes realizem uma “leitura moral da Constituição” como forma de extrair do texto constitucional o substrato ético nele subjacente, ou seja, ela é “um método particular de ler e executar uma constituição política”. Ela também é uma teoria sobre como decidir casos constitucionais controversos que propõe a interpretação dos dispositivos abstratos da Constituição considerando que eles se referem a princípios morais de decência e justiça. A leitura moral insere a moralidade política no âmago do direito constitucional, impelindo, assim, que os Juízes “encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor compreensão, por exemplo, de o que realmente significa a igualdade moral dos homens e das mulheres – que se encaixe no conjunto da história norte-americana”. Aponta, ainda, que os Juízes devem submeter-se à opinião geral estabelecida acerca do caráter do poder que lhes é concedido pela Constituição. Ela é uma estratégia aplicável por advogados e Juízes que ajam de boa-fé, sendo que nenhuma estratégia de interpretação “pode ser muito mais que isso”. A leitura moral “encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça”. No entanto, ela deve respeitar as restrições da história, da prática e da integridade, afastando a alegação de que ela confere poderes absolutos aos Juízes.⁸⁵⁰

Para descrever o Juiz que respeita a leitura moral da Constituição, e o direito como integridade, Dworkin utiliza um magistrado filosófico imaginário denominado Hércules. Ele é dotado de capacidade, sabedoria, paciência, sagacidade

849 DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.15 e 56. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 217/245. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 202/203. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 271/285. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 419/420.

850 DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.2/17.

e virtudes sobre-humanas, sendo criterioso, metódico, sincero e transparente. Ele “aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, assim como que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. Hércules delibera calcado em princípios da ordem jurídica e pratica o direito como integridade, sendo capaz de superar mesmo os casos difíceis. Ele elabora suas decisões na forma do romance em cadeia e efetua a leitura moral da Constituição, considerando que “o conjunto dos padrões de julgamento formam um ordenamento jurídico íntegro, sob a forma de uma teia inconsútil”.⁸⁵¹ Hércules carrega o ônus de encontrar a resposta correta para problemas jurídicos complexos e atua em uma cultura jurídica vigorosa que se compromete com a permanente busca do melhor argumento de princípio.⁸⁵²

Por conseguinte, importante delinear o conceito de Democracia de Ronald Dworkin. Para ele, toda comunidade política deve poder tomar decisões coletivas sobre justiça e moral. Deve, também, poder impor coercitivamente referidas decisões. Assim, não é possível estar livre de todo controle coercitivo nas questões morais e de justiça, mas a dignidade impõe que se possa ter alguma participação nas decisões coletivas que impõe esse controle. Dworkin defende uma concepção constitucional de Democracia que não prioriza a premissa majoritária ou estatística.⁸⁵³ Para o filósofo estadunidense, a Democracia não consiste apenas em um modelo político em que a maioria dos cidadãos pode decidir pelos demais, ou seja, não é apenas um regime de indivíduos que se agregam para tomar decisões de forma coletiva, processar os interesses individuais e convertê-los em política pública pela regra majoritária.

⁸⁵¹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 304.

⁸⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36165/166.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 38 e 74. disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 302/306.

⁸⁵³ “A premissa majoritária é uma tese a respeito dos *resultados* todos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir”. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.24.

Democracia também é isso, mas não só. O objetivo supremo da Democracia não se restringe a curvar-se à vontade da maioria, porquanto, além do aspecto procedimental (qualquer definição exclusivamente procedimental da Democracia é incompleta para ele), ela possui um aspecto substancial consistente na proteção dos Direitos Fundamentais. Assim, a Democracia pressupõe que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e operacionalização tratem a todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito. Ela também necessita conquistar a filiação moral dos participantes da comunidade política, visto que é necessário que todos se sintam pertencentes a essa comunidade.⁸⁵⁴

Referida categorização de Democracia é coparticipativa, ou seja, consiste em um modelo calcado na parceria, onde cada cidadão participa do processo político em condições de igualdade. Segundo essa concepção, o governo correto não é o governo da maioria, mas, sim, o governo de todas as pessoas atuando como parceiras. Essa coparticipação poderá estar dividida quanto aos cursos da ação política mas ser, ainda assim, uma parceria. Para tanto, é necessário que seus membros aceitem que devem agir com igual respeito e consideração por todos. Esses seriam “princípios morais básicos”. Por outro lado, a concepção majoritarista concebe a Democracia de forma meramente procedimental e deve ser utilizada para as deliberações coletivas cotidianas na Democracia. A concepção coparticipativa interliga a Democracia às restrições substantivas das condições de legitimidade, ou seja, ao núcleo duro dos Direitos Fundamentais, que não estão sujeitos à deliberação, pois são precondições da lisura e da imparcialidade das deliberações coletivas. A leitura moral da Constituição é, assim, compatível com as soluções institucionais do problema das condições

⁸⁵⁴DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23/29. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.586/587. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.189/192. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p.251. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 69 e 112/113. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 11 e 53. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 280.

democráticas.⁸⁵⁵

Esclarecido o conceito de Democracia, urge ter em conta algumas indagações lançadas por Ronald Dworkin acerca da legitimidade da revisão judicial:

"Seria ilegítima, por ser antidemocrática, a prática do controle judicial de constitucionalidade, que permite que juízes nomeados em regime vitalício declarem a inconstitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo? Ou será que essa prática é um fator de correção da democracia, necessário e desejável? Ou será ainda - uma terceira possibilidade - que a prática é, na verdade, essencial para criação de uma verdadeira democracia? Todas essas posições têm muitos defensores, e não podemos escolher entre elas sem escolher entre diferentes concepções de democracia e justificar nossas escolhas".⁸⁵⁶

A resposta a eventual conflito entre Democracia e constitucionalismo, para Dworkin, dependerá do conceito de Democracia que se adote. As diferentes concepções de Democracia possuirão reflexos, por exemplo, na compatibilidade ou não, da Democracia com o controle de constitucionalidade. A concepção majoritarista encara o controle judicial de constitucionalidade com desconfiança. Seus adeptos rejeitam o poder judicial de derrogar leis elaboradas por representantes eleitos de forma majoritária. Dworkin, de seu vértice, defende o emprego de procedimentos não-majoritários, em ocasiões especiais, nas quais tal procedimento possa proteger e promover a igualdade de consideração e respeito, que é, para ele, a própria essência da Constituição. Não há necessariamente uma premissa não igualitária de *status* em um arranjo como o do controle de constitucionalidade praticado por Juízes não eleitos. Democracia e constrangimentos constitucionais à maioria não são antagônicos, mas parceiros para a manutenção do sistema democrático. Assim sendo, para o autor, o controle de constitucionalidade é uma estratégia possível para o aperfeiçoamento da legitimidade do governo - protegendo a independência ética de uma minoria, por

⁸⁵⁵DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23/29. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.586/587. . DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.189/192. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p. 251. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 69 e 112/113. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.11. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.580.

exemplo - e, assim, assegurando o direito moral da maioria de impor sua vontade em outros assuntos.⁸⁵⁷

Ronald Dworkin desvincula o conceito de Democracia à regra da maioria. Democracia não é mero procedimento. Democracia exige substância (Direitos Fundamentais, igual consideração e respeito) e, com isso, é possível defender que a revisão constitucional não é antidemocrática. Nesse passo, a legitimidade decorrerá de resultados substantivos e não de estatísticas. Assim, a jurisdição constitucional é uma instituição contramajoritária que fortalece a Democracia, na medida em que a proteção dos Direitos Fundamentais previne ou corrige defeitos do processo de deliberação. Além disso, o ganho para minorias é bastante efetivo com a revisão judicial, tendo em vista que a maioria pode impor, em tese, sua vontade pela força estatística, caso não haja a proteção da Corte. Nessa toada, se por Democracia se entende o governo do povo, somente quando as pessoas são tratadas como legítimos cidadãos – com o reconhecimento mínimo de um conjunto de Direitos Fundamentais – é que elas se tornam capazes de tomar decisões por si próprias. Nesse diapasão, os Direitos Fundamentais serão a trincheira de proteção da pessoa humana, ou, na expressão de Dworkin, “trunfos” nas mãos dos indivíduos, capacitando-os a resistir a certas decisões, ainda que emanadas de instituições políticas majoritárias. Consequentemente, uma melhor compreensão da Democracia aponta que a leitura moral da Constituição e a revisão judicial não são antidemocráticas. Pelo contrário, elas reforçam a Democracia e não há incompatibilidade, senão sinergia, entre controle de constitucionalidade e Democracia.⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23/29. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.587/589. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.189/192. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p. 251/252 BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 133/134. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 45.

⁸⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23/29. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.587/589. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.189/192. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com

Para o jusfilósofo, o controle de constitucionalidade também aperfeiçoa a legitimidade geral, na medida em que aumenta a probabilidade de que a comunidade aceite uma concepção adequada de liberdade negativa, proporciona uma distribuição equitativa de recursos e de oportunidades, assim como otimiza as liberdades positivas. O controle de constitucionalidade não é inconstitucional e é democraticamente legítimo, desde que respeite direitos. Ele está condicionado a bons resultados. Nesse sentido, se a decisão da Corte está correta ela não é antidemocrática, pelo contrário, faz prevalecer a Democracia e todos estariam em pior situação se ela não interviesse. Dworkin obtempera que o controle de constitucionalidade será menos importante em comunidades com o costume histórico de proteger a legitimidade do governo, identificando os direitos individuais e, principalmente, o direito das minorias. Infelizmente, aponta que a história revela poucos países desse tipo, mesmo nas Democracias consolidadas.⁸⁵⁹

Portanto, é possível concluir pela adoção de um posicionamento Substancialista da Democracia em Dworkin, com explícita cunhagem valorativa decorrente da aplicação da Constituição. A Constituição, então, é preenchida e valorada tanto legal quanto moralmente. Nessa toada, “Dworkin recusa, diante da concepção do justo, uma posição de passividade por parte do Poder Judiciário.”⁸⁶⁰ Sua posição é no sentido de que o redimensionamento do papel do Judiciário e a expansão do direito, nas Sociedades contemporâneas, não contrastam com a tradição democrática. Pelo contrário, ao Judiciário é dado o papel de estabelecer uma efetiva e necessária extensão dessa tradição a setores ainda pouco integrados à sua ordem e ao seu ideário. Em sua obra, pois, o jusfilósofo busca elaborar instrumental teórico de construção judicial do direito, legitimando uma postura de cunho Substancialista na

Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p. 251/252 BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lummen Júris, 2018. p.133/134. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 45 e 127. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 280.

859 DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.50/51. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.609/610. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.78. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

860 WERNNECK VIANNA, Luiz *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.35.

atuação judicial.⁸⁶¹

Por seu turno, Jeremy Waldron, professor neozelandês radicado nos Estados Unidos, é um dos mais radicais críticos da revisão judicial. Ele defende a devolução ao povo de sua autonomia deliberativa e capacidade de autogoverno, assim como o resgate da dignidade da legislação, enaltecendo suas virtudes e vantagens em relação ao modelo de controle de constitucionalidade forte. Em primeiro lugar, advoga a recolocação do Poder Legislativo no centro decisório, buscando conciliar a proteção dos Direitos Fundamentais com um modelo de Democracia deliberativa voltada para a busca de soluções justas e legítimas. Em segundo lugar, evita minimizar as consequências teóricas do desacordo em relação à justiça e aos direitos. Seu projeto é recuperar a dignidade perdida do legislador, detentor de má reputação na filosofia do direito.⁸⁶²

O autor em tela rejeita a tese de Dworkin aduzindo que ela desprezaria o desacordo moral reinante em uma Sociedade plural, circunstância fundamental da política contemporânea. Ao retirar dos cidadãos a possibilidade de emitir juízos morais num procedimento majoritário – delegando aos Juízes referida atribuição – desrespeita um núcleo central da Democracia que consiste na inexistência de hierarquia entre os cidadãos. A eles deve ser atribuída a tarefa de decidir, em igualdade de condições, os problemas coletivos visto que os membros da comunidade são muitos e discordam sobre justiça. Inexistindo um acordo possível sobre o conteúdo, então, há que se fazer um acordo procedimental para elaborar a decisão.⁸⁶³

861WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed.Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.32.

862WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. p. 7/25. FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e dos demais poderes do Estado. Perspectivas brasileira e latino-americana. p.447. *In* VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 59/62. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.13. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 375/377. MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 81.

863FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e dos demais poderes do Estado. Perspectivas brasileira e latino-americana. p.447. *In* VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 59/62. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.13. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 375/377.

Para o professor neozelandês, a revisão judicial de atos do Legislativo é vulnerável em ao menos duas frentes principais. Ela retira da Sociedade a possibilidade de deliberar, de forma clara, acerca das questões reais em jogo quando a comunidade diverge sobre direitos. Pelo contrário, a revisão judicial os distrai com questões secundárias, na medida em que utiliza precedentes, textos e interpretações. Além disso, ela é antidemocrática e politicamente ilegítima ao privilegiar a maioria de votos entre um pequeno número de Juízes não eleitos e não responsabilizáveis, privando os cidadãos comuns de seus direitos, rejeitando os princípios de representação e igualdade política, na resolução final de questões sobre direitos controversos.⁸⁶⁴

Waldron advoga a conquista moral representada pela regra da maioria enquanto Dworkin defende uma versão que reputa mais autêntica de igualdade, não limitada à noção do voto majoritário (a igualdade de consideração e respeito). Jeremy Waldron pontifica que é necessário atentar para o fato de existir, nas Sociedades democráticas, divergências de boa-fé entre os cidadãos acerca de questões políticas e moralmente relevantes. Há várias concepções morais razoáveis, defendidas com espírito público, que concorrem entre si no processo político. É imperioso que sejam escolhidas pela deliberação majoritária do povo, como é exemplo o debate entre grupos intitulados *pro choice* e *pro life*, nos Estados Unidos, a respeito do aborto.⁸⁶⁵

Havendo desacordo entre os membros de uma comunidade a respeito do correto conteúdo e aplicação de direitos individuais, não é possível apontar que uma das partes está inequivocamente certa e que a outra é moralmente cega ou age de forma autointeressada. As noções de autonomia moral e de igual valor intrínseco entre indivíduos são a base da teoria da Democracia, tendo em vista que toda pessoa dotada de inteligência e de sua visão de mundo, tem capacidade de participar, em condições iguais, do processo de deliberação coletiva que produzirá normas disciplinares, da sua vida e dos seus concidadãos, responsabilizando-se moralmente pelos resultados advindos das respectivas escolhas. Não há como levar os direitos a

⁸⁶⁴FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e dos demais poderes do Estado. Perspectivas brasileira e latino-americana. p.447. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 59/62. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 13. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁶⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 120. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 14. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

sério caso haja a imposição de uma determinada concepção particular sobre o conteúdo dos direitos, desconsiderando-se posições divergentes no seio da comunidade democrática.⁸⁶⁶

Para o autor neozelandês a eventual resposta correta para dilemas de moralidade não é relevante, porquanto o desacordo moral, em Sociedades pluralistas, resiste aos melhores argumentos. O desacordo é razoável, de boa fé e justificável. Do desacordo resta, então, apenas a adoção de um procedimento que dê a cada membro da comunidade o mesmo valor. De sua banda, Dworkin defende que, mesmo não sendo possível demonstrar a resposta correta, e aceitando que as Cortes podem errar, estas estão melhor aparelhadas e têm maior expertise para encontrar tal resposta. Por seu vértice, Waldron argumenta que os que defendem a revisão judicial assumem algum grau de superioridade no papel dos Juízes que, supostamente, seriam mais treinados para decidirem questões de princípios. Ele rejeita a concepção de Dworkin no sentido de que de questões de princípios deveriam ser colocadas à margem do poder de deliberação das maiorias, a qual, por sua vez, se restringiria a questões de política. Os movimentos sufragistas são um bom exemplo histórico para Waldron. Suas lutas tinham por escopo assegurar voz nas matérias de princípios e não apenas para questões de políticas despidas da dimensão moral. Eles brigaram pelo voto porque acreditavam que as questões fundamentais de direitos eram controvérsias para eles decidirem, calcados na igualdade. Estavam, portanto, cientes que a existência de desacordo é a essência da política.⁸⁶⁷

Jeremy Waldron busca levar a sério a ideia de autogoverno consistente na formulação de que cada pessoa é um agente moral autônomo, capaz de deliberar responsavelmente sobre questões de alto relevo político. Defende, calcado nessa premissa, uma concepção majoritarista da política rechaçando, a princípio, a constitucionalização de uma carta de direitos que regule a legislação pelo controle de constitucionalidade. Para ele, não existe uma imprescindível e necessária conexão entre a adoção de uma teoria moral fulcrada em direitos individuais e a defesa da

⁸⁶⁶ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. p.209/222. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumnen Júris, 2018. p. 121/122.

⁸⁶⁷ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. p.24. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumnen Júris, 2018. p. 120. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 14. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 86.

rigidez constitucional e do controle de constitucionalidade. Conclui pela inexistência de vinculação necessária entre a defesa dos direitos fundamentais e o *judicial review*, assim como que esse instituto de controle externo do legislativo é incompatível com o ideal de autodeterminação do povo. Não é possível atribuir-se ao Judiciário, de forma democraticamente legítima, o poder de invalidar leis por contrariedade a princípios, visto que sua interpretação e aplicação estão sujeitas a descordo intenso. Não é, portanto, legítima a substituição do julgamento acerca do conteúdo dos direitos elaborado pelo Parlamento (representantes do povo) pela dos Juízes – no plano do controle de constitucionalidade -, sob a justificativa de virtudes especiais dos seus membros (sabedoria, sapiência, imparcialidade).⁸⁶⁸

Suas objeções ao controle de constitucionalidade são várias e de diversos matizes. Vale citar a baseada no que ele denomina como *argumento democrático*: a) a existência de uma carta de direitos requer interpretações posteriores; b) tais interpretações serão sempre controvertidas em Sociedades plurais marcadas pelo desacordo; c) se é necessário confiar nos indivíduos (tal como se deduz do próprio fato de se almejar proteger com direitos sua capacidade para atuar de forma autônoma), então não é correto privá-los do direito de refletir e deliberar livremente sobre os assuntos que mais lhes importam, inclusive aqueles relacionados com o conteúdo e alcance de seus direitos. Assim, o respeito e a confiança merecida pelos indivíduos componentes da Sociedade democrática deveria traduzir-se em um sistema institucional compatível com o predomínio, ao fim e ao cabo, da vontade das maiorias, não em um sistematicamente organizado para frustrá-la.⁸⁶⁹

Na sequência, aponta que os Juízes também tomam suas decisões aplicando a regra da maioria. A necessidade do recurso ao voto – mesmo dentro da Suprema Corte dos Estados Unidos – mostra a inevitabilidade dos desacordos em torno de questões constitucionais fundamentais (o que se verifica em cada uma das cotidianas votações divididas nos principais tribunais). Com efeito, muitas vezes não há entendimento entre os próprios Juízes da Corte, tanto como ocorre entre os cidadãos e os legisladores. Quando os Juízes discordam, eles usam o mesmo método de “contar

⁸⁶⁸ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. p. 20/21. WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. 1 ed. Traducción: Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virguez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2018. p.125/152. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 121/126.

⁸⁶⁹ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. p. 27/28 e 341/345.

cabeças” que é utilizado na política eleitoral e legislativa. O recurso à regra da maioria, dentro dos Tribunais, mostra que o voto, na esfera judicial, é reconhecido como um meio apropriado para solucionar diferenças de critério em contextos de incerteza. Nesse diapasão, há contradição naqueles que sustentam que as questões de direitos não podem nem devem ser decididas através do peso do maior número – estratégia renegada quando se trata de assembleias majoritárias, mas não quando o que está em jogo é uma decisão examinada na esfera judicial -. ⁸⁷⁰

Aponta, assim, que os defensores da revisão judicial dizem que se opõem ao majoritarismo por ser ele uma visão estatística grosseira da Democracia. Eles desacreditam o majoritarismo democrático. No entanto, eles não têm problema de utilizar o majoritarismo nas votações que ocorrem no seio dos Tribunais. Estatísticas não deixam de ser estatísticas só porque o número é mais baixo e os votantes usam togas. Nesse passo, os Juízes usam a decisão da maioria simples entre si para determinar se devem derrubar estatutos aprovados por instituições majoritárias, com ampla legitimação no voto. Waldron pontifica que há muito desistiu da expectativa de receber uma resposta honrosa para esse fato. “Se o caos e a incoerência são os resultados da votação por maioria, então os tribunais estão igualmente falidos”. ⁸⁷¹

Em muitos casos, a Suprema Corte dos Estados Unidos julga uma lei inconstitucional por uma votação de 5 a 4, anulando o resultado de uma votação majoritária dos representantes eleitos pelo povo. Waldron aponta que, desde 1973, tem sido uma característica importante da política americana tentar garantir nomeações de membros da Suprema Corte para inverter a votação de 5 a 4 de *Roe v. Wade*. A decisão sempre esteve no fio da navalha e os defensores pró-escolha estavam cientes que a nomeação de um ou dois Juízes conservadores poderia revogar a decisão. Efetivamente, foi o que aconteceu em 2022 e *Roe* foi revertida pela Suprema Corte. Indaga o autor: quando cinco supostos especialistas se alinham contra quatro especialistas, em um tema controverso como este quem pode saber onde está a

⁸⁷⁰ WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. p.1/6. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 28.

⁸⁷¹ WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. p.1/8. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022.

verdade ou a resposta correta?⁸⁷²

O professor da *New York University School of Law* lembra que uma premissa ética poderosa para convencer eleitores perdedores a tolerar resultados adversos é que, na Democracia, impera a crença na igualdade humana (ou seja, igualdade dos homens como seres humanos para buscar o autodesenvolvimento, a felicidade e o companheirismo). Cada cidadão, letrado ou analfabeto, rico ou pobre, tem o direito de ter seu voto contado igualmente. No entanto, nada pode ser oferecido aos perdedores de votações 5 a 4 nas decisões judiciais. O fundamento de igualdade equivalente no majoritarismo judicial é baseado em fundamentos muito mais fracos ou mesmo inexistentes. Nada além de números, em última análise, determina como a Suprema Corte, supostamente o fórum dos princípios, toma suas decisões.⁸⁷⁴

O autor nega que o procedimento de controle de constitucionalidade resulte em melhores decisões relativamente ao procedimento democrático majoritário. Não há arranjo político que necessariamente produza sempre resultados justos. Em sua opinião, os mesmos prejuízos sectários que são atribuídos aos Parlamentos podem ocorrer no plano judicial, como comprovam *Dred Scott*⁸⁷⁵ (onde a Suprema Corte norte-americana convalidou, grosso modo, a escravidão) e *Korematsu*⁸⁷⁶ (onde a Suprema Corte respaldou o estabelecimento de um virtual campo de segregação

⁸⁷² WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. p.8/19. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022.

⁸⁷³ *Dred Scott v. Sandford*. Esse é considerado o caso mais infame e desastroso da história da Suprema Corte e será analisado no capítulo 4.

⁸⁷⁴ WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. p.23/25. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022.

⁸⁷⁵ *Dred Scott v. Sandford*. Esse é considerado o caso mais infame e desastroso da história da Suprema Corte e será analisado no capítulo 4.

⁸⁷⁶ *Korematsu v. United States*. Os Estados Unidos, durante a 2ª Guerra Mundial, estabeleceu uma zona de confinamento para japoneses e descendentes de japoneses em seu próprio território, sob a justificativa de que poderiam ser colaboradores com o Japão. Fred Korematsu foi processado por ter violado a zona de confinamento estabelecida pela autoridade militar. Ele não seguiu a determinação de confinamento e permaneceu na cidade de San Leandro, na Califórnia. Ameaçado de prisão e remoção compulsória à zona de restrição, Korematsu ingressa em juízo com ação em que pretendia fosse declarada a inconstitucionalidade da medida restritiva. A Suprema Corte não acolheu o argumento de Korematsu, aduzindo que o ato da autoridade militar que excluía os japoneses e descendentes de determinada área e contra o qual Korematsu se insurgiu, não acolhia, nas palavras do relator Hugo Black, hostilidade contra o autor ou sua raça. O ato de exclusão se baseava no estado de guerra contra o império japonês e em razão do temor militar de uma invasão da Costa Oeste por forças hostis ao país. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.269/276.

dentro do território dos Estados Unidos). Ao mesmo tempo, acompanha o ceticismo em torno do funcionamento real do controle de constitucionalidade, com a certeza de que países onde não existe o controle de constitucionalidade - tipicamente como foi o caso da Inglaterra e é o da Nova Zelândia - são capazes de assegurar proteção aos Direitos Fundamentais de um modo igual ou até melhor que os Estados Unidos.⁸⁷⁷

As diferentes formas de governo são destinadas a responder a questão relativa a quem deverá resolver os desacordos que permeiam a Sociedade. Assim, conferir ao Poder Judiciário a palavra final sobre a interpretação moral de princípios abstratos resultaria na institucionalização de uma espécie de *aristocracia judicial*, na qual os pretensamente mais sábios governarão em detrimento do povo em geral. Portanto, para Waldron, o controle de constitucionalidade padece, inexoravelmente, do vício da ilegitimidade democrática. A defesa de que existem limites ao que podemos fazer com o outro, em nome do bem comum, não induz à tutela e à determinação do conteúdo dos direitos por uma instituição contramajoritária, visto que não é possível afirmar que sua inexistência geraria uma tirania da maioria em face de uma minoria. Palavras de ordem, como “tirania da maioria”, distorcem o debate, fabricam e superestimam o medo de supressão dos direitos das minorias. Entretanto, todos os processos decisórios – inclusive o controle de constitucionalidade – estão sujeito a resultados injustos. Decisões majoritárias podem ser tirânicas, seja uma decisão majoritária de um Tribunal – *Dred Scott* foi tirânica - ou uma decisão majoritária do Legislativo. Mas, em qualquer contexto, a tirania da maioria não ocorre toda vez que alguém perde na votação majoritária e não é tirania só porque foi imposta pela maioria. Portanto, não havendo, peremptoriamente, respostas corretas para o conteúdo moral dos direitos individuais controversos, resta indagar qual seria a instituição e o procedimento a melhor defini-lo e potencializar a busca de resultados justos em uma Sociedade erigida na soberania do povo.⁸⁷⁸

⁸⁷⁷ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 29.

⁸⁷⁸ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 20/21. WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. 1 ed. Traducción: Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virguez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2018. p.125/152. WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. p.28. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lummen Júris, 2018. p.121/126. MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 84.

Waldron defende que tendo em conta que todos os processos de escolha estão sujeitos a resultados injustos – inclusive o controle de constitucionalidade –, a incumbência deve recair sobre a instituição política cuja pluralidade reflita os desacordos, bem como que, por sua responsabilidade eleitoral, incorpore o espírito de autogoverno do povo, ou seja, o Parlamento. Nele a regra da deliberação majoritária garante que o povo se sujeite aos seus próprios erros e não aos erros de terceiros. Garante, também, que cada indivíduo tenha direito a igual participação no processo político. Esse processo majoritário é mais adequado para decisões complexas do que as elucubrações de uma elite intelectual de homens com toga. Ele fomenta a criação de uma cultura política de direitos individuais, sem a qual pouca valia teriam formais declarações de direito ou instituições contramajoritárias. É necessária, ainda, uma teoria da Democracia que faça do voto a culminação natural da deliberação, em vez de algo que indica que a deliberação foi inadequada. Necessita-se, ainda, uma teoria que explique porque é razoável exigir que as pessoas se submetam ao majoritarismo e não apenas ao seu próprio interesse. Não há nada incompatível entre deliberação, desacordo e votação. A combinação faz sentido no Tribunal, então deve fazer sentido também em uma teoria geral da Democracia deliberativa.⁸⁷⁹

Por conseguinte, a prática de remeter certas questões aos Tribunais para decisões finais, reflete, em verdade, uma desconfiança com a Democracia. Há uma desconfiança com os eleitores e com seus representantes. Preferem-se os Juízes. Não se trata de uma desconfiança com o majoritarismo, pois ele é aplicado nas Cortes judiciais. A revisão judicial é considerada uma “dificuldade contramajoritária”, como comumente a questão é colocada. Para o autor, entretanto, ela deve ser colocada em outros termos. Confiar decisões finais sobre legislação e Direitos Fundamentais aos Tribunais não envolve rejeitar o majoritarismo, mas dar preferência ao majoritarismo judicial. Muda o eleitorado, uma vez que serão contados os votos de apenas nove⁸⁸⁰ Juízes não eleitos, em vez de uma centena de Senadores eleitos, várias centenas de Deputados ou milhões de eleitores. Isso é uma dificuldade

⁸⁷⁹ WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. p.28/31. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 129.

⁸⁸⁰ O autor refere-se às composições Composição da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, assim como do Legislativo e população norte-americanos. Como sabido no Brasil o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros.

contrademocrática e não contramajoritária. Portanto, em uma comunidade de iguais, “contar cabeças”, ou seja, o peso dos números, é o melhor *proxy* disponível e aceitável para determinar a qualidade do melhor argumento, em um mundo onde as pessoas discordam, de boa fé, sobre o que é, objetivamente, a resposta correta sobre direitos morais controvertidos. Se a decisão leva em conta a opinião de todos, o fato de ela não corresponder à opinião de alguns não viola a liberdade dos discordantes. É natural que os vencidos discordem. Ouvidos os argumentos, a maioria vence. Ela não estará necessariamente correta, mas também não estará necessariamente errada e tiranizando os vencidos. Não há conexão necessária entre a ideia de decisão majoritária sobre direitos e a ideia de tirania da maioria. O método da decisão majoritária, portanto, tende dar a cada indivíduo o maior peso possível, compatibilizando com o peso igual de todos.⁸⁸¹

Como Dworkin desenvolveu a ideia do Juiz Hércules para ilustrar as potencialidades da jurisdição constitucional, Waldron aponta a incoerência de não ser criado um modelo ideal de legislador equivalente, ou seja, um legislador Hércules. Assim, ninguém parece ter visto a necessidade de uma teoria do tipo ideal que faria pela legislação o que o modelo de Juiz de Ronald Dworkin, Hércules, faz pela judicatura. As justificativas tradicionais da revisão judicial canonizam a figura do Juiz e demonizam o legislador. Há necessidade de simetria nesta hipótese. Deve-se, então, traçar uma imagem cor de rosa dos Parlamentos, de suas estruturas e processo que coincida, em seu caráter normativo e em sua ingenuidade, com a imagem que foi atribuída aos tribunais (o foro dos princípios). O autor quer, pois, que o processo legislativo seja visto da melhor forma, assim como foi efetuado relativamente ao processo judicial.⁸⁸²

Entretanto, importante apontar que Waldron, em escritos mais recentes, passou a reconhecer que, em determinados cenários patológicos, em que as

⁸⁸¹ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University press, 1999. p. 148. WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. p.11/16. e 27 Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 85 e 98.

⁸⁸² WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University press, 1999. p.1/2. WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. p. 42. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 376/377. MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 87. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.253.

instituições representativas não funcionem corretamente e sejam disfuncionais, onde existam preconceitos endêmicos ou uma cultura refratária a direitos, o controle de constitucionalidade pode, excepcionalmente, ser admitido.⁸⁸³

3.6 – A TENSÃO ENTRE AS FUNÇÕES LEGIFERANTE E JURISDICIONAL

Preliminarmente, impende estabelecer o conceito operacional de algumas categorias que são importantes ao debate sobre a atuação de Juízes e Legisladores no âmbito da Democracia: O **monopólio judicial** confere ao Poder Judiciário a única palavra em matéria de interpretação da Constituição, funcionando como uma espécie de reserva judicial. Já a **supremacia judicial** admite que o legislador tenha a primeira palavra conferindo, no entanto, ao Judiciário a última palavra. A supremacia judicial, pois, é um *minus* relativamente ao monopólio judicial, pois admite que os outros poderes interpretem a Constituição, mas reserva ao Judiciário a exegese final.⁸⁸⁴

Por outro lado, o controle de **controle de constitucionalidade** é o poder conferido às cortes de invalidarem leis por considerá-las em contradição com a Constituição, tanto incidentalmente à resolução de um caso concreto, quanto em tese, ou seja, o equivalente aos controles incidental e abstrato, respectivamente. O **departamentalismo**, de seu turno, nega que haja um único intérprete final da Constituição, sustentando que cada um dos poderes possui igual autoridade na interpretação constitucional, resultando que o sentido da Constituição deve ser determinado não pelo Poder Judiciário, mas, sim, pela interação complexa entre os poderes estatais.⁸⁸⁵

O senso jurídico-político, em geral, aponta que o Legislativo é a expressão direta da Democracia e, por outro lado, as Constituições e declarações de direitos, agregadas ao controle de constitucionalidade, a manifestação concreta do constitucionalismo. Os conflitos relativos a quem deve ter a última palavra sobre os Direitos Fundamentais reflete uma tensão que não fica circunscrita entre as instituições Parlamentos e Cortes, mas, também, entre os ideais políticos (Democracia e constitucionalismo), entre dois tipos de decisão (direitos e políticas públicas), assim

⁸⁸³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.228.

⁸⁸⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.20.

⁸⁸⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.24/25.

como entre duas demandas de legitimidade (procedimentais e substanciais).⁸⁸⁶ Diferentes teorias da Democracia divergem relativamente aos elementos formais e substantivos da categoria. Algumas optam, de forma um pouco mais heterodoxa, por um dos lados. Outras buscam mesclar ambos os elementos, ou seja, procedimentalistas que aceitam alguma substância (John Hart Ely)⁸⁸⁷ e Substancialistas que não abdicam de algum procedimento (Ronald Dworkin).⁸⁸⁸

Nesse sentido, a demanda pelo “governo do povo”, bem assim a exigência de limites, possuem parâmetros de legitimidade tanto substantivos quanto procedimentais. Democracia procedimental pura seria entendida como processo de decisão majoritária. Ocorre que esse procedimento tem que respeitar, no mínimo, precondições de existência (como a possibilidade de que majorias e minorias existam concomitantemente em uma comunidade e que considerem as decisões coletivas dignas de obediência). Isso, entretanto, não pressupõe a existência imprescindível de uma instituição externa ao Poder Legislativo com a incumbência de um controle contramajoritário (como o controle de constitucionalidade).⁸⁸⁹

Por seu turno, o constitucionalismo requer um procedimento de limitação de poder (sistema de freios e contrapesos) e uma parametrização substantiva no afã de mensurar a legitimidade de decisões coletivas, geralmente estampada em uma declaração de direitos e/ou em uma Constituição. Nesse passo, relativamente à indagação: por que Juízes não eleitos podem ter a última palavra sobre o significado de direitos Fundamentais, Conrado Hübner Mendes sistematiza os argumentos dos que respondem a favor do referido arranjo, assim como dos que defendem a supremacia dos legisladores.⁸⁹⁰

⁸⁸⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 6 e 53. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁸⁷ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes.

⁸⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, dentre outros escritos.

⁸⁸⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 55. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de

O argumento principal a favor da revisão judicial pode ser assim sintetizado: a) se a Democracia não é apenas vontade da maioria, uma instituição contramajoritária é tanto desejável quanto necessária; b) se a Constituição é suprema e deve ser obedecida, inclusive pelo legislador, deve existir um agente controlador externo fiscalizador da obediência à Constituição.⁸⁹¹ Conrado Hübner Mendes defende que a ênfase no papel messiânico do Judiciário produz uma cultura jurídica centrada nas cortes judiciais, apegada ao “guardião da constituição”, - empobrecendo a experiência democrática.⁸⁹² Um questionamento importante na presente discussão é quem decide por último? Há três respostas possíveis: Alguns defendem que devem ser as Cortes, outros os Parlamentos e, outros mais, que pode ser tanto um quanto outro, devendo haver interação e diálogo entre os poderes, sendo premente outras considerações para determinar a legitimidade de cada instituição, em cada momento.⁸⁹³

Um panorama da doutrina norte-americana, bastante perfunctório, e sem maiores pretensões, pode ser assim estabelecido: o constitucionalismo popular apregoa a ilegitimidade do controle de constitucionalidade, apontando que a realização prática da Constituição deve ser protagonizada pelo próprio povo e por seus representantes eleitos. Jeremy Waldron⁸⁹⁴ notabilizou-se por uma forte defesa da regra da maioria e um ataque ao controle de constitucionalidade como um meio de se

Doutorado. São Paulo: 2008. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁹¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 9. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁹² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 11. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁹³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 53. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁸⁹⁴ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. WALDRON, Jeremy. **Democratizar La Dignidad**. Estudios sobre Dignidad humana y Derechos. Traducción: Vicente F. Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019. WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. 1 ed. Traducción: Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virguez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2018. WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford University press, 1999. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University press, 1999, dentre outros escritos.

efetivar direitos. Mark Tushnet⁸⁹⁵ é também integrante do constitucionalismo popular e defende que a interpretação judicial da Constituição não possui nenhum peso superior relativamente à exegese de outros de departamentos do Estado. Ronald Dworkin é o principal autor no extremo oposto, defendendo a legitimidade da revisão judicial. No ponto intermediário há autores que defendem o controle de constitucionalidade com condicionantes, como John Hart Ely,⁸⁹⁶ consoante já analisado no presente capítulo, e Alexander Bickel,⁸⁹⁷ que recomenda um exercício limitado da revisão judicial, devendo as Cortes primar por suas virtudes passivas. Cass Sunstein defende o minimalismo judicial no sentido de que o Poder Judiciário adote uma postura avessa a grandes teorias e generalizações no campo constitucional.⁸⁹⁸

Conrado Hübner Mendes sistematiza os argumentos a favor e contra Juízes e Legisladores a partir de uma tipologia ideal do melhor e do pior: o melhor modelo de Juiz contra o pior modelo de legislador e vice-versa. Aponta que, conforme Waldron,⁸⁹⁹ a teoria do direito habitualmente compara uma figura idealizada de Juiz (Hércules de Dworkin) com uma figura desprezível de legislador, nascendo, daí, a tradição de defesa e celebração da revisão judicial. Mas Waldron não escapa de seu próprio argumento tendo em vista que faz a mesma inversão, agora a favor de um legislador ideal.⁹⁰⁰

⁸⁹⁵ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999. TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law New Jersey: Princeton University Press, 2008. TUSHNET, Mark. **Por qué la Constitución importa?** Traductor: Alberto Supelano. Serie de Teoria Juridica y Filosofia del Derecho n. 63. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

⁸⁹⁶ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes.

⁸⁹⁷ BICKEL, Alexander. **The judiciary and American democracy**: the countermajoritarian difficulty, and contemporary constitutional theory. University of New York Press: 2005. BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. The Supreme Court at the Bar of Politics. New York: Yale University Press, 1986.

⁸⁹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.240. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.225 e 227. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 34. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. TERRA, Marcos Nobre; Terra, Ricardo. (organizadores) **Direito e Democracia**. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p.216/217.

⁸⁹⁹ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University press, 1999. WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. 1 ed. Traducción: Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virguez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2018.

⁹⁰⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 58. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

3.6.1 – Em defesa de Juízes e Cortes Constitucionais.

Há inúmeros argumentos em defesa da supremacia judicial. Eles variam na função, frequência e lugar que ocupam em teorias gerais da Democracia constitucional. Em geral, não são excludentes ou conflitantes, sendo semelhantes em alguns casos, mas variando na extensão. Combinados podem fornecer uma ideia geral dotada de parcial consistência interna. É necessário aduzir que a Corte não é considerada um elemento natural e imprescindível à Democracia tal qual o é o Parlamento. Sua defesa parte do pressuposto que o Parlamento é necessário, sendo, entretanto, insuficiente. Os argumentos contrários ao Parlamento, portanto, consistem em relativizar seu papel mas jamais suprimi-lo.⁹⁰¹

Os argumentos em favor das Cortes partem do pressuposto de que elas são compostas por membros não eleitos diretamente, mas nomeados por algum método com a participação de autoridade eleitas. Após a nomeação, seus membros ganham estabilidade e independência, não podendo ser retirados do cargo em razão de suas decisões. Assim sendo, os Juízes não estarão sujeitos às vicissitudes eleitorais, estando, em face disso, imunes à responsabilidade política, aqui entendida em sua acepção eleitoral. Passa-se à análise de alguns argumentos favoráveis às Cortes.⁹⁰²

1) As Cortes protegem as precondições da Democracia e asseguram a formação da vontade democrática. A Democracia não se realiza apenas pela existência de um legislador eleito que toma suas decisões pela regra da maioria, independentemente de outras condições. Essa corrente aceita que um agente externo exerça um controle substantivo das decisões legislativas, de acordo com princípios de justiça que a Democracia impõe, admitindo que a revisão judicial tem um papel institucional importante.⁹⁰³

⁹⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 62. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹⁰² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 62. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹⁰³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 63/64. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São

2) A Corte protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da Democracia. Consoante exposto no presente capítulo, Ronald Dworkin efetua a defesa da atuação dos Juízes na promoção de princípios. Sua posição de partida é reconstruir a concepção de Democracia para mostrar que ela é um regime moralmente desejável, mas não pode ficar circunscrita a procedimentos formalmente igualitários. A Democracia é um arranjo procedimental incompleto que deve perseguir o ideal de igual consideração e respeito que abarca direitos mais amplos do que aqueles imbricados à estrita competição política. Os Juízes estão, portanto, legitimados a adotarem decisões substantivas, desde que persigam a resposta correta, atuem de acordo com o romance em cadeia, efetuem a leitura moral da Constituição e respeitem o direito como integridade.⁹⁰⁴

3) A Corte protege os direitos das minorias e impede a “tirania da maioria”. Esse é uma variação do argumento anterior e remonta a autores como Aléxis de Tocqueville, John Stuart Mil e também aos federalistas. “Tirania da maioria” é uma expressão bastante utilizada pelo vocabulário jurídico-político e mostra-se adequada para justificação e legitimidade da revisão judicial. Em síntese, pois, a Democracia deve operar de acordo com a vontade majoritária, desde que não domine, reprima ou tirenize as minorias.⁹⁰⁵

Paulo: Martins Fontes, 2016. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, dentre outros escritos. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciais, 2018.

⁹⁰⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 64/66. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁹⁰⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 66. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas**

4) A supremacia judicial é uma exigência do Estado de Direito, mas, de toda forma, suas decisões podem ser rejeitadas por emendas constitucionais ou por uma nova Constituição, poder que continua com o povo. O Estado de Direito é um ideal de subordinação do poder político a regras gerais, abstratas e não retroativas. Busca obstaculizar o abuso de poder através do “governo das leis” e não o “governo dos homens”. Na modernidade, o ideal do Estado de Direito está umbilicalmente ligado ao constitucionalismo, sendo que o poder político subordina-se a uma Constituição. Sendo a Constituição a norma superior do sistema, o legislador não pode contrariá-la, editando leis que lhes desrespeitem. Cabe, então, à Corte constitucional, ou ao Poder Judiciário em geral, a fiscalização da compatibilidade das leis emanadas do legislador com a Constituição, submetendo, então, o poder político ao direito.⁹⁰⁶

Por outro lado, se o povo estiver insatisfeito com as decisões proferidas pela Corte poderá emendar à Constituição – através do poder constituinte derivado - ou mesmo elaborar uma nova carta política por meio do poder constituinte originário. Então, caso o povo queira impor sua vontade em detrimento do que foi estabelecido pelas Cortes, sempre existirá esses mecanismos.⁹⁰⁷

5) A corte é um agente externo que julga com imparcialidade e é um veto inerente à dinâmica da Separação de Poderes. Como visto, a Separação de Poderes é um arranjo institucional do Estado de Direito que estabelece a diluição das funções para que os poderes controlem-se mutuamente. Apesar de seu pedigree democrático o Parlamento pode atuar de forma abusiva não estando, então, infenso à fiscalização das Cortes que podem arrostar os atos legislativos que sejam contrários à Constituição. A revisão judicial, portanto, seria um recurso desejável no manejo e na instrumentalização da Separação de Poderes.⁹⁰⁸

Pétreas e Democracia. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018.

⁹⁰⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 68/66. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 68/69. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 70/71. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

6) A Corte, ao analisar um caso concreto, elabora um juízo racional incremental, inserindo-o no contexto geral de sua jurisprudência. Lida-se, aqui, com as capacidades da Corte que, por sua posição institucional, teria condições singulares de tomar certos tipos de decisões. Sua legitimação não decorre de qualquer critério popular majoritário, mas de sua expertise em aplicar o direito a um caso concreto. Como o legislativo produz normas prospectivas, gerais e abstratas, as Cortes possuem a vantagem institucional – relativamente ao legislador – de perceber as implicações concretas dos Direitos Fundamentais. Ela analisa a lei após sua edição e processamento em casos reais. Além desse ponto, os Juízes são treinados em uma metodologia decisória capaz de lidar com nuances morais de casos relativos a Direitos Fundamentais, construindo uma jurisprudência rica em detalhes que a norma abstrata jamais poderá elaborar.⁹⁰⁹

7) A Corte é menos falível em questões de princípio e encontra-se mais próxima da resposta correta. A lógica eleitoral coloca os direitos em risco e o ambiente legislativo incentiva compromissos incompatíveis com a racionalidade inerente aos Direitos Fundamentais. Separar o fórum da utilidade do fórum dos princípios é uma boa escolha institucional. Os adversários dessa posição rejeitam essa ideia por considerá-la elitista, como se os Juízes fossem “reis filósofos”, superiores ao cidadão comum, para a emanção de um juízo moral. No entanto, o que aqui é requerido é que os Juízes lidem com questões morais de maneira bem fundamentada e o exercício dessa incumbência faz com o que desenvolvam uma competência que esse ambiente deliberativo favorece e estimula. Não se presume que os Juízes não falham, mas que sejam menos falíveis relativamente aos legisladores.⁹¹⁰

⁹⁰⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 71. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018.

⁹¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 73/76. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São

8) A Corte promove tanto uma representação deliberativa quanto argumentativa. A legitimidade democrática abarca a agregação de interesses individuais, mas abrange, além disso, decisões dotadas de justificativas compartilhadas pela comunidade. O Parlamento é representativo no tocante ao primeiro aspecto e as Cortes no que tange ao segundo. Nesse passo, as Cortes devem ser entendidas como instituições representativas, visto que mais sensíveis a razões e não a anseios majoritários. Elas decidem por conta própria, mas levam em conta toda a argumentação apresentada.⁹¹¹

9) A Corte integra um sistema democrático e é composta por membros indicados por autoridade eleitas. Este argumento retoma a Separação de Podres, visto que o sistema democrático necessita ser versátil para atender demandas multifacetadas e complexas. O “governo do povo” não significa “todos decidindo tudo a todo tempo”. A legitimidade, assim, deve ser atribuída ao conjunto governamental como um todo e não a membros isolados. De ver-se, também, que os Juízes não estão completamente isolados das instituições eleitas, pois os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, via de regra, são nomeados por autoridades eleitas democraticamente. Os Juízes não seguem a toada eleitoral, mas não estão plenamente isolados dela.⁹¹²

3.6.2 – Contra Legisladores e Parlamentos.

Os defensores da revisão judicial não negam a imprescindibilidade do legislador democrático. Negam-lhe, entretanto, a última palavra em Direitos Fundamentais, reservando-lhes um papel remanescente. Essa corrente destaca o mito por trás da sensação de autogoverno que os legisladores representam, eis que essa mitologia teria distorcido a capacidade de olhar cruamente para a realidade das instituições representativas. Assim, o ideal de autogoverno requer um conjunto de estratégias institucionais que não se limitam ao Legislativo. Nesse passo, os

Paulo: Martins Fontes, 2016. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lummen Júris, 2018. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018.

⁹¹¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.75. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹¹² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 77. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

argumentos contrários aos parlamentos dizem respeito aos problemas na representação e aos vícios existentes na regra da maioria.⁹¹³

1) O parlamento não é a encarnação da Democracia, mas a conversão de uma a instituição que historicamente exerceu outros propósitos. Em geral acredita-se que a tradução dos ideais democráticos e do governo do povo é estampada pelo Parlamento representativo. Entretanto, na verdade, o Parlamento consiste em uma instituição de origem oligárquica e antidemocrática (um sistema de resistência de aristocratas ingleses, fazendeiros americanos e advogados franceses). Sua origem aristocrática no século XVIII, no entanto, não impediu que com a ampliação do sufrágio fosse transformado em uma instituição democrática. O sufrágio ampliou a participação, mas não promoveu seu aprofundamento, eis que elementos elitistas ainda continuam a subsistir. Não se permite, efetivamente, ao povo governar, mas, sim, selecionar seus governantes e julgar seus respectivos desempenhos, periodicamente.⁹¹⁴

2) A dinâmica representativo-eleitoral incentiva um comportamento legislativo que não protege devidamente os Direitos Fundamentais. A dinâmica parlamentar e sua composição não permitem que se leve a sério os direitos. Legisladores têm muitas outras coisas em consideração e são movidos por incentivos de curto prazo ligados à conveniência política. A principal motivação dos Legisladores é aumentar as chances de reeleição e aumentar o poder individual, sendo, assim, agentes autointeressados.⁹¹⁵

3) A representação eleitoral não é o único tipo possível de representação. Cuida-se de uma representação puramente agregativa. A partir do momento em que surge a necessidade empírica de separação entre governantes e

⁹¹³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 77. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹¹⁴ Esse argumento é assemelhado a ideia de Democracia Pragmática de Richard Posner analisada no presente capítulo. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière.** Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 78. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017.

⁹¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 79. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

governados, exsurtem nas instituições democráticas, apenas “rastros de autogoverno”, em graus diferentes e em distintas modalidades. Agregue-se a isso a constatação de que as eleições não dão conta de criar um órgão representativo plural que espelhe a diversidade da Sociedade contemporânea. A ideia de que o Parlamento reflete os anseios da Sociedade é cada vez menos plausível, consoante demonstra a corrente crise da Democracia representativa.⁹¹⁶

4) Restrições aos Paramentos não são argumentos antidemocráticos visto que apenas apontam os problemas que os incentivos institucionais geram no comportamento do legislador. A defesa que a Corte prevaleça sobre o Legislador, em alguns casos, não resgata inclinações autoritárias (preconceito com as massas, despreparo do cidadão comum, necessidade de guardiães). Cuida-se, tão somente, de levar instituições a sério, pois, embora os Juízes não sejam melhores ou mais sábios do que ninguém, atuam em um ambiente mais adequado para determinados tipos de decisão. De sua banda, Legisladores, mesmo bem intencionados, estão jungidos a uma complexa rede de constrangimentos institucionais inexoráveis. Os problemas da representação eleitoral - e da regra da maioria - não desaparecem, ainda que estejamos diante de bons e bem intencionados membros do Parlamento.⁹¹⁷

5) A regra da maioria não é sensível à intensidade de preferências e não possui a racionalidade que se supõe, sendo seus resultados, muitas vezes, arbitrários. A votação por maioria nem sempre traz a vontade da maioria. Diferentes decisões resultarão simplesmente da variação da ordem de votação. Quem tem o poder de controlar essa ordem consegue, em muitas hipóteses, determinar a decisão final. O procedimento majoritário, por vezes, ao contrário de encontrar a vontade da maioria, culmina na vontade de uma minoria estrategicamente bem posicionada, articulada e mobilizada.⁹¹⁸

6) O mundo não é bipartido entre maioria e minoria e as preferências políticas não são estáticas. Raciocinar de forma binária (maioria/minoria) esconde

⁹¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 80/81. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹¹⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 82. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 83. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

complexidades, porquanto a premissa de que a decisão legislativa adere à vontade da maioria supõe que ali existe uma agregação simples de posições previamente formatadas, convictas e inflexíveis. Em verdade, as preferências de uma Sociedade são maleáveis e sujeitas a transformações por meio da deliberação, da experiência e de novas informações. Não são fixas e exógenas, mas mutáveis, endógenas e estruturadas de modo contínuo em uma escala não binária e gradualista.⁹¹⁹

3.6.3 - A favor de Legisladores e Parlamentos.

A imbricação de Legisladores e Parlamentos com a Democracia é tida como mais óbvia e natural do que a de Juízes e Cortes. Não possui o mesmo ônus de justificação dos Juízes visto que a instituição é tida como aquela que preserva e dinamiza a Democracia. Destarte, o argumento em favor da supremacia legislativa abrange duas vertentes principais: a) a representação eleitoral, para replicar o povo em menor escala e b) a regra da maioria, recurso procedimental que deve promover a igualdade.⁹²⁰

1) O Parlamento representativo é mais próximo do ideal de Democracia nos Estados modernos, sendo um aperfeiçoamento da Democracia direta. Nas Sociedades modernas não é possível aos indivíduos o exercício da política em tempo integral. Devido à dimensão e complexidade das atuais Sociedades a representação é um recurso pragmático para contornar essas dificuldades, visto que o padrão democrático original de Rousseau resta impossível. Assim, o povo se faz presente por meio das eleições e governa, ainda que indiretamente, através de seus representantes. A representação transmuta a presença física em voz e conecta as esferas formal e informal da política em um mecanismo deliberativo contínuo. O Parlamento, então, é representativo e isso consiste em um aperfeiçoamento da Democracia direta o que basta para afastar as instituições judiciais.⁹²¹

2) O processo de composição do Parlamento representativo

⁹¹⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 83. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 85. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹²¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 89/90. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

estrutura a competição política e sua atividade decisória estimula o compromisso e a acomodação, afastando a polarização. O processo inerente às instituições representativas estimula a disciplina e a competição política em bases equânimes, permitindo aos eleitores acolherem ou rejeitarem os competidores. Esse regime democrático é definido pelo igual direito de qualquer cidadão votar e ser votado. Pertinente, também, ter em conta a qualidade epistêmica desse foro deliberativo que possui uma escala não comparável com as Cortes, capacidade de coletar informações, obter subsídios técnicos, ouvir os diversos pontos de vista, considerar a ampla gama de interesses em jogo, balancear interesses e pactuar compromissos.⁹²²

3) A objeção contra a supremacia do Parlamento representativo ecoa preconceitos inerentes à tradição antidemocrática. Rechaços ao parlamento costumam resgatar velhos adágios antidemocráticos da ignorância e despreparo das massas e a defesa da guardiania e do governo de “reis filósofos”.⁹²³

4) A regra da maioria é o único princípio decisório coletivo que respeita o imperativo moral da igualdade e limita o poder. A regra da maioria é uma conquista, pois permite que o consentimento resulte da força moral da igualdade. Ela respeita os indivíduos na medida em que leva em conta as diferenças de opinião e não reprime aqueles que pensam diferente, tratando-os como iguais. Nesse passo, a legislação é uma fonte de direito digna de respeito tendo em vista que suas credenciais majoritárias permitem que cada participante tenha peso igual nas decisões. Urge mencionar, também, que a probabilidade de “tirania de uma maioria” é bem menor nas Democracias representativas do que em outros regimes.⁹²⁴

⁹²² WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. p.27. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 90/91. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹²³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.91. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹²⁴ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos.** Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces.** Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. 1 ed. Traducción: Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virguez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2018. WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation.** New York: Cambridge University press, 1999. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.91/92.

3.6.4 – Contra Juízes e Cortes Constitucionais.

Os argumentos contra Juízes não defendem propriamente a extinção da atividade jurisdicional em matéria de interpretação constitucional. Não admitem, entretanto, que a construção da concreção e do significado da Constituição possa ser dominada pelas Cortes.⁹²⁵

1) A Corte não protege as precondições da Democracia, pois não está fora da política. Está equivocada a qualificação de meramente procedimental à Democracia que defende a prevalência do Legislador na resolução de dilemas morais. Com efeito, resta plenamente possível construir uma noção substantiva de Democracia sem abrir mão de que o Parlamento tenha primazia. Por conseguinte, impende apontar que as Cortes não estão fora da política e não são agentes neutros, consoante se supõe. Na interpretação da Constituição, as posições são controversas e a atuação dos Juízes não soluciona o desacordo. Apenas adiciona uma interpretação possível com custos para a Democracia. Apesar dos adornos técnicos e da linguagem, a decisão judicial, em verdade, trata-se de uma manifestação de vontade e da afirmação de uma agenda ideológica.⁹²⁶

2) A Corte não protege direitos das minorias pois moralmente isso é controverso e empiricamente é falso. Não há nada de tirânico no fato da minoria perder votações no Parlamento. A maioria pode estar certa e a minoria pode não ter o

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹²⁵ Como apontado no presente capítulo, os Procedimentalistas não são plenamente favoráveis à supremacia judicial e têm em grande conta os valores da representação e da regra da maioria. Alguns, entretanto, concedem uma pequena margem de correção à Corte. Essa margem de correção está correlacionada à preservação da competição política, estando a atuação judicial, então, “legitimada a intervir quando identifica falhas no mercado político.” Minorias insulares e separadas, sistematicamente excluídas dos processos decisórios e desprovidas de voz, autorizam a atuação corretiva dos Juízes. Para essa corrente, a corte deve fiscalizar a participação e combater discriminações pontuais, protegendo direitos civis e políticos inerentes à competição, o funcionamento e à manutenção dos processos de decisão (liberdade de expressão, de associação partidária e o direito ao voto). A Corte, no entanto, não está legitimada a imiscuir-se nas escolhas democráticas e nas decisões do povo, devendo, apenas, garantir as regras do jogo democrático. (Ely e Habermas conforme exposto). FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e dos demais poderes do Estado. Perspectivas brasileira e latino-americana. p.447. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 446. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 62. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹²⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.93/94. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

direito que advoga ter. Tirania da maioria não pode ser confundida com desacordo. A preocupação somente é legítima quando as maiorias tópicas se alinham às maiorias decisórias. A tirania ocorrerá somente quando decisões erradas sobre direitos forem tomadas e isso é um conceito substantivo e não procedimental. Tanto as Cortes quanto os Parlamentos podem atuar de forma tirânica sendo que isso não decorre do procedimento que adotam. Por seu turno, pelo prisma empírico, as maiorias não tardam a vencer, visto que as Cortes não podem resistir por muito tempo na defesa de posições não respaldadas ou contrárias à maioria.⁹²⁷

3) A Corte não é emissária do poder constituinte nem mecanismo de pré-comprometimento. Esse é apenas um disfarce que encobre um agente político que faz escolhas morais controversas. Juízes, em verdade, não estão respeitando as decisões constituintes originais. Estão apenas assumindo uma posição acerca de questões controversas, camufladas de uma pretensa vontade constituinte.⁹²⁸

4) A revisão judicial não é decorrência necessária do Estado de direito e não deve ter exclusividade na interpretação da Constituição, podendo, sim, a interpretação do Parlamento prevalecer. A inferência pela qual a Constituição, por imposição lógica, deve ser resguardada pela revisão judicial é equivocada. A tese da necessidade da revisão judicial superestima a capacidade dos Juízes e avilta a capacidade dos legisladores. A qualidade normativa da Constituição, portanto, independe de uma instituição que aplique sanções.⁹²⁹

5) A Corte não é um agente externo imparcial. Alguma instituição deve decidir por último e nenhum dos possíveis candidatos é politicamente neutro. No cenário do controle de constitucionalidade – ao contrário do que ocorre na

⁹²⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.94/95. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹²⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.95/96. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹²⁹ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. 1 ed. Traducción: Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virguez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2018. WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University press, 1999. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.96/97. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

atuação judicial de disputas individuais – não há um agente neutro e desinteressado. O efeito das decisões atingem a todos e o desacordo permanece reinante. Nesse diapasão, resta mais adequado que o Parlamento exerça essa autoridade, tanto pelo valor moral que lhe permeia, quanto por sua melhor capacidade institucional de galgar soluções adequadas para temas controversos.⁹³⁰

6) A Corte é igualmente falível em questões de princípio e a comunidade discorda sobre a resposta correta. Ela não promove uma representação deliberativa ou argumentativa e Juízes não representam, não são eleitos, sendo apenas uma elite profissional. A ideia de que a Corte tem melhor capacidade institucional para deliberar sobre princípios idealiza o que de fato ocorre. Além disso, não se pode delegar decisões de princípios à expertise, porquanto essas são questões normativas e ideológicas e não uma ciência neutra e técnica. As escolhas das Cortes não são melhores ou mais qualificadas do que aquelas emanadas de um Legislador comprometido e sincero. A suposição da perfeita racionalidade judicial é apenas retórica de teóricos normativos, não encontrando respaldo em evidências.⁹³¹

7) A Corte é composta por membros indicados por autoridades eleitas, mas isso não é suficiente para a legitimação democrática. Ela integra um sistema democrático. Entretanto, não deve ser detentora da última palavra. Ainda que a nomeação por autoridade eleitas traga alguma conexão dos Juízes com autoridades eleitas, não há justificativa para que as decisões judiciais prevaleçam em detrimento do legislador democrático. A legitimidade não deve ser comparativa, mas, sim, decorrente da demonstração que a autoridade dotada da última palavra é mais democrática que suas alternativas. Ainda que se deva considerar a legitimidade

⁹³⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.97/98. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹³¹ WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005. WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. 1 ed. Traducción: Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virguez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2018. WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022. WALDRON, Jeremy. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University press, 1999. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.99/100. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

democrática do regime de forma global, urge também considerar as instituições mais e menos democráticas dentro do sistema. Dessa análise, decorre a necessidade de atribuir-se a última palavra ao legislador democrático.⁹³²

3.7 - A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

O constitucionalismo parte da noção de Constituição como o estatuto jurídico-político instituidor de limitações aos poderes do Estado (em uma carta de Direitos Fundamentais), relativamente ao cidadão. Essas Constituições também assentam e institucionalizam a Separação de Poderes, assim como criam algum mecanismo de controle de constitucionalidade, por uma Corte Constitucional ou pelo Poder Judiciário.⁹³³ Surge, ainda, um novo paradigma - nas Constituições democráticas do século XX - que consiste na ideia de Constituição como norma diretiva fundamental. Lenio Streck pontifica que “a nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental”.⁹³⁴

Há dois pilares nos quais o Estado Democrático de Direito resta alicerçado: a Democracia e a previsão e efetivação de Direitos Fundamentais. As duas categorias são complementares e se interpenetram. Inexiste Democracia Formal e Material sem respeito aos Direitos Fundamentais. De outro vértice, a ausência de Democracia implica em desrespeito aos Direitos Fundamentais. Como em parte já apontado, após a segunda guerra mundial consolida-se, na Europa continental, o Estado Constitucional de Direito. Esse modelo - que sucede ao Estado Legislativo de Direito - é marcado pela centralidade da Constituição em detrimento da legislação infraconstitucional. No entanto, no Brasil e na América do Sul, esse avanço do Estado Constitucional de Direito ocorreu com relativo atraso em virtude dos golpes e regimes militares impostos. No caso brasileiro, especificamente, vem a efetivar-se somente após o processo constituinte 1987/1988.⁹³⁵

⁹³² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.101/102. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

⁹³³STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.109.

⁹³⁴STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.114.

⁹³⁵STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.123.

Streck aponta relativamente ao mencionado deslocamento de protagonismo:

“A soberania do parlamento cedeu passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos em face do Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental”.⁹³⁶

Em vários países, como é o caso do Brasil, a Constituição estabelece a existência de um Supremo Tribunal Constitucional (Corte Suprema) ou de cúpula, cumulando outras atribuições (caso do Supremo Tribunal Federal do Brasil), encarregado da interpretação da Constituição e do controle de constitucionalidade das leis, mediante a jurisdição constitucional.⁹³⁷ A jurisdição Constitucional, por sua vez, compreende o exercício do poder exercido por Juízes e Tribunais constitucionais na interpretação e aplicação da Constituição, no controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público e, ainda, na interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional, conforme a Constituição.⁹³⁸

Embora o controle de constitucionalidade tenha sido, por bastante tempo, uma peculiaridade dos Estados Unidos da América, atualmente esse arranjo institucional se espalhou mundo afora. Segundo Rodrigo Brandão, 158 de 191 sistemas constitucionais possuem algum instrumento de controle de constitucionalidade. A previsão do controle de constitucionalidade - nas Constituições do pós-guerra - foi acompanhada de uma expansão global do Poder Judiciário com uma consequente judicialização da política.⁹³⁹ Há uma tendência mundial na direção da adoção de catálogos de direitos constitucionais, fortalecimento do controle de constitucionalidade (revisão judicial) e Judicialização da Política.⁹⁴⁰

⁹³⁶STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.116.

⁹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 436.

⁹³⁸ Marcos Castro aponta a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, o resgate do tema da legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte Americana e a tradição europeia de controle concentrado das leis como fatores importantes para explicação do fenômeno da Judicialização da Política. CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n 34, p 147/156. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 437.

⁹³⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.83/84.

⁹⁴⁰ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.37.

De se ter em conta, por conseguinte, que as relações entre o sistema judicial e o sistema político atravessam um momento de tensão sem precedentes cuja natureza é possível resumir em uma frase: a judicialização da política conduz à politização da justiça. Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política.⁹⁴¹ A tensão entre jurisdição e legislação é, pois, imbricada com a tensão entre direito e política. Deve-se ter em conta que o Poder Executivo e Legislativo não conseguem perfectibilizar as promessas que preconizam nos pleitos eleitorais. Uma grande parte dos representantes eleitos atuam de forma deficitária, sempre um passo atrás relativamente aos anseios e necessidades da Sociedade.⁹⁴²

Consoante denota Ran Hirschl, nos últimos anos o mundo tem visto uma transição rápida para o que pode ser chamado “juristocracia”, ou seja, para um sistema onde há uma forte interferência de Cortes Constitucionais na esfera política.⁹⁴³ A expansão judicial é um fenómeno mundial, contando com registro em obras desde a década de noventa.⁹⁴⁴ Fruto da conjugação de motivos diversos, abarcando inclusive países que tradicionalmente adotam o modelo Inglês de relativa soberania parlamentar, a denominada Democracia ao estilo *Westminster*. Inúmeros exemplos denotam a fluidez da fronteira entre política e justiça e nem sempre é clara a divisão entre criação e aplicação do direito.⁹⁴⁵

Consoante Pedro Manoel Abreu, a expansão global do Poder Judiciário, marcada pela judicialização da política, pela desneutralização e pelo Ativismo Judicial, consiste em processo afirmativo do Judiciário, de cunho mundial, abrangendo tanto os sistemas do *common law* como os de *civil law*. Assuntos até então circunscritos à arena política passaram a ser tratados na seara judicial. Fala-se, então, “*em governo*

941VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. p.16.

942STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.114.

943 HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.29. Ver também: HIRSCHL, Ran. **Comparatives Matters**. The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford University press. 2014. HIRSCHL, Ran. **Constitutional Theocracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University press. 2010. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006.

944 Ver a esse respeito a obra: TATE, C. Neal e Torbjörn, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995.

945 BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.44/45.

de juízes, judiciarismo, judicialização, judiciocracia, ativismo judicial, juridicização do fato político, juristocracia, entre outros termos, que retratam essa expansão do Poder Judiciário, fenômeno apontado como um dos mais notórios fatos políticos da atualidade.”⁹⁴⁶ Pedro Abreu salienta, ainda, que em virtude de várias decisões dos últimos anos - as quais compeliram o Executivo, o Legislativo e a própria Sociedade a “cumprir os ditames constitucionais” - o Poder Judiciário saiu do cenário de discrição, que marcava sua atuação política, para uma maior visibilidade, decidindo matérias cada vez mais graves e importantes com grande repercussão para vida nacional.⁹⁴⁷

Conforme aponta Rodrigo Brandão:

“A judicialização da política consiste no processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente Legislativo e o Executivo, resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma e ações judiciais”.⁹⁴⁸

Para Ran Hirschl, a judicialização da política é o recurso a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas.⁹⁴⁹ Sinteticamente, portanto, é a transferência do poder de tomar decisões sobre questões de alta conotação política em prol dos Juízes e em detrimento dos demais poderes.⁹⁵⁰

A maioria dos estudiosos da política constitucional concorda que há uma forte correlação entre a disseminação da Democracia e a expansão global do Poder Judiciário.⁹⁵¹ Efetivamente, uma das condições para o desenvolvimento da

⁹⁴⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 270.

⁹⁴⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 316.

⁹⁴⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.22/23.

⁹⁴⁹ HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.140.

⁹⁵⁰ Por seu turno, para Barroso, tem-se por Judicialização o fenômeno pelo qual a tomada de decisões relevantes do ponto de vista jurídico, moral e político é incumbida ao Poder Judiciário. Trata-se da transferência de poder para as instituições judiciais de matérias que, via de regra, eram decididas pelas instâncias políticas ordinárias, ou seja, os Poderes Legislativo e Executivo. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 43.

⁹⁵¹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.75/76.

Judicialização da Política consiste em um relativo aprofundamento da Democracia, visto que não é possível compatibilizar governos autocráticos com a expansão do Poder Judiciário. É inimaginável, a princípio, que um ditador consinta que suas decisões sejam reformadas pelo Poder Judiciário, que se judicialize a política ou que o Poder Judiciário adote postura de cunho ativista. É possível dizer que a Democracia consiste, pois, em um pressuposto para que ocorra a Judicialização.⁹⁵²

As principais razões da expansão global do Poder Judiciário, tradicionalmente, são divididas nas teorias conceitualista e funcionalista. A primeira teoria aduz que a expansão do Poder Judiciário decorre da ampla positivação dos Direitos Fundamentais, no seio das Constituições e nos Tratados Internacionais, principalmente a partir da segunda guerra mundial. Imbricada a esta teoria está a concepção de Democracia Constitucional - que pressupõe a efetivação dos Direitos Fundamentais e a proteção das minorias – e não a mera aplicação da regra da maioria. Além disso, a teoria conceitualista vislumbra a Judicialização como importante instrumento de limitação de poder em um Estado amplo.⁹⁵³

Por seu turno, a teoria funcionalista propugna que a judicialização é decorrente de questões estruturais do sistema jurídico, tais como “a existência dos múltiplos pontos de veto (*veto points*) em um sistema político fortemente descentralizado.” O federalismo e mecanismos mais rígidos de Separação de Poderes, como no presidencialismo, também fomentam a expansão judicial, na medida em o Poder Judiciário terá de agir como terceiro imparcial no embate entre Executivo e Legislativo ou entre Estados-membros e a União. Nos países que possuem agências reguladoras com certa autonomia, no plano da descentralização da administração pública, o Judiciário é acionado com frequência para resolução de problemas de coordenação entre elas, assim como para conter a tendência expansiva das agências em detrimento dos direitos individuais e das competências de outras esferas do governo. No atual cenário jurídico-político do Brasil o Poder Judiciário tem ganhado destaque e vem aparecendo com centralidade. Sob diferentes enfoques, o exercício da jurisdição assumiu o centro do debate em grande parte do mundo e, enfaticamente, no

⁹⁵² BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p.128/129.

⁹⁵³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.86.

que concerne ao Brasil.⁹⁵⁴

Oscar Vilhena aponta sobre o tema:

“O STF está hoje no centro do sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando autoridade de intérprete da constituição com exercício do poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos. {...} A cada *habeas corpus* polêmico o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela ‘Tv Justiça’, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito”.⁹⁵⁵

Luís Roberto Barroso aponta que o fenômeno da Judicialização é marcado por múltiplas causas. Algumas denotam uma tendência mundialmente constatada. Outras são específicas à realidade brasileira. A primeira elencada é pertinente a redemocratização do país que culminou com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com a Constituição democrática, o Poder Judiciário recuperou sua independência e suas garantias, deixando, assim, de autuar como um mero departamento burocrático técnico-especializado. Transformou-se em verdadeiro poder político constitucional, capaz de fazer valer as leis e, principalmente, a Constituição, inclusive em face dos demais poderes da República.⁹⁵⁶ A segunda causa é pertinente ao reconhecimento da importância de um Poder Judiciário forte e independente para a perfectibilização da Democracia moderna. Um dos fatores desta crescente busca pelo Judiciário se deu pelo fato da Sociedade civil, notadamente após a Constituição de 1988, progressivamente ter se tornado mais consciente de seus direitos e de sua própria cidadania, buscando no Poder Judiciário sua concretização.⁹⁵⁷

Uma terceira causa é atinente a uma grande desilusão com a política majoritária tendo em vista a grave crise de legitimidade dos integrantes dos poderes

⁹⁵⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.87.

⁹⁵⁵ VILHENA, Oscar. **Supremocracia**. Revista de direito FGV n. 8. p. 441/442.

⁹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

⁹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.23.

representativos.⁹⁵⁸ Isto se deve a vários fatores como, por exemplo, o abandono das promessas de campanha, a falta de coerência do modelo de eleições proporcionais, a corrupção sistêmica de uma parte do sistema político, os *lobbies*, dentre outros fatores. Também há de se ter em conta que as instituições judiciais despertam algum grau de confiança e credibilidade em uma população desacreditada da política partidária.⁹⁵⁹

A quarta causa é ligada ao fato de que os atores políticos, em determinadas matérias, preferem que o Judiciário decida questões que apresentam desacordo moral relevante. Em casos polêmicos e politicamente custosos, os Poderes Executivo e Legislativo podem, por meio da inércia deliberada, delegar espaço para autuação do Poder Judiciário. Temas controvertidos, sem consenso na Sociedade, tais como aborto, abertura de arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, mudança de sexo e nome de pessoas transgênero, entre outros, são repassados ao Poder Judiciários no afã de que seus custos políticos não sejam suportados pelos poderes que são legitimados pelo voto popular. Nesses termos, ao passar ao Judiciário as decisões polêmicas, os políticos afastam o desgaste com os eleitores contrários às medidas e evitam eventuais perdas de votos nas eleições subsequentes.⁹⁶⁰

Ainda para Barroso, uma quinta causa que contribui para a Judicialização no Brasil decorre do fato de adotarmos um modelo de Constituição analítica e abrangente, que trouxe para o corpo constitucional inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário. Para o autor, constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito, na medida em que uma questão é disciplinada

958BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 439.

959 BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.23.

⁹⁶⁰ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 72. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 5ª edição. p. 439. “Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de ‘redirecionamento de culpa’ é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então ta delegação pode beneficiar os atores políticos. No mínimo, a transferência de ‘abacaxis’ políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse”. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. *Fordham Law Review*, v.75, n.2, 2006, p.165.

constitucionalmente, transmuda-se, potencialmente, em uma pretensão jurídica que pode ser judicializada.⁹⁶¹ Como sexta causa a potencializar a Judicialização tem-se o fato de nosso sistema de controle de constitucionalidade ser híbrido ou eclético por combinar a matriz americana (controle difuso de constitucionalidade) com a matriz Europeia (controle concentrado de constitucionalidade). Isso faz do sistema brasileiro um dos mais abrangentes do mundo. Desde a proclamação da República, com inspiração no sistema norte-americano, Rui Barbosa trouxe ao Brasil o sistema de controle de constitucionalidade difuso, pelo qual qualquer Juiz ou Tribunal pode, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei que colida com a Constituição Federal.⁹⁶²

Por outro lado, a partir do modelo Europeu, foi incorporado ao arcabouço de controle de constitucionalidade brasileiro o sistema concentrado, permitindo que determinadas matérias sejam levadas, em tese, ao Supremo Tribunal Federal. Além disso, o rol amplo de legitimados a propor as ações direitas, conforme o art. 103 da Constituição Federal permite a várias entidades e categorias acessarem o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, no Brasil o sistema constitucional de 1988, ao reconhecer um amplo espectro de Direitos Fundamentais, assim como ao fortalecer instituições como o Poder Judiciário e o Ministério Público, fomentou a Judicialização da Política.⁹⁶³

Para Rodrigo Brandão, as condições favoráveis à Judicialização podem ser sistematizadas em três vertentes: a) políticas (características do sistema político); b) institucionais (características da ordem jurídica); e interpretativas (características da teoria da interpretação mais influente na Corte); As duas primeiras são atinentes à

⁹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

⁹⁶² No tocante às leis municipais ou estaduais o parâmetro de confronto pode ser, também, as Constituições Estaduais. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 440.

⁹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 24/25. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022. Por seu turno, Ernani Carvalho aponta seis condições para consolidação do fenômeno da judicialização: a existência de um sistema político democrático, a Separação de Poderes, o exercício de direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse e pela oposição, e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias. Todos esses fatores se encontram presentes nos sistemas jurídicos e políticos na atualidade. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 23, p. 115-126.

Judicialização propriamente dita – submissão de questões politicamente relevantes às Cortes de Justiça - enquanto a última favorece o Ativismo Judicial.⁹⁶⁴

As condições políticas consistem no que segue: a) Democracia e pluralismo político; Há relativo consenso na doutrina de que uma das principais causas da Judicialização é a afirmação e a expansão da Democracia. Nada obstante seja constantemente criticado e acoimado de antidemocrático, o controle de constitucionalidade é um produto da Democracia e tende a expandir-se em regimes democráticos; b) federalismo e Separação de Poderes; Conforme exposto, as teorias funcionalistas sustentam que a divisão vertical (federalismo) e horizontal (Separação de Poderes) do poder político implica em seu maior fracionamento. Esta divisão provoca constantes conflitos entre os respectivos departamentos, sendo que referidos conflitos acabam por desaguar no Poder Judiciário; c) ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias, além de fortes esperanças depositadas no Poder Judiciário; ao redor do mundo, e especialmente no Brasil, o Poder Legislativo e o Poder Executivo sofrem um elevado déficit de legitimidade. Com isso, o Poder Judiciário aumentou seu espectro de atuação e obteve certo protagonismo. As minorias, os movimentos sociais e até mesmo os integrantes do Poder Legislativo que compõem a oposição, passaram a provocar o sistema judicial para consecução de seus direitos constitucionais e legais, assim como contestar as políticas do governo.⁹⁶⁵

De sua banda, as condições institucionais são: a) amplo catálogo de direitos; conforme já apontado, há uma forte tendência de que uma ampla carta de direitos e garantias implique em uma maior Judicialização; b) perfil de controle de constitucionalidade adotado – no caso brasileiro já analisado linhas atrás – e sua utilização por grupos de interesse e por partidos de oposição. Quanto mais alargado for o acesso ao controle de constitucionalidade maior será a tendência à Judicialização. Nesses termos, “especial atenção deve ser dada à concessão de legitimidade a entidades da sociedade civil e a minorias parlamentares (ou partidos minoritários), visto

⁹⁶⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.34.

⁹⁶⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.92/96. BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p. 75

que tal fator torna o Judiciário uma nova frente de batalha para os derrotados na arena política, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas ambíguas”;⁹⁶⁶ c) rol de competências da Suprema Corte ou Corte Constitucional; quanto maior o rol de competências da Corte maior o número de matérias que serão subtraídas do processo político ordinário e decididas pela jurisdição; d) nomeação e investidura dos membros; quanto mais longo o tempo de permanência dos integrantes do órgão, a princípio, maior será a liberdade de decisão dos juízes. Por exemplo, em um ponto extremo de proteção à independência judicial, o modelo norte-americano assegura aos seus membros a garantia da vitaliciedade, sem aposentadoria compulsória por idade. No Brasil os membros do Supremo Tribunal Federal possuem a garantia da vitaliciedade – assim como todos os Juízes brasileiros – mas aos setenta e cinco anos há a aposentadoria compulsória; e) a constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional; quanto mais abrangente for a Constituição e mais difícil for sua alteração menor será a possibilidade de maiorias parlamentares alterarem as normas constitucionais. Portanto, quanto mais as Constituições forem analíticas e quanto maior for a dificuldade de sua reforma, maior será o grau de rigidez constitucional.⁹⁶⁷

De seu vértice, as questões interpretativas implicam no fato de que não basta que as questões sejam apresentadas ao Judiciário. Para que se complete o ciclo de Judicialização, resta necessário que os Juízes aceitem o encargo, ou seja, que considerem ser função do Poder Judiciário a resolução das controvérsias apresentadas em detrimento da política ordinária. Essa assunção denota uma postura ativista do Poder Judiciário e o corresponsivo afastamento da autocontenção e da deferência ao Legislador.⁹⁶⁸ Conforme aponta Campilongo, parece existir uma via de mão dupla no relacionamento entre o cidadão e o Judiciário, porquanto as pessoas depositam nos Tribunais a confiança que deixaram de ter nos demais poderes estatais.⁹⁶⁹

⁹⁶⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.97/103.

⁹⁶⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.104/106.

⁹⁶⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.107.

⁹⁶⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O judiciário e a democracia no Brasil**. Revista da Usp, v.21 1994. p.121.

Pedro Abreu, por seu turno, obtempera que o protagonismo do Poder Judiciário no Brasil decorreu menos de seu próprio desejo e mais como um efeito inesperado da transição do regime militar para Democracia. Esse fenômeno também decorreu da circunstância geral – não apenas brasileira - de reestruturação das relações subjacentes entre Estado e Sociedade que derivam de transformações amplas produzidas por um novo ciclo de modernização do capitalismo.⁹⁷⁰ Portanto, de fato, boa parte das questões nacionais – quer digam respeito ao plano político, social ou econômico – perpassam pela via judicial, tendo, muitas vezes, no âmbito jurisdicional a última palavra.⁹⁷¹

3.8 – ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Entende-se por Ativismo Judicial a participação mais enfática e ampla do Poder Judiciário no âmbito da concretização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes.⁹⁷² Para Rodrigo Brandão, o Ativismo Judicial “é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite 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”.⁹⁷³

A categoria Ativismo Judicial é uma expressão oriunda dos Estados Unidos, tendo sido empregada como um rótulo de conotação pejorativa relativamente à atuação da denominada Corte Warren,⁹⁷⁴ entre 1954 e 1969.⁹⁷⁵ A Corte Warren foi uma composição da Suprema Corte conhecida por sua jurisprudência progressista em matéria de Direitos Fundamentais, promovendo uma verdadeira revolução

⁹⁷⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.82.

⁹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.23.

⁹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 442.

⁹⁷³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.23.

⁹⁷⁴ “Trata-se de Corte ativista que buscou significativa mudança social, com enfoque na proteção dos direitos fundamentais e no princípio da isonomia, propiciando verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos”. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.37.

⁹⁷⁵ A Jurisprudência da Corte Warren será melhor analisada no quarto capítulo.

relativamente a inúmeras práticas políticas.⁹⁷⁶ Em contraponto à jurisprudência progressista da Corte, houve uma reação conservadora intensa e a expressão Ativismo Judicial passou a ser utilizada com conotação depreciativa, sendo equiparada ao exercício impróprio da judicatura.⁹⁷⁷ O surgimento da expressão (*Judicial Activism*) é atribuído a um artigo escrito e publicado na revista americana *Fortune* pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., de 1947. No referido artigo seu subscritor analisou as decisões da Suprema Corte norte-americana relativamente ao controle de constitucionalidade das leis do plano econômico *New Deal*, do Presidente Franklin Delano Roosevelt. Segundo o artigo, havia dois grupos de juízes na Corte: os ativistas e os que apregoavam a Autocontenção Judicial.⁹⁷⁸

Importante, nesse ponto, apontar a diferenciação entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política. Segundo Luís Roberto Barroso, o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política são primos embora não tenham as mesmas origens. Eles não são gerados pelas mesmas causas e são fenômenos diferentes. No contexto brasileiro, a Judicialização é um fato ou uma circunstância contingencial e inexorável⁹⁷⁹ – na esteira da inação dos demais poderes - que deriva do modelo institucional adotado – em especial do modelo Constitucional - e não de vontade política deliberada oriunda do Poder Judiciário. A Judicialização é uma constatação do que vem ocorrendo na atualidade em virtude de uma larga gama de direitos e garantias constitucionais. Ela não é dependente da vontade dos órgãos judicantes visto que deriva de uma questão social. Portanto, a Judicialização é um fator externo ao Poder Judiciário que decorre de transformações sociais e político-jurídicas.⁹⁸⁰

Por seu turno, o Ativismo Judicial é uma atitude deliberada, um modo de agir específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance e sentido. Normalmente o Ativismo ocorre nas hipóteses de retração dos demais

⁹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 248.

⁹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 441.

⁹⁷⁸ SOLIANO, Vitor. **Ativismo judicial no Brasil: uma definição**. Revista Eletrônica de Direito e Política, programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência jurídica da Univali, Itajaí, v 8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em w.w.w.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980-7791. p. 591

⁹⁷⁹ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.289.

⁹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.25. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

poderes, em especial do Poder Legislativo, e de um determinado desacoplamento entre a Sociedade civil e a classe política. O Ativismo Judicial é, pois, um fenômeno e uma postura interna ao Poder Judiciário que acolhe a possibilidade de julgar determinadas demandas plasmadas de carga político-social. Impende aduzir, então, que os dois institutos se reforçam na medida em que a Judicialização da Política reforça o Ativismo Judicial e as posturas ativistas dos Juízes incentivam a Judicialização da Política e das relações sociais.⁹⁸¹

O oposto do Ativismo é a Autocontenção Judicial. Ela se perfectibiliza na conduta do Judiciário em ser deferente a atuação dos demais poderes estatais, reduzindo sua interferência nos Poderes Legislativo e Executivo. O Ativismo Judicial procura extrair ao máximo as potencialidades do texto constitucional, incluindo a construção de regras de conduta a partir de enunciados abertos como os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados. Por outro lado, a autocontenção é caracterizada pela atitude judicial de aceitar, sem intervir, à atuação (ações e omissões) dos poderes políticos representativos.⁹⁸²

O Ativismo Judicial se manifesta, segundo Barroso, por atuações que incluem: a) aplicação direta da Constituição em hipóteses não contempladas de forma explícita no texto constitucional, independentemente da colmatação do Legislador ordinário. Esse foi o caso no Brasil da imposição de fidelidade partidária e vedação de nepotismo; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos alicerçada em critérios menos rígidos que os de afronta direta e ostensiva à Constituição como são exemplos as decisões pertinentes à verticalização de coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, mormente em matéria de políticas públicas, como é o caso das decisões sobre o direito à saúde, greve no serviço público, criação de municípios e reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro. São hipóteses distantes

⁹⁸¹ “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 442. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.25/26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

⁹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.50.

das funções judiciais típicas e aproximam o Poder Judiciário da função de criação do próprio direito como legislador positivo.⁹⁸³

Por outra banda, na atuação autocontida os Juízes: a) evitam a aplicação direta da Constituição a hipóteses não expressamente contempladas no texto constitucional, aguardando o preenchimento da lacuna pelo legislador ordinário; b) são deferentes ao legislador ordinário e contidos no controle de constitucionalidade. Utilizam critérios rígidos para declaração de inconstitucionalidade de lei e atos normativos; c) evitam interferir em políticas públicas.⁹⁸⁴

José Vieira pugna que o Ativismo será medido de acordo com a frequência que o Poder Judiciário invalida normas e atos normativos do Legislativo e do Executivo, ou seja, de acordo com a regularidade que o Judiciário retira a decisão da “mão dos eleitores”. De igual forma, também será ativista a postura de suprir omissões dos demais poderes citando os exemplos da concretização de políticas públicas, assim como regulamentação das regras do jogo democrático.⁹⁸⁵ O binômio Ativismo-Autocontenção resta estabelecido em grande parte dos países que adotam o modelo de Cortes Supremas ou Tribunais Constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público. O movimento costuma ser pendular a depender do prestígio de cada poder em determinadas épocas e circunstâncias.⁹⁸⁶

Não há uniformidade acerca do conceito de Ativismo Judicial nem quanto à legitimidade da atuação ativista. Também no Brasil, parte da doutrina, imputa ao Ativismo Judicial conotação negativa. Para esses, o Ativismo Judicial consiste no exercício da função jurisdicional de forma disfuncional e para além dos limites constitucionalmente traçados. Para essa corrente, o Ativismo consiste na desnaturação da atividade do Poder Judiciário, com invasão da esfera própria dos demais

⁹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.49. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

⁹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

⁹⁸⁵VIEIRA, José Ribas. **Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial**. Estação Científica. Juiz de fora: Ed. Especial de Direito. VI 01. n 04, p. 48.

⁹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.27. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

poderes.⁹⁸⁷ Segundo Lenio Streck, o Ativismo Judicial fere a autonomia do direito e extrapola os poderes do Judiciário concedidos pela Constituição que passa, com referida atuação, a fazer “política judiciária”.⁹⁸⁸ Também Elival Ramos defende que o ativismo judicial implica na descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão sobre o núcleo essencial de funções constitucionais atribuídas aos demais poderes. O Ativismo Judicial consiste, então, para Ramos, na disfunção do exercício da função jurisdicional em detrimento, principalmente, da função legislativa, ferindo, assim, a Separação de Poderes. Portanto, para esses doutrinadores, o Ativismo consiste em atividade ilegítima do Poder Judiciário.⁹⁸⁹

Em outro sentido, Luís Roberto Barroso defende que o Ativismo Judicial no Brasil tem sido positivo, mas deve ser utilizado com moderação. Ele tem sido parte da solução e não do problema para o autor e Ministro do Supremo Tribunal Federal. Mas adverte que ele é um antibiótico poderoso e deve ser utilizado com parcimônia.⁹⁹⁰ Por seu turno, Mauro Cappelletti está entre os juristas que vêem o Ativismo Judicial de forma positiva visto que “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendemos, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno.”⁹⁹¹ Além disso, o autor italiano pondera que a produção judiciária do direito, apesar de possuir limitações, não é, em absoluto, antidemocrática.⁹⁹² Um Judiciário independente, suficientemente ativo, dinâmico e criativo, capaz de assegurar a preservação da Separação de Poderes, em face do crescimento dos poderes políticos, colabora para Democracia. Igualmente, para Cappelletti, é necessário confiar ao “terceiro poder”, de modo mais enfático do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito.⁹⁹³

987 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. Saraiva: 2015. p. 29.

988 STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 4ª edição, p.291.

989 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. Saraiva: 2015. p. 109/119.

990 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

991 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1999, p.19.

992 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1999, p.107.

993 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1999, p.133.

A princípio, Ronald Dworkin, não obstante ser favorável ao controle de constitucionalidade e de uma postura Substancialista por parte do Poder Judiciário, adota posição contrária ao Ativismo Judicial. Mas há que se deixar bem delimitado o que Dworkin categoriza como Ativismo Judicial:

“O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignora tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática da jurisdição constitucional que lhe seja próxima”.⁹⁹⁴

Portanto, o que, Dworkin condena é aplicação do direito de forma decisionista, com o desrespeito à história institucional, à história constitucional e aos precedentes. Dworkin, então, é contrário ao ativismo quando esse é compreendido como uma atuação judicial voluntarista – onde Juízes decidem de acordo com seus valores e predileções pessoais - caracterizando uma atuação judicial ilegítima.⁹⁹⁵

Ato contínuo, impende apontar que Ran Hirshl – em profunda e abrangente pesquisa - efetua crítica à Judicialização da Política e ao Ativismo Judicial. Pontifica que a expansão e o fortalecimento do Judiciário, através da constitucionalização, Judicialização e controle de constitucionalidade, é melhor compreendida como uma interação estratégica entre três grupos: 1) elites políticas ameaçadas, as quais visam preservar ou ampliar sua hegemonia política através da elaboração de políticas públicas em geral, e suas preferências políticas em particular, ao tempo que professam apoio à Democracia; 2) elites econômicas que enxergam a constitucionalização dos direitos de propriedade, mobilidade e profissão, como uma estratégia de limitar as ações governamentais e promover uma agenda de livre mercado, amigável aos lucros e aos negócios; 3) elites judiciais e Cortes Supremas que visam aumentar sua influência política e reputação internacional.⁹⁹⁶

⁹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451/452.

⁹⁹⁵ Também para Ran Hirschl, seja por meio da jurisprudência calcada nos Direitos Fundamentais ou por intermédio da revisão judicial, na maior parte das democracias constitucionais, a atuação ativista e a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro “governo de Juízes” ou de uma “juristocracia”. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.145.

⁹⁹⁶ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.45.

Para Hirschl, nas últimas décadas, houve uma acentuada transferência de poder de instituições político-representativas para Tribunais, tanto domésticos quanto supranacionais. O fortalecimento judicial opera no bojo de uma ampla mudança sociopolítica, na qual a tomada de decisões é arrostada da esfera decisória dos órgãos majoritários e outorgada aos órgãos judiciais.⁹⁹⁷ Assim, o conceito de supremacia constitucional – típico da tradição norte-americana – hoje se encontra espalhado por mais de cem países ao redor do mundo.⁹⁹⁸ O autor aponta que a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial têm incluído a transferência para os tribunais de algumas das controvérsias políticas mais centrais e polêmicas nas quais uma Democracia pode estar envolvida.⁹⁹⁹ Isso tem sido acompanhado da suposição de que as Cortes seriam os fóruns apropriados para discussão e resolução desses problemas, em detrimento da seara política e da própria população.¹⁰⁰⁰

Para o autor canadense, a Judicialização da Política é um termo “guarda-chuva” que abrange três de processos interrelacionados: 1) Judicialização da Política como referente à disseminação de discursos, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; 2) Judicialização da Política pertinente a expansão da competência do Poder Judiciário relativamente à definição de políticas públicas, de forma especial em decisões envolvendo direitos constitucionais e demarcação de competências entre os departamentos ou órgãos estatais (Separação de Poderes e federalismo); 3) Judicialização da megapolítica ou da política pura. Ela consiste na transferência para os Tribunais de assuntos cuja natureza e significado é claramente político, incluindo debates sobre a legitimidade de

⁹⁹⁷ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.50/51.

⁹⁹⁸ HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.139.

⁹⁹⁹ Episódios como o resultado das eleições presidenciais dos Estados Unidos nos anos 2000, a nova ordem constitucional na África do Sul, o lugar da Alemanha na União Européia, a guerra da Chechênia, a política econômica na Argentina, o regime de bem-estar social na Hungria, o golpe militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, dilemas relativos à justiça transicional na América Latina e na Europa pós-comunistas, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como um Estado judeu e democrático, o futuro político de Quebec e da federação canadense são alguns exemplos. HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.289/294. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.140/141.

¹⁰⁰⁰ HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.141.

regimes e identidades coletivas que delineiam – e também dividem – comunidades inteiras.¹⁰⁰¹

Nos termos da segunda hipótese, a cada semana, alguma Corte Suprema ao redor do mundo profere uma decisão importante acerca da proteção a direitos constitucionais ou sobre os limites dos Poderes Legislativo e Executivo. Exemplificativamente, em 1999, a Suprema Corte de Israel proibiu o uso da tortura em interrogatórios conduzidos pelo serviço geral de segurança Israelense. No ano de 2002, o conselho constitucional do Peru anulou o julgamento secreto de um tribunal militar de líderes do movimento rebelde maoísta Sendero Luminoso. Em *Hamdan versus Rumsfeld*, a Suprema Corte norte-americana suprimiu os tribunais militares do governo Bush na Baía de Guantánamo.¹⁰⁰²

Já a Judicialização da megapolítica inclui subcategorias tais como a Judicialização de processos eleitorais, supervisão judicial de prerrogativas do Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional – como fim ou mitigação da doutrina das questões políticas - dilemas fundamentais de justiça restaurativa, corroboração judicial de transformações de regime político, Judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas relativas à definição de comunidade. O resultado tem sido a transformação de Cortes Supremas em parte central do mecanismo de elaboração de políticas públicas, o que acarreta um processo de transição para aquilo que Hirshl denomina de juristocracia.

1003

Para Hirshl, esses não são dilemas jurídicos, mas temas morais e políticos que devem, por questão de princípio, ser decididos pela própria população afetada, por intermédio de seus representantes eleitos e politicamente responsáveis. O julgamento de tais questões consiste em exercício de juízo substancialmente político, muito além da competência do Poder Judiciário, que tornam questionáveis a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. Não está nada

¹⁰⁰¹ HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. *Fordham Law Review*, v.75, n.2, 2006, p.141/146.

¹⁰⁰² HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. *Fordham Law Review*, v.75, n.2, 2006, p.142/143.

¹⁰⁰³ HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. *Fordham Law Review*, v.75, n.2, 2006, p.147/148.

claro, para o autor, o que tornaria as Cortes o fórum adequado para decidir esses dilemas eminentemente políticos.¹⁰⁰⁴

Uma das áreas politicamente sensível que passou por uma importante Judicialização é o processo eleitoral. Tribunais são chamados constantemente a decidir questões como remarcação de distritos eleitorais, financiamento de campanha de partidos políticos e propaganda eleitoral.¹⁰⁰⁵ Outro aspecto delicado da Judicialização envolve as prerrogativas centrais de legislaturas e executivos no que tange a relações exteriores, segurança nacional e política fiscal.¹⁰⁰⁶ Há também grande Judicialização da megapolítica na área de (in) validação de mudanças de regime,¹⁰⁰⁷ justiça transicional ou restaurativa,¹⁰⁰⁸ ligados a injustiças extremas e atrocidades em massa perpetradas contra grupos ou indivíduos desfavorecidos¹⁰⁰⁹ e definição da

¹⁰⁰⁴ HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.146/147.

¹⁰⁰⁵ Tribunais aprovam ou desqualificam políticos e candidatos com cada vez mais freqüência. Na Bélgica, Israel, Índia, Espanha e Turquia, Tribunais baniram, ou chegaram perto de banir, partidos políticos de eleições nacionais. Nos Estados Unidos da América, em *Bush v. Gore*, a Suprema Corte decidiu pela não recontagem de votos, definindo, assim, o resultado das eleições. Tribunais também foram decisivos, tornando-se as últimas instâncias decisórias em disputas sobre resultados eleitorais no Zimbábue (2002), em Taiwan (2004), na Ucrânia (2004) e na Itália (2006). HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.148/149.

¹⁰⁰⁶ A Corte Constitucional Russa decidiu pela constitucionalidade dos decretos presidenciais que ordenaram a invasão militar da Chechênia, rejeitando as petições de vários membros da oposição. Em 2004, a Suprema Corte Israelense decidiu sobre a constitucionalidade e a compatibilidade com o direito internacional da barreira da Cisjordânia (rede de cercas e muros que separam Israel do território Palestino). A Suprema Corte Argentina decidiu sobre o chamado “caso *corralito*”, sobre a política econômica do plano de *pesificação* proposto pelo governo, desvalorização e congelamento de poupanças atreladas ao dólar. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.150/151.

¹⁰⁰⁷ São exemplos: a “certificação constitucional” na África do Sul onde a Corte Constitucional rejeitou um texto constitucional elaborado por um órgão constituinte representativo. Outro exemplo é a restauração da Constituição de Fiji de 1997, pela Corte de Apelações em *Fiji v Prasad* de 2001, onde pela primeira vez na história do constitucionalismo uma Corte restaurou uma Constituição e o regime que a criou. A rejeição pela Corte Constitucional da Coreia do Sul do *impeachment* do presidente Roh Mò-hyun realizado pela Assembléia Nacional do país, em 2004, onde pela primeira vez foi reconduzido ao cargo um presidente, por um órgão judicial, após o Legislativo ter decretado seu impedimento. O endosso pela Suprema Corte do Paquistão do golpe militar de 1999. Alegando corrupção generalizada e má condução da economia, o general Pervez Musharraf tomou o poder. A Suprema Corte, lastreada no argumento do estado de necessidade, chancelou, por unanimidade o golpe de Estado, considerando ter sido necessário para livrar o país do caos e da falência. A Corte, então, deu ao general Musharraf três anos para implementar reformas econômicas e políticas e, após isso, “restaurar a Democracia”. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.152/153.

¹⁰⁰⁸ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.320/324.

¹⁰⁰⁹ São exemplos: na era pós-*Apartheid*, na África do Sul, a fórmula de anistia em troca de confissão que obteve aprovação pela Corte Constitucional sul-africana no caso Azanian Peoples’ Organiztion

nação através dos Tribunais.¹⁰¹⁰ Em síntese, para o professor canadense, em inúmeros países ao redor do mundo têm ocorrido crescente deferência legislativa ao Judiciário, com a intrusão do Poder Judiciário em prerrogativas legislativas e executivas.¹⁰¹¹

Para Hirshl, portanto, a onda de Judicialização da política e Ativismo Judicial que se espalhou pelo mundo nos últimos tempos não poupou os problemas mais fundamentais que as comunidades democráticas enfrentam, sejam eles acertar as contas com passados autoritários ou lidar com conflitos de identidade coletiva. Esses, para o autor, não são dilemas legais – embora tenham algum aspecto constitucional subjacente – que devam ser resolvidos pelo Judiciário. Devem, sim, ser solucionados pela deliberação pública na esfera política.¹⁰¹² Essa transferência é operacionalizada não apenas por uma estrutura constitucional favorável ao Ativismo Judicial, nem por Juízes “famintos de poder”, mas com o essencial apoio, explícito ou implícito, de atores políticos relevantes.¹⁰¹³

(“Azapo”) v Presidente da República da África do Sul (19996), sustentando o estabelecimento da comissão da verdade e reconciliação de cunho quase judicial. O papel das Cortes Constitucionais na Europa pós-comunista, por meio do julgamento de ex-funcionários públicos acusados de atos de violação dos direitos humanos, na era comunista. Tem-se, ainda, a Judicialização generalidade da justiça restaurativa em países latino-americanos pós-autoritários, como a batalha judicial sobre o destino do ditador chileno general Augusto Pinochet e disputas sobre o *status* de povos indígenas nas chamadas “colônias de povoamento”, como Austrália, Canadá e Nova Zelândia. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.154.

¹⁰¹⁰ Hirshl considera esta a mais clara judicialização generalizada da megapolítica. São exemplos: a decisão do judiciário canadense acerca do *status* bilíngüe do país e do futuro político de Quebec e da federação canadense, incluindo a decisão da Suprema Corte canadense na consulta sobre a secessão de Quebec, onde foi testado judicialmente os termos jurídicos da possível dissolução de uma nação. O papel da Corte Constitucional turca na preservação da natureza secular do sistema político turco, reprimindo forças e partidos políticos antisseculares, a importante jurisprudência da Suprema Corte indiana sobre o *status* das leis pessoais religiosas mulçumana e hindu, a atuação de diversas Cortes em teocracias constitucionais, como Egito e Malásia, na determinação da vida pública nesses Estados formalmente governados por princípios da *Shari’a* islâmica, a transferência generalizada da divisão entre o religioso e o secular, na sociedade israelense, para a Suprema Corte, através da Judicialização sobre quem é considerado judeu, e o correspondente envolvimento da Corte na interpretação e definição de Israel como um “Estado democrático e judaico”. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.155.

¹⁰¹¹ HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.148/163.

¹⁰¹² HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.163/164.

¹⁰¹³ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.291.

A Judicialização ocorre mais facilmente onde as instituições judiciais são consideradas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, imparciais e efetivos do que outras esferas governamentais majoritárias. Por outro prisma, elas são mais difíceis de ocorrer em comunidades com um sistema político unificado e assertivo, que seja capaz de limitar o Ativismo Judicial. Quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas respectivas instituições decisórias, maior será o expansionismo e o Ativismo Judicial.¹⁰¹⁴

A necessidade do apoio, ainda que tácito, à Judicialização da Política, consoante aponta Ran Hirshl, é demonstrada nas reações da esfera política contra manifestações indesejadas de Ativismo Judicial.¹⁰¹⁵ A história recente da política constitucional denota que manifestações de intervenção judicial indesejadas – principalmente em temas sensíveis e polêmicos – levaram a retaliações políticas que “cortaram as asas dos tribunais hiperativos” ou divergentes.¹⁰¹⁶ Essas reações incluem: a revisão legislativa de decisões controvertidas;¹⁰¹⁷ a interferência política no processo de preenchimento de vagas nas Cortes¹⁰¹⁸ e nas garantias inerentes aos cargos, tudo no afã de assegurar a indicação de Juízes mais “obedientes” ou bloquear a indicação de Juízes indesejáveis; aplicação de sanções disciplinares; *impeachment* ou remoção de Juízes “inadequados” ou ativistas; introdução de restrições à jurisdição dos Tribunais e cerceamento dos poderes de controle de constitucionalidade.¹⁰¹⁹ Nos

¹⁰¹⁴ HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.164/165.

¹⁰¹⁵ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.293/294.

¹⁰¹⁶ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.344.

¹⁰¹⁷ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.338/340.

¹⁰¹⁸ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.340/344.

¹⁰¹⁹ “São muitos os exemplos de situações de revisão legislativa de decisões judiciais no mundo do novo constitucionalismo. Executivos e legislativos nos EUA frequentemente reviram, neutralizaram ou driblaram decisões de cortes constitucionais. Em sua decisão mais famosa, no caso Mohammed Kan v. Shah Bano Begum, a Suprema Corte da Índia decidiu que o direito infraconstitucional de esposas negligenciadas receberem dos maridos auxílio para sua manutenção deveria se manter independentemente de quaisquer outras disposições legais aplicáveis às partes. Tal decisão teve implicações sérias para a tradicional prática indiana de deixar que temas religiosos centrais fossem resolvidos pelas instituições muçulmanas. Representantes tradicionalistas da comunidade mulçumana tomaram a decisão como prova das tendências homogeneizantes dos hindus, que ameaçavam enfraquecer a identidade mulçumanas. O Parlamento da Índia se curvou às maciças pressões políticas

casos da Rússia (1993), Cazaquistão (1995), Zimbábue (2001) e Equador (2004), as ações de retaliações desaguaram em crises constitucionais que levaram à reconstrução ou dissolução das referidas Supremas Cortes. Podem-se agregar, ainda, respostas como a pura e simples desobediência dos comandos judiciais por parte dos demais poderes ou da burocracia estatal, ou o cumprimento vagaroso e relutante das ordens indesejadas.¹⁰²⁰

Em outros países do novo constitucionalismo, percebendo a importância política do Poder Judiciário, atores políticos optaram por um restrito controle sobre o processo de indicação de Juízes. Na Argentina, em 1990, o presidente Carlos Menem, expandiu a Suprema Corte do país de cinco para nove membros e nomeou os quatro novos Juízes. Este movimento criou, na prática, uma maioria pró-governo. Em 2004 a Venezuela adotou legislação permitindo que a coalizão do presidente Hugo Chaves dominasse a Suprema Corte, aumentando o número de Juízes de 20 para 32. No Equador, crises políticas no final de 2004 e início de 2005 levaram a dissolução da Suprema Corte, por duas vezes, em apenas quatro meses.¹⁰²¹

Consoante aponta Hirshl, a deliberação pública informada e a participação do cidadão estão no núcleo duro da governança democrática. Quando questões políticas importantes e/ou polêmicas são transformadas em questões

dos muçumanos conservadores e reverteu a decisão da Suprema Corte em Shah Bano através da aprovação da Lei das Mulheres Muçumanas (proteção aos direitos de divórcio). Apesar do seu título reconfortante, a nova lei desfez a decisão da Corte, privando as mulheres muçumanas do direito de recorrer aos tribunais estatais para pedir pagamentos de pensão após o divórcio. A lei também isentou ex-maridos muçumanos de outras obrigações pós-divórcio. Aparentemente, a Suprema Corte entendeu o recado. Al julgar um caso sobre a constitucionalidade da Lei das Mulheres Muçumanas, a decisão da Corte foi sensivelmente mais moderada e ambígua do que sua decisão original em Shah Bano". HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.168. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.167/168.

¹⁰²⁰ Podem ser apontados outros exemplos como a reação política e popular – dos poderosos setores agrícola e minerador Australiano – da expansão de direitos dos aborígenes pela Suprema Corte Australiana e reversão pela via legislativa. Em Cingapura em resposta a uma decisão desfavorável da Suprema Corte de Cingapura sobre o direito ao devido processo legal de dissidentes políticos detidos por “conspiração comunista para derrubar o governo”, o governo aprovou emenda constitucional para revogar a autoridade da Corte para exercer qualquer espécie de controle da constitucionalidade de medidas governamentais de detenção preventiva. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.169. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.168.

¹⁰²¹ HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006, p.170/171.

jurídicas, a maior parte dos cidadãos – os não versados nos discursos e jargões jurídicos – ficam alijados do debate, privados da oportunidade de moldar os resultados de maneira significativa, renunciando à oportunidade de chegar a soluções consensuais razoáveis e mutuamente aceitáveis para os problemas que dividem a Sociedade.¹⁰²²

Portanto, segundo Ran Hirshl, a ampla Judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina das questões políticas e denota um verdadeiro desafio à doutrina da Separação de Poderes, marcando aquilo que denomina como “juristocracia”. Além disso, a “juristocracia” é emblemática sob o prisma da Democracia representativa, uma vez que a prática de Cortes Judiciais decidirem questões de muita importância implica na rejeição da responsabilidade política, além da abdicação de poder por parte de legislaturas democraticamente eleitas, cuja tarefa é exatamente decidir e assumir responsabilidade pela tomada de decisões políticas importantes e cruciais para Sociedade que lhes elegeu. Prejudica, assim, a própria essência da política democrática como empreendimento coletivo que envolve debate, deliberação, divergência e decisão entre os representantes eleitos e responsabilizáveis perante os cidadãos.¹⁰²³

Por conseguinte, urge ver que parte da literatura Constitucional denota outras críticas ao Ativismo Judicial. Essas críticas, em parte, são sobrepostas à análise já efetuada no presente capítulo acerca das teorias Procedimentalista e Substancialista da Democracia. Primeiramente, aponta-se que os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos e, assim, não recebem o beneplácito da investidura através da vontade popular. Nada obstante, os membros do Poder Judiciário – com posturas ativistas - invalidam atos do Legislativo e do Executivo. Vezes outras, o Poder Judiciário impõe ao Executivo e ao Legislativo deveres de atuação positiva desempenhando papel de cunho eminentemente político. Esta atuação, com possibilidade de sobreposição da atividade judicial em face das instâncias políticas, é o

¹⁰²² HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.315.

¹⁰²³ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.315/316. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. *Fordham Law Review*, v.75, n.2, 2006, p.172/173.

que se convencionou chamar de “dificuldade contramajoritária” no sentido de que se opõe à vontade dos poderes que são, em tese, representantes do povo.¹⁰²⁴

Assim, para evitar que o Judiciário se transforme em instância hegemônica, tem-se explorado a ideia de se limitar a atividade judicial através de dois parâmetros de controle: a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos. Consoante aponta Roberto Barroso a capacidade institucional consiste na análise de qual poder está melhor habilitado para resolução de determinadas matérias. Não só os intérpretes da Constituição têm virtudes e deficiências inerentes em razão de limitações de tempo, conhecimento e informação, como também operam no seio de instituições determinadas, que possuem pontos positivos e negativos, além de operarem segundo procedimentos preestabelecidos que lhes impõem limitações.¹⁰²⁵ Temas atinentes a aspectos técnicos e científicos de extrema complexidade não devem ser decididos pelo Poder Judiciário, porquanto não é ele o poder melhor qualificado para tanto, quer por falta de informações quer por falta de conhecimento específico sobre o tema.¹⁰²⁶

Por seu turno, no que tange ao que se convencionou chamar de efeitos sistêmicos, devem ser levados em conta as consequências das decisões para atores públicos e privados variados. Decisões amplas e profundas – não circunscritas ao caso concreto e abordando uma ampla gama de situações - sobretudo se dotadas de efeitos *erga omnes*, apresentam o potencial de produzir consequências não previstas, e não antecipadas, pelo órgão decisor, podendo, assim, ter potencial extremamente danoso.¹⁰²⁷ Portanto, quando determinada pauta tenha potencial de produzir efeitos imprevisíveis e indesejáveis, melhor seria um posicionamento de deferência ou autocontenção por parte do Judiciário. Com efeito, o juiz - por qualidades inerentes à própria atividade, vocação e treinamento, está apto a buscar a realização da justiça no caso concreto ou no plano da microjustiça. Não possui o magistrado, no mais das vezes, condição de avaliar o impacto sistêmico de suas decisões no âmbito de todo um

1024BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 443.

1025 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.226.

1026BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed.São Paulo: Saraiva. p. 444/445.

1027 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.226/227.

segmento econômico, relativamente a um serviço público ou a uma política de saúde, a título de exemplo.¹⁰²⁸

De seu turno, Souza Neto e Sarmiento elencam alguns critérios ou *standards* importantes que devem parametrizar a presunção de constitucionalidade e o grau de Ativismo Judicial ou Autocontenção, relativamente aos atos normativos sob escrutínio das Cortes e do Judiciário como um todo:¹⁰²⁹

1) *Grau de legitimidade democrática* – Quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontida deve ser a atuação do Judiciário no exame de sua constitucionalidade. O foco, aqui, não é o conteúdo da norma, mas a maneira como ela foi elaborada. Trata-se de prestigiar a maior participação popular ou o grau de consenso na elaboração do ato normativo. Nesse plano, atos normativos oriundos de plebiscitos ou referendos populares merecem um maior grau de deferência pelos Juízes. O Poder Judiciário também deve ser mais autocontido relativamente às emendas constitucionais, pela exigência mais qualificada de sua aprovação – três quintos em dois turnos - pelo Congresso Nacional. Depois, estarão as Leis Complementares e Leis Ordinárias com seus quóruns de maioria absoluta e maioria simples, respectivamente.¹⁰³⁰ De outro vértice, os atos normativos infralegais, exarados por autoridades não eleitas, merecem um grau inferior de deferência Judicial. O grau de *consenso* que a norma angariou no Parlamento também deve ser levado em conta na calibração do Ativismo Judicial ou da Autocontenção. Normas aprovadas de forma quase unânime pelo Legislativo merecem maior Autocontenção e deferência do que normas aprovada por maiorias apertadas.¹⁰³¹

2) *As condições de funcionamento da Democracia* - O Poder Judiciário deve atuar de forma mais Ativista na proteção dos direitos que dizem respeito a direitos e institutos diretamente relacionados com o funcionamento da Democracia Formal,

1028 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 445.

1029 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

1030 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.462.

1031 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.462.

como “direitos políticos, liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição.”¹⁰³²

3) *Proteção de minorais estigmatizadas* - Um maior grau de Ativismo Judicial – e consequentemente uma menor presunção de constitucionalidade - resta justificado no escrutínio de atos normativos que impactem de forma negativa os direitos de minorias estigmatizadas. A atuação do Poder Judiciário deve ser no sentido da proteção das referidas minorias que não possuem representação adequada – e cujas pretensões não são acolhidas ou não são analisadas pelas majorias - e podem sofrer as consequências de eventuais “tirantias das majorias”. Esse é um dos argumentos que sustenta a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso das uniões homoafetivas, por exemplo.¹⁰³³

4) *Fundamentalidade ou relevância material dos direitos em análise* – Quando houver normas restritivas de Direitos Fundamentais a sua presunção de constitucionalidade resta diminuída e deve, assim, ser relativizada, merecendo um escrutínio mais abrangente por parte do Poder Judiciário. Os Direitos Fundamentais devem funcionar como “trunfos” relativamente às majorias políticas. “Isso vale para liberdades públicas e existenciais, e para direitos sociais ligados ao atendimento das necessidades básicas.”¹⁰³⁴

5) *Comparação de capacidades institucionais* - Outro elemento importante a ser considerado – e já mencionado na Tese – é atinente à aferição das capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que emanou o ato normativo debatido. A Autocontenção é recomendável em matérias que apresentam complexidade, tendo em vista a falta de *expertise* das Cortes Judiciais para tomar decisões em áreas que demandem profundo conhecimento de ciências não jurídicas. Assim, quanto maior o grau técnico da matéria objeto da demanda– e correlatamente menor o conhecimento

¹⁰³² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.463.

¹⁰³³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.464.

¹⁰³⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.464.

dos Juízes – maior deve ser o grau de Autocontenção e menos intenso o Ativismo Judicial.¹⁰³⁵

6) *A época da edição do ato normativo* - Normas anteriores à Constituição Federal de 1988 não gozam do mesmo grau de presunção de constitucionalidade relativamente àquelas elaboradas já sob a égide da Carta Constitucional. Vários argumentos justificam esse parâmetro e o principal é a Democracia. A legislação editada durante o regime militar merece um escrutínio mais rigoroso, como foi feito pelo Supremo Tribunal Federal relativamente à Lei de imprensa. Além disso, não é possível que o Legislador do passado tenha agido de acordo com os parâmetros de uma Constituição futura e deliberações de majorias de gerações passadas não possuem o mesmo peso e legitimidade das decisões emanadas das representações legislativas do presente.¹⁰³⁶

As Sociedades pluralísticas contemporâneas exigem uma pluralidade de novas necessidades e de novos direitos que demandam atuação estatal para sua efetivação. Como o Executivo e o Legislativo são incapazes de atender e dar vazão às expectativas sociais, referidas demandas, cada vez mais, são pleiteadas na via de atuação do Poder Judiciário. Nesse passo, tendo em vista as frustrações em não ter as demandas atendidas pelas outras instâncias, as esperanças são depositadas no Poder Judiciário não apenas como local de resolução de conflitos de interesse de demandas individualizadas, mas também na busca da efetivação de uma ampla gama de Direitos Fundamentais¹⁰³⁷

Há um relativo consenso de que existe uma estreita relação entre um amplo catálogo constitucional de direitos em uma determinada Sociedade e o Ativismo Judicial por parte do Judiciário desta comunidade.¹⁰³⁸ Mas há que se aclarar que posturas ativistas podem ser tanto progressistas quanto conservadoras. Decisões da Corte Warren nos Estados Unidos podem ser consideradas como ativistas

¹⁰³⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.464/465.

¹⁰³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 465.

¹⁰³⁷ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP. p.71.

¹⁰³⁸ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020, p.291.

progressistas. Por seu turno, decisões da denominada era Lochner¹⁰³⁹ podem ser consideradas como decisões ativistas conservadoras.¹⁰⁴⁰ Também, não é possível afirmar, de forma apriorística, que decisões ativistas ou de autocontenção estão certas ou erradas, mormente nos chamados casos difíceis.¹⁰⁴¹ Apesar da categoria Ativismo Judicial ter assumido conotação negativa – como o exercício abusivo das funções judiciais - por parte da literatura político-constitucional, é imperioso apontar que uma decisão ativista não significa que ela é, necessariamente, uma decisão incorreta ou abusiva. A “etiquetagem” de uma decisão como ativista não importa, automaticamente, que tal decisão seja ilegítima. Conforme Sérgio Moro, “a Corte Warren prova, todavia, que algum ativismo judicial pode ser benéfico, contribuindo não para o enfraquecimento da jurisdição constitucional e da democracia, mas para o seu próprio fortalecimento”.¹⁰⁴²

Nos países em geral, mas de forma especial nos Estados Unidos da América, quando as Cortes possuem um viés liberal e progressista, há uma reação dos conservadores por uma autorrestrição e crítica ao Ativismo. Na situação inversa, quando os conservadores têm maioria na Corte, os liberais e progressistas defendem a Autocontenção e combatem o Ativismo Judicial conservador. Para o presente trabalho, portanto, há Ativismo Judicial legítimo no contexto do Estado Democrático de Direito. Defende-se que é possível a existência de um moderado Ativismo Judicial com respeito à Separação de Poderes e com legitimidade democrática, desde que não sejam decisões voluntaristas, façam uma correta leitura moral da Constituição, elaborem o “romance em cadeia”, acatando a história institucional, e respeitem o direito como integridade. A legitimidade decorrerá, portanto, da demanda concreta e dos resultados obtidos.¹⁰⁴³

No próximo capítulo serão analisados os modelos de Juízes de acordo com os autores François Ost e Cass Sunstein. Logo em seguida serão compiladas decisões

1039 Em *Lochner x New York*, de 1905, a Suprema Corte invalidou lei do Estado de Nova York que estabelecida jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria, entendendo que o ato normativo interferia na liberdade de contrato assegurada entre empregadores e empregados, dentre outras decisões.

1040 MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

1041 VIEIRA, José Ribas. **Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial**. Estação Científica. Juiz de fora: Ed. Especial de Direito. VI 01. n 04, p. 47/48.

1042 MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p 60.

1043 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.179/180.

emblemáticas envolvendo Judicialização e Ativismo Judicial, assim como as teorias Procedimentalista e Substancialista. Por fim, far-se-á uma análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal com base nos casos da união estável de pessoas do mesmo sexo e da interrupção de gestação na hipótese dos fetos anencefálicos.

CAPÍTULO 4

O PERFIL DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DA UNIÃO ESTÁVEL DE PESSOAS DO MESMO SEXO E DA INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO NO CASO DOS FETOS ANENCEFÁLICOS

4.1 OS MODELOS DE JUIZ DE FRANÇOIS OST E CASS R. SUNSTEIN

No presente capítulo serão estudados os perfis de Juízes, um apanhado de precedentes da jurisdição brasileira e estrangeira, assim como as duas decisões do Supremo Tribunal Federal que serão, pormenorizadamente, analisadas e classificadas para que se tenha o perfil do Supremo Tribunal Federal nos referidos julgamentos. É, pois, pertinente iniciar pelos perfis de Juízes, consoante estabelecido pelos juristas François Ost e Cass R. Sunstein.

O jurista, filósofo e professor belga François Ost traça três modelos de Juízes utilizando a analogia das figuras clássicas gregas Júpiter, Hércules e Hermes. Ele inicia tomando o modelo de direito baseado na lei, no sistema normativo em forma de pirâmide e plasmado em um código, sendo o direito do Juiz Júpiter. Esse modelo piramidal, nas palavras do autor, traduz as exigências do Estado Liberal ou do Estado de Direito do século XIX, sendo, pois, o modelo jurídico clássico, que ainda é ensinado nas universidades, e mantém as representações canônicas dos juristas. Ele supõe um processo de identificação nacional e centralização administrativa, marcado pela racionalidade apta a garantir coerência lógica do sistema. Articula-se de forma hierárquica, piramidal e na forma de graus. Busca, assim, ao reunir o material jurídico em um diploma unitário na forma de código, as qualidades de coerência, completude, clareza, simplicidade e operacionabilidade.¹⁰⁴⁴

Para o autor, em verdade, o ordenamento lógico da construção de Júpiter “mascara bastante mal, em nossa opinião, a teologia política implícita que a inspira”. Há ligação entre codificação e o reforço do poder político, consistindo ele em “triunfo

¹⁰⁴⁴ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez**. Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junho, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p. 2/4. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

de um despotismo ilustrado, de um fenômeno de liberação nacional ou do resultado de um processo revolucionário.” É um engano supor que a codificação consiste em uma racionalização meramente formal, na medida em há uma simplificação do material jurídico no escopo de uma nivelação do próprio sistema social. O modelo do código envolve quatro corolários: o monismo jurídico, onde o material jurídico adota a forma primordialmente estampada na lei e a lei é acoplada em códigos. O segundo corolário é o do monismo político ou soberania estatal, pelo qual o estabelecimento da Constituição e da legislação infraconstitucional supõe um processo de identificação nacional e de centralização administrativa. O terceiro corolário remete a uma racionalidade dedutiva linear pela qual as decisões dos casos particulares são deduzidas de regras gerais abstratas, derivadas de princípios ainda mais gerais, seguindo inferências hierarquizadas. A codificação, ainda, aponta para uma concepção de tempo orientado para um futuro controlado, onde a lei – ao antecipar um estado de coisas possíveis e considerado preferível – pode trazer um futuro melhor. A codificação torna as coisas mais simples, claras e comunicáveis. Na era da complexidade, como é a atual, o modelo de Júpiter entrou em profunda crise e esgotou sua capacidade de fornecer respostas satisfatórias às necessidades e aos anseios sociais.¹⁰⁴⁵

O segundo modelo é denominado pelo autor como modelo Herculeano e adquire a aparência de revolução que faz do homem, mais específica e concretamente o Juiz, a fonte do único direito válido. É um modelo representado geometricamente pelo autor belga como um funil (pirâmide invertida). Ost Menciona o modelo de Juiz Hércules de Dworkin – que valoriza a figura do Juiz -, mencionando, sem equipará-los, os modelos do realismo americano e da *sociological jurisprudence*. Aponta que manterá a nomenclatura utilizada por Dworkin para “designar esse Juiz semideus que se submete aos trabalhos esgotantes de julgar e acaba por levar o mundo sobre seus braços estendidos, reproduzindo fielmente a figura do funil.” Para esse magistrado, o direito é apenas aquele ditado pela jurisprudência, sendo a decisão e não a lei quem cria a autoridade. Há, nesse jaez, uma relativização do “mito da supremacia do legislador”, sendo nos Estados Unidos, com as correntes do realismo e da *sociological jurisprudence*, que Hércules encontra sua expressão mais radical. Esse modelo diz

¹⁰⁴⁵ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez.** Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junho, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.3/5. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

respeito ao Estado Social ou assistencial do século XX. Enquanto o Juiz jupiteriano era um homem da lei, Hércules “se desdobra em engenheiro social.”¹⁰⁴⁶

No direito jupiteriano a legalidade é a condição necessária e suficiente para a validade da regra. Basta que a norma advinha da autoridade competente segundo os procedimentos preestabelecidos. Questões anteriores de legitimidade ou ulteriores de efetividade não são consideradas pertinentes. Para o direito herculeano, de sua vez, a irrecusabilidade do fato e a busca pela efetividade é condição necessária, assim como suficiente, para a validade. A legalidade da regra e sua legitimidade não são levadas em consideração, porquanto a generalidade e a abstração da lei dão lugar ao julgamento singular e concreto. O Juiz Júpiter é auxiliado pela lógica dedutiva fato e norma, ao passo que o Juiz Hércules é auxiliado pela economia, pela contabilidade, pela balística e pela psiquiatria. Ost adverte que Hércules e Júpiter são apenas duas imagens do direito, ou seja, são modelos ideais distantes da realidade jurídica.¹⁰⁴⁷

François Ost aponta sobre os desafios do Juiz moderno:

“Nada nunca será perdoado ao ‘Juiz assistencial’ de hoje. Conciliar as economias familiares em crise; dirigir as empresas em dificuldades evitando, se possível, a falência; julgar se corresponde ao interesse da criança ser reconhecida por seu pai natural se a mãe se opõe (art. 319.3 do Código Civil belga); apreciar se a interrupção voluntária da gravidez se justifica pelo ‘estado de angústia’ da mulher grávida (art. 348 ss. do Código Penal belga); intervir “no calor” dos conflitos coletivos de trabalho e decidir (em procedimento de extrema urgência em um catorze de agosto à meia-noite) se a greve dos pilotos aéreos da companhia nacional, prevista para o dia seguinte às seis horas, é ou não lícita; julgar se um aumento de capital, decidido com objetivo de opor-se a uma oferta pública de compra de uma *holding*, cuja carteira representa um terço da economia belga é legal; impor moratórias aos trabalhadores ou às empresas que ameaçam o equilíbrio ecológico; julgar se usar o véu islâmico é compatível com a disciplina e o espírito da escola.”¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁶ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez.** Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junio, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.2. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

¹⁰⁴⁷ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez.** Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junio, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.8/10. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

¹⁰⁴⁸ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez.** Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junio, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.7. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

O autor aponta que, atualmente, a racionalidade jurídica consiste em uma combinação de ambos os modelos, variável, consoante os ramos dos direitos. Para o autor belga, o direito atual é herdeiro do Direito Liberal e do Direito Social e referidas formas de direito – assim como seus respectivos modelos de Estado (Liberal e Social)-entraram em crise, sem, contudo, terem desaparecido. Dessa confluência nasce um direito pós-moderno, cujos contornos não estão ainda nitidamente delineados, denotando a complexidade da situação atual. Esse direito pós-moderno, consoante pontifica François Ost, possui algumas características determinantes: 1) **Multiplicidade de atores jurídicos** que abrangem a figura do Juiz – com determinada proeminência –, mas também a figura do legislador – com a volta da técnica de codificação que está novamente em moda -, do Estado administração – nas funções de “compensador, redistribuidor, pedagogo, terapeuta, industrial e banqueiro - e dos particulares – através de demandas individuais de associações e sociedades comerciais-. 2) **Imbricação sistemática das funções**, como por exemplo, a associação de grupos, como os sindicatos e o poder público, o empréstimo da justiça à administração dos seus procedimentos e estilo (comissões parlamentares de inquérito, comitês de ética, múltiplas “jurisdições administrativas”). 3) **Multiplicidade dos níveis de poder** na medida em que “a divisão binária que separa, no marco do estado liberal, o Estado e a sociedade civil foi substituída por uma estratificação muito densa de poderes”.¹⁰⁴⁹

As diversas modificações ocasionam transformações substanciais na ação jurídica. O Estado Liberal se satisfazia com as modalidades do que era permitido, proibido e obrigatório (aos particulares o que não é proibido é permitido ao passo que para o poder público tudo o que não está explicitamente autorizado está proibido). De outra banda, o Estado da atualidade experimenta uma ampla gama de intervenções sobre as coisas e as condutas. A partir do momento em que o Estado pretende não apenas regular o mercado, mas também conduzir a mudança social, ele planifica e põe em marcha instrumentos para o direcionamento social, tais como “planos,

¹⁰⁴⁹ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez**. Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junho, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.2/3. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

recomendações, pressupostos, declarações governamentais, pactos políticos, circulares administrativas para assuntos externos, acordos e contratualizações.”¹⁰⁵⁰

Tendo em vista, então, que ambos os modelos mencionados estão em crise, a Sociedade necessita de um modelo melhor. François Ost propõe, então, o modelo de Juiz Hermes que seria o “mensageiro dos deuses” e se caracteriza por estar sempre em movimento, localizando-se às vezes no céu e outras na terra e no inferno, consoante sua metáfora. Ele é o mediador universal, sendo um grande comunicador e substituindo o monismo pelo pluralismo, o absolutismo binário (validade/invalidade) pelo relativismo e gradualismo, a linearidade hierárquica pela recursividade, o discurso determinista pelo discurso jurídico hermenêutico. Sua lei é a da “circulação dos discursos, com a qual arbitra os jogos sempre recomeçados”. Enquanto a analogia geométrica de Júpiter consiste na pirâmide, a de Hércules o funil, Hermes é o Juiz que adota a forma de rede, porquanto opera no âmbito de uma “multiplicidade de pontos em inter-relação”. Enquanto os modelos anteriores atuam através dos códigos (Júpiter) ou do processo (Hércules), Hermes se expressa na forma de um banco de dados, visto que seu direito se estrutura em forma de rede com infinitas informações disponíveis instantaneamente. Júpiter atua no pólo da “convenção”, Hércules na “invenção” e, por seu turno, Hermes “respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico, que não se reduz nem à improvisação, nem à determinação de uma regra superior”.¹⁰⁵¹

Com efeito, “é a Hermes, deus da comunicação e da circulação, deus da intermediação, personagem modesto do ofício de representante e porta-voz, que é esquecido em benefício da continuidade do jogo, a quem confiamos a tarefa de simbolizar uma teoria lúdica do direito”. Importante salientar que o sentido produzido dentro da rede de Hermes não é totalmente imprevisível visto que há textos a serem interpretados. De igual forma, as relações de força não são aleatórias, porquanto permanecem hierarquizadas de maneira institucional. Na percepção de Hermes o direito é, independentemente do conteúdo material das soluções que impõe, um procedimento de discussão pública com razoabilidade e um modo de solução de

¹⁰⁵⁰ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez**. Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junho, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.12/14. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

¹⁰⁵¹ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez**. Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junho, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.2/3 e 17. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

controvérsias equitativo e permeado pelo contraditório. O respeito às formas, aos prazos e aos procedimentos é essencial ao direito. Hermes exerce seu ofício mediando as paixões e evitando a violência pura e simples. Nisso consiste a legitimidade procedimental do direito de Hermes. Nesse passo, elevar a Democracia à altura de uma cidade mundial é o desafio de Hermes e do direito pós-moderno, no afã de cuidar do destino das futuras gerações.¹⁰⁵²

No entanto, para François Ost, não basta uma legitimidade procedimental do direito para Hermes. É necessária uma simbiose entre o respeito ao procedimento e aos Direitos Fundamentais, não sendo correta a ideia de que o direito e a Democracia “conduzem uma regra do jogo puramente formal, compatível com qualquer conteúdo material. Além do respeito às ‘regras do jogo’ é necessário respeitar os Direitos fundamentais dos “jogadores”. São vastos os desafios que Hermes terá de superar e o procedimento consiste na institucionalização da prudência, a instauração de uma trégua para uma reflexão. No entanto, um dia Hermes será obrigado a decidir e nesse dia deverá respeitar amplamente tanto os direitos procedimentais quanto os Direitos Fundamentais, devendo ter em conta que “a tarefa de aplicar o direito é então uma obra hermenêutica, um trabalho sempre recomeçado”.¹⁰⁵³

De outro lado, Cass R. Sunstein, partindo do parâmetro dos Juízes da Suprema Corte norte-americana, aponta que o direito constitucional norte-americano é dominado por quatro *personas* constitucionais que podem ser identificadas pelas posições adotadas em julgamentos, assim como por suas inclinações, temperamentos e autoapresentações. Assim sendo, os Julgadores podem ser analisados e classificados sob quatro abordagens: heróis (*heroes*), soldados (*soldiers*), burkeanos ou minimalistas (*minimalists*) e mudos (*mutés*). As quatro personalidades ajudam a definir não apenas as disputas internas, mas também casos famosos e eras inteiras da história da Suprema Corte dos Estados Unidos. É possível vislumbrar a disputa entre as personalidades judiciais em casos como o casamento entre pessoas do mesmo

¹⁰⁵² OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez**. Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junho, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.11. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

¹⁰⁵³ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez**. Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junho, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. p.20/21. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

sexo, ações afirmativas e disputas sobre aborto, por exemplo. As *personas* são identificadas não apenas em Juízes, mas também em Professores e escritores de direito constitucional. Assim, Earl Warren é o herói icônico, Oliver Wendell Holmes Jr. o soldado icônico, Felix Frankfurter o burkeano ou minimalista icônico e Alexander Bickel o mudo icônico.¹⁰⁵⁴

O primeiro perfil delineado por Sunstein, os heróis, são aqueles que entendem ser dever da Corte fazer a Sociedade evoluir. A utilização do termo herói não funciona como aprovação do modelo por parte do autor, mas, tão somente, como modelo descritivo. De modo geral, os heróis estão dispostos a invocar um entendimento ambicioso da Constituição para invalidar a legislação federal e estadual, ditar políticas públicas, redirecionando a atuação estatal e a própria Sociedade. Os heróis vêm em muitas variedades, mas qualquer que seja a abordagem de interpretação adotada, eles acreditam no papel social transformador da Constituição pela atuação judicial. Dentro da categoria de heróis há significativas diferenças de grau, partindo de heróis modestos – dispostos a invalidar atos do congresso sem grandes objetivos reformistas – até super-heróis - com objetivos em larga escala e dispostos a embarcar em projetos significativos de mudança social -. ¹⁰⁵⁵

Devido à sua importância e relevância social a personalidade heróica é a mais conhecida. Esse perfil pretende colaborar com reformas sociais, abrindo caminhos de vanguarda diante da letargia e morosidade dos processos políticos institucionais. John Marshall foi o herói judicial originário que estabeleceu a revisão judicial no caso *Marbury v. Madison*.¹⁰⁵⁶ A era Lochner teve muitos momentos heróicos, embora alguns Juízes dessa era fossem soldados ou minimalistas burkeanos. O caso *Brown v. board education of Topeka*, (1954)¹⁰⁵⁷ é a decisão heróica por excelência e seu autor, o Juiz Earl Warren, é o icônico Juiz heróico. A Corte Warren, de sua vez, é a

¹⁰⁵⁴ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.1/2. Acesso em 12/10/2022. RITTER, Letícia Mousquer. **O papel do Juiz no Estado Democrático de Direito: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**. Tese de Doutorado. São Leopoldo: 2016. p.17. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5376>. Acesso em: 6/10/2022.

¹⁰⁵⁵ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.2/3. Acesso em 12/10/2022.

¹⁰⁵⁶ 5.U.S.137.(1803).

¹⁰⁵⁷ *Brow v. Board of Education of topeka*, 347 us. 483 (1954).

era heróica da Suprema Corte que define uma concepção de atuação judicial de toda uma geração. O Ativismo Judicial pode ser identificado, em parte, com essa personalidade. É importante denotar que há heróis em matérias diversas como a liberdade de expressão, da igual proteção, do devido processo legal, da liberdade religiosa, da cláusula de livre comércio, dentre outras. Um Juiz pode endossar o heroísmo relativamente a uma disposição da Constituição, mas rejeitá-la relativamente a outras. O heroísmo também possui defensores acadêmicos que estão inclinados a “idolstrar” heróis judiciais e a defender o caminho do heroísmo. A tese de Ronald Dworkin sobre Hércules, com sua leitura moral da Constituição, é uma conhecida elaboração acadêmica do herói judicial¹⁰⁵⁸

O segundo perfil traçado por Sunstein são os soldados que se caracterizam por maior deferência ao processo político, entendendo que a incumbência de promover a concretização das normas constitucionais é dos poderes políticos legitimados pelo voto. Como sabido, a característica definidora de um bom soldado consiste na estrita disposição de submeter-se às ordens de seus superiores, no caso do Juiz soldado obedecer aos ditames traçados pelos ramos políticos estatais. O dever dos soldados é aplicar a Constituição, as leis e os atos governamentais, entendendo que não lhes compete a redefinição das valorações já efetuadas pelos demais poderes. Os soldados não pretendem efetuar leituras morais da Constituição nem pretendem aventurar-se em seus próprios relatos pessoais daquilo que a Constituição requer. Para o autor, vários são os defensores acadêmicos da personalidade de soldados, alguns já analisados no presente trabalho, apontando especialmente James Bradley Thayer e Adrian Vermeule como grandes defensores da deferência judicial aos resultados dos processos políticos.¹⁰⁵⁹

De sua vez, os minimalistas ou burkeanos adotam uma postura essencialmente cautelosa, sob a alegação de um dever de prudência. Eles atuam através de pequenos passos, sendo favoráveis apenas a mudanças sociais incrementais. Ao contrário dos heróis, que defendem movimentos ambiciosos de liberdade e igualdade através da interpretação constitucional, os minimalistas são

¹⁰⁵⁸ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.4/6. Acesso em 12/10/2022.

¹⁰⁵⁹ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.6/8. Acesso em 12/10/2022.

refratários a adoção de teorias em larga escala, procurando evitar intervenções mais intensas e abrangentes, privilegiando práticas socialmente sedimentadas. Esses magistrados julgam ser melhor o exercício de seu poder discricionário de forma que prevaleçam decisões mais estreitas, com foco nos casos particulares sob julgamento, receando a produção de repercussões potencialmente perigosas que possam advir de decisões ambiciosas e abrangentes.¹⁰⁶⁰

O perfil minimalista defende uma atenção cuidadosa não às abstrações, mas às tradições e costumes socialmente consolidados que traduzem a experiência de gerações. A personalidade minimalista é a preferida de Cass Sunstein que a julga como a mais adequada às Sociedades democráticas, onde os temas públicos devem ser decididos de forma coletiva por pessoas livres. Para o autor, esse perfil de Juiz possui a vantagem de evitar equívocos que possam advir de voluntarismos da Corte, ao tempo em que a ênfase na resolução do caso concreto, sem uma ampla abrangência, deixa espaço para a posterior deliberação democrática.¹⁰⁶¹

Os minimalistas, com sua humildade e modéstia, podem parecer primos próximos dos soldados. No entanto, apesar das alianças possíveis entre esses dois perfis, os dois são fundamentalmente diferentes. Ao contrário dos soldados, os minimalistas não pretendem seguir ordens nem ser deferentes a ninguém, mas optam por decisões menos abrangentes, focadas no caso concreto, assim como são céticos sobre teorias em larga escala. Nas palavras do *Chief Justice* John Roberts, citado por Sunstein, o resumo aforístico da posição burkeana pode ser assim disposto: “Se não for necessário decidir mais, é necessário não decidir mais”.¹⁰⁶²

¹⁰⁶⁰ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.8/9. Acesso em 12/10/2022. RITTER, Letícia Mousquer. **O papel do Juiz no Estado Democrático de Direito: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**. Tese de Doutorado. São Leopoldo: 2016. p.59/61. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5376>. Acesso em: 6/10/2022.

¹⁰⁶¹ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.8/9. Acesso em 12/10/2022. RITTER, Letícia Mousquer. **O papel do Juiz no Estado Democrático de Direito: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**. Tese de Doutorado. São Leopoldo: 2016. p.59/60. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5376>. Acesso em: 6/10/2022.

¹⁰⁶² SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.8/9. Acesso em 12/10/2022.

Segundo Sunstein, o Juiz Felix Frankfurter pode ser visto como um burkeano icônico. John Marshall Harlan pode ser colocado na mesma categoria, e, de certa forma, ele pode ser o Juiz mais minimalista de todos. A Juíza Sandra Day O'Connor mostrou fortes inclinações burkeanas, especialmente na medida em que defendia o dever dos Juízes de concentrarem-se estritamente sobre os fatos dos casos particulares. O *Chief Justice* John Roberts também escreveu uma série de votos minimalistas. A Juíza Ruth Bader Ginsburg, por sua vez, também pode ser considerada burkeana, pois enfatizava a necessidade de se concentrar cuidadosamente em fatos e precedentes.¹⁰⁶³

O último perfil analisado por Sunstein são os por ele denominados mudos. Eles são aqueles que optam pelo silêncio diante de grandes controvérsias constitucionais, preferindo manter, sempre que possível, casos de profunda controvérsia política ou social fora da Corte, no intuito de dexiar o espaço aberto para a ação do processo político. Os mudos, portanto, preferem “não dizer nada” e, assim, não decidir casos difíceis. Os Juízes não podem ser mudos consistentemente nem frequentemente e, por isso, os Juízes mudos são atores menos frequentes no “drama constitucional” e, diante disto, Sunstein não identifica nenhum Juiz da Suprema Corte norte-americana com o perfil tipicamente mudo. Com sua ênfase nas virtudes passivas, Sunstein aponta, no plano acadêmico, Alexander Bickel¹⁰⁶⁴ como o grande teórico da mudez, visto que a abordagem de Bickel enfatiza a importância estratégica e prudencial do silêncio, especialmente as relativas a questões importantes sobre as quais a nação encontra-se dividida. Nessas hipóteses, o envolvimento judicial prematuro pode ter uma série de consequências prejudiciais, tanto para o país quanto para a Corte.¹⁰⁶⁵ A mudez também pode ser estratégica, uma forma de ganhar tempo e a maioria dos Juízes pensam que, de vez em quando, o silêncio é a conduta adequada a tomar e, quando o fazem, são mudos autoconscientes. Entretanto, quando o silêncio torna-se

¹⁰⁶³ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.9. Acesso em 12/10/2022.

¹⁰⁶⁴ BICKEL, Alexander M. **La rama menos peligrosa**. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política. Traducción: Mario Zamudio Vegal. México: Fondo de Cultura Económica, 2020.

¹⁰⁶⁵ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.10/11. Acesso em 12/10/2022. RITTER, Letícia Mousquer. **O papel do Juiz no Estado Democrático de Direito: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**. Tese de Doutorado. São Leopoldo: 2016. p.60/61. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5376>. Acesso em: 6/10/2022.

insustentável os Juízes mudos resistem a revisões valorativas, adotando fundamentações restritas e não abrangentes, da mesma forma que seus colegas minimalistas.¹⁰⁶⁶

Assaz obtemperar que as personalidades descritas são abstratas e estilizadas, assim nenhum Juiz do mundo real é plenamente um ou outro integralmente. Certamente determinados Juízes podem ser associados a determinadas *personas* em particular, mas qualquer associação deve ser entendida como significando que, em ocasiões especiais e determinadas, o Juiz assumiu determinada personalidade ou, ainda, que determinado Juiz mostra uma tendência a adotar determinada personalidade nos casos importantes. Além disso, ao longo da carreira ou mesmo de um ano para outro, muitos Juízes do mundo real adotarão personalidades diferentes. Alguns Juízes mudam de personalidade de caso para caso uma vez que sua teoria de interpretação preferida exige tal mudança. Exemplificativamente, Cass Sunstein aponta que no caso *Lochner x New York*,¹⁰⁶⁷ de 1905,¹⁰⁶⁸ O Juiz Oliver Wendell Holmes Jr. atuou na personalidade de soldado, defendendo que a Constituição não adota nenhuma teoria econômica, seja do paternalismo e da relação orgânica do cidadão com o Estado, seja do *laissez faire*. Entretanto, no tocante a proteção da liberdade de expressão, Holmes é considerado como um Juiz com atuação heróica, sendo seu heroísmo limitado a esse contexto.¹⁰⁶⁹

O Juiz também pode adotar determinada personalidade por questões estratégicas, conforme apontado. Um Juiz pode proferir um voto como minimalista ou burkeano, embora sua concepção real do papel judicial seja a heróica. Além disso, a identificação das personalidades não substitui as teorias padrões de interpretação constitucional. Uma mesma teoria interpretativa particular – como por exemplo o originalismo – pode levar um Juiz a ser heróico, soldado, minimalista ou mudo, conforme a controvérsia que está sendo julgada pela Corte. Importante ter em conta

¹⁰⁶⁶ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.9. Acesso em 12/10/2022.

¹⁰⁶⁷ 198 U.S.45 (1905).

¹⁰⁶⁸ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.29/36.

¹⁰⁶⁹ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.2/7. Acesso em 12/10/2022.

que tanto liberais quanto conservadores podem ser heróis, soldados, minimalistas e mudos.¹⁰⁷⁰

Exemplificando a atuação das personalidades judiciais, Cass Sunstein descreve que na análise de restrições ao casamento entre pessoas do mesmo sexo os heróis apontariam que referidas restrições são inaceitáveis e inconstitucionais, para tanto, apontando a cláusula de igual proteção da Constituição e citando os precedentes de *Brow v. Board Education of Topeka* e, ainda mais enfaticamente, *Loving v. Virginia*¹⁰⁷¹ em reforço à tese. Por outro lado, os soldados arguiriam que dever-se-ia submeter o caso à política majoritária, argumentando que, nas palavras do Juiz Antonin Scalia, “a Constituição não exige nem proíbe a sociedade a aprovar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tanto quanto não exige nem proíbe de aprovar o divórcio sem culpa, a poligamia ou o consumo de álcool”.¹⁰⁷² Igualmente, o caso *Brown* é invocado pelos heróis como o processo icônico no qual eles estavam do lado certo da história. Eles vêem *Korematsu*,¹⁰⁷³ em particular, como um exemplo do que pode dar errado quando os Juízes operam como soldados.¹⁰⁷⁴

Assim sendo, é necessário ver as diversas personalidades judiciais de Sunstein não apenas como uma questão de política judicial ou mesmo de retórica, mas como diferentes Juízes realmente entendem suas atribuições e de como eles realizam esses trabalhos em diferentes contextos. No que tange à resposta de qual personalidade seria melhor, o autor aduz que essa avaliação deve ser baseada nos resultados e na avaliação dos custos dos erros. Em um mundo em que os Juízes erram, sistematicamente, e no qual os processos de deliberação democrática se saem bem, a defesa de Juízes soldados seria a mais correta. Por outro lado, em um mundo em que os Juízes são excelentes na correção de déficits democráticos – por exemplo

¹⁰⁷⁰ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.2/7. Acesso em 12/10/2022.

¹⁰⁷¹ 388 U.S. (1967). Nesse caso a Suprema Corte julgou ser inconstitucional, por ser incompatível com o princípio da igualdade, Leis de 16 estados que proibiam o casamento inter-racial, sob o pretexto de manter a integridade racial de seus cidadãos.

¹⁰⁷² SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.14. Acesso em 12/10/2022.

¹⁰⁷³ É possível verificar do que trata o caso na nota de rodapé n. 849.

¹⁰⁷⁴ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.14/15. Acesso em 12/10/2022.

salvaguardando direitos – uma atuação de Juízes heróis seria preferível e difícil de ser contestada. Em alguns mundos imagináveis os soldados respeitam a Democracia sem comprometer-lá. Em outros, eles deixam os Direitos Fundamentais vulneráveis a atuação de maiorias não confiáveis. Em alguns mundos os minimalistas encontram o equilíbrio adequado entre autogoverno e outros valores, mas, em outros, eles são muito cautelosos e seu incrementalismo é um vício. Em alguns mundos o silêncio dos mudos é muito importante, ao passo que em outros eles capitulam às piores formas de injustiça. Nesse passo, para o autor, nenhum julgamento sobre o papel dos Tribunais, ou sobre as *personas* constitucionais, pode ser feito, sensatamente, em abstrato e independentemente da análise de casos concretos.¹⁰⁷⁵

4.2 CASOS EMBLEMÁTICOS ENVOLVENDO JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL, PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

O fenômeno da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial, em que pese ser recente em grande parte do mundo, possui dois séculos de história nos EUA. Esses dois séculos foram marcados por episódios de Ativismo Judicial conservador, sendo os mais marcantes *Dred Scott v. Sandford* de 1857 e *Lochner v. New York*, nos quais a Suprema Corte conferiu respaldo constitucional à escravidão e tornou inválida legislação de proteção aos trabalhadores. Por outro lado, a partir nos anos 50 do século XX, a denominada Corte Warren marcou época com seu Ativismo Judicial progressista revelado em casos como *Brown v. Board Education of Topeka*, no qual declarou a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas, *Miranda v. Arizona*, precedente no qual afirmou o direito de suspeito de prática de crimes de permanecer em silêncio e ser assistido por advogado.¹⁰⁷⁶

Uma diferenciação que assaz mencionar é que o Ativismo e a Autocontenção não podem ser confundidos com as classificações de Juízes liberais e Juízes conservadores da Suprema Corte norte-americana.¹⁰⁷⁷ Juízes liberais e conservadores podem adotar posturas ativistas ou autocontidas, dependendo da

¹⁰⁷⁵ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.16/22. Acesso em 12/10/2022.

¹⁰⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.244.

¹⁰⁷⁷ Ser um Juiz liberal no sentido utilizado para posturas de atuação judicial nos Estados Unidos significa ser progressista e antagônico aos Juízes conservadores.

época de atuação ou da demanda em pauta. Durante as décadas de 20 e 30 do século XX, na denominada Era *Lochner*, Juízes conservadores atuavam de forma ativista, declarando inconstitucionais leis que buscavam regular a economia, em detrimento da liberdade contratual. Nesse sentido, é possível falar em Ativismo liberal e Ativismo conservador.

Nos dias atuais, os Juízes responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional, em especial, assumem a importante incumbência de assegurar e proteger valores fundamentais, previstos de forma explícita ou implícita nas respectivas Constituições, desempenhando função estratégica no sistema de freios e contrapesos (*“checks and balances”*)¹⁰⁷⁸. Em termos práticos, no Brasil e em alguns países também com constituições analíticas, quase todos os conflitos sociais podem ser - e muitas vezes o são - submetidos ao crivo do Poder Judiciário.¹⁰⁷⁹ São temas que dizem respeito a valores potencialmente contraditórios, acerca de aspectos relevantes da vida social. São objeto de Judicialização ações que dividem a Sociedade contemporânea, geram debates acalorados, e por vezes envolvem dogmas de cunho religioso, político, sociológico, ambiental e científico ocasionando discórdia e intolerância. Com a constitucionalização dos Direitos Fundamentais, essas matérias passam a caracterizar controvérsias jurídicas que demandam soluções institucionais constitucionalmente adequadas.¹⁰⁸⁰

Há uma longa história acerca da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial nos EUA e ela inicia com a instituição do controle de constitucionalidade das leis. No início do século XIX, no novo país, não havia a divisão da Sociedade em estamentos, inexistindo, portanto, nobreza ou qualquer outra hierarquia institucionalizada como na Inglaterra. Em verdade, no mundo dos fatos, não imperava a igualdade de todos os cidadãos pois as mulheres e os escravos estavam excluídos da esfera política. No entanto, aos menos formalmente, a Sociedade sem privilégios do novel modelo americano permitia que o Poder Judiciário estivesse quase no mesmo patamar dos demais poderes. Nesses termos, o sistema de freios e contrapesos norte-

¹⁰⁷⁸LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 23.

¹⁰⁷⁹LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 24.

¹⁰⁸⁰ LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 40.

americano permitiu uma maior simetria entre os poderes estatais.

São apontados alguns antecedentes ao caso *Marbury v. Madison*¹⁰⁸¹ que tangenciaram a temática do *judicial review*.¹⁰⁸² Mas é praticamente assente na literatura constitucional que *Marbury v. Madison* é o caso que inaugura o sistema de revisão judicial no mundo. Primeiramente, é necessário apontar que a Constituição dos Estados Unidos não possui previsão, ao menos expressa,¹⁰⁸³ dando competência aos Juízes para efetuarem a revisão judicial de atos do Legislativo e do Executivo. Como lembra Alexander Bikel, a inexistência de um comando cogente da revisão judicial não significa que ela não pode situar-se na Constituição, significa apenas que não se encontra expressamente prevista.¹⁰⁸⁴ Entretanto, no *Federalista*. 78, já havia uma defesa clara da jurisdição constitucional efetuada por Alexander Hamilton.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸¹ 5.U.S.137.(1803).

¹⁰⁸² Em 1610, na Inglaterra, o *Chief Justice* Edward Coke, no caso *Dr. Bonham's Case*, acolheu a possibilidade de controle judicial de atos do Parlamento. O caso envolvia aplicação de multa ao Dr. Bonham pelo *Royal College of Physicians* e também sua condenação à prisão. Como a multa reverteria ao próprio conselho, Coke aduziu que isso tornava o órgão ao mesmo tempo Juiz e parte no caso, contrariando, assim, a máxima da *common law* de que ninguém deve ser Juiz de sua própria causa. Portanto, a lei que conferia ao órgão tal competência, contrariava a *common law*, sendo, assim, inválida. Importante apontar que a obra de Coke exerceu forte influência sobre os juristas dos Estados Unidos da época. Nos Estados Unidos são, ainda, apontadas antecedentes de revisão judicial no sentido de que Juízes federais na década de 1790 deixaram de aplicar um ato do Congresso que lhes impunha deveres não jurisdicionais no caso *Haybur (2 Dallas 409)*. Também são apontados casos de controle de revisão judicial cujo parâmetro de controle teriam sido as Constituições Estaduais como: *Homes v. Walton* (nova Jersey, 1780); *commonwealth v. Catton* (Virginia, 1782); *Rutgers v. Waddington* (Nova York, 1784); *Trevitt v. Weedon* (Rhode Island, 1786) e *Bayard v. Singleton* (Carolina do Norte, 1787). MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.22/21. SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press. 1993. p.3/5. GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p.116. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.37. JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60.

¹⁰⁸³ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 92/93.

¹⁰⁸⁴ BIKEL, Alexander M. **La rama menos peligrosa**. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política. Tradución: Mario Zamudio Vegal. México: Fondo de Cultura Económica, 2020, p. 17.

¹⁰⁸⁵ Segundo Alexander Hamilton, o controle de constitucionalidade deveria ser efetuado pelo Poder Judiciário e, para tanto, elenca alguns argumentos: 1) É dever dos tribunais de justiça “declarar nulos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Sem isso, ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares”; 2) “todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade”; 3) é mais razoável “a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciais entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites de suas atribuições”; 4) “A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo”; 5) o Poder Judiciário, por suas funções, e por não dispor nem da “espada” “nem do tesouro,” é o ramo menos perigoso (*the least dangerous branch*), dentre os poderes, sendo adequado para resguardar os direitos previstos na Constituição. HAMILTON, Alexander [et al]. **O Federalista**. Tradução: Hitomar

O contexto do caso é que nas eleições de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pelos adversários republicanos, tanto no âmbito Legislativo, quanto Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente e tomaria posse em 4 de março de 1801. Em fevereiro, o congresso, ainda com maioria federalista, aprovou o *Judiciary Act*, de 1801, que dobrou o número de Juízes federais, reduziu o número de Juízes da Suprema Corte para que os republicanos não nomeassem novos Juízes e criou 42 cargos de Juízes de paz para o distrito de Columbia.¹⁰⁸⁶ John Adams buscava, para evitar um aumento de poder do novo governo, entrincheirar¹⁰⁸⁷ seus partidários no Poder Judiciário.¹⁰⁸⁸ Assim, ele assinou os atos de investidura dos novos Juízes em seu último dia de mandato, ficando a cargo de seu secretário de Estado, John Marshall, a entrega dos atos aos nomeados e a aposição dos selos dos Estados Unidos.¹⁰⁸⁹ Tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos Juízes de paz nomeados, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa, nada obstante tenham trabalhado mesmo após à meia noite. Importante ter em conta, ainda, que John Marshall foi nomeado por Adams para Suprema Corte e passou a ser seu *Chief Justice*.¹⁰⁹⁰

Boa parte dos Juízes de paz não chegou a ser empossada nos cargos antes do início do mandato de Tomas Jefferson. O novo Presidente ordenou ao seu secretário de Estado, James Madison, que deixasse de entregar os documentos necessários para a posse. Nesse contexto, Madison deixa de entregar o comissionamento a Willian Marbury – um dos Juízes de paz nomeado – assim como a todos os demais, sem exarar nenhuma motivação para tanto nem estar lastreado em qualquer parecer ou tese jurídica. Simplesmente omitiu-se em empossar os novos

Martins Oliveira. Belo horizonte: Ed. Líder, 2020, p. 457/461. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.21. ¹⁰⁸⁵ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.93.

¹⁰⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.2/4.

¹⁰⁸⁷ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 99.

¹⁰⁸⁸ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 64.

¹⁰⁸⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.22/23.

¹⁰⁹⁰ Disso deriva a expressão Juízes da meia noite (*midnight judges*). SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press. 1993. p.40.

Juízes.¹⁰⁹¹

Em 8 de março de 1802 o Congresso, agora de maioria republicana, revogou o *Judiciary Act* de 1801, aprovado no final da administração de Adams, extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes.¹⁰⁹² Essa revogação, no entanto, é posterior a recusa do Executivo em empossar os Juízes nomeados.¹⁰⁹³ Além disso, para impedir o questionamento do ato perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802, deixando-a fechada de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803, em verdadeiro ataque antecipado.¹⁰⁹⁴ Esse era o contexto de tensão política em que seria julgada a ação *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte.¹⁰⁹⁵

Em face do exposto, Willian Marbury, juntamente com vários litisconsortes, propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, para ver reconhecido judicialmente seu direito ao cargo. O pedido foi formulado lastreado em uma Lei judiciária de 1789 (*judiciary Act of 1789*) que atribuía à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações dessa natureza.¹⁰⁹⁶ O caso inicia, pois, com a discussão sobre o empossamento de Willian Marbury, no cargo de Juiz de paz, tendo sido designado pelo presidente John Adams, às vésperas de deixar o cargo, atuação que ficou conhecida como “os Juízes da meia noite”. É possível verificar que Marshall, estrategicamente, subverteu a lógica processual ordinária, julgando primeiramente o “mérito” antes das questões preliminares.¹⁰⁹⁷

No seu voto Marshall dedicou a primeira parte para pontificar que Marbury

¹⁰⁹¹ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 102.

¹⁰⁹² GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 121/122.

¹⁰⁹³ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 102.

¹⁰⁹⁴ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 108.

¹⁰⁹⁵ “Esse quadro era agravado por outros dois elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de *impeachment* de um Juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte”. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.3.

¹⁰⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.2/4.

¹⁰⁹⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.45.

tinha direito à nomeação ao cargo de Juiz de paz uma vez que o poder discricionário do Executivo se encerraria no momento da nomeação. Desse modo, após a prática deste ato, deveria ser respeitada a estabilidade dos Juízes em seus cargos. Portanto, a conduta de Madison – no sentido de reter os atos de investidura - foi ilegal. O desafio ao governo de Jefferson, entretanto, é aqui encerrado.¹⁰⁹⁸ Na segunda parte voto, obtemperou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Na terceira parte enfrentou a questão relativa a ser ou não o *Writ* a via apropriada, assim como se a Suprema Corte poderia legitimamente deferi-lo. Respondeu, afirmativamente, no sentido de que o *Writ of mandamus* era a via apropriada. No tocante ao ponto relativo à competência da Suprema Corte para expedir a ordem, Marshall desenvolveu a argumentação que inaugura o sistema de revisão judicial (*judicial review*).¹⁰⁹⁹

O *Chief Justice* Marshall aduziu que, embora a nomeação de Willian Marbury fosse irrevogável, o Tribunal não poderia julgar o caso. Para tanto, foi declarada inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act* que atribui competência à Suprema Corte, sob o fundamento que tal disposição ampliava a competência da Corte para além da previsão constitucional. É que as competências originárias da Suprema Corte, segundo Marshall, estariam submetidas à reserva de Constituição.¹¹⁰⁰ Não sendo, pois, a norma elaborada pelo Legislativo consentânea com a Constituição, incumbiria ao Poder Judiciário arrostá-la do mundo jurídico, declarando-a inválida.¹¹⁰¹ O *Chief Justice* John Marshall justificou a decisão pontificando que, no conflito entre uma lei e um artigo da Constituição, caberia ao Juiz aplicar a norma hierarquicamente superior, no caso, a Constituição.¹¹⁰² Assim sendo, apesar de dizer que os impetrantes possuíam o direito à nomeação, negou a expedição de ordem que obrigasse o Executivo a empossá-los.

¹⁰⁹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.46.

¹⁰⁹⁹ Para uma resenha completa dos argumentos do voto ver: ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers**. Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy. Cambridge: First Harvard University Press, 2007, p.163/199. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.4.

¹¹⁰⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.46.

¹¹⁰¹ BIKEL, Alexander M. **La rama menos peligrosa**. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política. Tradución: Mario Zamudio Vegal. México: Fondo de Cultura Económica, 2020, p. 27.

¹¹⁰² LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 26.

Estrategicamente, Marshall sabia que se fosse expedida a ordem o governo provavelmente não iria cumpri-la, o que acarretaria a desmoralização da Corte e dele próprio.¹¹⁰³ Além disso, o temor de Marshall não era circunscrito ao descumprimento da decisão, mas abrangia também a ameaça de um possível *impeachment*, eis que o Congresso republicano já havia julgado impedido o Juiz Federal John Pickering e tentado, sem sucesso, o impedimento do Juiz da Suprema Corte Samuel Chase.¹¹⁰⁴ Portanto, no mesmo ato, a Suprema Corte não desafiou o governo de Tomas Jefferson, mas fortificou enormemente seu poder, ou seja, declinou e assumiu poder em um só golpe.¹¹⁰⁵ Marshall encontrou uma saída honrosa para Corte, em um ambiente politicamente hostil, ao tempo que conseguiu que sua decisão restasse incontestada por aqueles que ameaçavam o Judiciário com fechamento e reestruturações casuísticas. Além disso, alguns membros do Poder Judiciário estavam com a ameaça de impedimento pairando sobre suas cabeças. A sentença deixou, entretanto, o governo sem ter o que descumprir.¹¹⁰⁶

Essa decisão restou de suma importância para o surgimento de um Poder Judiciário com maior poder político e participação nas grandes questões do Estado. Restou, assim, criado o controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário (*judicial review*). O reconhecimento da supremacia da Constituição e o acolhimento da criação judicial do direito são considerados os principais fatores para o surgimento do controle de constitucionalidade em *Marbury v. Madison*. Efetivamente, nele se negou, mesmo sem expressa previsão constitucional, a aplicação de uma lei aprovada pelo Parlamento por ser incompatível com a Constituição. A partir de *Marbury v. Madison*, o modelo de controle de constitucionalidade foi, gradativamente, sendo consolidado e transplantado à cultura jurídico-política norte-americana.¹¹⁰⁷

Assim sendo, a Suprema Corte foi paulatinamente consolidando sua

¹¹⁰³ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 106.

¹¹⁰⁴ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 107.

¹¹⁰⁵ BIKEL, Alexander M. **La rama menos peligrosa**. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política. Traducción: Mario Zamudio Vegal. México: Fondo de Cultura Económica, 2020, p. 17/18.

¹¹⁰⁶ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 64. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 112.

¹¹⁰⁷ LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 26.

importância e o seu poder ao afirmar sua missão de aquilatar a compatibilidade de qualquer ato dos demais poderes em face da Constituição. Isso contribuiu para percepção da Sociedade de que a esfera judicial seria um local institucionalmente adequado à resolução de conflitos. Bem por isso, ficou famosa a afirmação de Tocqueville¹¹⁰⁸ no sentido de que não há questão política que, cedo ou tarde, não se transforme em questão judicial nos Estados Unidos da América.¹¹⁰⁹ A partir do estabelecimento do *judicial review*, a história da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte fornece uma variada gama de casos que foram decididos a partir deste modelo. Alternando períodos de Autocontenção com outros de intenso Ativismo Judicial, a Suprema Corte interveio em questões sensíveis e de grande divergência social. Assim agindo, com precedentes vinculantes, transformou a Sociedade norte-americana.¹¹¹⁰

O caso inaugural do denominado *judicial review*, mesmo tendo ocorrido há mais de duzentos anos, ainda nos é de suma importância. A Suprema Corte Americana atuou, também, em casos que giraram em torno da escravidão, dos direitos trabalhistas, das garantias processuais, do direito à vida, dos limites do poder estatal, da igualdade e de liberdades diversas.¹¹¹¹ Houve decisões de cunho progressista e outras de espectro conservador.

Somente em 1857 a Suprema Corte Americana vai declarar novamente uma lei inconstitucional no caso *Dred Scott v. Sandford*.¹¹¹² Ainda que se deva ter cuidado com anacronismos, esse é considerado o caso mais desastroso da história da Corte. Ele é julgado em um contexto turbulento, em meio a grandes agitações sociais em torno da escravidão que consistia em questão central nos Estados Unidos. Scott era um escravo que foi levado pelo Dr. John Emerson, um cirurgião militar, seu proprietário, ao Estado de Illinois, onde não havia escravidão, assim como para outras áreas livres (Wisconsin), antes de voltar ao Missouri. Em 1846, três anos após a morte de seu proprietário, Scott promoveu uma ação judicial sustentando que como foi

1108Tocqueville visitou os Estados Unidos entre os anos de 1831 e 1832. Desta visita surge sua famosa obra *A Democracia na América*.

1109 LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 28.

1110LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 28/29.

1111LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 28/29.

¹¹¹² 60 U.S.393 (1857).

residente, legitimamente, em um Estado da federação onde não havia escravidão, teria, agora, o *status* de homem livre e não mais de escravo.¹¹¹³ Dred Scott foi vitorioso na Corte de Missouri sendo, entretanto, a decisão cassada pela Corte Estadual. Diante da reforma, foi interposto recurso para Suprema Corte dos Estados Unidos que julgou o caso em 1857, onze anos após seu ajuizamento.¹¹¹⁴

No julgamento, embora pudesse ter decidido de forma minimalista, a Suprema Corte preferiu uma abordagem ampla, decidindo sobre duas questões centrais: Se a União Federal possuía competência para dispor sobre a escravidão nos novos territórios e se os negros eram considerados cidadãos pela Constituição dos Estados Unidos.¹¹¹⁵ A decisão do *Chief Justice* Roger Taney, relator do caso, ficou assentada nos seguintes fundamentos: a) a escravidão era assegurada constitucionalmente, portanto a autoridade do Congresso sobre novos territórios não poderia banir a escravidão naqueles locais; b) os negros, mesmo livres ou libertos, não eram cidadãos dos Estados Unidos, segundo a Constituição; c) Dred Scott não era um homem livre apenas por ter residido em território onde não havia escravidão, visto que seu *status* era regulado pela Lei do Missouri, na qual era permitida a escravidão.¹¹¹⁶

O relator invocou a norma do devido processo legal, dando-lhe caráter substantivo, para declarar que um cidadão não pode perder sua propriedade (o escravo) apenas pelo fato de levá-la a outro local do território nacional, visto que isso não se coadunaria com o devido processo legal. Aduziu, ainda, que a Constituição, originariamente, não pretendia conferir o *status* de cidadão aos negros. Negando cidadania aos negros, a Corte também os impedia de ser parte em processos judiciais.¹¹¹⁷ A decisão não foi aceita pelos abolicionistas, os quais buscavam ao menos limitar a escravidão aos estados federados que a tinham por válida, de forma a extingui-la nos novos territórios. Além do condenável conteúdo da decisão, ao tentar

¹¹¹³ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.25/27. GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 110/116

¹¹¹⁴ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 69/70. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 143.

¹¹¹⁵ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 113.

¹¹¹⁶ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 113. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.26/27.

¹¹¹⁷ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.27/28.

solucionar uma questão que dividia a nação, a Suprema Corte superestimou seu prestígio e autoridade. A questão da escravidão somente seria solucionada ao fim da sangrenta guerra civil que ceifou milhares de vida e dividiu os Estados Unidos. Além disso, a decisão afetou por um longo tempo o prestígio da Suprema Corte Americana. Dred Scott permanece como uma mancha sombria¹¹¹⁸ na história da Corte e é comumente invocada pelos defensores da autocontenção judicial.¹¹¹⁹

Por conseguinte, em *Plessy v. Ferguson* (1896),¹¹²⁰ outro caso relativo a questões raciais, em 7 de junho de 1892, um jovem de 20 anos, por vontade própria, tenta ingressar em um dos vagões reservados para pessoas brancas, com o objetivo de testar a constitucionalidade da Lei da Louisiana que separava vagões para brancos. A Lei era denominada *Louisiana's Separate Car Act*, aludindo que todas as companhias ferroviárias deveriam providenciar acomodações iguais, mas separadas, para pessoas brancas e negras. Quando Homer Plessy ingressou no vagão reservado às pessoas brancas acabou sendo preso. A questão chega à Suprema Corte em 1896 e, no caso *Plessy v. Ferguson*, a Corte considerou a Lei de segregação constitucional. Para o relator, a Lei do Estado da Louisiana não acolhia qualquer tipo de discriminação entre negros e brancos. Segundo ele, em virtude da natureza das coisas (naturalizando a segregação), a Lei não poderia pretender abolir as distinções baseadas na cor, pois se uma raça é socialmente inferior a outra, a Constituição dos Estados Unidos não pode colocá-la no mesmo plano. Com isso, o *slogan separate but equal*, perduraria por 58 anos nos Estados Unidos da América, não ficando circunscrito às ferrovias, mas penetrando em outros segmentos da Sociedade, em especial nas escolas públicas.¹¹²¹

Outra era de Ativismo Judicial conservador consiste na denominada *era Lochner* onde a Suprema Corte, influenciada pela doutrina do Liberalismo Econômico, que predominava no pensamento político-econômico do fim do século XIX, passou a sistematicamente invalidar qualquer legislação de intervenção no domínio econômico, atendendo aos anseios das corporações comerciais e industriais da época. O período ficou conhecido como era Lochner em face do precedente *Lochner v. New York* de

¹¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. **We the people foundations 1**. Cambridge, Massachusetts: The belknap press of Harvard University Press. 1991, p. 63/64.

¹¹¹⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.27/29.

¹¹²⁰ 163 U.S. 537 (1896).

¹¹²¹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 72/75. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 156/157.

1905. Nesse caso, a Suprema Corte invalidou – com substrato na cláusula do devido processo legal substantivo - Lei trabalhista do Estado de Nova York de 1897 que estabelecia jornada máxima de trabalho de 60 horas semanais ou 10 horas diárias para os empregados de padaria, entendendo que o ato normativo interferia na liberdade de contrato assegurada entre empregadores.¹¹²² Em voto dissidente o Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., apontou que a Constituição dos Estados Unidos da América não deveria ser vista como endosso à adoção de uma determinada teoria econômica específica (seja a favor do Liberalismo Econômico *laissez faire*, seja de qualquer paternalismo estatal) nem de uma visão particular de Sociedade (como libertarismo associado ao darwinismo de Spencer).¹¹²³ Outro caso emblemático (que denota a adoção da Corte dos princípios do *laissez faire*) foi *Adkins v. Children's Hospital*, do ano de 1923, onde foram invalidadas Leis que estabeleceram salários mínimos para mulheres e crianças.¹¹²⁴

Já na década de 1930, a Corte, aplicando a doutrina da era *Lochner*, invalidou medidas centrais do plano *New Deal*, do Presidente Franklin Delano Roosevelt, que buscava retirar a economia norte-americana da grave depressão. As decisões da Corte geraram profunda crise institucional. O Presidente enviou projeto de Lei que lhe permitiria nomear um Juiz adicional em todos os tribunais federais, incluindo a Suprema Corte, em que magistrados com mais de setenta anos deixassem de pedir aposentadoria. Como a Suprema Corte possuía Juízes com mais de setenta anos, ficou evidente a intenção de interferência na Suprema Corte, o que ficou conhecido como *Court-Packing Plan* (empacotamento). O Senado rejeitou o pacote, mas a Corte, sentindo a forte reação contra suas decisões, mudou seu posicionamento e, a partir de 1937, passou a validar as medidas do plano econômico de Roosevelt.¹¹²⁵

Na sequência, a chamada Corte Warren (1953-1969)¹¹²⁶ inaugura uma era

¹¹²² GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 107/108.

¹¹²³ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 262. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

¹¹²⁴ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.30/31.

¹¹²⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.29/36.

¹¹²⁶ “Trata-se de Corte ativista que buscou significativa mudança social, com enfoque na proteção dos direitos fundamentais e no princípio da isonomia, propiciando verdadeira revolução constitucional nos

de grande Ativismo Judicial progressista e protagonismo decisório do Poder Judiciário.¹¹²⁷ Ela foi uma das mais representativas, relevantes e também polêmicas formações da história da Suprema Corte. Seus julgados, pelo alcance e magnitude, fomentaram transformações políticas e sociais de grande monta. Foram proferidas decisões importantes no campo do combate à segregação racial, direitos de réus em processos criminais, liberdade de expressão, imprensa e religião. Nessas ocasiões, a Corte decidiu em prol das liberdades civis, assumindo que seu Ativismo poderia retificar os erros do processo político majoritário. Em sua jurisprudência progressista, a Suprema Corte, nessa formação, admitiu o reconhecimento de direitos não-enumerados na Constituição norte-americana, com base na nona emenda ou calcada na cláusula do devido processo legal, em sua vertente substantiva.¹¹²⁸

Em 1954, no caso *Brown v. board education of Topeka*,¹¹²⁹(1954),¹¹³⁰ crianças negras,¹¹³¹ representadas pelos seus pais, pleiteavam em juízo ordem que lhes garantissem a frequência a escolas públicas de suas comunidades em bases não segregacionistas. A Corte Warren, após duas audiências, e decorridos dois anos da chegada do caso ao Tribunal decidiu, de forma unânime, que a segregação racial nas escolas públicas seria contrária à cláusula da igualdade prevista na décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.¹¹³² Essa emblemática decisão foi importante marco na luta contra um regime discriminatório praticado, de forma oficial, por mais de cem anos, inclusive com o aval da própria Corte nos casos

Estados Unidos”. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.37.

1127LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 16.

1128 GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 126.

1129 “Para assistir aulas numa escola pública Linda Brow, de 8 anos de idade, tinha que cruzar a cidade de Topeka (Kansas), muito embora existissem escolas públicas a poucos quarteirões de sua casa. Entretanto, as escolas que haviam nas redondezas não aceitavam Brown como estudante, porque destinadas exclusivamente a crianças de cor branca”. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 162.

1130 *Brow v. Board of Education of topeka*, 347 US 483 (1954).

1131 *Brow v. Board of Education* é um rótulo genérico que abrange cinco casos diferentes, todos envolvendo a segregação racial em escolas públicas, que atacavam, de forma coordenada, a doutrina dos “separados mais iguais”. GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 9.

1132LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 16.

Dred Scott v. Sandford de 1857 e *Plessy v. Ferguson* (1896).¹¹³³ Para muitos, o caso *Brown v. board education* denota a mais profunda revolução social já deflagrada por qualquer instituição política. *Brown* é considerada a decisão mais importante da Suprema Corte dos Estados Unidos no século XX.¹¹³⁴

O *Chief Justice* Warren serviu-se de estudos psicológicos, citados na nota 11 do julgado, para apontar que a “doutrina dos separados mas iguais”, estabelecida em *Plessy*, não possuía lugar em matéria educacional, eis que a simples segregação já comprometia o desenvolvimento educacional do grupo segregado. Conclui, assim, que a segregação na educação era, inerentemente, desigual porquanto a separação, por si só, propiciava sentimentos de inferioridade causando danos e prejudicando a minoria segregada. Destaca-se que a Corte não apenas reconheceu o direito dos demandantes de ingressarem em escolas reservadas aos brancos, mas, além disso, consignou que tinham direito a escolas em regimes integrados, o que implicava na adoção de ampla política pública de dessegregação.¹¹³⁵

Como a declaração de inconstitucionalidade, por si só, foi a princípio ineficaz, a Corte tomou para si, subsequentemente, a coordenação de uma reestruturação administrativa do sistema escolar americano, com o desiderato à dessegregação e integração racial, em uma efetiva promoção de política pública através do Poder Judiciário.¹¹³⁶

A decisão de *Brow* formulou um princípio antidiscriminação e foi projetada para desfazer o legado de supremacia e dominação branca que havia sido sancionado em *Plessy v. Ferguson*.¹¹³⁷ Contribui, assim, para erodir, progressivamente, a segregação racial existente em boa parte dos Estados Unidos, especialmente nos Estados sulistas. *Brow* serviu de catalisador de um debate crescente que finalmente

1133 MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.25.

1134 JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 83. MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.42. GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 98/99.

1135 MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.38/42. GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 130/131.

1136 AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 265. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

1137 SCHWARTZ, Bernard. **The Warren Court**. A Retrospective. New York: Oxford University press. 1996. p.23.

penetrou nos lugares de trabalho, igrejas, restaurantes e bares de maneira incomum na América do Norte.¹¹³⁸ A partir da decisão, então, o movimento dos “direitos civis” vai ganhando força como uma ampla luta contra discriminação racial. *Brow* foi o ponto alto da corte Warren, mas outras decisões da Suprema Corte também foram importantes para o combate ao racismo nos Estados Unidos, como é o caso de *Loving v. Virginia*, de 1967,¹¹³⁹ no qual a Corte julgou ser inconstitucional, por incompatibilidade com o princípio da igualdade, Leis de 16 estados que proibiam o casamento inter-racial, sob o pretexto de manter a integridade racial de seus cidadãos.¹¹⁴⁰ Agrega-se, também, *Evans v. Newton* que proibiu a cidade de Macon, na Geórgia, de manter parques segregados, *Swain v. Alabama* que proibiu rejeições peremptórias baseadas na raça na seleção de júris, *Mclaughlin v Florida* estabeleceu que classificações raciais são sempre constitucionalmente duvidosas e requerem cuidadosa atenção dos Tribunais.¹¹⁴¹

No que tange aos casos criminais, consoante pontifica Sergio Moro, as decisões da Corte Warren visavam proteger especialmente os direitos dos acusados socialmente vulneráveis, uma vez que as Leis criminais eram utilizadas de forma discriminatória, principalmente nos Estados do sul do país. Portanto, os casos criminais da Corte devem ser vistos no contexto amplo do princípio da igualdade e dos movimentos dos direitos civis.¹¹⁴²

Em *Mapp v. Ohio*,¹¹⁴³ de 1961, a Corte estendeu aos Estados a *exclusionary rule*, que veda a utilização de provas ilícitas em processos, que a Suprema Corte já havia imposto às autoridades federais em *Weeks v. United States*,¹¹⁴⁴ de 1914. *Mapp* foi severamente criticada sob a alegação de ter favorecido, de forma indevida, acusados em processos criminais.¹¹⁴⁵

¹¹³⁸ ACKERMAN, Bruce. **La constitución viviente**. Traducción: Carlos Enríque. Madrid: Marcial Pons. 2011. p.49.

¹¹³⁹ 388. US. 1 (1967).

¹¹⁴⁰ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 42/43.

¹¹⁴¹ SCHWARTZ, Bernard. **The Warren Court**. A Retrospective. New York: Oxford University press. 1996. p.4.

¹¹⁴² MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p 54/55.

¹¹⁴³ 367 U.S. 643 (1961).

¹¹⁴⁴ 232 U.S. 383 (1914).

¹¹⁴⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 57.

Em *Gideon v. Wainright*,¹¹⁴⁶ de 1963, a Corte assegurou aos acusados em processos criminais, perante tribunais estaduais, o direito de assistência judiciária provida pelos Estados se eles não tivessem condições de contratar um advogado.

No entanto, a decisão em *Miranda v. Arizona*, de 1966, foi a mais criticada decisão da Corte em casos criminais. Costuma-se apontar que *Miranda* completa a trilogia da Corte Warren, em matéria de procedimentos penais, juntamente com *Gideon v. Wainright* e *Mapp v. Ohio*.¹¹⁴⁷ Em *Miranda*, ficou estabelecido que os órgãos de acusação não podem se valer de declarações de pessoas sujeitas à custódia sem que demonstrem ter assegurado o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo, conforme estabelecido pela Quinta Emenda. As *advertências de Miranda*,¹¹⁴⁸ procuram garantir o real exercício pelo acusado da proteção contra a auto-incriminação, bem como coibir a extração forçada – por meios físicos ou psicológicos – de confissões em casos criminais.¹¹⁴⁹

No tocante à proteção ao direito à privacidade, em *Griswold v. Connecticut*,¹¹⁵⁰ de 1965, a Corte Warren invalidou Lei estadual que proibia a comercialização ou a utilização de anticoncepcionais agindo, assim, em prol dos direitos reprodutivos das mulheres. A Corte reconheceu a existência de “zonas de privacidade” infensas à atuação do poder público, que deveriam se estender para proteger as decisões tomadas no âmbito da relação matrimonial, inclusive as pertinentes à utilização, ou não, de métodos contraceptivos.¹¹⁵¹

Ato contínuo, o mesmo Tribunal em 1973, já na formação da Corte Burger (1969-1986), no caso *Roe v. Wade*,¹¹⁵² decidiu, com base no direito à privacidade das mulheres, que os Estados da federação não poderiam punir o aborto até o terceiro mês

¹¹⁴⁶ 372 U.S. 335 (1963).

¹¹⁴⁷ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 197.

¹¹⁴⁸ “A pessoa presa deve, antes do interrogatório, ser claramente informada que ela tem o direito de permanecer em silêncio e que qualquer coisa que ela venha a fazer poderá ser usada contra ela em um tribunal; ela deve ser claramente informada que tem o direito de se consultar com um advogado e ter o advogado ao seu lado durante o interrogatório e que, se ela for pobre, um advogado será indicado para representá-la”. GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 140.

¹¹⁴⁹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019, p. 138/141. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57.

¹¹⁵⁰ 381 U.S. 479 (1965).

¹¹⁵¹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 50/51.

¹¹⁵² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

de gravidez. A Corte entendeu que o direito reconhecido em *Griswold v. Connecticut* abrangia a decisão quanto à interrupção da gravidez. Por 7 votos a 2, a Suprema Corte decidiu que as mulheres têm o direito fundamental de dispor do próprio corpo, não podendo os estados federados criminalizar o aborto durante os primeiros três meses de gravidez.¹¹⁵³ Para o Tribunal, o direito à autonomia privada seria amplo o suficiente para acolher a decisão da mulher sobre interromper ou não a gravidez, sendo ao Estado vedado imiscuir-se nesta escolha, ao menos no que concerne ao estágio inicial da gestação.¹¹⁵⁴ A referida decisão dividiu – e ainda divide – a Sociedade norte-americana em grupos dissidentes. Os que acolhem a decisão (conhecidos como *pro choice*), e por outro lado, aqueles que apontam que a decisão da Suprema Corte foi equivocada e merece ser revista (identificados como *pro life*). Restou, então, intensificado o debate sobre os limites da jurisdição e da própria legitimidade da atuação do Judiciário em casos desse jaez.¹¹⁵⁵

Mesmo nos dias atuais, passadas décadas da decisão, o embate acerca da questão do aborto ainda pauta a agenda política norte-americana, definindo a escolha de eleitores e influenciando na nomeação de membros do Judiciário, mormente na medida em que com a nomeação de Juízes conservadores a decisão poderia ser revertida.¹¹⁵⁶

Em 1997, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Vacco v. Quill*,¹¹⁵⁷ decidiu que leis estaduais que punem o suicídio assistido não estão eivadas de inconstitucionalidade. Nesses termos, uma pessoa doente não teria o direito de contar com a ajuda de alguém para morrer, a fim de minorar sofrimento intenso.¹¹⁵⁸ A mesma Corte no caso *Cruzan v. Director*,¹¹⁵⁹ envolvendo o Missouri *Department of Health*, entendeu que havia amparo no Direito Constitucional para o

1153LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 1.

1154LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 16. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

1155LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 17.

1156LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 17.

¹¹⁵⁷ 521 U.S. 793 (1997).

1158LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 20.

¹¹⁵⁹ 497 U.S. 261 (1990).

paciente recusar alimentação por sonda, assim como outros aparatos médicos de apoio à vida, desde que comprovado de modo “claro e convincente” que esse era o desejo consciente do paciente, consoante a doutrina médica do “consentimento esclarecido”.¹¹⁶⁰

Ato contínuo, no dia 24 de junho de 2022, a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão de *Roe*. Em *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*¹¹⁶¹ restou firmado, por maioria, o entendimento de que a Constituição não prevê um direito ao aborto. Restou consignado que a Constituição não faz referência ao aborto, e tal direito não é implicitamente protegido por qualquer disposição constitucional. Sendo, pois, o aborto uma questão moral profundamente controversa na Sociedade norte-americana ela deve ser decidida pelos representantes eleitos, em cada um dos Estados, devendo, assim, a decisão ser devolvida ao povo.¹¹⁶²

Já em 2003, em *Lawrence v. Texas*,¹¹⁶³ a Suprema Corte norte-americana, por maioria (6x3), anulou lei do Estado do Texas que punia a prática sexual entre dois adultos do mesmo sexo. Prevaleceu o entendimento de que a sexualidade é uma opção íntima de cada indivíduo e, por isso, não deve o Estado interferir na escolha de pessoas adultas e plenamente capazes. Tal decisão reverteu precedente anterior, do mesmo Tribunal, que permitia aos estados criminalizarem a prática de relação sexual entre pessoas do mesmo sexo (caso *Bowers v. Hardwick*).¹¹⁶⁴

Na Alemanha, no caso Aborto I, julgado dois anos após *Roe v. Wade*, restou decidido pelo Tribunal Constitucional Federal que o poder público tinha o dever de proteger a vida do feto. Sendo assim, não punir criminalmente o aborto representaria uma proteção insuficiente ao dever jurídico de proteção ao nascituro. Portanto, o Tribunal considerou eivada de inconstitucionalidade Lei aprovada pelo Parlamento alemão que descriminalizava o aborto.¹¹⁶⁵ Passados alguns anos, o Tribunal Constitucional modificou, em parte, o entendimento de Aborto I, passando, então, a

1160LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 20.

¹¹⁶¹ 19-1392.U.S 597 (2022).

¹¹⁶² 19-1392.U.S 597 (2022). Decisão Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em 12/10/2022.

¹¹⁶³ 539 U.S. 558 (2003).

1164LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 19.

1165LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 17.

entender que a criminalização do aborto não seria obrigatória. Nada obstante, o Tribunal pontificou que o Estado continuava com o dever jurídico de proteção ao feto, incumbindo-lhe, por esse motivo, desestimular a interrupção voluntária da gravidez.¹¹⁶⁶

Na Colômbia, em 1998, a Corte Constitucional entendeu que seria inconstitucional proibir a prática da eutanásia voluntária. Seria, portanto, proibido punir qualquer pessoa que ajudasse pôr fim à vida de outra no intuito de fazer cessar um sofrimento intenso, causado por enfermidade incurável, desde que atendidas determinadas condições estabelecidas pela Corte.¹¹⁶⁷

Em 1999 a Corte Constitucional da África do Sul entendeu que o Estado tem o dever constitucional de reconhecer a validade jurídica das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, devendo os pares homoafetivos ter os mesmos direitos que seus pares heterossexuais.¹¹⁶⁸

De sua banda, em Portugal, o Tribunal da Relação de Lisboa, no ano de 2007, decidiu que a Constituição Portuguesa não consagra aos homossexuais o direito ao casamento, tendo em vista que o matrimônio seria uma instituição restrita à união de um homem e uma mulher. Poderiam, nada obstante, os pares homoafetivos constituírem, com a proteção da Constituição Portuguesa, uniões estáveis.¹¹⁶⁹

Após acalorado debate no âmbito jurídico e social, a Corte de apelação de Milão, em 9 de julho de 2008, no caso *Eluana Englaro*, decidiu que o pai de uma pessoa enferma, e em coma irreversível, teria o direito de suspender a alimentação e hidratação que lhe mantinham viva.¹¹⁷⁰

No Brasil, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, relativamente ao mandado de injunção, visando suprir lacunas legislativas diante da inércia do legislador ordinário, nos Mandados de Injunção 670 e 721, reconheceu do direito de greve e de aposentadoria especial dos servidores públicos, direitos que são assegurados constitucionalmente, mas não foram regulamentados. No caso, o Supremo Tribunal Federal pontificou que não seria suficiente a mera comunicação da mora legislativa ao

1166LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 18.

1167LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 19.

1168LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 18.

1169LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 18.

1170LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 20.

Poder Legislativo, revendo assim sua posição anterior que apenas comunicava o Legislativo de sua mora.¹¹⁷¹

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de realização de pesquisas com células-tronco, obtidas de embriões humanos, pondo fim a uma discussão jurídica que dividia vários setores da Sociedade brasileira. O STF decidiu inexistir violação ao direito à vida, na espécie, apontando que o direito à saúde, como corolário do direito fundamental à vida digna, autoriza referidas pesquisas.¹¹⁷²

Em 2012, no tocante a legitimidade das ações afirmativas e quotas raciais, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar constitucional referidas medidas, obtemperou as ações afirmativas não contrariam – ao contrário prestigiam - o princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição. Com efeito, “não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais da desigualdade” e que são necessárias fazer distinções para combater renitentes disparidades. As decisões apontam, ainda, que a axiologia constitucional impele tutelar segmentos brasileiros historicamente desfavorecidos e culturalmente sacrificados e perseguidos, como os negros e os indígenas, que mais se alocam nos patamares inferiores da pirâmide social. No entanto, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que as políticas de ação afirmativa somente são legítimas enquanto persistir o quadro de exclusão social que lhes deu origem. Assim, a Corte Julgou improcedentes¹¹⁷³ as ações diretas de inconstitucionalidade n. 3.314 e 3.330, assim como a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186, mantendo a higidez da política de ações afirmativas.¹¹⁷⁴

Em 2014 o Supremo Tribunal Federal decidiu, em repercussão geral, que as pessoas transgênero possuem o direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, exigindo-se, para tanto, tão somente a manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. A decisão é alicerçada

¹¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670 e 721, disponível em www.stf.gov.br, acesso em 20/6/2022.

¹¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 29 Mai. 2008.

¹¹⁷³ As ações buscavam atacar políticas de quotas implementadas pela Lei n. 11.096/2005, conhecida como PROUNI.

¹¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 3 Mai. 2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 26 Abril. 2012

nos princípios da personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde, dentre outros.¹¹⁷⁵

Já em 2019, o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a inércia do Poder Legislativo em implementar os dispositivos constitucionais de criminalização de atos ofensivos à comunidade LGBTQIAP+, decidiu que o conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, abrangendo, assim, práticas homofóbicas e transfóbicas. Asseverou, então, que tais práticas configuram atos delituosos passíveis de repressão penal. Portanto, até que sobrevenha lei do Congresso Nacional destinada a criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas, referidas condutas, segundo o STF, ajustam-se aos preceitos primários incriminadores da Lei n. 7.715, de 08/01/1989.¹¹⁷⁶

No Brasil quase todas as questões de relevância política, social e moral foram ou serão judicializadas sendo objeto de decisão por parte do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal.¹¹⁷⁷ Esses exemplos demonstram a existência de decisões judiciais que deliberam e decidem questões polêmicas que dividem a Sociedade. Em diversos lugares do mundo, assim como no Brasil, é cada vez mais frequente que problemas atinentes à fronteira entre direito, política e moral - sejam submetidos ao debate jurídico - e tenham como palavra final aquela delineada pelas Cortes Constitucionais. Esses casos denotam a fluidez da fronteira entre Direito, política e justiça.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 670.422. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 11 Set. 2014.

¹¹⁷⁶ Luís Roberto Barroso aponta outros exemplos de Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: liberdade de expressão e racismo (HC n. 82424/RS); restrição do uso de algemas (HC n. 91952/SP E Súmula vinculante n.11); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR); vedação de nepotismo (ADC N. 12/DF e Súmula n. 13); não recepção da Lei de Imprensa (ADPF N. 130/DF); proibição do uso do amianto (ADI n. 3.937/SP). Acrescente-se, ainda, o julgamento que considerou o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro (ADPF 347). BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.46/47. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 13 Jun. 2019.

¹¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.46.

¹¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 438.

4.3 ANÁLISE DO PERFIL DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277/DF E AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132/RJ.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, com base na proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, a proibição constitucional do preconceito, no capítulo do “constitucionalismo fraternal”, no direito à autonomia da vontade, à privacidade e à intimidade, decidiu que o Estado tem o dever de reconhecer a validade jurídica das uniões homoafetivas, estendendo a essas os mesmos direitos das uniões entre heterossexuais. Estabeleceu, então, interpretação conforme a Constituição¹¹⁷⁹ ao artigo 1.723 do Código Civil, para reconhecer as uniões homoafetivas como família.¹¹⁸⁰

A escolha da análise e classificação da decisão para presente Tese justifica-se por ser um caso de repercussão política e social não apenas no Brasil, mas,

¹¹⁷⁹ A trajetória e desenvolvimento da interpretação conforme a Constituição é derivada da Corte Constitucional Federal alemã, onde sua importância é crescente. Este princípio de interpretação é, fundamentalmente, manejado no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. Tem, portanto, como precípua campo, a jurisdição constitucional. Mas não tão-somente. Tem por desiderato assegurar a constitucionalidade da interpretação da norma e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido unívoco. Diante, então, do caráter plurissignificativo da norma, deve-se interpretá-la de forma compatível com a Constituição. Levando em conta o princípio da interpretação conforme, pois, o tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela consentânea com a Constituição. Com efeito, haverá oportunidade para interpretação conforme a Constituição sempre que existam – diante do texto da disposição legal – diferentes possibilidades de interpretação e, algumas delas, divorciem-se da Constituição. Neste ínterim, o tribunal procede à exclusão das possibilidades interpretativas incompatíveis com a Constituição. O princípio da interpretação conforme, urge frisar, apresenta-se imbricado ao princípio da unidade da Constituição, porquanto, ao se considerar, no sistema normativo como um todo, a superioridade da Constituição, impele sejam as demais normas do ordenamento interpretadas conforme os ditames parametrizados pela Constituição. Traço característico é possuir, por escopo, o máximo aproveitamento dos atos emanados do legislador democrático, buscando-se, assim, evitar a nulidade da norma, quando, diante da interpretação conforme, possa-se-lhe evitar a nulidade. Exsurge, aqui, faceta do princípio derivada do postulado da presunção de constitucionalidade das leis. Outrossim, a interpretação conforme a Constituição possui limites. O intérprete – a pretexto de dar matiz constitucional à norma – não poderá contrariar seu sentido literal. Não se deve, pois, conferir a uma lei sentido inequivocamente contrário ao seu texto. Tampouco poderão falsear os objetivos do legislador. Não possui, pois, este princípio, delegação incondicional para que o tribunal proceda à melhoria ou o aperfeiçoamento da lei, visto que tal incumbência é pertinente ao legislador democrático. A lição de CANOTILHO é pertinente no que concerne ao tema: “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma” (...) “a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.” CANOTILHO, Joaquim José. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p.1225.

¹¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011.

também, em vários países do mundo. A possibilidade de regulamentação da união de pessoas do mesmo sexo é discutida em várias Democracias do mundo, assim como é proibida em muitos países autocráticos. Os países escandinavos foram os pioneiros em admitir alguma forma de proteção aos direitos das uniões entre parceiros do mesmo sexo. Holanda, Bélgica e Portugal reconhecem as uniões homossexuais, exemplificativamente. Por outro lado, em setenta e seis países do mundo a homoafetividade é penalmente reprimida. No Irã, Arábia Saudita, Mauritânia, Iêmen e Sudão, as relações sexuais entre homens atingem o paroxismo da punição com pena de morte.¹¹⁸¹

Esse é um caso que divide moralmente a Sociedade visto que muitos setores conservadores, em especial religiosos, são resistentes a referida regulamentação. Existe projeto de lei da ex-Deputada e ex-Senadora Marta Suplicy, objetivando regulamentar as uniões homoafetivas, que se encontra em trâmite inconclusivo desde o ano de 1995 (Projeto de Lei n. 1.151/1995). Além do referido projeto há inúmeros outros que também não seguiram seu curso regular, sofrendo resistência de alguns setores do Poder Legislativo, em especial da bancada evangélica.

A repercussão político-social, assim como o contexto ético e moral da ação, é também demonstrada pela diversidade de entidades que atuaram como “amicus curiae”: como entidades contrárias ao pedido: CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e Associação Eduardo Banks. Como entidades favoráveis ao pleito formulado: CONECTAS Direitos Humanos, EDH – Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais, GGB – Grupo Gay da Bahia, ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, GEDI – Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFMG, Centro de Referência LGBT do Estado de Minas Gerais, CELOO – Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual, ASSTRAV – Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais, GAI – Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e AIESSP – Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo.

¹¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 623 e 775.

A decisão é relativamente recente, datando de 2011. De ver-se que no âmbito estadunidense são discutidas e debatidas decisões proferidas há várias décadas como *Brown v. board education of Topeka*, de 1954, ou mesmo proferida há séculos como *Marbury v. Madison*, de 1803. É certo que alguns ministros do Supremo Tribunal que participaram do julgamento já estão aposentados. Isso, no entanto, não prejudica a análise do perfil da Corte visto que o viés geral da Corte não foi alterado pelas novas nomeações. Um dos advogados do processo em análise, Luís Roberto Barroso, passou a integrar a Corte mantendo a linha de entendimento exarada pelos Ministros no caso em análise. Além disso, na composição atual não houve julgamento de caso preenchesse os requisitos de grande repercussão política e social que justifique e possibilite a análise do perfil do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Dias Toffoli estava impedido para o julgamento e ausente justificadamente a Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso e Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. A Presidência da Corte, à época, era do Ministro Cezar Peluso.

4.3.1 Voto do relator Ministro Ayres Britto.

Em síntese, aponta o relatório que a ADPF n. 132 foi ajuizada em fevereiro de 2008, pelo então Governador do Rio de Janeiro, questionando de maneira direta dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (art. 19, II e V, art. 33 I a X, do Decreto-lei n. 220/1975) pela falta de previsão da extensão dos direitos naquele previstos aos servidores públicos do Estado que estivessem em união estável homoafetiva. Além da participação de entes estatais previstos em lei, houve o pronunciamento de diversas entidades como “amigas da Corte”. Em virtude da conexão entre as matérias a ADI n.4.277/DF foi apensada à ADPF n.132. O relator, então, conheceu da ADPF n. 132, em parte, como ação direta de inconstitucionalidade. A insegurança jurídica alegada na inicial restou demonstrada pelo recebimento de informações prestadas por diversos Tribunais de Justiça estaduais que confirmaram ter a falta de regulamentação sobre a união homoafetiva gerado divergências jurisprudenciais quanto ao reconhecimento da extensão dos efeitos da união estável a

estes indivíduos.¹¹⁸²

No mérito, pontifica o relator que o sexo das pessoas não pode se prestar como fator de desigualdade jurídica, salvo disposição constitucional expressa, consoante vedação expressa da norma do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal. Há, portanto, vedação constitucional de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Aponta que o “Constitucionalismo fraternal” é voltado para a integração comunitária das pessoas, impelindo ao Estado à adoção de políticas públicas afirmativas de igualdade civil-moral. Com efeito, a aceitação e experimentação do pluralismo sócio-político-cultural **“serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância**, desde que se inclua no conceito da democracia substancialista a respeitosa convivência dos contrários”. Há, pois, proteção constitucional da livre disposição da sexualidade do indivíduo, sendo esse um tipo de liberdade que exsurge como atributo da personalidade.¹¹⁸³

Segundo, ainda, o relator, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio, na forma da norma geral negativa Kelseniana, no sentido de que tudo o que não estiver juridicamente proibido estará juridicamente permitido, como “uma regra de clausura ou fechamento hermético do direito”. O mutismo constitucional, no tema da sexualidade humana, deve ser interpretado no sentido de que as preferências sexuais dos seres humanos devem ser respeitadas. Sendo a homoafetividade uma realidade factual seria uma temeridade constitucional a regulamentação contrária a esse fato da vida, em uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme direciona a própria Constituição. Além disso, o respeito à preferência sexual consiste em emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III, do art. 1º da CF). Referida preferência sexual é também protegida pelo direito constitucional à privacidade e à intimidade, tendo em vista que “nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade”.

¹¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 630/637.

¹¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 631/637.

Assim sendo, a liberdade para dispor da própria sexualidade é protegida pelo rol dos Direitos Fundamentais, sendo mesmo “cláusula pétrea”.¹¹⁸⁴

Ato contínuo, assevera que o conceito de família do art. 226¹¹⁸⁵ da Constituição Federal contempla relações formais e informais, assim como pode ser integrada por casais heterossexuais ou por pessoas homoafetivas. Família é, pois, tanto fato cultural quanto espiritual, sendo uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Após elencar vários dispositivos constitucionais, conclui que não há na Carta Magna brasileira atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos, formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.¹¹⁸⁶

Destarte, “em todos esses preceitos a Constituição limita seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a Sociedade civil uma necessária relação tricotômica”. Tendo isso em conta, é necessário pontificar que é nesse núcleo familiar o principal local de concretização dos Direitos Fundamentais que a Constituição designa por intimidade privada. (inciso X do art. 5º). Assim, a Constituição não emprestou ao substantivo “família” um significado ortodoxo ou técnico-jurídico, mas, sim, um sentido “coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo ser”. Com a **interpretação não-reducionista** do conceito de família o Supremo Tribunal Federal manterá a Constituição na posse de seu atributo de coerência, porquanto a interpretação em sentido contrário implicaria em dar à Carta Constitucional um sentido preconceituoso ou homofóbico. Em síntese, pois, para o relator, a Constituição Federal não faz diferenciação entre família formalmente

¹¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 638/643.

¹¹⁸⁵ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 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. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

¹¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 639/646.

constituída e aquela existente apenas factualmente. Ela também não diferencia a família formada por sujeitos heteroafetivos e por pessoas com inclinação homoafetiva.¹¹⁸⁷

Nesse diapasão, o Ministro Ayres Britto defende que a isonomia entre os casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente será plena se resultar no igual direito subjetivo à formação de uma família autônoma, entendida como um núcleo doméstico independente e constituído com visibilidade, continuidade e durabilidade. Em que pese as duas figuras objetivas (que são o casamento civil e a união estável) serem juridicamente distintas, elas chegam a um lugar comum que consiste na formação de uma família, seja ela formada por casais heteroafetivos ou pares homoafetivos. Assim, é possível a constituição de uniões estáveis entre pares homoafetivos, desde que preenchidos os requisitos necessários para união estável de casais heteroafetivos.¹¹⁸⁸

Em esclarecimento de forma oral, asseverou que não há lacuna normativa e, portanto, inexistente necessidade de colmatação. Esclarece que seu voto defende uma **interpretação superadora da literalidade**, segundo a qual a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam o Tribunal a concluir pela paridade de situações jurídicas entre a união estável de pessoas heterossexuais e homossexuais.¹¹⁸⁹

Em conclusão, o Ministro relator julgou procedente o mérito das duas ações apontando: “dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”.

¹¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 639/649.

¹¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 649/655.

¹¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 746.

4.3.2 Voto do Ministro Luiz Fux.

Pontifica o Ministro Luiz Fux que a homossexualidade é um fato da vida, e os indivíduos que são homossexuais formulam seus projetos de vida, constituindo suas relações afetivas e de assistência recíproca, com pessoas do mesmo sexo, vivendo em orientação diversa daquela em que vive a maioria da população. Aduz, como segunda premissa, que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual, não constituindo doença, desvio ou distúrbio, sendo, sim, uma característica da personalidade do indivíduo. Aponta que na época do julgamento havia sessenta mil uniões homoafetivas declaradas no Brasil¹¹⁹⁰

Pondera que inexistente, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, sobretudo tendo em vista a reserva de lei instituída pelo art., 5º, II, da Constituição Federal de 1988. Nos casos em que se cuida de direitos de minorias, para Fux, “incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos”. O Judiciário, *in casu*, tem o poder de determinar uma atuação positiva ao Estado na “garantia da igualdade material entre os indivíduos”.¹¹⁹¹

Para o Ministro Luiz Fux, a garantia institucional da família, estabelecida no art. 226 da Constituição Federal, pressupõe relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre seus membros, como um projeto coletivo de vida em comum, permanente e duradouro, assim como a identidade de uns perante os outros, e cada um deles, perante a Sociedade. Assim, o conceito constitucional de família não possui materialidade rígida e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família e nada a distingue, do ponto de vista ontológico, das uniões estáveis heteroafetivas. A proteção constitucional da família não se deu no sentido de preservar somente o tradicional modelo biparental. Nesse passo, o art. 226, § 3º, da Constituição deve ser **interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da**

¹¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 666/669.

¹¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 668/669.

dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, conferindo proteção às uniões homoafetivas, nos exatos termos conferido às uniões heterossexuais.¹¹⁹²

Ato contínuo, fundamenta seu voto em Ronald Dworkin, citando expressamente as obras “o direito da liberdade”,¹¹⁹³ pontificando acerca da **leitura moral da Constitucional** e que **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito**, e “a virtude soberana”,¹¹⁹⁴ tecendo considerações acerca do direito à igualdade. Para Fux, o silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas e a ausência de acolhida normativa significa rejeição, restando ao homossexual estabelecer no máximo famílias de conveniência ou renunciar a formação de laços familiares em união estável. A questão do reconhecimento também toca o tema da segurança jurídica, da certeza, e da previsibilidade, mormente no campo sucessório e previdenciário.¹¹⁹⁵

O Ministro também **afasta a literalidade** da dicção estampada no art. 226 § 3º da Constituição Federal (*entre homem e mulher*) pontificando que a “norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família”. Seria “perverso” interpretar que a Constituição estabelece um conceito restrito de família impedindo a formação de uniões estáveis aos pares homossexuais. Com efeito, seria conferir a norma de cunho emancipatório uma interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas.¹¹⁹⁶

¹¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 661.

¹¹⁹³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 661/681.

¹¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p.661/681.

Conclui, assim, o voto no sentido de que deve ser conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas.¹¹⁹⁷

4.3.3 Voto da Ministra Cármen Lúcia.

Para a Ministra Cármen Lúcia, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça e com a Democracia, mais ainda dos Juízes no Estado Democrático de Direito. A norma do art. 226 § 3º da Constituição Federal, assim, deve ser interpretada dentro do contexto e do “espírito que se põe no sistema”. Dos **princípios constitucionais** não se pode extrair nenhuma impossibilidade da consecução da união estável entre pessoas do mesmo sexo, em especial os **princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igual cidadania, do pluralismo e da proibição da discriminação**. Aponta que ninguém pode ser considerado como cidadão de segunda classe por não adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo, válido ou legítimo. Conclui seu voto no sentido de reconhecer admissível, como entidade familiar, a união entre pessoas do mesmo sexo, com os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heterossexuais.¹¹⁹⁸

4.3.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Após breve resumo do conceito constitucional de famílias nas Cartas anteriores, pontifica o Ministro Lewandowski que a atual Constituição do Brasil não estabelece vinculação entre o conceito de família e o casamento, consoante faziam as anteriores. Aponta a existência de três tipos de família delineadas pelo texto magno: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e a monoparental. Nada obstante, aduz que não há como enquadrar a união estável entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma das referidas espécies de família. É que nas discussões da Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, **concluindo-se que a união estável abrangeria apenas pessoas de sexo**

¹¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 683.

¹¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 695/704.

distinto, tendo os constituintes, expressamente, afastado a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo, assim, incabível cogitar de mutação constitucional ou interpretação extensiva do art. 226 da Constituição Federal.¹¹⁹⁹

Para o Ministro, embora não seja união estável, a união entre pessoas do mesmo sexo caracteriza um quarto gênero familiar, distinto daquele que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais, não previsto no rol do art. 226 da Constituição, que pode ser deduzido de uma leitura sistemática do texto constitucional, em especial da necessidade de dar-se concreção aos **princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual**.¹²⁰⁰

Assim, embora o texto constitucional seja taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, sendo o rol do art. 226, meramente exemplificativo. O Ministro, então, assevera que não se trata de “união estável homoafetiva, mas de “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Essa entidade familiar, embora não esteja expressa no rol do art. 226 da Constituição Federal, precisa ter sua existência juridicamente reconhecida. Em face disso, acompanhou o relator, embora por fundamentos diversos.¹²⁰¹

4.3.5 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.

O Ministro Joaquim Barbosa salientou o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo jurídico, uma vez que o direito não foi capaz de acompanhar as mudanças sociais estruturais não apenas no Brasil, mas também em escala global. Salienta a existência de projeto de Lei da ex-Deputada e ex-Senadora Marta Suplicy, objetivando regulamentar as uniões homoafetivas, que se encontra em trâmite inconclusivo desde o ano de 1995 (Projeto de Lei n. 1.151/1995). São, pois, nessas

¹¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 708/712.

¹²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 713/719.

¹²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 713/719.

situações que despontam a atuação de Cortes Constitucionais. Colhe da lição do jurista israelense **Aharon Barak** que a **Cortes Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do direito e a Sociedade**. Menciona, também, expressamente a tese da **igual consideração e respeito de Ronald Dworkin** – salientando que foi mencionada pela tribuna pelo então advogado Luís Roberto Barroso -. Para o Ministro, o silêncio da Constituição acerca do tema das uniões homoafetivas não deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade a essas relações. Nesse passo, **é função da Corte desempenhar uma das suas missões mais nobres que consiste em impedir o sufocamento, o desprezo e a discriminação de um grupo minoritário pelas majorias estabelecidas**.¹²⁰²

Obtempera, ato contínuo, que o fundamento constitucional para o reconhecimento das uniões homoafetivas não está no art. 226, §3º da Constituição, que se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil. Para o Ministro Joaquim Barbosa, o fundamento para o reconhecimento das uniões homoafetivas encontra fundamento em “**todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos Direitos Fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não discriminação**”. Com base nessa fundamentação, acompanhou o voto do relator.¹²⁰³

4.3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Gilmar Mendes inicia seu voto apontando ser um ferrenho crítico do argumento que o Supremo Tribunal Federal não pode adotar determinadas posturas, pois, assim o fazendo, atuará como legislador positivo. Não há dúvida, para ele, que no caso analisado o Tribunal está assumindo um papel – ainda que provisório até a atuação do legislador – de atuação positiva. Efetivamente, quando o sistema falha na produção da norma, ou no mecanismo de proteção, e o Supremo Tribunal Federal é acionado ele deve atuar, de alguma forma, em substituição ao sistema

¹²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 723/724.

¹²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 726/727.

político. Nessa hipótese, **a resposta do Tribunal se dará através de uma atuação positiva.**¹²⁰⁴

Para Gilmar Mendes, a proteção primária da minoria em tela – os pares homoafetivos - deveria advir primeiramente do Congresso Nacional, mas, em face das múltiplas controvérsias existentes na Sociedade em relação a esse tema, as dificuldades de atuação do modelo representativo emergem com força. Há no congresso inúmeros projetos de lei e até de emenda constitucional sem, contudo, nenhuma deliberação. Na época do julgamento, o Legislativo vinha discutindo o tema há mais de 15 anos, sem conclusão. O quadro jurídico era, portanto, de total inércia legislativa por razões políticas diversas. Em face disso, restou necessário ao Tribunal dar uma resposta sem que se possa acusá-lo de Ativismo Judicial. O reconhecimento da união homoafetiva é, em verdade, a afirmação de **Direitos Fundamentais de uma minoria**, não se tratando de Ativismo Judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.¹²⁰⁵

O **dever de proteção das minorias homoafetivas** é um caso claro de proteção dos Direitos Fundamentais, sendo dever do Estado, da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional efetuar-la, porquanto a omissão do Tribunal representaria um agravamento do quadro de desproteção. O Ministro aponta dificuldade em utilizar a interpretação conforme a Constituição - conforme o fizeram os demais votos - por ser a norma do art. 1.723 do Código Civil praticamente uma cópia do art. 226, §3º da Constituição Federal. Acolhe, entretanto, o pleito pelo argumento de que há decisões utilizando o dispositivo do Código Civil para negar a possibilidade de uniões estáveis entre homossexuais. Reconhece, então, a possibilidade da união estável entre homossexuais não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem lastreado na norma constitucional (art. 226, §3º da Constituição Federal), mas calcado em princípios constitucionais. Decorre, em síntese dos **princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da segurança jurídica, do autodesenvolvimento e da não discriminação por opção sexual**, através de um modelo mínimo de proteção institucional como meio de se evitar uma caracterização

¹²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 728/730.

¹²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 730/734.

continuada de discriminação. Do plano acadêmico arrola as lições de autores como Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Chaïm Perelman, Robert Alexy, dentre outros.¹²⁰⁶

Por conseguinte, aponta **preocupação de que a Corte, desde logo, conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva**, sem uma maior reflexão em razão da **infinidade de implicações práticas e jurídica, previsíveis e imprevisíveis**, que a questão pode acarretar. É que uma **decisão ampla poderá gerar maior insegurança jurídica**, caso não deixe espaço para o regramento legislativo. Nesse sentido aponta: “limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, **sem me pronunciar sobre outros desdobramentos**”. Defende que a decisão do STF deve ser uma solução provisória, a estimular a atuação legislativa, estabelecendo um diálogo institucional entre os poderes.¹²⁰⁷

Por fim, salientando as divergências pontuais quanto à fundamentação, mas em convergência quanto ao resultado básico, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator.¹²⁰⁸

4.3.7 Voto do Ministro Marco Aurélio Mello.

O Ministro Marco Aurélio Mello inicia aduzindo que quando atua no colegiado como vogal costuma “fazê-lo de improviso, deixando fluir o espírito, a alma, a partir da formação técnica e humanística”. Mas pela importância do tema em análise apresentaria voto escrito. Inicia o voto delineando a discussão na Inglaterra, na década de 50, tangente se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas ou mantidas na ilegalidade, como o era então. Em lados opostos da discussão estavam o professor Herbert Lionel Adolphus Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e, por sua vez, o

¹²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 734/788.

¹²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 788.

¹²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 806.

segundo apregoava a prevalência da moralidade coletiva, que à época não aceitava relações entre pessoas do mesmo sexo. Ao longo do tempo, os argumentos Hart acabaram prevalecendo relativamente à descriminalização, ao menos na Inglaterra. Na sequência, com base na lição de Gregório Peces-Barba Martínez, assinala que a “separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa”.¹²⁰⁹

Aduz o Ministro, ainda, que a leitura normativa e os valores consagrados pela Constituição de 1988 – de forma especial os comandos dos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e V, e 5º, caput e inciso I, - permitem seja a união homoafetiva admitida como tal. Baseado na lição de Luiz Edson Fachin, denota a constitucionalização do direito civil e, por consequência, sua desvinculação do patrimônio. A propriedade e o proprietário perderam a centralidade nesse ramo do direito, dando o lugar principal à pessoa.¹²¹⁰

Ato contínuo, aponta que “ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”. Ressalta o **caráter contramajoritário dos Direitos Fundamentais**, sendo que a positivação constitucional dos direitos seria inócua se “eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República”. Salienta que o óbice gramatical da equiparação entre uniões homoafetivas e heteroafetivas, em virtude da **literalidade** do art. 1.723, do Código Civil de 2002, pode ser superado através da utilização dos **princípios “como vetor hermenêutico-interpretativo”**. Em face disso, conclui ser obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Por isso, julgou procedente o pedido para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, no afã de “declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual”.¹²¹¹

¹²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 807/815.

¹²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 815.

¹²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 819/822.

4.3.8 Voto do Ministro Celso de Mello.

O Ministro Celso de Mello inicia seu voto com um histórico da repressão legislativa colonial e brasileira às relações homossexuais. Os exemplos revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório dispensado à vivência homoafetiva no país.¹²¹²

Salienta que a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade, da tolerância e da não-discriminação representam elementos essenciais de uma Sociedade **verdadeiramente democrática**. Afirma que a decisão a favor da união estável entre pessoas do mesmo sexo “coloca termo a injustas divisões, fundadas em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo”. A decisão torna efetivo o princípio da igualdade, assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, confere primazia à dignidade da pessoa humana e remove obstáculos à consecução da felicidade por parte de homossexuais, vítimas de tratamento discriminatório, não podendo ser qualificada como uma decisão proferida contra alguém nem considerada como um julgamento a favor de apenas alguns.¹²¹³

Para o Ministro Celso de Mello os **princípios fundamentais** da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, revestem o “reconhecimento ao direito personalíssimo à orientação sexual quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar; em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares”.¹²¹⁴ Salienta não vislumbrar no texto normativo da Constituição a existência de lacuna voluntária ou consciente e, assim sendo, o art. 226, §3º, da Constituição

¹²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 823.

¹²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 823/835.

¹²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Brito. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 836/841.

Federal constitui norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar.¹²¹⁵

Ato contínuo, salienta que incumbe ao Supremo Tribunal Federal, na jurisdição das liberdades, o exercício de uma **função contramajoritária**, no âmbito do Estado Democrático de Direito, de **proteção das minorias contra eventuais excessos da maioria**, ou, ainda, contra **omissões imputáveis aos grupos majoritários** que sejam lesivas, em face da inércia estatal, aos direitos dos que sofrem os efeitos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. É que o Poder Legislativo tem se mostrado infenso no tocante à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar.¹²¹⁶

Essa situação, para o Ministro, implica por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que **compromete o coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar**, visto que o **regime democrático não tolera a opressão da minoria por grupos majoritários**. Com efeito, embora o princípio majoritário desempenhe importante papel no processo decisório governamental, ele não pode legitimar, na perspectiva de uma **concepção material de Democracia constitucional**, a supressão ou frustração de Direitos Fundamentais de minorias, sob pena de descaracterizar a própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. Essa postura do Supremo Tribunal Federal resta necessária para que “o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou formal”.¹²¹⁷

Obtempera, também, que a legislação internacional de direitos humanos, de acordo com os princípios de Yogyakarta – que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada na Indonésia em 2006 - determina que toda pessoa, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, possui o direito de constituir uma família. O Ministro Celso de Mello defende que **o Supremo Tribunal Federal possui o monopólio da última**

¹²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 841/845.

¹²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 845/847.

¹²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 845/864.

palavra em material constitucional. Além disso, resta legítimo o comportamento afirmativo do Poder Judiciário que resulta em **positiva criação jurisprudencial do direito**, fazendo valer a primazia da Constituição em face da pura e simples omissão dos poderes públicos.¹²¹⁸

Aponta, ainda, sobre o **Ativismo Judicial da Corte**:

“Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade”.¹²¹⁹

Conclui, então, o voto para julgar procedente o pedido para declarar, com efeito vinculante, a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, com os mesmos direitos e deveres das uniões heterossexuais, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para constituição entre homem e mulher.¹²²⁰

4.3.9 Voto do Ministro Presidente Cezar Peluso.

O Ministro Presidente da Corte, em voto um pouco mais sintético relativamente aos demais Ministros, aponta que a norma do art. 226, § 3º da Constituição Federal, não exclui outras modalidades de família, mediante uma interpretação sistemática das normas constitucionais. No seu entendimento, contrariamente ao de outros Ministros, há lacuna normativa que necessita ser preenchida pela analogia diante da similitude – mas não igualdade – da união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. Por conseguinte, utilizando, tal qual o Ministro Gilmar Mendes, um argumento de cunho minimalista, aponta que o Supremo Tribunal Federal não pode examinar de forma exaustiva a questão em testilha. Primeiramente porque os pedidos não comportam e, além disso,

¹²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 864/867.

¹²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 8678

¹²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 871/872.

“sequer nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte”. Exorta que o Poder Legislativo necessita expor-se e regulamentar as situações decorrentes da decisão da Corte. Com efeito, para Cezar Peluso, a decisão implica em “convocação” para que o Legislativo assuma a tarefa – que até então não se sentiu propenso a exercer – de regulamentar a equiparação, colaborando, assim, com a decisão do Supremo Tribunal Federal. Pelos fundamentos expostos, acompanhou os demais votos.¹²²¹

Em síntese, portanto, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, julgou procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para reconhecer a validade jurídica das uniões homoafetivas, estendendo a essas os mesmos direitos das uniões entre heterossexuais, para reconhecer as uniões homoafetivas como família. Apesar das exortações dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, até os dias atuais o Congresso Nacional não regulamentou a união entre pessoas do mesmo sexo.¹²²²

4.4 CLASSIFICAÇÃO E ANÁLISE DO PERFIL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277/DF E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 132/RJ.

As ações objeto de análise no presente tópico foram propostas em virtude dos pares homoafetivos não encontrarem amparo de suas reivindicações na política representativa ordinária. Conforme a lição de Garapon há, no caso, uma inversão de posições entre a política e o Judiciário, decorrendo, desse fenômeno, um duplo diagnóstico do declínio da política e do crescimento do mundo jurídico, sendo que os homossexuais socorreram-se do Poder Judiciário em face do desamparo que encontram na política representativa.¹²²³ Ao Judiciário, assim, foi remetida uma matéria

¹²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 873/880.

¹²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 880.

¹²²³ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.24.

importante e com grande repercussão para vida nacional.¹²²⁴ Há, na hipótese, transferência do poder de tomar decisões sobre questões de alta conotação política, sociológica e moral em prol dos juízes e em detrimento dos demais poderes.¹²²⁵ Assim como o processo em testilha, boa parte das questões importantes nacionais – quer digam respeito ao plano político, social ou econômico – perpassam pela via judicial, tendo, muitas vezes, no âmbito jurisdicional a última palavra.¹²²⁶

A Judicialização da Política, na hipótese em testilha, está, dentre outros fatores, ligada ao fato de que os atores políticos, na hipótese de uniões homoafetivas, preferirem que o Judiciário decida a questão que apresenta um relativo desacordo moral na Sociedade. Em casos polêmicos e politicamente custosos, como o presente, o Poder Legislativo, por meio da inércia deliberada, ao não impulsionar os projetos de lei existentes, delegou espaço para atuação do Poder Judiciário, no afã de não assumir os custos políticos da decisão, evitando o desgaste com os eleitores mais conservadores, em especial religiosos, contrários às medidas.¹²²⁷

De ver-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal pode ser considerada como **liberal igualitária**, uma vez que assegurou a manutenção da liberdade sexual dos pares homoafetivos, assim como garantiu a igualdade material entre uniões homossexuais e heterossexuais. O julgamento promoveu os meios

¹²²⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 316.

¹²²⁵ Por seu turno, para Barroso, tem-se por Judicialização o fenômeno pelo qual a tomada de decisões relevantes do ponto de vista jurídico, moral e político é incumbida ao Poder Judiciário. Trata-se da transferência de poder para as instituições judiciais de matérias que, via de regra, eram decididas pelas instâncias políticas ordinárias, ou seja, os Poderes Legislativo e Executivo. BARROSO, Luís Roberto. 5 ed. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. p. 43.

¹²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.23.

¹²²⁷ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 72. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 5ª edição. p. 439. “Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de ‘redirecionamento de culpa’ é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então a delegação pode beneficiar os atores políticos. No mínimo, a transferência de ‘abacaxis’ políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse”. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. *Fordham Law Review*, v.75, n.2, 2006, p.165.

necessários à realização dos projetos de vida pessoal dos homossexuais, através de um papel ativo dos Juízes que atuaram na defesa de princípios morais associados ao respeito das liberdades e da igualdade.¹²²⁸

Expressamente, o voto do Ministro Ayres Britto¹²²⁹ aponta que a aceitação e experimentação do pluralismo sócio-político-cultural “**serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância**, desde que se inclua no conceito da democracia substancialista a respeitosa convivência dos contrários”.¹²³⁰ Efetivamente, através da atuação Judicial, buscou-se **promover a Democracia Material** visto que ela indica um conjunto de fins, dentre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica. A Democracia Material ou Substancial, pois, exige que as Constituições e os governos reconheçam e tenham como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social e da igualdade material em todas as instâncias. Em síntese, impinge o combate a todas as formas de opressão. Havendo omissão do dever estatal de agir – no caso o dever de legislar para regulamentar as uniões homoafetivas - mesmo existindo um Estado democrático formalmente estabelecido, a Democracia não se realiza em seu sentido material, ou seja, não há Democracia em sua plenitude. A igualdade é da essência da Democracia Material.¹²³¹

Com efeito, também Aharon Barak aponta que a Democracia não deve ser entendida apenas pela regra da maioria da Democracia representativa (Democracia Formal). Ela abrange também a Separação de Poderes, a independência do Judiciário, o Estado de Direito e a proteção aos Direitos Humanos (Democracia Substantiva). Acaso eliminados os direitos humanos da Democracia, “a Democracia perde sua

¹²²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.206/209.

¹²²⁹ O voto do Ministro Celso de Mello também faz expressa menção à Democracia Substancial.

¹²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 631/637.

¹²³¹ “Os homens estão, no plano jurídico, incomparavelmente mais iguais do que em qualquer outra época graças às inumeráveis cartas, constituições e declarações de direitos. Mas são também de fato, incomparavelmente mais desiguais na realidade. A 'era dos direitos', para usar de novo as palavras de Norberto Bobbio, é também a era da sua maciça violação e da mais profunda desigualdade”. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado). p 121.

alma”. Os direitos humanos são, pois, “as jóias da coroa da democracia”.¹²³² Assim, sem proteção aos direitos humanos não pode haver Democracia, e a proteção desses direitos – de cada indivíduo, de cada grupo **e das minorias** – não pode ficar somente nas mãos do Legislativo e do Executivo, que, por sua natureza, refletem a opinião das maiorias.¹²³³ Para que se efetive a Democracia Material, nenhuma maioria pode privar a minoria de seus direitos fundamentais ou pode não decidir acerca das medidas necessárias para que aos cidadãos sejam assegurados seus direitos.¹²³⁴ Consoante defende Ferrajoli, o povo, enquanto sujeito coletivo, não pode mais do que decidir através de seus representantes no âmbito da Democracia representativa. Ocorre que nenhuma maioria pode decidir sobre aquilo que não lhe pertence. Assim, a maioria não pode decidir acerca da supressão ou da restrição de normas constitucionais que conferem Direitos Fundamentais que pertencem a todos, e a cada um, não só seus destinatários se não também seus titulares. Portanto, a inércia da maioria em legislar, através de seus representantes congressuais, implicou em ofensa à Democracia Material, visto que deixou uma minoria ao desamparo legislativo. A decisão do Supremo Tribunal Federal então, ao arrostar a inércia do Poder Legislativo, buscou assegurar às minorias homoafetivas a consecução da Democracia Material.¹²³⁵

O relator também pontificou que efetuava uma **interpretação não-reducionista** do conceito de família mantendo a Constituição na posse de seu atributo de coerência, porquanto a interpretação em sentido contrário implicaria em dar à Carta Constitucional um sentido preconceituoso. Em aparte de forma oral, esclareceu que seu voto defende uma **interpretação superadora da literalidade**, segundo a qual a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam o Tribunal a concluir pela paridade de situações jurídicas entre a união estável de pessoas

¹²³²BARAK, Aharon. **Proporcionalidad**. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2021. p. 191.

¹²³³ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 10/11.

¹²³⁴ Conforme Ferrajoli:“(...) os direitos fundamentais, correspondendo a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e parâmetro da igualdade jurídica e, por isso, daquela que chamarei a dimensão 'substancial' da democracia, prejudicial em respeito à sua mesma dimensão política ou 'formal' fundada, por sua vez sobre o poder da maioria”. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado). p. 15. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo penal. 2ª edição, Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 797.

¹²³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. p. 12.

heterossexuais e homossexuais.¹²³⁶ Também o Ministro Luiz Fux apontou **afastar a literalidade** da dicção estampada no art. 226 § 3º da Constituição Federal (*entre homem e mulher*) pontificando que a “norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família”. A argumentação de outros Ministros foi no mesmo sentido.¹²³⁷

Diante disso, é possível asseverar que se trata de **decisão antiformalista** visto que é uma defesa de que o direito pode ser estabelecido mesmo se não encontrado na literalidade do texto constitucional, ou seja, a função jurisdicional não é meramente declaratória daquilo que existe, previamente, estabelecido pela norma posta. Pelo contrário, na situação em análise, os Ministros do Supremo Tribunal Federal desempenharam um papel criativo de criação do direito, agregando ao processo interpretativo juízos valorativos não plenamente predeterminados pelas normas jurídicas aplicáveis, no afã de ampliar seu sentido e alcance.¹²³⁸ Ademais, a decisão, de forma geral, defende que o direito deve ser interpretado levando em conta a evolução da Sociedade e no escopo da realização de suas finalidades.¹²³⁹

É necessário pontificar que a **abordagem antiformalista forneceu**, no caso concreto em análise, **um melhor resultado**. Conforme lembra Miguel Atienza, o formalismo não é uma concepção do direito adequada a uma Sociedade em transformação. No entanto, é exatamente de uma transformação social que decorre o necessário reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.¹²⁴⁰ Na esteira da lição de Cass Sunstein, a abordagem não formalista faria sentido em um sistema legal com um excelente Judiciário e com um Legislador descuidado ou desatento.¹²⁴¹ Portanto, a defesa de uma posição tendente ao formalismo, ou, ao contrário, tendente ao

¹²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 746.

¹²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p.661/681.

¹²³⁸ AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 264. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

¹²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p.311.

¹²⁴⁰ ATIENZA, Manuel Rodríguez. **El sentido del Derecho**. 5 ed. Ariel Derecho: 2009. p.79

¹²⁴¹ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 207/208.

antiformalismo, dependerá da capacidade das instituições envolvidas e, em particular, da capacidade dos Tribunais e Legisladores. É o desacordo sobre questões empíricas fundamentais, e não sobre conceitos, que deve separar formalistas e não formalistas.¹²⁴²

Nesse ponto, o autor também defende que o fundamento empírico é relevante. O argumento em favor do formalismo no direito constitucional seria fortalecido caso fosse possível demonstrar que, quando os Juízes utilizam tal método, e não protegem certos direitos, o processo democrático o faz. O argumento contra o formalismo, de sua vez, seria fortalecido se o oposto pudesse ser demonstrado. Nessa toada, sendo iguais os demais fatores, Sunstein aponta ser provável que o formalismo predomine em Democracias que tenham um Legislador competente e altamente responsivo e, por outro prisma, abordagens menos formalistas predominem em Democracias nas quais o Legislador é incompetente, desatento, ou ambos. Se os Legisladores forem altamente responsivos e se Juízes antiformalistas produzirem imprevisibilidade e arbitrariedade, então a defesa do formalismo é bastante fortalecida. No caso em tela, o Legislador não foi atento nem responsivo. Pelo contrário, os projetos de lei que buscavam regulamentar as uniões homoafetivas ficaram paralisados, por anos, nos escaninhos do Parlamento. Restou necessária, então, a atuação do Poder Judiciário para suprir a lacuna normativa e dar efetividade aos Direitos Fundamentais de uma minoria sub-representada e socialmente estigmatizada.¹²⁴³

O Ministro Luiz Fux assentou que “incumbe à Corte Constitucional operar como **instância contramajoritária**, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos”.¹²⁴⁴ O Judiciário, *in casu*, tem o poder de

¹²⁴² SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 208.

¹²⁴³ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 225.

¹²⁴⁴ O apontamento da função contramajoritária do STF, no caso, foi também um argumento bastante defendido pelos Ministros. Por todos, o Ministro Celso de Mello salientou que incumbe ao Supremo Tribunal Federal, na jurisdição das liberdades, o exercício de uma **função contramajoritária**, no âmbito do Estado Democrático de Direito, de **proteção das minorias contra eventuais excessos da maioria**, ou, ainda, contra **omissões imputáveis aos grupos majoritários** que sejam lesivas, em face da inércia estatal, aos direitos dos que sofrem os efeitos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. É que o Poder Legislativo tem se mostrado infenso no tocante à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito

determinar uma atuação positiva ao Estado na “garantia da igualdade material entre os indivíduos”.¹²⁴⁵ Ato contínuo, fundamentou seu voto na obra de Ronald Dworkin, citando expressamente as obras “o direito da liberdade”,¹²⁴⁶ pontificando acerca da **leitura moral da Constitucional** e que **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito**, e “a virtude soberana”, tecendo considerações acerca do direito à igualdade. Também aponta que o art. 226, § 3º, da Constituição deve ser **interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica**, conferindo proteção às uniões homoafetivas, nos exatos termos conferido às uniões heterossexuais.¹²⁴⁷

De igual forma, o Ministro Joaquim Barbosa pontificou que são nas situações como o processo em análise que despontam a atuação de Cortes Constitucionais. Ele colhe da lição do jurista **israelense Aharon Barak que a Cortes Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do direito e a Sociedade**. Menciona, também, expressamente a tese da **igual consideração e respeito de Ronald Dworkin**. Para o Ministro, o silêncio da Constituição acerca do tema das uniões homoafetivas não deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade a essas relações. Nesse passo, é função da Corte desempenhar uma das suas missões mais nobres que consiste em **impedir o sufocamento, o desprezo e a discriminação de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas**.¹²⁴⁸

É possível pontificar que todos os Ministros **lançaram argumentos lastreados em princípios para procedência do pedido**.¹²⁴⁹ Conforme Dworkin, na

Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 845/864.

¹²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 668/669.

¹²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 723/724.

¹²⁴⁹ Ministra Cármen Lúcia: Dos **princípios constitucionais** não se pode extrair nenhuma impossibilidade da consecução da união estável entre pessoas do mesmo sexo, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igual cidadania, do pluralismo e da proibição da discriminação. Ministro Ricardo Lewandowski: embora não seja união estável, a união entre

esteira do que foi analisado no capítulo 3, uma comunidade política não possui o poder moral para criar e impor obrigações e deveres em face de seus membros a menos que os trate com igual consideração e respeito ou, ao menos, que em seus programas de ação política, considere seus destinos como de importância igual. Urge, também, que respeite a responsabilidade de cada indivíduo por suas próprias vidas e este princípio de legitimidade é fonte dos direitos políticos. Em termos abstratos, pois, há praticamente consenso que o governo deve tratar as pessoas com igual consideração, assim como deve conceder-lhes as liberdades que necessitam para definir uma vida bem-sucedida de forma individual. Portanto, a regulamentação e o reconhecimento da união estável entre pares homoafetivos, por parte do STF, foi a decisão correta para o reconhecimento da igual consideração e respeito¹²⁵⁰

No tocante à argumentação principiológica, impende mencionar que a estratégia de Dworkin gira em torno da ideia de que, quando os juristas raciocinam e debatem sobre casos difíceis, como é o caso da união homoafetiva, os padrões

pessoas do mesmo sexo caracteriza um quarto gênero familiar, distinto daquele que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais, não previsto no rol do art. 226 da Constituição, que pode ser deduzido de uma leitura sistemática do texto constitucional, em especial da necessidade de dar-se concreção aos **princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual**. Ministro Joaquim Barbosa: o fundamento para o reconhecimento das uniões homoafetivas encontra fundamento em “todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no **princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não discriminação**”. Ministro Gilmar Mendes: o **dever de proteção** das minorias homossexuais é um caso claro de proteção dos Direitos Fundamentais sendo dever do Estado e da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional efetuar-lá, porquanto a omissão do Tribunal representaria um agravamento do quadro de desproteção. O direito, no caso, decorre, em síntese, dos **princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da segurança jurídica, do autodesenvolvimento e da não discriminação por opção sexual**, através de um modelo mínimo de proteção institucional como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação. Ministro Marco Aurélio Mello: Salienta que o óbice gramatical da equiparação entre uniões homoafetivas e heteroafetivas, **em virtude da literalidade do art. 1.723, do Código Civil de 2002, pode ser superado através da utilização dos princípios “como vetor hermenêutico-interpretativo”**. Ministro Celso de Mello: os **princípios fundamentais** da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, revestem o “reconhecimento ao direito personalíssimo à orientação sexual quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar. Essa situação, para o Ministro, implica por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que **compromete o coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar**, visto que o **regime democrático não tolera a opressão da minoria por grupos majoritários**. Com efeito, embora o princípio majoritário desempenhe importante papel no processo decisório governamental, ele não pode legitimar, na perspectiva de uma **concepção material de Democracia constitucional**, a supressão ou frustração de Direitos Fundamentais de minorias, sob pena de descaracterizar a própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. Essa postura do Supremo Tribunal Federal resta necessária para que “o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou formal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 661.

estabelecidos pelo positivismo são insuficientes para solução das questões apresentadas. De fato, ao discutirem casos difíceis os juristas operam com padrões diferentes das regras (sendo as regras o sistema utilizado pelo positivismo), ou seja, raciocinam com base em princípios. Nesse passo, a esfera jurisdicional é o fórum dos argumentos de princípio (justificam a decisão mostrando que ela é “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”). Quem decide com base em princípios extrai legitimidade da resposta correta e dos bons argumentos e não da representação. Foi nesse sentido a argumentação efetuada no caso em análise. É possível, então, concluir que a decisão é de **fundamentação principiológica**.¹²⁵¹

No lastro do apontado pelos Ministros, também Ronald Dworkin defende que os Juízes realizem uma “leitura moral da Constituição” como forma de extrair do texto constitucional o substrato ético nele subjacente, ou seja, ela é “um método particular de ler e executar uma constituição política”. A leitura moral é também uma teoria sobre como decidir casos constitucionais controversos que propõe a interpretação dos dispositivos abstratos da Constituição considerando que eles se referem a princípios morais de decência e justiça. A leitura moral insere a moralidade política no âmago do direito constitucional, impelindo, assim, que os Juízes “encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor compreensão, por exemplo, de o que realmente significa a igualdade moral dos homens e das mulheres – que se encaixe no conjunto da história”. Da leitura moral da Constituição Federal efetuada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que resta legítimo o reconhecimento e a equiparação das uniões entre pares homoafetivos relativamente àquela estabelecida entre casais heteroafetivos.¹²⁵²

No atinente a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, importa salientar que para o filósofo estadunidense, a Democracia não consiste apenas em um modelo político em que a maioria dos cidadãos pode decidir pelos demais, ou

¹²⁵¹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 e 131/134. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 295/296. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 36/37 e 77. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

¹²⁵² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.2/17.

seja, não é apenas um regime de indivíduos que se agregam para tomar decisões de forma coletiva, processar os interesses individuais e convertê-los em política pública pela regra majoritária. Democracia também é isso, mas não só. O objetivo supremo da Democracia não se restringe a curvar-se à vontade da maioria, porquanto, além do aspecto procedimental (qualquer definição exclusivamente procedimental da Democracia é incompleta para ele), ela possui um aspecto substancial consistente na proteção dos Direitos Fundamentais.¹²⁵³

Ronald Dworkin desvincula o conceito de Democracia à regra da maioria. Democracia não é mero procedimento. Democracia exige substância (Direitos Fundamentais, igual consideração e respeito) e, com isso, é possível defender que a revisão constitucional não é antidemocrática. Nesse passo, a legitimidade decorrerá de resultados substantivos e não de estatísticas. Assim, a jurisdição constitucional é uma instituição contramajoritária que fortalece a Democracia, na medida em que a proteção dos Direitos Fundamentais previne ou corrige defeitos do processo de deliberação. Além disso, o ganho para minorias é bastante efetivo com a revisão judicial, tendo em vista que a maioria pode impor, em tese, sua vontade pela força estatística, caso não haja a proteção da Corte. Nessa toada, se por Democracia se entende o governo do povo, somente quando as pessoas são tratadas como legítimos cidadãos – com o reconhecimento mínimo de um conjunto de Direitos Fundamentais – é que elas se tornam capazes de tomar decisões por si próprias. Nesse diapasão, os Direitos Fundamentais serão a trincheira de proteção da pessoa humana, ou, na expressão de Dworkin, “trunfos” nas mãos dos indivíduos, capacitando-os a resistir a certas decisões, ainda que emanadas de instituições políticas majoritárias.¹²⁵⁴ Assim sendo, a

¹²⁵³DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23/29. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.586/587. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.189/192. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p.251. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 69 e 112/113. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 11 e 53. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 280.

¹²⁵⁴DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23/29. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.587/589. DWORKIN,

decisão emanada da Suprema Corte do Brasil, protegendo a minoria homoafetiva da inação da maioria e do desrespeito aos seus Direitos Fundamentais, pode ser considerada **contramajoritária**.

Consoante colacionado pelo Ministro Joaquim Barbosa, Aharon Barak afirma que o Juiz, em uma Democracia, deve observar duas questões principais: fazer a ponte entre o direito e a Sociedade e proteger a Constituição e a Democracia. O Juiz é encarregado de ambas as funções, simultaneamente, e elas, na maioria dos casos, são complementares.¹²⁵⁵ No tocante a ponte entre o direito e a Sociedade, o Juiz é um parceiro na criação do direito e deve manter a coerência do sistema jurídico como um todo. Normas legais e princípios formam um sistema de direitos onde as diferentes partes estão intimamente ligadas e o Juiz é partícipe na criação desse sistema. O propósito do Juiz é entender a função do direito na Sociedade e ajudar para que o direito atinja seu objetivo social. Mas a lei é um organismo vivo, baseia-se em uma realidade factual e social que está em constante evolução. O Juiz, então, deve equilibrar a estabilidade com a necessidade de mudança e a mudança necessária, no caso em tela, consistia em assegurar os direitos da minoria estigmatizada, que não tinha seus Direitos Fundamentais assegurados, ou seja, as pessoas homoafetivas que não possuíam guarida jurídica para suas relações afetivas.¹²⁵⁶

O Ministro Gilmar Mendes aponta em seu voto ser um ferrenho crítico do argumento que o Supremo Tribunal Federal não pode adotar determinadas posturas pois, o assim fazendo, atuará como legislador positivo. Não há dúvida, para ele, que no caso analisado o Tribunal está assumindo um papel – ainda que provisório até a atuação do legislador – de atuação positiva. Efetivamente, quando o sistema falha na produção da norma ou no mecanismo de proteção e o Supremo Tribunal Federal é

Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.189/192. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 251/252. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 133/134. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 45 e127. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 280.

¹²⁵⁵ BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy**. Harvard Law Review16. 2002. p. 26/28. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY,&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

¹²⁵⁶ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 17/18.

acionado ele deve atuar, de alguma forma, em substituição ao sistema político. Nessa hipótese, **a resposta do Tribunal será através de uma atuação positiva**, atuando o Supremo Tribunal Federal como **legislador positivo**.¹²⁵⁷

Para Aharon Barak a legitimidade judicial para criar o direito está no equilíbrio entre jurisdição e Democracia, de modo que o Juiz, na sua atividade criativa, consiga promover esse balanceamento. A Democracia, assim, implica que a maioria não desconsidere os direitos das minorias, sendo, pois, um equilíbrio delicado entre a regra da maioria e os direitos individuais. Nesse diapasão, o poder criativo dos Juízes é uma decorrência do próprio sistema legislativo. As constituições contêm uma delegação da faculdade de interpretar a Constituição dos cidadãos aos Juízes e, portanto, de criar normas de desenvolvimento constitucional.¹²⁵⁸ Os sistemas jurídicos evoluem e os Juízes também são responsáveis por essas mudanças. O significado do direito, antes e depois de um julgamento, não é o mesmo. Em um caso difícil, antes da decisão, há opções ao Juiz. Depois da decisão o significado do direito mudou e um novo direito foi criado. A atividade judicial, portanto, envolve criação. No caso em análise a evolução da Sociedade implicou na necessidade de que a minoria homoafetiva não mais tivesse suas relações familiares abandonada em um limbo jurídico. Eventual perda de votos de eleitores conservadores ou religiosos não justifica a omissão do Poder Legislativo e impele, assim como legítima, a atuação do Poder Judiciário como **legislador positivo**.¹²⁵⁹

Por conseguinte, o Ministro Gilmar Mendes denotou preocupação de que a Corte, desde logo, concedesse **ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva** sem uma maior reflexão em razão da **infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis**, que a questão pode acarretar. É que uma **decisão ampla poderia gerar maior insegurança jurídica**, caso não deixasse espaço para o regramento legislativo. Nesse sentido aponta: “limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou,

¹²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 728/730.

¹²⁵⁸ BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia**. Ius veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. p.109. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

¹²⁵⁹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press. p. 17/18.

se não houver outras possibilidades, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, **sem me pronunciar sobre outros desdobramentos**". Defendeu que a decisão do STF deveria ser uma solução provisória, a estimular a atuação legislativa, estabelecendo um diálogo institucional entre os poderes.¹²⁶⁰

De igual forma, o Ministro Cezar Peluso apontou que o Supremo Tribunal Federal não poderia examinar de forma exaustiva a questão em testilha. Primeiramente porque os pedidos não comportam e, além disso, - "sequer nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte". Exorta que o Poder Legislativo necessita expor-se e regulamentar as situações decorrentes da decisão da Corte. Com efeito, para Cesar Peluso, a decisão implica em "convocação" para que o Legislativo assuma a tarefa – que até então não se sentiu propenso a exercer – de regulamentar a equiparação, colaborando, assim, com a decisão do Supremo Tribunal Federal.¹²⁶¹

A argumentação de ambos os Ministros apresenta cunho **minimalista e pragmático**, visto que o pragmatismo legal é experimentalista e voltado para o futuro, na medida em que se pauta nas consequências da decisão e não em conceitualismos ou generalidades. A decisão pragmática deve ponderar os resultados possíveis, seja buscando os efeitos desejados, seja evitando os efeitos indesejáveis. Aponta para a necessidade de se preocupar com o mundo real e com as consequências práticas das decisões judiciais, mas vai além de uma decisão preocupada apenas com as consequências imediatas, porquanto deve levar em conta também os efeitos sistêmicos. A atuação do Juiz pragmático "tende a privilegiar as bases de decisão estreitas em relação a bases amplas nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal". O magistrado, pois, necessita trabalhar com os fatos presentes que são apresentados, porquanto os fatos futuros são, essencialmente, incertos e a probabilidade de erros em sua projeção é grande. Ele evita, então, generalizações

¹²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 788.

¹²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 873/880.

prematuras, pois é esse o caminho da prudência e do empiricismo. Trabalha de dentro para fora, em estágios, a partir do caso que lhe é apresentado.¹²⁶²

De sua banda, o Ministro Celso de Mello defendeu que o Supremo Tribunal Federal possui **o monopólio da última palavra** em matéria constitucional, adotando o posicionamento da supremacia judicial.¹²⁶³ Ademais, ponderou que resta legítimo o comportamento afirmativo do Poder Judiciário que resulta em **positiva criação jurisprudencial do direito**, fazendo valer a primazia da Constituição em face da pura e simples omissão dos poderes públicos.¹²⁶⁴

Aponta, ainda, sobre o **Ativismo Judicial** da Corte:

“Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade”.¹²⁶⁵

Efetivamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada uma **decisão ativista**, sendo, aqui, entendido por Ativismo Judicial a participação mais enfática e ampla do Poder Judiciário no âmbito da concretização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes. O Ativismo Judicial procura extrair ao máximo as potencialidades do texto constitucional, incluindo a construção de regras de conduta a partir de enunciados abertos como os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados.¹²⁶⁶

¹²⁶² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.47 e 62. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.51. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022.

¹²⁶³ A **supremacia judicial** admite que o legislador tenha a primeira palavra conferindo, no entanto, ao Judiciário a última palavra. A supremacia judicial, pois, é um *minus* relativamente ao monopólio judicial, pois admite que os outros poderes interpretem a Constituição, mas reserva ao Judiciário a exegese final. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p.20.

¹²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 864/867.

¹²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 8678

¹²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.49. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

Normalmente o ativismo ocorre nas hipóteses de retração dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo, e de um determinado desacoplamento entre a Sociedade civil e a classe política, como a hipótese em epígrafe onde o Parlamento não cumpriu com sua função constitucional, deixando ao desamparo jurídico uma minoria sub-representada. No caso presente, o Ativismo Judicial se manifesta, de acordo com a lição de Luís Roberto Barroso, pela aplicação direta da Constituição a uma hipótese não contemplada de forma expressa no texto constitucional, independentemente da colmatação do legislador ordinário. É uma hipótese distante das funções judiciais típicas e aproximam o Poder Judiciário da função de criação do próprio direito como legislador positivo.¹²⁶⁷

Conforme Souza Neto e Sarmento, um importante *standard* que deve parametrizar a presunção de constitucionalidade e o grau de Ativismo Judicial ou autocontenção, relativamente aos atos normativos sob escrutínio das Cortes e do Judiciário como um todo, consiste na **proteção de minorais estigmatizadas**. Um maior grau de Ativismo Judicial – e conseqüentemente uma menor presunção de constitucionalidade - resta justificado no escrutínio de atos normativos que impactem de forma negativa os direitos de minorias estigmatizadas. A atuação do Poder Judiciário, nesses casos, deve ser no sentido da proteção das referidas minorias que não possuem representação política adequada ou suficiente – e cujas pretensões não são acolhidas ou não são analisadas pelas maiorias - e podem sofrer as consequências de eventuais “tirantias das maiorias”. Esse é um dos argumentos que sustenta a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso das uniões homoafetivas.¹²⁶⁸

No tocante à classificação de Juízes de Cass Sunstein, a decisão pode ser considerada de **personalidade heróica**. Os heróis são aqueles que entendem ser dever da Corte fazer a Sociedade evoluir. De modo geral, estão dispostos a invocar um entendimento ambicioso da Constituição para redirecionar a atuação estatal e a própria Sociedade. Os heróis vêm em muitas variedades, mas qualquer que seja a abordagem de interpretação adotada, eles acreditam no papel social transformador da Constituição pela atuação judicial. Esse perfil pretende colaborar com reformas sociais, abrindo

¹²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.49. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

¹²⁶⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.464.

caminhos de vanguarda diante da letargia e morosidade dos processos políticos institucionais, exatamente o que foi efetuado no caso em análise.¹²⁶⁹

A decisão do Supremo Tribunal Federal também pode ser considerada uma decisão de **caráter Substancialista**, visto que o eixo Substancialista concede aos Tribunais constitucionais, e ao Poder Judiciário de forma geral, uma nova inserção no plano das relações entre os três poderes. Preconiza a defesa de um Poder Judiciário ativo na transformação social e guardião de princípios insertos nos Direitos Fundamentais.¹²⁷⁰ Mais do que equilibrar os demais poderes, o Judiciário é apontado como o poder que assume o papel de efetivar a vontade geral explicitada nas regras e princípios insertos nos textos constitucionais, ainda que contra eventuais majorias.¹²⁷¹

Consoante pontifica Werneck Vianna, para o eixo Substancialista, a criação jurisprudencial do direito, além de inevitável, seria favorável à agenda igualitária sem nenhum menoscabo à liberdade.¹²⁷² O Substancialismo defende a legitimidade da adoção de decisões substantivas pelas Constituições e sua respectiva concreção por parte do Poder Judiciário, mormente no que concerne aos Direitos Fundamentais, independentemente de tais direitos estarem ligados ao bom funcionamento da Democracia, como advogam os Procedimentalistas.¹²⁷³ Ele pugna que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deve assumir o papel de intérprete que põe em evidência, inclusive contra majorias eventuais, a vontade geral - explícita ou implícita nos textos constitucionais - assim como nos princípios selecionados como de valor permanente nos sistemas democráticos.¹²⁷⁴ O eixo Substancialista preconiza a defesa de um Judiciário que atue de forma ativa no afã da transformação social. O Poder Judiciário, no plano da tripartição de poderes, seria o guardião dos princípios e valores fundamentais da Democracia e também do respeito e

¹²⁶⁹ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.2/3. Acesso em 12/10/2022.

¹²⁷⁰BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 138.

¹²⁷¹VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 2ª edição. p .38.

¹²⁷²VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan. p.24.

¹²⁷³SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo horizonte: Fórum. p.220.

¹²⁷⁴STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 3 ed. Livraria do advogado: Porto Alegre. p.47.

da efetividade dos Direitos Fundamentais.¹²⁷⁵ É premente para o Substancialismo a efetivação dos Direitos Fundamentais através de provimentos judiciais.

Portanto, é possível concluir pela **adoção de um perfil Substancialista da Democracia** do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, tendo em vista que, Conforme Dworkin, houve explícita cunhagem valorativa decorrente da aplicação da Constituição. A Constituição, então, é preenchida e valorada tanto legal quanto moralmente. Nessa toada, “Dworkin recusa, diante da concepção do justo, uma posição de passividade por parte do Poder Judiciário.”¹²⁷⁶ Sua posição é no sentido de que o redimensionamento do papel do Judiciário e a expansão do direito, nas Sociedades contemporâneas, não contrastam com a tradição democrática. Pelo contrário, ao Judiciário é dado o papel de estabelecer uma efetiva e necessária extensão dessa tradição a setores ainda pouco integrados à sua ordem e ao seu ideário – no caso em tela a minoria homoafetiva. Em sua obra, pois, o jusfilósofo busca elaborar instrumental teórico de construção judicial do direito, legitimando uma postura de cunho Substancialista na atuação judicial.¹²⁷⁷

Foi o que efetuou o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a equiparação entre uniões homoafetivas e heteroafetivas, através de argumentação principiológica, assegurando os Direitos Fundamentais de uma minoria estigmatizada, mediante a criação jurisprudencial do direito, mesmo em face da inércia da maioria, por meio de seus representantes. A decisão buscou impulsionar avanços sociais que não foram promovidos, ou ficaram represados, no processo político majoritário. Assim, a Corte, através da jurisdição constitucional atuou “como uma vanguarda iluminista que ajuda a empurrar a história”.¹²⁷⁸

Necessário consignar que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no

1275BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros.** Brasília: CJF. p. 138.

1276WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.35.

1277WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.32.

1278 BARROSO, Luís Roberto Barroso. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso.** São Paulo: FGV, 2017. p. 59/62. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 5 ed. São Paulo: Saraiva. p.118.

controle de constitucionalidade ora em análise, não feriu a Constituição, foi democraticamente legítima, assegurou Direitos Fundamentais e promoveu a Democracia Material. A decisão da Corte está correta e a minoria homoafetiva estaria em pior situação se ela não intervisse. Dworkin obtempera que o controle de constitucionalidade será menos importante em comunidades com o costume histórico de proteger a legitimidade do governo, identificando os direitos individuais e, principalmente, o direito das minorias. No caso em testilha, os Direitos Fundamentais de uma minoria não foi respeitado e a atuação do Supremo Tribunal Federal foi não somente legítima como também necessária. Veja-se que passada mais de uma década da decisão do Supremo Tribunal Federal o Poder Legislativo continua sem regulamentar as uniões homoafetivas, ou seja, uma postura de autocontenção do STF acarretaria a continuidade do menoscabo ao dever de proteção dos pares homoafetivos.¹²⁷⁹

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, pode, assim, ser considerada como **tendente à promoção da Democracia Material, liberal igualitária, antiformalista, de fundamentação principiológica, contramajoritária, ativista, de personalidade heróica, substancialista**, tendo o Supremo Tribunal Federal atuado como **legislador positivo**.

Em conclusão, em resposta as hipóteses levantadas na tese, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, o perfil do Supremo Tribunal Federal pode ser classificado como **Substancialista**.

1279 DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.50/51. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.609/610. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.78. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

4.5 ANÁLISE DO PERFIL DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54/DF.

Em 12 de abril de 2012 o Supremo Tribunal Federal, por 8 votos a 2, com fulcro na proteção da liberdade sexual e reprodutiva das mulheres, assim como na dignidade da pessoa humana e no princípio da autodeterminação, reconheceu a impossibilidade de criminalização do aborto, ou antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto, elencando, assim, uma nova hipótese de não punibilidade que não estava prevista expressamente no Código Penal vigente.¹²⁸⁰

Até o ano de 2005, os Juízes e Tribunais de Justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que levou a questão até o Supremo Tribunal Federal. O Brasil era, à época, o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos, ficando atrás do Chile, México e Paraguai.¹²⁸¹

Esse é um caso que dividiu moralmente a Sociedade visto que muitos setores conservadores, em especial religiosos, são contrários ao aborto de fetos anencéfalos. A escolha da análise e classificação da decisão para presente Tese justifica-se por ser um caso de grande repercussão política e social. O Ministro Celso de Mello, por exemplo, no início do seu voto, consignou que, em quarenta e quatro anos de atuação na área jurídica, como membro do Ministério Público e, então, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca havia participado de “um processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento”. Apontou, ainda que “em casos emblemáticos como este, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu julgamento, poderá ser, ele próprio julgado pela nação”.¹²⁸² Da mesma forma, o Ministro Cezar Peluso apontou que, a seu juízo, o caso é “o mais importante julgamento na história desta Corte, porque nele, na verdade, se tenta definir, no fundo, o alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa”.¹²⁸³

¹²⁸⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012.

¹²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p.32.

¹²⁸²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p.313 e 317.

¹²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 375.

A repercussão político-social, assim como o contexto ético, moral e religioso da ação é também demonstrada pelo fato da CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – ter requerido ao Senado o *impeachment* do relator Ministro Marco Aurélio que aduziu nos debates orais: “Não estou assustado com a representação dos Bispos junto ao Senado, já formalizada, com o meu *impeachment*”.¹²⁸⁴ A importância do feito é, ainda, comprovada pelas audiências públicas realizadas e pela diversidade de entidades que atuaram como “*amicus curiae*”: CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Associação de Desenvolvimento da Família, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e de Gênero.¹²⁸⁵

A decisão é relativamente recente, datando de 2012. Alguns ministros do Supremo Tribunal que participaram do julgamento já estão aposentados. Isso, no entanto, não prejudica a análise do perfil da Corte visto que, o viés geral da Corte não foi alterado pelas novas nomeações. Um dos advogados do processo em análise, Luís Roberto Barroso, passou a integrar a Corte mantendo a linha de entendimento exarada pelos Ministros no caso em análise. Além disso, na composição atual não houve julgamento de caso preenchesse os requisitos de grande repercussão política e social que justifique e possibilite a análise do perfil do Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. A procedência da demanda foi deferida por maioria, vencidos os Ministros, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso que julgavam improcedente o pedido. Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, julgaram procedente o pedido adicionando, entretanto, condições de diagnóstico de anencefalia, sendo vencidos nesse ponto. O Ministro Dias Toffoli estava impedido para o julgamento e ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. A Presidência da

¹²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p.313 e p. 427.

¹²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p.313 e p. 19.

Corte, à época, era do Ministro Cezar Peluso.¹²⁸⁶

4.5.1 Voto do relator Ministro Marco Aurélio.

Aponta o Ministro relator que o Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões, sendo que a menção a Deus no Preâmbulo da Constituição carece de força normativa. No Julgamento da ADIN n. 3.510/DF, na qual se debateu a possibilidade de pesquisas científicas com células-troco embrionárias, o Supremo Tribunal Federal já havia assentado a laicidade constitucional do Estado. Assim, a questão objeto do processo não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas, sendo essa premissa essencial à análise da controvérsia.¹²⁸⁷

Por conseguinte, tece considerações acerca da anencefalia denotando que ela consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico, não desfrutando de nenhuma função superior do sistema nervoso central. A anencefalia configura doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior. A afirmação de que a anencefalia é uma malformação letal é lastreada na explanação de especialistas que participaram da audiência pública. Assim sendo, para o Ministro relator, o feto anencéfalo “jamais se tornará pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”. Afasta, então, a arguição de que a interrupção da gravidez do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, visto que ele é um natimorto, não havendo vida em potencial.¹²⁸⁸

Salienta que o tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. Aponta inexistir colisão entre Direitos Fundamentais, mas apenas conflito

¹²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 1/33.

¹²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 33/43.

¹²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 44/48.

aparente.¹²⁸⁹ O Ministro Marco Aurélio afirma que não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos, pois anencefalia e vida são termos antitéticos em virtude da inexistência de potencialidade de vida. Por ser inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida. Em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, tendo em vista que “não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida”. Aduz a inexistência de hierarquia do direito à vida relativamente aos demais direitos visto que a Constituição Federal no art. 5º, Inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada, na forma do art. 84, inciso XIX. Além disso, o próprio Código Penal traz como causa excludente de antijuridicidade o aborto ético ou humanitário em caso de estupro.¹²⁹⁰

Ato contínuo, explicita que há riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo comparativamente a uma gravidez comum. Também sob o aspecto psíquico, resta incontroverso que impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a um quadro devastador à gestante, gerando-lhe danos à saúde psíquica. Portanto, franquear a decisão da interrupção da gravidez à mulher é medida que respeita seus **direitos constitucionais à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade e ao texto da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**, conhecida como Convenção de Belém do Pará, ratificado pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Agregue-se que não se coaduna com o **princípio da proporcionalidade** proteger apenas um dos seres da relação, privilegiando o feto anencéfalo – que não tem sequer expectativa de vida extrauterina – e aniquilando, por outro lado, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. É que a imposição estatal da manutenção da gravidez, cujo resultado será irremediavelmente a morte do feto, “vai de encontro aos **princípios basilares do sistema constitucional**, mais precisamente à **dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, aos direitos de privacidade**, ao reconhecimento dos **direitos sexuais e reprodutivos** de milhares de mulheres, previstos nos artigos 1º, inciso III, 5º, Caput e incisos II, III e X, e 6º, Caput, todos da

¹²⁸⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 44/53.

¹²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 54/59.

Constituição Federal.¹²⁹¹

Nesse sentido, ainda que se considere o direito à vida do feto anencéfalo – o que na ótica do relator não é admissível – tal direito deve ceder, em juízo de ponderação, em prol dos direitos das mulheres, conforme elencados. O Ministro Marco Aurélio, então, julgou procedente o pedido formulado na inicial para “declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro”.¹²⁹²

4.5.2 Voto da Ministra Rosa Weber.

Para a Ministra Rosa Weber o conceito de vida no direito deve ser discutido de acordo com sua significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência. Entendimento diverso, que vincule o saber jurídico ao saber médico ou a um conceito único de vida, faz confundir os campos do conhecimento empírico com o campo da ação humana. Assim, é necessário perquirir como o direito regula à vida para depois tentar uma prática que possa ser razoável sobre o uso do conceito. Obtempera que o STF, no julgamento da ADIN n. 3.510/DF, deixou assentado que a vida protegida pelo direito pressupõe a possibilidade de desenvolvimento de um indivíduo com capacidades humanas, não apenas possíveis condições biológicas. É necessário, pois, não apenas a presença de aspectos genéticos humanos, mas “a capacidade dessas particularidades se desenvolverem em capacidades físicas e psíquicas mínimas que permitam identificar um indivíduo como pertencente ao universo humano”.¹²⁹³

Segundo a magistrada, o feto com anencefalia não se coaduna com o conceito jurídico de vida, conforme estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto em caso de anencefalia, é fato atípico, motivo pelo qual é de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluí-la do âmbito de abrangência do conceito de aborto. Sendo atípico o fato, a proibição da retirada do feto

¹²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 60/68.

¹²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 68/69.

¹²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 103/111.

anencefálico ou da antecipação do parto fere a liberdade de escolha da gestante.¹²⁹⁴

Com efeito, consoante a Ministra Rosa Weber, no debate sobre a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, as normas incriminadoras do aborto voluntário (caso se admitisse que a vontade do legislador tenha sido a de retirar a hipótese dos casos de excludente de ilicitude) devem ser interpretadas de acordo com as possibilidades atuais do sistema. O ordenamento jurídico não protege o feto em todas as hipóteses – mesmo em hipóteses de desenvolvimento normal do feto como no caso de gravidez resultante de estupro -. Assim sendo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir que o ordenamento proteja o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à conclusão de que a proteção jurídica deve estar do lado da mãe. Nesse sentido, conclui que a hipótese de anencefalia não está contemplada no rol das excludentes de ilicitude do crime de aborto por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época da promulgação do Código Penal.¹²⁹⁵

Na sequência, assevera que – no âmbito da ponderação - os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos, não podendo, *a priori*, estabelecer-se qual se reveste de maior peso. Com base na lição de Robert Alexy, discorre sobre a temática do **princípio da proporcionalidade** e seus subprincípios. Assim, na ponderação entre a vida do feto anencéfalo e os direitos da dignidade, da liberdade, da saúde da gestante e os direitos reprodutivos das mulheres devem prevalecer os últimos. É que se o feto anencéfalo chegar a nascer, permanecerá vivo no máximo por algumas horas. Por outro lado, obrigar a mulher a prosseguir com a gravidez fere seu direito à liberdade reprodutiva, tendo em vista a falta de interesse social concreto na tutela de vida sem condições biológicas mínimas de desenvolvimento. Proteger a mulher, em hipótese de tal inviabilidade de vida extrauterina para o feto, é garantir concretamente sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe Direito Fundamental. Os ônus de ordem física, psicológica e social gerados pela obrigatoriedade de manutenção da gravidez de feto anencéfalo não podem ser minimizados e são insuscetíveis de compartilhamento pela mulher. Assim, nesse juízo de ponderação, há “de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê diante de tão doloroso dilema, de optar sobre o futuro da sua gestação de feto

¹²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 111/124.

¹²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 111/124.

anencéfalo”. Como conclusão, a Ministra Rosa Weber acompanhou a decisão do relator.¹²⁹⁶

4.5.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia deve ser analisada sob dois ângulos. O primeiro pertine à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação. O segundo diz respeito aos diferentes graus de tutela penal da vida humana. Salienta que mesmo nas hipóteses já previstas legalmente – como na gravidez decorrente de estupro e no caso de perigo de vida para mãe - a Lei não determina que o aborto deva ocorrer. Ela, tão só, chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação e, nesse caso, não incrimina sua conduta.¹²⁹⁷

Segundo seu entendimento, nos casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto estará sendo **desproporcional** em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada em seu direito de escolha de levar ou não a cabo a gravidez. A interpretação no sentido da existência de crime não é razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludentes de ilicitude do aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extrauterina é plenamente viável. Seria, assim, um contrassenso chancelar a liberdade da mulher no caso do aborto sentimental, permitindo nos casos de gravidez resultante de estupro a interrupção da gestação, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que **não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica**. Assegurar o direito de escolha da mulher, na hipótese, é respeitar o **princípio da liberdade, da intimidade, e da autonomia privada da mulher**.¹²⁹⁸

Lembra, ainda, o Ministro que os estudos referentes à medicina fetal e à

¹²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 124/136.

¹²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 147/149.

¹²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 149/152.

terapia neonatal datam da década de 1950, somente vindo a alcançar a sofisticação hoje conhecida há poucos anos. Explica-se, assim, a lacuna do Código Penal e justifica-se a interpretação conforme a Constituição a ser dada aos dispositivos do Código Penal a fim de reconhecer o direito subjetivo da gestante, nos casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, de submeter-se à antecipação terapêutica do parto. Pelas razões expostas, acompanhou o voto do relator.¹²⁹⁹

4.5.4 Voto do Ministro Luiz Fux.

O Ministro Fux denota que não pretende discutir qual vida é mais importante, se da mulher ou do feto, embora, como delineado pelo Professor Luís Roberto Barroso, advogado na ação, o Código Penal pondera, sim, a vida da mulher e do feto no caso do aborto terapêutico. Lembra as lições dos jusfilósofos Jürgen Habermas e Ronald Dworkin que, ao tratarem do direito do feto em profundidade, condenam uma postura beligerante, *pro-life versus pro-choice*, como se fossem uma verdadeira batalha do aborto. Aponta que há um desacordo moral razoável na Sociedade acerca da matéria objeto do processo. Assim, na existência desse dissenso moral razoável, em questões de altíssima complexidade, a **postura minimalista do Poder Judiciário** é recomendada, devendo a Corte ficar adstrita à questão da criminalização do aborto de feto anencefálico. Seria prematuro, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal buscasse solucionar, como o legislador, todas as premissas de um intenso debate que apenas se inicia na Sociedade, fruto do pluralismo. Esse, então, é um caso que exige do Poder Judiciário “uma ‘passividade virtuosa’, na célebre expressão de **Alexander Bickel**¹³⁰⁰ no famoso estudo *The Least Dangerous Branch* e, também, na expressão utilizada por **Cass Sunstein** sobre o minimalismo na Suprema Corte Americana”. Em virtude disso, aponta adotar, no caso, uma postura de contenção judicial relativamente à hipótese de criminalização da mulher que realiza a antecipação terapêutica do parto em razão da anencefalia do feto.¹³⁰¹

¹²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 152.

¹³⁰⁰ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. The Supreme Court at the Bar of Politics. New York: Yale University Press, 1986.

¹³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 157/162.

Nada obstante, assevera que avulta a importância da necessidade de proteção à saúde física e psíquica da gestante, dois componentes da dignidade humana da mulher. Aponta expressamente que uma **leitura moral da Constituição**, baseada na lição de Dworkin, demonstra que o bem jurídico em eminência é a saúde física e mental da mulher e a desproporcionalidade da criminalização do aborto no caso da anencefalia.¹³⁰²

Nesse sentido, pugna expressamente:

“Consectariamente, o atual art. 128 do Código Penal, que prevê as causas de justificação no crime de aborto, deve sofrer essa leitura moral a que se refere Ronald Dworkin, exatamente porque há novas luzes sobre as novéis necessidades científicas e sociais.”¹³⁰³

Nesse passo, denota que se cuida, na hipótese, da **construção jurisprudencial**, fundada em singular princípio de justiça, de uma **nova hipótese de estado de necessidade supralegal** para os casos de interrupção de gestação de fetos anencefálicos, no afã de adequar o “tecido normativo às necessidades que se apresentam na realidade social. Assim sendo, o Ministro votou no sentido da procedência da “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 128 do Código Penal, para reconhecer não configurado o crime de aborto nas hipóteses de interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico”.¹³⁰⁴

4.5.5 Voto da Ministra Cármen Lúcia.

A Ministra Cármen Lúcia afirma que a resolução da demanda é dada pelo conflito entre o direito fundamental à vida digna e o direito social à saúde e à autonomia da vontade. Incumbe ao julgador, no caso, efetuar a ponderação dos bens jurídicos tutelados de acordo com o princípio da concordância prática, elencando os apontamentos de José Joaquim Gomes Canotilho. Colaciona, também, a lição de **Ronald Dworkin acerca do conceito de direito, assim como sua teoria da interpretação constitucional** e de John Rawls no seu clássico *Uma teoria da Justiça*.

¹³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 162/165.

¹³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 165.

¹³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 167/171.

No tocante ao direito à saúde salienta a evidência empírica da “tortura física, psicológica e moral que o dever da gestação de um feto anencefálico impõe a uma mulher”. A obrigatoriedade da manutenção da gravidez, após o diagnóstico de anencefalia, consiste em ameaça ao direito à saúde, sendo que “a maioria absoluta das mulheres opta pela interrupção da gravidez após a certeza da anencefalia no feto”. O dever da gestação, assim, “constitui em ato de tortura do Estado contra elas, em que a gravidez passa a ser uma experiência de luto prolongado”. Salienta que o sofrimento acomete de forma mais acentuada as pessoas carentes que não possuem condições financeiras e muitas vezes não são atendidas por Defensorias Públicas estruturadas, para obter autorização judicial de interrupção da gestação do feto anencéfalo.¹³⁰⁵

Pontifica, ato contínuo, que afronta a **dignidade da pessoa humana**, alçada à categoria de **princípio jurídico fundamental**, a determinação de continuidade de gestação da qual não resultará, conforme comprova o estágio atual do conhecimento médico, ser humano com vida, o que afeta a personalidade daqueles que vivenciam a experiência por colocá-los em situação de criminalidade. Nesse diapasão, é dever do Estado proteger a saúde mental e física das mulheres, não sendo cabível a conduta estatal de proibição de interrupção da gravidez, nos casos de anencefalia, em uma Sociedade com ordenamento jurídico laico e plural. Assim sendo, alinhando-se ao relator, a Ministra Cármen Lúcia votou no sentido de julgar procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹³⁰⁶

4.5.6 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

O Ministro Ricardo Lewandowski aduz em seu voto que **o Congresso Nacional, intérprete da vontade soberana do povo, poderia ter alterado a legislação criminal** vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição jurídico-penal. No entanto, até o dia do julgamento (e mesmo até os dias atuais), os Parlamentares mantiveram intacta a lei penal, sem agregar qualquer isenção penal relativamente ao aborto de fetos com

¹³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 172/189 e 202.

¹³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 190/236.

anencefalia.¹³⁰⁷

Faz considerações sobre a interpretação conforme a Constituição e suas limitações e, baseado em José Joaquim Gomes Canotilho, aponta que ela “só é legítima quando existe um espaço de decisão”, não se admitindo exegese “contra legem”. Defende, também, que o Supremo Tribunal Federal **só pode exercer o papel de legislador negativo**, cabendo-lhe, tão somente, a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Não é lícito ao “mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais”. Trata-se de competência, de caráter preventivo e repressivo, que exige parcimônia tendo em vista o **princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte**. O excesso no exercício dessa função trará como consequência a **usurpação dos poderes** atribuídos pela Carta Magna, pelo povo, **aos integrantes do Congresso Nacional**.¹³⁰⁸

Com efeito, para o Ministro, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que **“carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem”**. Aponta que a divisão existente na Sociedade sobre o tema em testilha, reflete-se no Parlamento, havendo congressistas favoráveis à alteração da legislação penal para despenalizar o aborto do feto anencéfalo e, por outro lado, Parlamentares contrários à alteração. Aponta existir ao menos dois projetos de lei objetivando normatizar o assunto, o Projeto de Lei n. 4.403/2004 e o Projeto de Lei n. 50. Portanto, os representantes do povo não chegaram a uma solução de consenso e, por essa razão, continua em vigor o “claríssimo texto da legislação penal”. Argumenta, também, que a procedência da demanda “abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genética ou adquiridas, “retrocedendo-se aos tempos Romanos em que se lançavam para a morte as crianças consideradas fracas ou debilitadas”. Conclui, então, que a matéria é **“totalmente estranha à Competência de uma Corte Constitucional** -, continua sob a soberana apreciação das duas casas que compõem o Congresso Nacional”. Nesse

¹³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 241.

¹³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 244/245.

passo, o Ministro Ricardo Lewandowski julgou improcedente o pedido.¹³⁰⁹

4.5.7 Voto do Ministro Ayres Britto.

Defende o Ministro que todo aborto é uma interrupção da gravidez, mas nem toda interrupção da gravidez é um aborto, ao menos para fins penais. Faz considerações sobre a Lei 9.434/97, aduzindo que a morte encefálica implica na cessação da vida humana e legitima o transplante de órgãos. Aponta que ao feto anencéfalo não podem ser aplicados os critérios legais de morte encefálica por lhe faltar a própria calota craniana, portando ele um vazio onde deveria estar o cérebro com sua funcionalidade neural. Assim, inexistente aborto e, consequentemente, fato típico na interrupção da gestação do feto com anencefalia.¹³¹⁰

Afirma que, ainda que se considere, por argumentação, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como fato típico ela não configura prática penalmente cabível, visto que incidem, analogicamente, as mesmas razões de direito que despenalizam o aborto (risco para saúde da mãe e abalo psíquico e dor moral), consoante as previsões expressas do Código Penal, porquanto “onde exista a mesma razão decisiva prevalece a mesma regra de direito”. Nos debates orais, o Ministro Ayres Britto arguiu, brevemente, a lição de Ronald Dworkin na obra domínio da vida. Por essas razões, acompanhou o relator julgando procedente o pedido.¹³¹¹

4.5.8 Voto do Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, faz longa abordagem do tema do aborto (em sentido lato) no direito comparado, em especial acerca das decisões exaradas pelo Tribunal Constitucional alemão. Na hipótese específica da anencefalia, aduz que das 194 nações vinculadas à ONU, 94 permitem o aborto quando verificada ausência parcial ou total do cérebro fetal. Nessa lista, encontram-se Estados reconhecidamente religiosos como Itália, México, Portugal e Espanha, além de

¹³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 245/252.

¹³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 260/266.

¹³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 260/266.

Alemanha, África do Sul, França, Estados Unidos, Canadá e Rússia.¹³¹²

Ato contínuo, denota como incorreta a assertiva que defende a atipicidade do aborto do feto com anencefalia, ante a proteção jurídica que se confere ao nascituro, estando documentado que o feto anencéfalo pode nascer com vida, tendo essa maior ou menor duração. Além disso, em uma Sociedade onde impera o princípio do pluralismo político, a postura que defende a atipicidade do aborto do feto anencefálico, afigurar-se-ia ofensiva àquela parcela de pessoas que defende a vida e a dignidade desses fetos. De igual modo, não se pode arguir o princípio da dignidade humana, porquanto o feto também é protegido por essa cláusula constitucional.¹³¹³

Além de afastar o argumento da atipicidade e da ponderação entre a dignidade da mulher em detrimento da do feto, o Ministro esclarece não se impressionar com o “argumento pragmático” que assevera ser o aborto matéria de saúde pública. Segundo ele, questões capazes de gerar desacordos morais razoáveis, em Sociedades plurais, tornam-se assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem tratados pelo prisma pragmático. De sua vez, a ponderação de princípios, em questões sensíveis como a tratada, resta bastante difícil de ser realizada, visto que os fundamentos da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde não são aptos para desconstruir a opção política do legislador, uma vez que a regra do Código Penal brasileiro é a vedação do aborto.¹³¹⁴

Nada obstante, tendo em conta as hipóteses do art. 128, I e II, do Código Penal, a interrupção antecipada da gravidez não é completamente estranha à Sociedade plural brasileira. Consoante informações colhidas no processo, segundo o Ministro Gilmar Mendes, a gravidez do feto anencéfalo traz riscos adicionais à mulher e o aborto, no caso, tem por objetivo também zelar pela saúde psíquica da gestante. A **interpretação evolutiva**, então, demanda **exegese construtiva do Tribunal**, ante o surgimento de novo contexto fático-jurídico, distinto daquele em que se deu a edição da parte especial do Código Penal. Destarte, defende que o caminho para que a Corte construa uma solução legítima para o caso, deve ser extraído da própria opção legislativa que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e humanitário (art.

¹³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 268/288.

¹³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 288/289.

¹³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 289/291

128, I e II, do Código Penal), expressou os valores e bens jurídicos tutelados.¹³¹⁵

No aborto dos fetos anencefálicos, há comprometimento da saúde da gestante, embora não na mesma gravidade dos casos aborto necessário. No entanto, existe diagnóstico seguro de que o feto não sobreviverá mais do que algumas horas, o que pode gerar grave dano psíquico à gestante. Portanto, é possível concluir que o aborto dos fetos anencéfalos está compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude já previstas no Código Penal, hipótese essa que era inimaginável para o Legislador de 1940. Essa omissão pode ser considerada como não compatível com o espírito do Código Penal e também incompatível com a Constituição. Essa interpretação, pois, é consentânea com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem assim com a tutela de seu **direito à privacidade** e à **intimidade**, aliados à **autonomia da vontade**.¹³¹⁶

Nessa toada, o Ministro Gilmar Mendes aduz que, ao acompanhar o relator, dando interpretação conforme aos artigos 121 a 128 do Código Penal, o Tribunal estará proferindo **típica decisão manipulativa com eficácia aditiva**, criando, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto. É inegável que o Tribunal está a se livrar do “vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias”. Ressalva, entretanto, que a decisão deve submeter-se à liberdade de conformação do legislador que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, a decisão da Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, “devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador”. Com esses apontamentos, em conclusão, o Ministro Gilmar Mendes votou pela procedência do pedido.¹³¹⁷

4.5.9 Voto do Ministro Celso de Mello.

O Ministro Celso de Mello pontifica que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em análise cuida de antagonismo entre valores fundamentais

¹³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 291/294.

¹³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 294/302.

¹³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 302/306.

inerentes à ordem constitucional, como o direito à vida, de um lado, na perspectiva da vida intrauterina, e os direitos à saúde (física e psíquica), à liberdade e à dignidade, de que são titulares as mulheres gestantes, de outro. Salaria ser inquestionável a inviolabilidade do direito à vida, revestindo-se de dignificação fundamental, consistindo, também, em “núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais”.¹³¹⁸

Por conseguinte, assevera que o Poder Judiciário constitui **o instrumento concretizador** das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos Direitos Fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa atribuição - confiada aos Juizes e Tribunais - consiste em expressiva **função política do Poder Judiciário**. O Juiz, para o Ministro, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pelo texto constitucional, assistindo-lhe o dever de atuar como instrumento da Constituição e de sua supremacia.¹³¹⁹

Elenca, ato contínuo, diferentes teses científicas que discutem o início da vida, cada qual fundamentada em argumentos próprios. As divergências da definição de início da vida, entretanto, não estão circunscritas ao âmbito científico, mas se projetam no domínio filosófico e religioso. São, portanto, diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite ao intérprete – desvinculado de razões confessionais ou religiosas - optar por aquela concepção que melhor se coadune ao interesse público e respeite os Direitos Fundamentais como o direito à vida, à saúde e à liberdade. Aponta que ao longo do processo constituinte foram oferecidas diversas emendas buscando estabelecer a inviolabilidade do direito à vida *desde a concepção*. Essas emendas, no entanto, não lograram aprovação.¹³²⁰

Na ponderação, então, entre o direito à vida do feto e os direitos titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, o Ministro Celso de Mello posiciona-se no sentido de permitir a interrupção da gravidez. Essa permissibilidade da antecipação terapêutica do parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, decorre dos direitos reprodutivos das mulheres, assim como da **eficácia dos princípios constitucionais** da dignidade da pessoa

¹³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 315/326.

¹³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 328/340.

¹³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 340/353.

humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade. Assim, o Supremo Tribunal Federal, **superando** a noção de que **somente atua como legislador negativo**, evolui no sentido de acrescentar às modalidades de exclusão do crime de aborto previstas no art. 128 do Código Penal (aborto necessário e aborto sentimental), uma terceira hipótese – antecipação terapêutica de parto concernente a feto portador de anencefalia -. Tem-se, pois, uma típica hipótese de **sentença de perfil aditivo** proferida em sede de jurisdição constitucional.¹³²¹

Na sequência, pontifica que, considerando o sentido prevalecente no julgamento, o Supremo Tribunal Federal atua no exercício de uma **função contramajoritária**, no âmbito do Estado Democrático de Direito, de **proteção de grupos vulneráveis, contra eventuais excessos da maioria**, ou, ainda, contra **omissões imputáveis aos grupos majoritários** que sejam lesivas, em face da inércia estatal, aos grupos minoritários, cujo amparo jurisdicional deve ser analisado na perspectiva de uma **concepção material de Democracia constitucional**. Nesse sentido, julgou procedente o pedido, para “confirmar o pleno direito da mulher gestante de interromper a gravidez de feto comprovadamente portador de anencefalia”.¹³²²

4.5.10 Voto do Ministro Presidente Cezar Peluso.

Sustenta o Ministro Cezar Peluso que todos os fetos com anencefalia são, inequivocamente, dotados de capacidade de movimento autógeno, vinculada ao “processo contínuo da vida e regida pela lei natural”. Rechaça a analogia entre a morte encefálica e os fetos portadores de anencefalia, pois na morte encefálica, ao contrário do caso do feto anencefálico, não há respiração autônoma. Além disso, aponta que a audiência pública realizada produziu resultados contraditórios no tocante a este ponto. Elenca outros argumentos no mesmo sentido.¹³²³

Na sequência, redarguiu a invocação dos princípios da autonomia, da liberdade pessoal e da legalidade como fatores de legitimação do aborto doloso de anencéfalo. Defende o Ministro, ainda, que para perfectibilização do crime de aborto, ao contrário do que apontam outros votos e a doutrina, basta a eliminação da vida,

¹³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 353/358.

¹³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 358/366.

¹³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 378/382.

abstraída toda especulação concernente a sua viabilidade futura ou extrauterina. Nesse diapasão, ao contrário do pedido estampado na inicial, o aborto provocado de feto com anencefalia é conduta vedada pela ordem jurídica. Com efeito, essa é uma hipótese de crime típico, o qual **a Corte não tem competência para abolir ou atenuar**, “muito menos sob tão débil quão especioso fundamento”. Aduz que levado às últimas consequências, os princípios sustentados na inicial poderiam legitimar “uma religião satânica ou um culto demoníaco preconizar, como lícita e moral, a realização expiatória de sacrifícios humanos, recorrendo às mesmas bases argumentativas”.¹³²⁴

Para o magistrado do Supremo Tribunal Federal, a argumentação utilizada para sustentar a legalidade e constitucionalidade do aborto do feto anencefálico pode, com ligeiras adaptações, ser utilizada “para a defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos”, mudando apenas o momento da execução, “não o ato insensível de extermínio nem os pretextos para praticá-lo”. Defende, assim, a dignidade constitucional plena da vida intrauterina, sustentando que o feto anencefálico é sujeito de direito e não “coisa ou objeto de direito alheio, visto que o valor inestimável da vida, intra ou extrauterina, não depende de sua qualidade ou duração”. Nesse passo, havendo vida humana – atributo que é dotado o feto anencéfalo – estar-se-á diante de valor jurídico “fundante e inegociável” que não comporta margem para transigência, sendo que a curta potencialidade de vida em plenitude não figura como razão válida para obstar-lhe a continuidade.¹³²⁵

Ato contínuo, aponta que o aborto de feto anencéfalo aproxima-se da eutanásia e de práticas eugênicas, sendo falsos os argumentos de defesa da liberdade, dignidade, alívio de sofrimento, direito à autodeterminação da gestante, visto que estão em “franca oposição ao ordenamento jurídico-positivo, quer no plano constitucional, quer no da legislação ordinária”. Além disso, julgada procedente a ADPF, há o risco de que mulheres pleiteiem igual tratamento jurídico a hipóteses de anomalias menos graves, ou porque a gravidez seja indesejada por si mesma ou, ainda, por fatores econômicos, sociais ou familiares seja insustentável ter um filho. Para o Ministro Cezar Peluso essas hipóteses são juridicamente análogas ao pedido estampado na inicial, porquanto “em ambas, o que se pretende, no fundo, é obter

¹³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 383/392.

¹³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 387/.

autorização judicial para prática de um crime”.¹³²⁶

Nessa toada, a analogia do sofrimento da gestante de feto anencéfalo com a tortura é inapropriada em face da ausência de sofrimento injusto, “único juridicamente apreciável”. É que o método proposto para encurtar ou evitar o sofrimento esbarra em “intransponíveis vedações legais”, como a do crime de aborto, sem excludente, e constitucionais, como o direito à vida e dignidade do feto. O sofrimento, no caso, decorre “da responsabilidade exclusiva da conjugação de ato livre dos particulares e de ulterior acaso biológico”.¹³²⁷

Por conseguinte, afirma que é **competência exclusiva do Congresso Nacional** normatizar a situação-problema apresentada, apontando a absoluta **impropriedade** da atuação do Supremo Tribunal Federal como **legislador positivo**. Com efeito, defende caber apenas ao legislador descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade. Se o Congresso Nacional não estipulou hipóteses excludentes de criminalidade para o caso de aborto de fetos anencefálicos, incumbe aos setores da Sociedade interessados que **demandem a atualização normativa**. A tarefa é própria do Poder Legislativo - que é o foro adequado para interpretar os valores da Sociedade e decidir as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas - e não da Corte. É o Congresso Nacional o intérprete autorizado dos “interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo que representa”. A atuação do Supremo Tribunal Federal, na hipótese em testilha, configuraria **atuação indevida** como **legislador positivo, violando** os princípios da **Separação de Poderes**, na criação de hipótese indevida de exclusão de punibilidade. Além disso, a ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que outorgue ao STF a prerrogativa de solucionar todas as questões cruciais da vida nacional. Em conclusão, divergindo da maioria, o Ministro Cezar Peluso votou pela improcedência da ADPF.¹³²⁸

Assim sendo, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, inciso I e II, todos do Código

¹³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 394/398.

¹³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 402/404.

¹³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 411/415.

Penal.¹³²⁹

4.6 CLASSIFICAÇÃO E ANÁLISE DO PERFIL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54/RJ.¹³³⁰

A ação objeto de análise no presente tópico foi proposta em virtude das mulheres com gestação de fetos anencéfalos buscarem autorização para a interrupção da gravidez em face da inviabilidade de vida de referidos fetos, assim como do sofrimento (físico e psicológico) das mães na manutenção da gestação. A **Judicialização da Política**, na hipótese em testilha, está, dentre outros fatores, ligada ao fato dos atores políticos preferirem que o Poder Judiciário decida a questão que apresenta acentuado desacordo moral na Sociedade. Em casos polêmicos e politicamente custosos, como o presente, o Poder Legislativo, por meio da inércia deliberada, ao não impulsionar os projetos de lei existentes, delegou espaço para autuação judicial, no afã de não assumir os custos políticos da decisão, evitando o desgaste com os eleitores contrários às medidas¹³³¹

Primeiramente, faz-se a análise dos dois votos vencidos dos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. É possível sintetizá-los apontando que ambos afirmam ser **competência exclusiva do Congresso Nacional** normatizar a situação-problema apresentada, denotando a absoluta **impropriedade** da atuação do Supremo

¹³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 430.

¹³³⁰ Em muitos pontos as fundamentações dos votos são análogas à efetuada no tópico referente às uniões estáveis homossexuais. Assim também ocorre na classificação e análise do perfil do Supremo Tribunal Federal. Opta-se, então, pela não repetição integral da fundamentação, efetuando-se, tão somente, uma versão resumida.

¹³³¹ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 72. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 5ª edição. p. 439. “Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de ‘redirecionamento de culpa’ é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então a delegação pode beneficiar os atores políticos. No mínimo, a transferência de ‘abacaxis’ políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse”. HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. *Fordham Law Review*, v.75, n.2, 2006, p.165.

Tribunal Federal como **legislador positivo**. Ao Supremo Tribunal Federal, segundo essa posição, **cabe somente exercer o papel de legislador negativo**, cabendo-lhe, tão somente, a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Não é lícito ao “mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais”.¹³³²

É possível aduzir que os dois votos adotam **posição formalista**, na medida em que defendem a aplicação da literalidade das excludentes de criminalidade do aborto, ou seja, somente são hipóteses de exclusão do crime de aborto as previstas no art. 128 do Código Penal (aborto necessário e aborto sentimental), não estando elencada nas descrições a antecipação terapêutica de parto concernente a feto portador de anencefalia. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – não possuindo a atribuição de legislador positivo - não pode criar uma terceira hipótese de exclusão de criminalidade não prevista expressamente no Código Penal. As únicas exceções à aplicação de uma norma do sistema jurídico a um caso que nela se encaixe são as que se amparam em uma norma do mesmo sistema que preveja, para o caso, uma solução especial. Portanto, não há exercício legítimo da discricionariedade judicial e a decisão jurídica será plenamente correta somente quando se atenha às soluções objetivamente determinadas pelo sistema jurídico mesmo.¹³³³

Os votos vencidos também adotam uma **posição Procedimentalista**, porquanto apontam que o caminho para que se obtenha a excludente de antijuridicidade é através do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário. Com efeito, para o Procedimentalismo, a concretização de direitos constitucionais não deve ser lastreada por procedimentos judiciais ou de justiça constitucional. A própria Sociedade deve escolher os valores primordiais que devem preencher substancialmente a Democracia. Não há valores predeterminados de uma geração à outra e tal implementação não deve ser obra do Poder Judiciário, mas, sim, efetivada mediante

¹³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 411/415.

¹³³³ AMADO, Juan Antonio García. **Sobre formalismos y antiformalismos em la Teoría Del Derecho**. Eunomia. Revista em Cultura de la legalidade. Febrero 2013. p. 14. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=AMADO%2C+Juan+Antonio+Garc%C3%ADa.+Sobre+formalismos+y+antiformalismos+em+la+Teoría+Del+Derecho.+&btnG=. Acesso em: 11/8/2022.

deliberações emanadas de diferentes frentes do tecido social pela via legislativa.¹³³⁴ É que as decisões substantivas pertinentes a temas controvertidos no plano moral, econômico, político e social não devem ser extraídas da interpretação da Constituição efetivada por meio de Juízes. Caberá ao povo, por meio da representação democrática, em cada momento, deliberar acerca das pautas importantes.¹³³⁵ Decisões acerca de temas complexos e controversos – como é o caso da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos - devem ser engendradas no âmbito das maiorias políticas.¹³³⁶

Os votos vencidos também defendem uma **posição autocontida** do Supremo Tribunal Federal, devendo, assim, o Poder Judiciário ser deferente a não atuação do Poder Legislativo, no caso consistente em não criar uma nova excludente de ilicitude do aborto em caso de anencéfalos. É que a autocontenção é caracterizada pela atitude judicial de aceitar, sem intervir, a atuação (ações e omissões) dos poderes políticos representativos.¹³³⁷ No caso em tela, a atuação autocontida dos votos vencidos consistiu em evitar a aplicação direta da Constituição a uma hipótese não expressamente contemplada no texto, aguardando o preenchimento da excludente de juridicidade do aborto do feto anencéfalo pelo legislador ordinário, se assim for o entendimento do Congresso Nacional.¹³³⁸

No tocante à classificação de Juízes de Cass Sunstein os votos vencidos podem ser classificados como **personalidade de soldados**. Segundo Sunstein os soldados se caracterizam por maior deferência ao processo político, entendendo que a incumbência de promover a concretização das normas constitucionais é dos poderes políticos legitimados pelo voto. Com efeito, a característica definidora de um bom soldado consiste na estrita disposição de submeter-se às ordens de seus superiores, no caso os ramos políticos estatais. O dever dos soldados é somente aplicar a

1334 STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. p.151.

1335 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. 2 ed. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo horizonte: Fórum. p.220.

1336 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p. 117.

1337 BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.50.

1338 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

Constituição, as leis e os atos governamentais, não lhes competindo a redefinição das valorações já efetuadas pelos demais poderes. Os soldados, pois, não pretendem efetuar leituras morais da Constituição, nem almejam aventurar-se em seus próprios relatos pessoais daquilo que a Constituição requer.¹³³⁹

Relativamente aos votos vencedores, conforme expressamente consignado pelo Ministro Celso de Mello,¹³⁴⁰ a decisão é tendente a **promover a Democracia Material**, visto que indica um conjunto de fins, dentre os quais sobressai a proteção aos direitos das gestantes. A Democracia Material ou Substancial, pois, exige que as Constituições e os governos reconheçam e tenham como objetivo agir em prol da concretização dos direitos fundamentais, da justiça social e da igualdade material em todas as instâncias. Em síntese, impinge o combate a todas as formas de opressão. Havendo omissão do dever estatal de agir – no caso o dever de legislar para regulamentar a interrupção da gestação de fetos anencéfalos - mesmo existindo um Estado democrático formalmente estabelecido, a Democracia não se realiza em seu sentido material, ou seja, não há Democracia em sua plenitude.¹³⁴¹

Insta, por conseguinte, apontar que ao julgar procedente a demanda, dando interpretação conforme aos artigos 121 a 128 do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal proferiu **típica decisão manipulativa com eficácia aditiva**, criando, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto, superadora da literalidade do Código Penal. É possível asseverar que se trata de **decisão antiformalista**, visto que é uma defesa de que o direito pode ser estabelecido mesmo se não encontrado na literalidade do texto legal e constitucional, ou seja, a função jurisdicional não é meramente declaratória daquilo que existe,

¹³³⁹ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.6/8. Acesso em 12/10/2022.

¹³⁴⁰ O Ministro Celso de Mello pontifica que, considerando o sentido prevalecente no julgamento, o Supremo Tribunal Federal atua no exercício de uma função contramajoritária, no âmbito do Estado Democrático de Direito, de proteção de grupos vulneráveis, contra eventuais excessos da maioria, ou, ainda, contra omissões imputáveis aos grupos majoritários que sejam lesivas, em face da inércia estatal, aos grupos minoritários, cujo amparo jurisdicional deve ser analisado na perspectiva de uma concepção material de Democracia constitucional.

¹³⁴¹ “Os homens estão, no plano jurídico, incomparavelmente mais iguais do que em qualquer outra época graças às inúmeras cartas, constituições e declarações de direitos. Mas são também de fato, incomparavelmente mais desiguais na realidade. A 'era dos direitos', para usar de novo as palavras de Norberto Bobbio, é também a era da sua maciça violação e da mais profunda desigualdade”. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado). p 121.

previamente, estabelecido no texto da norma posta. Pelo contrário, na situação em análise, os Ministros do STF desempenharam um papel criativo do direito, agregando ao processo interpretativo juízos valorativos não plenamente predeterminados pelas normas jurídicas aplicáveis, no afã de estabelecer seu verdadeiro sentido e alcance.¹³⁴²

É necessário pontificar que a **abordagem antiformalista forneceu**, no caso, **um melhor resultado**. Na esteira da lição de Cass Sunstein, a abordagem não formalista faria sentido em um sistema legal com um excelente judiciário e com um legislador descuidado ou desatento.¹³⁴³ Na hipótese, o Legislador não foi atento nem responsivo. Pelo contrário, os projetos de lei que buscavam regulamentar a interrupção da gestação de fetos anencéfalos ficaram paralisados no Parlamento. Restou necessária, então, a atuação do Poder Judiciário para suprir a lacuna normativa e dar efetividade aos Direitos Fundamentais das gestantes que, sem a decisão, eram obrigadas a levar a cabo a gestação com grande sofrimento psicológico.¹³⁴⁴

Ato contínuo, é possível dizer que todos os Ministros que votaram com a maioria **lançaram argumentos lastreados em princípios – de forma enfática o princípio da proporcionalidade - para procedência do pedido**. No tocante à argumentação principiológica, impende mencionar que a estratégia de Ronald Dworkin – citado expressamente por alguns Ministros - gira em torno da ideia de que, quando os juristas raciocinam e debatem sobre casos difíceis, como é o caso da interrupção de fetos anencéfalos, os padrões estabelecidos pelo positivismo são insuficientes para solução das questões apresentadas. De fato, ao discutirem casos difíceis os juristas operam com padrões diferentes das regras (sendo as regras o sistema utilizado pelo positivismo), ou seja, raciocinam com base em princípios. Nesse passo, a esfera jurisdicional é o fórum dos argumentos de princípio (justificam a decisão mostrando que ela é “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”). Quem decide com base em princípios extrai legitimidade da resposta correta e dos bons argumentos e não da representação. Foi nesse sentido a

¹³⁴² AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. p. 264. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

¹³⁴³ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 207/208.

¹³⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Deve o formalismo ser defendido empiricamente?** In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 225.

argumentação efetuada no caso em análise. É possível, então, concluir que a decisão possui **fundamentação principiológica**.¹³⁴⁵

O Ministro Celso de Mello obtempera em seu voto que, considerando o sentido prevalecente no julgamento, o Supremo Tribunal Federal atua no exercício de uma **função contramajoritária**, no âmbito do Estado Democrático de Direito, de **proteção de grupos vulneráveis, contra eventuais excessos da maioria**, ou, ainda, contra **omissões imputáveis aos grupos majoritários** que sejam lesivas, em face da inércia estatal, aos grupos minoritários, cujo amparo jurisdicional deve ser analisado na perspectiva de uma **concepção material de Democracia constitucional**.¹³⁴⁶ No atinente à atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, importa salientar que para o filósofo estadunidense Ronald Dworkin, a Democracia não consiste apenas em um modelo político em que a maioria dos cidadãos pode decidir pelos demais, ou seja, não é apenas um regime de indivíduos que se agregam para tomar decisões de forma coletiva, processar os interesses individuais e convertê-los em política pública pela regra majoritária. O objetivo supremo da Democracia não se restringe a curvar-se à vontade da maioria, porquanto, além do aspecto procedimental (qualquer definição exclusivamente procedimental da Democracia é incompleta para ele), ela possui um aspecto substancial consistente na proteção dos Direitos Fundamentais.¹³⁴⁷

¹³⁴⁵DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 e 131/134. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 295/296. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 36/37 e 77. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

¹³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 358/366.

¹³⁴⁷DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23/29. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.586/587. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.189/192. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017. p.251. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 69 e 112/113. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p. 11 e 53. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 280.

Ronald Dworkin desvincula o conceito de Democracia à regra da maioria. Democracia não é mero procedimento. Democracia exige substância (Direitos Fundamentais, igual consideração e respeito) e, com isso, é possível defender que a revisão constitucional não é antidemocrática. Nesse passo, a legitimidade decorrerá de resultados substantivos e não de estatísticas. Assim, a jurisdição constitucional é uma instituição contramajoritária que fortalece a Democracia, na medida em que a proteção dos Direitos Fundamentais previne ou corrige defeitos do processo de deliberação. Além disso, o ganho para minorias é bastante efetivo com a revisão judicial, tendo em vista que a maioria pode impor, em tese, sua vontade pela força estatística, caso não haja a proteção da Corte. Nesse diapasão, os Direitos Fundamentais serão a trincheira de proteção da pessoa humana, ou, na expressão de Dworkin, “trunfos” nas mãos dos indivíduos, capacitando-os a resistir a certas decisões, ainda que emanadas de instituições políticas majoritárias.¹³⁴⁸ Assim sendo, a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, protegendo a minoria de gestantes de fetos anencéfalos da inação da maioria e do desrespeito aos seus Direitos Fundamentais, pode ser considerada **contramajoritária**.

Por conseguinte, insta apontar que o Ministro Gilmar Mendes aduz, ao julgar procedente a demanda, dando interpretação conforme aos arts. 121 a 128 do Código Penal, que o Tribunal está proferindo **típica decisão manipulativa com eficácia aditiva**, criando, ao lado das já existentes (art. 128, I e II do Código Penal), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto. Aduz ser inegável que o Tribunal está a se afastando do “vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias”.¹³⁴⁹

¹³⁴⁸DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23/29.DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.587/589. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.189/192. BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 251/252.BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed.Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018. p. 133/134. LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018. p. 45 e127. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 280.

¹³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 302/306.

De igual modo, o Ministro Celso de Mello obtempera, na presente decisão, que o Supremo Tribunal Federal, está **superando** a noção de que **somente atua como legislador negativo**, e evoluiu no sentido de acrescentar às modalidades de exclusão do crime de aborto previstas no art. 128 do Código Penal (aborto necessário e aborto sentimental), uma terceira hipótese – antecipação terapêutica de parto concernente ao feto portador de anencefalia -. Tem-se, assim, uma típica hipótese de **sentença de perfil aditivo** proferida em sede de jurisdição constitucional.¹³⁵⁰ Efetivamente, quando o sistema falha na produção da norma ou no mecanismo de proteção e o Supremo Tribunal Federal é acionado ele deve atuar, de alguma forma, em substituição ao sistema político. Nessa hipótese, **a resposta do Tribunal será através de uma atuação positiva**, atuando o STF como **legislador positivo**.¹³⁵¹

Na sequência, é possível concluir que a decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada uma **decisão ativista**, sendo, aqui, entendido por Ativismo Judicial a participação mais enfática e ampla do Poder Judiciário no âmbito da concretização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes. O Ativismo Judicial procura extrair ao máximo as potencialidades do texto constitucional, incluindo a construção de regras de conduta a partir de enunciados abertos como os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados como, no caso, a criação jurisprudencial de uma excludente de ilicitude, para o caso da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, não prevista – ao menos literalmente – na inteligência do Código Penal.¹³⁵²

Normalmente o ativismo ocorre nas hipóteses de retração dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo, e de um determinado desacoplamento entre a Sociedade civil e a classe política, como a hipótese em epígrafe onde o Parlamento não cumpriu com sua função constitucional, deixando ao desamparo jurídico uma minoria sub-representada, *in casu*, as gestantes de fetos anencéfalos. No

¹³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 353/358.

¹³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Brito. Julgado em: 5 Mai. 2011. p. 728/730.

¹³⁵² BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.49. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

caso presente, o Ativismo Judicial se manifesta, de acordo com a lição de Luís Roberto Barroso, pela aplicação direta da Constituição a uma hipótese não contemplada de forma expressa no texto constitucional, independentemente da colmatação do legislador ordinário. É uma hipótese distante das funções judiciais típicas e aproximam o Poder Judiciário da função de criação do próprio direito como legislador positivo.¹³⁵³

No tocante à classificação de Juízes de Cass Sunstein a decisão como um todo, com exceção dos votos vencidos, pode ser considerada de **personalidade heróica**. Os Juízes heróis são aqueles que entendem ser dever da Corte fazer a Sociedade evoluir. De modo geral, estão dispostos a invocar um entendimento ambicioso da Constituição para redirecionar a atuação estatal e a própria Sociedade. Os heróis vêm em muitas variedades, mas qualquer que seja a abordagem de interpretação adotada, eles acreditam no papel social transformador da Constituição pela atuação judicial. Esse perfil pretende colaborar com reformas sociais, abrindo caminhos de vanguarda diante da letargia e morosidade dos processos políticos institucionais, exatamente o que foi efetuado no caso em análise, onde a Corte exarou típica **sentença de perfil aditivo**, em sede de jurisdição constitucional, agregando ao arcabouço jurídico uma nova excludente de ilicitude ao crime de aborto.¹³⁵⁴

A decisão do Supremo Tribunal Federal também pode ser considerada uma decisão de **caráter Substancialista**, visto que o eixo Substancialista concede aos tribunais constitucionais, e ao Poder Judiciário de forma geral, uma nova inserção no plano das relações entre os três poderes. Preconiza a defesa de um Poder Judiciário ativo na transformação social e guardião de princípios insertos nos direitos fundamentais.¹³⁵⁵ Mais do equilibrar os demais poderes, o Judiciário é apontado como

¹³⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.49. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

¹³⁵⁴ SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=scr>. p.2/3. Acesso em 12/10/2022.

¹³⁵⁵BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. p. 138.

o poder que assume o papel de efetivar a vontade geral explicitada nas regras e princípios insertos nos textos constitucionais, ainda que contra eventuais majorias.¹³⁵⁶

Portanto, é possível concluir pela **adoção de um perfil Substantialista da Democracia** do Supremo Tribunal Federal no julgamento Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF tendo em vista que, conforme Dworkin, houve explícita cunhagem valorativa decorrente da aplicação da Constituição.¹³⁵⁷ Foi o que efetuou o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer uma nova excludente de ilicitude do crime de aborto para os casos de fetos com anencefalia, através de argumentação principiológica, assegurando os Direitos Fundamentais de uma minoria que não obteve amparo na política majoritária, as gestantes de fetos anencéfalos, mediante a criação jurisprudencial do direito.¹³⁵⁸

Insta destacar, ainda, que o Ministro Luiz Fux, nada obstante tenha julgado procedente o pedido, argumentou acerca da existência de um desacordo moral razoável na Sociedade acerca da matéria objeto do processo. Assim, aduziu que, na existência desse dissenso moral razoável, em questões de altíssima complexidade, a **postura minimalista do Poder Judiciário** é recomendada, devendo a Corte ficar adstrita à questão da criminalização do aborto de feto anencefálico. Seria prematuro, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal buscasse solucionar, como o legislador, todas as premissas de um intenso debate que apenas se inicia na Sociedade, fruto do pluralismo. Em virtude disso, aponta adotar, no caso, uma postura de contenção judicial relativamente à hipótese de criminalização da mulher que realiza a antecipação terapêutica do parto em razão da anencefalia do feto.¹³⁵⁹

A argumentação do Ministro apresenta cunho **minimalista e pragmático**, visto que o pragmatismo legal é experimentalista e voltado para o futuro, na medida em que se pauta nas consequências da decisão e não em conceitualismos ou

¹³⁵⁶VIANNA, Luiz Werneck (et. al). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2ª edição. p. 38.

¹³⁵⁷WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.32.

¹³⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: FGV, 2017. p. 59/62. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. p.118.

¹³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 12 Abril. 2012. p. 157/162.

generalidades. A decisão pragmática deve ponderar os resultados possíveis, seja buscando os efeitos desejados, seja evitando os efeitos indesejáveis. Aponta para a necessidade de se preocupar com o mundo real e com as consequências práticas das decisões judiciais, mas vai além de uma decisão preocupada apenas com as consequências imediatas, porquanto deve levar em conta também os efeitos sistêmicos. A atuação do Juiz pragmático “tende a privilegiar as bases de decisão estreitas em relação a bases amplas nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal”. O magistrado, pois, necessita trabalhar com os fatos presentes que são apresentados porquanto os fatos futuros são, essencialmente, incertos e a probabilidade de erros em sua projeção é grande. Ele evita, então, generalizações prematuras, pois é esse o caminho da prudência e do empiricismo.¹³⁶⁰

Necessário consignar que a atuação do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ, ora em análise, deu concretização à Constituição, foi democraticamente legítima, porquanto respeitou direitos, assegurou os Direitos Fundamentais e promoveu a Democracia Material. A decisão da Corte está correta, pois a minoria de gestantes de fetos anencefálicos estaria em pior situação se ela não interviesse. Dworkin obtempera que o controle de constitucionalidade será menos importante em comunidades com o costume histórico de proteger a legitimidade do governo, identificando os direitos individuais e, principalmente, o direito das minorias. No caso em testilha, os Direitos Fundamentais de uma minoria não foram respeitados pela inação do Poder Legislativo e a atuação do Supremo Tribunal Federal foi não somente legítima como também necessária.¹³⁶¹

Em conclusão, os votos vencidos dos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski podem ser caracterizados como **formalistas**, **autocontidos**, **Procedimentalistas** e adotando a **personalidade de soldado**. Por seu turno, os votos vencedores, e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de

¹³⁶⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.47 e 62. HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. p.51. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022.

¹³⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.50/51. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.609/610. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25/32. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. São Paulo: 2008. p.78. disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>. Acesso em 5/6/2022.

Preceito Fundamental n. 54/RJ, podem ser considerados como tendente à **promoção da Democracia Material, antiformalista, de fundamentação principiológica, contramajoritária, ativista, de personalidade heróica, Substancialista**, tendo o Supremo Tribunal Federal atuado como **legislador positivo**.

Em conclusão, em resposta as hipóteses levantadas na tese, no julgamento Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ, o perfil do Supremo Tribunal Federal pode ser classificado como majoritariamente Substancialista.

CONCLUSÃO

O objetivo geral e científico desta pesquisa consistiu na busca de elementos teóricos com intuito de subsidiar a análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, segundo as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista de Democracia, com base em julgados recentes sobre temas de relevância política e social.

O **primeiro capítulo** atendeu ao primeiro objetivo específico da pesquisa, com o escopo de investigar o conceito operacional e as características gerais da Democracia, bem assim sobre alguns conceitos correlatos, buscando estabelecer as bases teóricas de um sistema democrático, assunto que perpassa os demais capítulos. Pode-se concluir, da pesquisa, que o Brasil possui um bom grau de eficácia da Democracia Formal, nada obstante necessite de aperfeiçoamentos. Entretanto, as conquistas não são definitivas e por isso é imperioso que os cidadãos, as instituições em geral e o Poder Judiciário em especial estejam vigilantes na manutenção da Democracia Formal.

É imprescindível, então, no afã da proteção e consolidação da Democracia Formal no Brasil, que seja assegurada, e também fomentada, a possibilidade de participação efetiva dos membros da comunidade sobre como deve ser a política, mediante a igualdade de voto, o controle da agenda ou do programa de planejamento. Necessária, de igual forma, a inclusão de todos os adultos residentes permanentes nos direitos de cidadania e a manutenção de eleições para os principais cargos públicos. Urge, ainda, sejam asseguradas a liberdade de expressão e as fontes alternativas de informação, bem assim eleições livres, imparciais e regulares. Impende, ainda, uma melhor promoção da cidadania inclusiva e da compreensão ilustrada. Além disso, os cidadãos precisam ser bem instruídos (educação, cultura, conhecimento etc), e não estarem privados das condições mínimas existenciais (saúde, alimentação, moradia etc). Essa maior proteção da Democracia Formal é necessária, também, na luta contra as novas formas de ataque e corrosão da Democracia.

Por outro lado, há um baixo grau de eficácia no tocante à Democracia Material e, nesse passo, para que se tenha uma nação efetivamente democrática, em todos os níveis, necessita-se de um patamar mais elevado de eficácia dos Direitos Fundamentais (de liberdade, políticos, sociais e ambientais). Para uma melhora no

grau de eficácia da Democracia Material resta justificada uma atuação moderadamente substancial do Poder Judiciário para adjudicação dos Direitos Fundamentais, tal qual efetivado pelo Supremo Tribunal Federal no caso da união de pessoas do mesmo sexo, assim como no processo do aborto de fetos anencefálicos. É possível aduzir que a consolidação da Democracia é ainda um projeto em construção e necessita de aperfeiçoamento e expansão.

O **segundo capítulo** atendeu ao segundo objetivo específico da pesquisa, traçando a evolução da Separação de Poderes e da atuação moderna da atividade judicial, sendo essencial para estabelecer as premissas e os limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, com respeito aos demais poderes constituídos, assim como de acordo com os princípios democráticos. Além disso, disserta o capítulo sobre correntes clássicas de aplicação do direito e de posturas judiciais, estabelecendo uma conexão lógica e preparando a análise das teorias centrais para Tese, que são analisadas no terceiro Capítulo. Importante apontar que o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no mundo contemporâneo está diretamente relacionado com a própria evolução do Estado. Daí porque o papel de Juízes e Tribunais não pode ser compreendido sem ter em conta as mutações pelas quais passou o próprio Estado (Liberal, Social e Neoliberal). É nesse contexto complexo e multifacetado que o Poder Judiciário é chamado a atuar. Assim sendo, resta claro que a antiga forma de atuação dos sistemas judiciais, instituído para a Sociedade dos últimos duzentos anos, calcado nos influxos do positivismo jurídico, já não responde às demandas de Sociedades complexas, plurais, globalizadas e neoliberais. O que é possível verificar, na evolução da Separação de Poderes, é que a complexificação da Sociedade e do Estado operou significativas modificações nas tarefas e funções dos Juízes e tribunais.

Nesse passo, urge apontar que inexistente fórmula pronta e acabada que traga solução para todos os problemas relativos à Separação de Poderes e aos limites democráticos da atuação judicial. O princípio sofre alterações e adaptações à medida que a realidade social e a política se modificam. Independentemente da corrente interpretativa ou jurídico-filosófica adotada, a aplicação da teoria de Separação de Poderes não é estanque nem imutável. Sua relativa abstração, pois, está jungida às mutações dos arranjos jurídicos, políticos e sociais. Essa modificação do pêndulo da Separação de poderes, portanto, levanta a discussão sobre a legitimidade democrática dos Juízes para decidirem questões sensíveis e socialmente relevantes.

Conforme Aharon Barak, os sistemas jurídicos evoluem e os Juízes também são responsáveis por essas mudanças. Em um caso difícil, antes da decisão, há opções ao Juiz. Depois da decisão, o significado do direito muda, pois um novo direito é criado. A atividade judicial, portanto, envolve criação. A preocupação de Barak é com a política judicial, ou seja, com a formulação de uma abordagem sistemática - baseada em princípios - para o exercício da discricionariedade judicial em uma Democracia. Assim, o Juiz, em uma Democracia, deve observar duas questões principais: fazer a ponte entre o direito e a Sociedade e proteger a Constituição e a Democracia. Nessa toada, a criação judicial do direito deve expressar os valores básicos do sistema legal. O Juiz deve ser sensível ao seu papel na Democracia, levando a sério as tarefas que lhes são impostas, preenchendo a lacuna entre o direito e a Sociedade, protegendo a Constituição e a Democracia, tendo como finalidade precípua os valores e princípios da Democracia Constitucional.

O **terceiro capítulo** atendeu ao terceiro objetivo específico da pesquisa, sendo dedicado a explanar as teorias que são a base de análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, objeto principal da Tese e essenciais para confirmação ou rejeição das hipóteses estabelecidas. As teorias referidas estão em busca do equilíbrio entre Constitucionalismo e Democracia e estão inseridas em um dos novos modelos teóricos da ciência jurídica, coletivamente classificados como integrantes da corrente Pós-positivista. É diante dos novos prismas da teoria constitucional que se busca analisar as teorias Substancialista, Procedimentalista e Pragmatista da Democracia, as quais traçam os limites da jurisdição constitucional e o seu fundamento democrático.

No Brasil, com sua grave exclusão social, cultural, econômica e política, há grande espaço para a Judicialização da Política e para atuação judicial Substancialista. Busca-se, pela via judicial, sejam assegurados os Direitos Fundamentais delineados pela Constituição, mas não concretizados no mundo fenomênico. No caso brasileiro, inúmeras vezes, o processo político majoritário não tem conseguido satisfazer plenamente as demandas sociais, especialmente de minorias sub-representadas. Países de democratização tardia, como é o caso do Brasil, necessitam de um modelo de Judiciário que atue de forma Substancialista na concretização dos Direitos Fundamentais. No entanto, é importante salientar que a responsabilidade política dos julgadores é maior na medida em que aumenta a Judicialização da Política, a atuação Substancialista e a postura ativista do Poder

Judiciário. Quanto maior a interferência judicial em matérias complexas e que dividem a Sociedade, também maior será a responsabilidade política dos julgadores. É possível concluir, então, que há Ativismo Judicial legítimo, no contexto do Estado Democrático de Direito, desde que não sejam decisões voluntaristas, façam uma correta leitura moral da Constituição, elaborem o “romance em cadeia”, acatando a história institucional, e respeitem o direito como integridade. A legitimidade decorrerá, portanto, da demanda concreta e dos resultados obtidos.

O **quarto capítulo** atendeu ao quarto objetivo específico da pesquisa, onde foram analisados os modelos de Juízes, de acordo com os autores François Ost e Cass Sunstein. Logo em seguida, foram compiladas decisões emblemáticas envolvendo a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, assim como as teorias Procedimentalista, Substancialista e Pragmatista. Por fim, fez-se a análise do perfil de atuação do Supremo Tribunal Federal, no caso da união estável de pessoas do mesmo sexo, julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, assim como no caso da interrupção de gestação de fetos anencefálicos, julgado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ.

A título de conclusão do capítulo, após detida análise, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, caso da união estável de pessoas do mesmo sexo, pode ser considerada como tendente à **promoção da Democracia Material, liberal, igualitária, antiformalista, de fundamentação principiológica, contramajoritária, ativista, de personalidade heróica e Substancialista**, tendo o Supremo Tribunal Federal atuado como **legislador positivo**.

Por seu turno, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ, os **votos vencidos** dos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski podem ser caracterizados como **formalistas, autocontidos, Procedimentalistas** e adotando a **personalidade de soldado**. Em outro plano, de acordo com os votos vencedores, a decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada como tendente à **promoção da Democracia Material, antiformalista, de fundamentação principiológica, contramajoritária, ativista, de personalidade heróica e Substancialista**, tendo o Supremo Tribunal Federal atuado como **legislador positivo**.

Na introdução desta pesquisa, foram formuladas três hipóteses para o problema de pesquisa proposto. Finalizada pesquisa, as duas primeiras hipóteses não

foram confirmadas, restando confirmada a terceira hipótese ventilada. No afã de confirmar tal verificação, são apresentados os destaques dos principais pontos de investigação que foram delineados no decorrer da Tese, os quais permitem a sustentação das conclusões.

A **hipótese da tese afirmou** que a postura de atuação do Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes sobre temas de relevância política e social, pode ser caracterizada como Substancialista. A **hipótese restou confirmada** na análise da postura do Supremo Tribunal Federal no caso da união estável de pessoas do mesmo sexo, julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, assim como no caso da interrupção de gestação de fetos anencefálicos, julgado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/RJ. Em ambos os processos, o perfil atuação do Supremo Tribunal **pode ser considerado como de caráter Substancialista**, visto que houve explícita cunhagem valorativa decorrente da aplicação direta da Constituição, assegurando os Direitos Fundamentais de uma minoria, mediante a criação jurisprudencial do direito, em face da inércia da maioria, por meio de seus representantes eleitos. As duas decisões buscaram impulsionar avanços sociais que não foram promovidos, ou ficaram represados, no processo político majoritário, buscando-se o ensejo de uma Sociedade mais democrática, livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 211.

ACKERMAN, Bruce. **La constitución viviente**. Traducción: Carlos Enríque. Madrid: Marcial Pons. 2011.

ACKERMAN, Bruce. **We the people foundations 1**. Cambridge, Massachusetts: The belknap press of Harvard University Press. 1991.

ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers**. Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy. Cambridge: First Harvard University Press, 2007.

AMADO, Juan Antono García. **Sobre formalismos y antiformalismos em la Teoria Del Derecho**. Eunomia. Revista em Cultura de la legalidade. Febrero 2013. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=AMADO%2C+Juan+Antono+Garc%C3%ADa.+Sobre+formalismos+y+antiformalismos+em+la+Teoria+Del+Derecho.+&btnG=. Acesso em: 11/8/2022.

AMATO, Lucas Fucci. **Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento**. Suprema. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v.2, n. 1, jan/jun 2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em 9/8/2022.

AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**. La sfida delle migrazioni transnazionali. Editora: il Mulino. 2006.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Nova Cultural: São Paulo, 2004.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. **El sentido del Derecho**. 5 ed. Ariel Derecho: 2009.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del Derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Editorial Ariel. 1996.

BARAK, Aharon. **A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy.** Harvard Law Review 16. 2002. p. 19. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=A+JUDGE+ON+JUDGING%3A+THE+ROLE+OF+A+SUPREME+COURT+IN+A+DEMOCRACY&btnG=.

Acesso em 19/8/2022.

BARAK, Aharon. **Discrecionalidad judicial.** Traducción de Lucas E. Misseri e Isabel Lifante Vidal. Lima: Palestra Editores, 2021.

BARAK, Aharon. **El rol de la Corte Suprema en una democracia.** lus veritas 26. Traducción: Margarita Valladares Lopes. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=BARAK%2C+Aharon.+El+rol+de+la+Corte+Suprema+en+una+democracia.&btnG=. Acesso em 19/8/2022.

BARAK, Aharon. **Proporcionalidad.** Los derechos fundamentales y sus restricciones. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2021.

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** New Jersey: Princeton University Press.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. 5 ed. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6/5/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro,** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** Limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Rio de janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista da associação dos juízes federais do Brasil. n. 82.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução: Alexandre Werneck.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução: Renato Aguiar. Zahar: 2016. Kindle.

BAUMAN, Zygmunt; Lyon **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: gedisa. 2000.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e terra, 1999.

BICKEL, Alexander. **The judiciary and American democracy**: the countermajoritarian difficulty, and contemporary constitutional theory. University of New York Press: 2005.

BICKEL, Alexander M. **La rama menos peligrosa**. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política. Tradución: Mario Zamudio Vegal. México: Fondo de Cultura Económica, 2020.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. The Supreme Court at the Bar of Politics. New York: Yale University Press, 1986.

BIELSCHOWSKY, Raoni. **O poder judiciário na doutrina da separação de poderes**. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. Revista de informação legislativa. a 49 n 195 jul/set 2012.

BILLIER, Jean-Cassien. **História da filosofia do direito**. São Paulo: Manoele, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOBBIO, Norberto. PONTARA, Giuliano. VECA, Salvatore. **Crisis de la democracia**.

Barcelona: Ariel. 1985.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo e sociedade**. 11. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira, Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estudios de história de la filosofía**. De Hobbes a Gramsci. Tradução de Juan Carlos Bayón, Madri: Debate, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução: Jaime A. Closen. São Paulo: Unesp, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13 ed. Tradução: Carmen C. Varreale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Gerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos**/Norberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJP.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670 e 721, disponível em www.stf.gov.br., acesso em 20/6/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 29 Mai. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.330. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 3 Mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 26 Abril. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 670.422. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 11 Set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em: 5 Mai. 2011.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Lutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl.** Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2001. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82245>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariedade administrativa no estado constitucional de direito.** Curitiba: Juruá, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O judiciário e a democracia no Brasil.** Revista da Usp, v.21 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido.** Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de

Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y democracia.** México: Instituto Federal Electoral. 2013.

CARBONELL, Miguel. **En los orígenes del Estado Constitucional:** La declaración Francesa de 1789. Perú: Cuadernos del rectorado. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. 2012.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil:** apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 23.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n 34.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias.** 8 ed.Tradução: Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Os livres podem ser iguais?** São Paulo: Martins Fontes, 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Ferrer. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos.** Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012.

DAHL, Robert. **How Democratic is the American Constitution?** Yale University Press. 2001.

DAHL, Robert. **La democracia:** uma guia para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespin. Madrid: Taurus, 1998.

DAHL, Robert. **La poliarquia: participacion y oposicion** Traductor: Julia Moreno San Martin. Españã: Tecnos. 2009.

DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática.** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de janeiro: Jorge Zahar editor, 1989.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo:

Martins Fontes, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins fontes.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: malheiros 2005.

FERNANDES GARCIA, Eusébio. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. In PECES-BARBA, Gregório (org). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La lei del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo penal. 2 ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Fláveio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional.

Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista da USP – Dossiê Judiciário, v. 21.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas Tradução: Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. Análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional**. Ensaios políticos. Tradução: Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1.

HAMILTON, Alexander [et al.]. **O Federalista**. Tradução: Hitomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Ed. Líder, 2020.

HEINEN, Luana Renostro. **Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo/** Ana Catarina de Alencar [et al.]; Organizadora: Luana Renostro Heinen. Florianópolis: Habitus, 2020.

HEINEN, Luana Renostro. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: 2012. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>. Acesso em 18/9/2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

HERNÁNDEZ, José López. **El formalismo en la teoria estadounidense**. Anurio de filosofia Del derecho, 2001. Universidad de Múrcia. Disponível em: <file:///C:/Users/ams02/AppData/Local/Temp/DialnetElFormalismoEnLaTeoriaJuridicaEstadounidense-257666-2.pdf>. Acesso em 10/8/2022.

HIRSCHL, Ran. **Comparatives Matters**. The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford University press. 2014.

HIRSCHL, Ran. **Constitutional Theocracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University press. 2010.

HIRSHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck e Pedro Cantisano. Fordham Law Review, v.75, n.2, 2006.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**. As origens e consequências no novo constitucionalismo. Tradução: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**. O breve século XX. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEVISTSKY, STEVEN. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários, 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.

LÓPES CALERA, Nicolas Maria. Filosofia de los derechos humanos. *In*: **Filosofia del derecho (I)**. Granada: Comares, 1997.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de Poderes. Da doutrina liberal a princípio constitucional**. Revista de informação legislativa. A 45 n. 178 abr/junho 2008.

MENDES, Alexsander Fernandes. **Normas “programáticas” e sua aplicação no âmbito da nova hermenêutica.** Porto Alegre: Verbo jurídico. 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado. São Paulo: 2008.
<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/en.php>.
 Acesso em 5/6/2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** Estudos de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.2.

MONTESQUIEU, **Do espírito das leis.** Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Coleção os pensadores. Nova cultural: 2005.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia.** Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Ladsberg. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

MÜLLER, Frierich. **Que grau de exclusão ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria da Municipal da Cultura, 2000.

OLIVEIRA, Richard Romeiro. **Platão e a questão da democracia na República.** Revista de Estudos Filosóficos n. 12/2014. Disponível em: <http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/estudosfilosoficos/article/view/2133>. Acesso em 11/7/2022.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juez.** Revue de l'Ecole nationale de la magistrature, n.º 3, junio, 1990. tradução: Márcia Helena de Menezes Ribeiro. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/05/edicao-17.pdf#page=109>. Acesso em: 28/9/2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14.ed.rev.atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.

PECES-Barba, Gregório. MARTÍNEZ, Barba. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: **Curso de derechos fundamentales**: Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-Barba, Gregório. **Ética, Poder y Derecho**. Reflexiones ante el fin de siglo. Madrid: Fontamara. 2004.

PECES-Barba, Gregório. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael **Curso de Teoría del Derecho**. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons. 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PELICIOLI, Ângela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação de poderes**. Revista de informação legislativa. Brasília, ano 3 n.169 jan/março 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo em la actualidad: Continuidad o cambio de paradigma? *In* -----(*org*). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid. Marcial Pons, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. Quinta edición. Madrid: Tebar. 2007.

PINSKY, Jaime. **História da cidadania**, São Paulo: Contexto, 2003.

PLATÃO. **A República**. Tradução: Pietro Nasseti. Martin Claret: São Paulo, 2001.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins fontes, 2009.

PRADO, Ediano Dionísio do. **Idealização e empirismo: Platão e Aristóteles** – dois precursores controversos da Ciência política. Revista Sítio Novo v.4, out./dez.2020.

disponível em: <https://sitionovo.ifto.edu.br/index.php/sitionovo/article/view/688>. Acesso em 11/7/2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. Saraiva: 2015.

RITTER, Letícia Mousquer. **O papel do Juiz no Estado Democrático de Direito: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**. Tese de Doutorado. São Leopoldo: 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5376>. Acesso em: 6/10/2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza (org). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2017.

SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press. 1993.

SCHWARTZ, Bernard. **The Warren Court**. A Retrospective. New York: Oxford University press. 1996.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOLIANO, Vitor. **Ativismo judicial no Brasil**: uma definição. Revista Eletrônica de Direito e Política, programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência jurídica da Univali, Itajaí, v 8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em w.w.w.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980-7791.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Livraria do advogado: Porto Alegre. 3 ed. 2001.

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

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

SUNSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Harvard Library. Sept. 23, 2013. Disponível:<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/675452?journalCode=sr>. Acesso em: 12/10/2022.

TATE, C. Neal e Torbjörn, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995.

TERRA, Marcos Nobre; Terra, Ricardo. (organizadores) **Direito e Democracia**. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

TUSHNET, Mark. **Por qué la Constitución importa?** Traductor: Alberto Supelano. Serie de Teoria Juridica y Filosofia del Derecho n. 63. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck (*et. al*). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan.

VIEIRA, José Ribas. **Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial**. Estação Científica. Juiz de fora: Ed. Especial de Direito. VI. 01.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. São Paulo: FGV, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de direito FGV n. 8.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. 1 ed. Traducción: Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virguez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2018.

WALDRON, Jeremy. **Democratizar La Dignidad**. Estudios sobre Dignidad humana y Derechos. Traducción: Vicente F. Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019.

WALDRON, Jeremy. **Derechos e desacuerdos**. Traducción: José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** New York University School of Law. January 2013. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr123&div=44&id=&page=>. Acesso em 5/9/2022.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford University press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University press, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia estado e direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.