UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO "LAUDO DE CAMARGO"
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CONTRAMAJORITARISMO OU FUNÇÃO REPRESENTATIVA? UMA ANÁLISE DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.

HELOÍSA CHUBACI BEZERRA DE MENEZES

RIBEIRÃO PRETO - SP

2022

HELOÍSA CHUBACI BEZERRA DE MENEZES

CONTRAMAJORITARISMO OU FUNÇÃO REPRESENTATIVA? UMA ANÁLISE DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.
Linha de pesquisa: Concreção dos direitos coletivos

RIBEIRÃO PRETO
2022

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

MENEZES, Heloisa Chubachi Bezerra de, 1989-

M543c Contramajoritarismo ou função representativa? : uma análise sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no contexto do Constitucionalismo Brasileiro contemporâneo / Heloisa Chubachi Bezerra de Menezes. – Ribeirão Preto, 2023.

110 f.

Orientador: Prof.º Me.° Rafael Tomaz de Oliveira.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Mestrado em Direito, 2023.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Discricionariedade judicial. 3. Democracia. II. Título.

CDD 340

HELOÍSA CHUBACI BEZERRA DE MENEZES

CONTRAMAJORITARISMO OU FUNÇÃO REPRESENTATIVA? UMA ANÁLISE DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 01 de dezembro de 2022

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira
Presidente/UNAERP

Profa. Dra. Clarissa Tassinari
UNISINOS

Danilo Pereira Lima

Prof. Dr. Danilo Pereira Lima
UNIARAXÁ

RIBEIRÃO PRETO
2022

À minha filha Cecília e à minha avó Palmira

Em testemunho do meu infinito amor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, *Abel* e *Graça*, pelo grandioso exemplo de amor, honestidade e doação. Estiveram comigo em todas as viagens à Ribeirão e me protegeram e permitiram que eu cursasse o Mestrado mesmo grávida e insegura do futuro. Esperaram longas horas no banco da faculdade e cuidaram para que tudo fosse possível. Todo meu amor e gratidão por uma vida de tanta doação, carinho e cuidado.

Ao meu marido *Gustavo*, meu primeiro e único amor, por partilhar comigo meus sonhos e acreditar neles. Um amor sereno e constante que me permite descansar na certeza da lealdade que nos une.

À minha filha, *Cecília*, meu infinito amor. Fui presenteada pela realização simultânea de dois grandes sonhos: o mestrado e a maternidade. Tão logo iniciada as aulas do curso fui surpreendida pela inesperada, porém desejada gestação. Sentir sua presença dentro de mim durante todo o curso tornou maior e mais grandiosa esta missão. Desde então projetos e prioridades foram alterados porque nada mais é tão importante e profundo quanto te fazer feliz. Minha vida te pertence e espero te ter sempre ao meu lado.

Ao meu orientador, *Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira*. Um homem que reúne em si tantas qualidades: genialidade, simplicidade, poesia, generosidade. O Mestrado não teria sentido se não fosse me dado a honra de ver meu nome acompanhado pelo seu em um trabalho que não está à altura da sua profundidade intelectual. Obrigada pela generosidade e compreensão.

Ao meu irmão *Guilherme*, pela presença de alegria e otimismo.

A todos os professores do curso, especialmente aos *Professores Doutores Juvêncio Borges da Silva; Sebastião Sérgio da Silveira, Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega* e *Lucas de Souza Lehfeld*, pelas aulas brilhantes e os debates abertos e construtivos.

Aos *meus amigos* que fazem a minha vida um percurso possível porque a todo instante aliviam o fardo compartilhando os pesos da caminhada.

RESUMO

Pretendeu neste estudo testar a hipótese da função representativa do Supremo Tribunal Federal como solução para atenuar a aparente tensão entre dois ideais políticos, concreção dos direitos fundamentais e a não efetividade da representação política, através do Parlamento. O principal fundamento do ativismo judicial, característica central da tese da representatividade da Corte Constitucional pretende solucionar a projeção desta tensão no antigo e já resolvido duelo entre constitucionalismo e democracia. As descobertas ratificaram a essencialidade da Corte Constitucional dentro do arranjo democrático. Mais do que isso. Comprovou a necessidade da manutenção da atuação da Corte de maneira descompromissada às pressões populares como condição de proteção de valores essenciais a democracia, despidos da pretensão de serem os responsáveis por desempenhar, por meio de um papel iluminista, o impulsionamento da história. A pesquisa buscou compreender teórica e cientificamente a definição dos paradigmas que promoveram a tese do majoritarismo que invadiu as decisões da Corte Brasileira, empreendendo o suposto desejo majoritário a um requisito de validade das decisões. A conclusão foi pelo evidente cenário de autocracia judicial, que rompe flagrantemente os compromissos morais e constitucionais de auto restrição. A mutação da função da Corte é constitucionalmente impossível porque o desvio da atividade em detrimento do cumprimento da norma interrompe o fundamento de validade das decisões judicias em evidente rompimento dos papeis atribuídos ao Direito e os papeis atribuídos à Política. Entender que a efetivação dos direitos fundamentais exige a permanência constante dos paradoxos: atuação para manutenção da vida em abundância e decantação dos poderes do povo. O contramajoritarismo existe também para que os direitos fundamentais não sejam consumidos pela visão pura e distorcida da própria democracia, sendo este conceito necessariamente ampliado de maneira a contemplar mais do que “o governo do povo”. Ao final o estudo concluiu pela necessária redução do espaço teórico que possibilita a discricionariedade judicial e aumento da força da jurisdição constitucional para que ela permaneça sendo o escudo contra as tentações da força democrática exercida através da vontade majoritária, consolidando as conquistas do Constitucionalismo, ainda que este caminho importe em tensionar ainda mais a relação entre o povo e os poderes Legislativo e Executivo.

Palavras-Chave: Majoritarismo; Constitucionalismo; Democracia; Discricionariedade.

ABSTRACT

This study aimed to test the hypothesis of the representative function of the Federal Supreme Court as a solution to attenuate the apparent tension between two political ideals, the realization of fundamental rights and the ineffectiveness of political representation, through Parliament. The main foundation of judicial activism, a central feature of the thesis of the representativeness of the Constitutional Court, intends to resolve the projection of this tension in the old and already resolved duel between constitutionalism and democracy. The findings ratified the essentiality of the Constitutional Court within the democratic arrangement. More than that. It proved the need to maintain the Court's performance in an uncompromising way to popular pressures as a condition of protecting essential values to democracy, without the pretense of being responsible for playing, through an Enlightenment role, the impetus of history. The research sought to understand theoretically and scientifically the definition of the paradigms that promoted the thesis of majoritarianism that invaded the decisions of the Brazilian Court, undertaking the supposed majority desire to a requirement of validity of the decisions. The conclusion was the evident scenario of judicial autocracy, which flagrantly breaks the moral and constitutional commitments of self-restraint. Changing the role of the Court is constitutionally impossible because the deviation of the activity to the detriment of compliance with the norm interrupts the validity foundation of judicial decisions in an evident rupture of the roles attributed to Law and the roles attributed to Politics. Understanding that the realization of fundamental rights requires the constant permanence of paradoxes: acting to maintain life in abundance and decanting the powers of the people. Countermajoritarianism also exists so that fundamental rights are not consumed by the pure and distorted vision of democracy itself, this concept being necessarily expanded to include more than “the government of the people”. In the end, the study concluded for the necessary reduction of the theoretical space that makes possible the judicial discretion and increase of the strength of the constitutional jurisdiction so that it remains the shield against the temptations of the democratic force exerted through the majority will, consolidating the conquests of the Constitutionalism, although this path implies even more tension in the relationship between the people and the Legislative and Executive powers.

Key words: Majoritarianism; Constitutionalism; Democracy; Discretion.

Se quer seguir-me, narro-lhe; não uma aventura, mas experiência, a que me induziram, alternadamente, séries de raciocínios e intuições. Tomou-me tempo, desânimos, esforços. Dela me prezo, sem vangloriar-me. Surpreendo-me, porém, um tanto à-parte de todos, penetrando conhecimento que os outros ainda ignoram (...) reporto-me ao transcendente. Tudo, aliás, é a ponta de um mistério. Inclusive, os fatos. Ou a ausência deles. Dúvida? Quando nada acontece, há um milagre que não estamos vendo.

João Guimarães Rosa, *O Espelho.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 10
1 O ESTADO DA ARTE DO PROBLEMA: A FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB O OLHAR DA HIPERTROFIA DO DIREITO..... 19
1.1 A FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 20
1.2 ASPECTOS GERAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO 30
2 O DEVER CONTRMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO..... 38
2.1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DAS MINORIAS 38
2.2 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE: IMPORTANTES ESCLARECIMENTOS..... 46
2.3 A INFLUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA NAS DECISÕES JUDICIAIS..... 50
2.4 APONTAMENTOS IMPORTANTES ACERCA DAS DIFERENÇAS ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO, UM OLHAR SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA 58
3 DEMOCRACIA DESCONSTRUÍDA..... 73
3.1 A ORDEM DEMOCRÁTICA E O ESTADO DE DIREITO 80
3.2 AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS..... 84
3.3 A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MAIORIA 86
3.4 LIBERDADE E IGUALDADE..... 92
CONCLUSÃO..... 98
REFERÊNCIAS..... 105

INTRODUÇÃO

A aparente tensão entre dois ideais políticos e a pronta solução oferecida pelas correntes ativistas. Esse é o cenário que possibilitou a ocorrência manifesta do papel representativo do Supremo Tribunal Federal como fortalecimento democrático e diminuição da resistência diante da controvérsia acerca do papel conferido a Corte Constitucional em dar a última palavra em conflito sobre direitos fundamentais.

Se o parlamento se apresenta como a expressão mais pura do ideal democrático, a Corte Constitucional, através do controle de constitucionalidade, é a manifestação do constitucionalismo. O parlamento fortalece o imaginário e concretiza a ideia de governo do povo enquanto a Corte cuida da vigência dos limites constitucionalmente impostos. A dificuldade histórica de balanceamento desses ideais, notadamente no que se refere as questões procedimentais e substantivas, foi aparentemente solucionada pelo exercício representativo do Supremo. Este movimento recente e expansivo sugere uma alocação da função judiciária para o centro do poder político, munida de força democrática na medida que desempenha o desejo do povo, deixando o exercício do constitucionalismo como um adorno variável.

A prerrogativa constitucional conferida ao Supremo Tribunal de dar a última palavra, tem sido alvo de crescente tensão não apenas político, mas de forte pressão popular. A exposição midiática das decisões da Corte com forte reflexo político somado ao fato da crescente e profunda polarização partidária, ocasionou uma nunca antes vista pressão sobre a Corte, inclusive, com forte questionamento da imparcialidade com que os fundamentos jurídicos são analisados. Essa pressão ganha força na medida em que a tensão com os poderes Legislativo e Executivo aumentam, evidenciando a desarmônica relação entre eles. Os contornos empíricos fornecidos pela crise política atual contribuem com a preocupação perante a qual este trabalho paira porque as garantias constitucionais de proteção ao Supremo estão postas a prova como nunca.

Se a imparcialidade, objetividade e técnica dos decisores são alguns dos elementos autorizadores para concretização da supremacia judicial, proveniente da falsa ideia de se tratar de um ambiente asséptico, é preciso comprometer essa ideia com a constatação de que eles, os

decisores, estão sempre tomados por problemas de filosofia moral perante a qual o juiz está sempre submetido. A manipulação de metodologias interpretativas para conferir confiança na decisão e segurança jurídica ao jurisdicionados é construída a partir de um falso modelo de apoliticidade do direito.[1]

Além disso, a pressão popular para que a Corte se renda tanto a vontade popular quanto a pressão política dos outros poderes, abandonando o devido cumprimento da democracia constitucional e da legalidade, é fortíssima.

O debate acadêmico acerca do "problema democrático" da atuação das Cortes, principalmente em sede de controle de constitucionalidade, mas também em torno da possibilidade da "palavra final" foi popularizado. A discussão acadêmica não duvida, contudo, da necessidade da existência de um poder judiciário independente de eleições, porque sabe que é um fundamento para manutenção do conceito do "check and balance", estabelecido como requisito democrático.

O problema da popularização da discussão teórica da legitimidade democrática no exercício da Corte Constitucional como tal, e não apenas no exercício da atuação recursal, está em torno de um arraigado conceito moral da democracia. Ainda persiste no imaginário popular a ideia profunda de que a maioria tudo pode e que o poder e desejo majoritário devem ser indiscriminadamente cumprido.

Nesse sentido, a existência de um Poder que não corresponde ao desejo do povo diretamente não foi eleito e ainda toma decisões de efeito prático profundo é rejeitado pelas grandes massas. A utilidade democrática da Corte constitucional não é uma ideia difundida, uma vez que ainda se trata de uma discussão exclusiva e intelectualizada. É preciso que haja uma filiação moral prévia da população com o ideal verdadeiramente democrático que só pode surgir a partir da compreensão que a vontade majoritária deixa de ter qualquer valor caso promova o esvaziamento de direitos fundamentais ou a diminuição da igualdade em padrões minimamente desejáveis

A tensão entre os ideais políticos – democracia e constitucionalismo – se restringe em como balancear as demandas procedimentais de maneira a permitir a convivência harmônica e

[1] TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão e História**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. Tese de Doutorado em Direito Público. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/ bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael%20Tomaz%20de %20 Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 11 set. 2021

indissociável destes dois conceitos. Se democracia remete a um tipo de governo do povo e o constitucionalismo cuida da limitação deste poder, não é possível imaginar que um exista sem o outro. Poder absoluto não convive com qualquer ideal democrático, por isso a democracia constitucional é ainda a escolha da maioria dos países.

A proposta deste trabalho é, portanto, ratificar a essencialidade da Corte Constitucional dentro do arranjo democrático. Mais do que isso! Demonstrar a necessidade da manutenção da atuação da Corte de maneira descompromissada às pressões populares como condição de proteção de valores essenciais a democracia.

A pesquisa busca compreender teórica e cientificamente a definição dos paradigmas que promovem a tese do majoritarismo que invadiu as decisões da Corte Brasileira, promovendo o suposto desejo majoritário a um requisito de validade das decisões.

Em contato com o referencial teórico sobre as origens do problema, bem como das justificações apresentadas pelos defensores desta tese, já vivenciada, foi possível encontrar respostas para a manutenção da solidez democrática mediante a pacificação da tensão com o formato imposto pelo neoconstitucionalismo.

Por isso, buscou-se por meio da pesquisa identificar se a ocorrência desse novo método de decisão à jurisdição brasileira, notadamente a Corte Constitucional, alcança as soluções propostas por ela e ao mesmo tempo respeitam a engenharia constitucional e a separação dos poderes.

Diferentes abordagens e confusões conceituais podem concluir por respostas diferentes, no que tange ao que se espera de uma Suprema Corte. Afinal de contas, é preciso definir qual é o limite de contribuição do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais.

Um projeto ambicioso poderia supor que a Corte Constitucional está acima do poder legislativo para apurar a maneira mais eficiente de ordenar o necessário para que os direitos acompanhem a necessidade imposta pela evolução natural do homem, ainda que para tanto seja necessário a usurpação dos poderes e limites constitucionalmente impostos.

A pretensão é desvendar se o controle de constitucionalidade legitima a Corte a agir por ela mesmo. Usando a expressão de Conrado Hubner Mendes, dissociar o controle de constitucionalidade a ideia de “cheque em branco”. Essa possível e crescente ideia de superestimação do controle de constitucionalidade faz atrofiar a responsabilidade dos outros poderes, num movimento contrário a democracia.

Uma visão apressada do estudo da constitucionalidade, segundo o autor, pode concluir prematuramente que a Corte usufrui de uma credencial especial, relativizando conceitos democráticos essenciais consolidados: democracia não é sinônimo de majoritarismo – ao contrário, exerce uma necessária "desaceleração da política majoritária"; a Corte existe para dar cumprimento à constituição e, portanto, não pode ela própria descumpri-la; a existência de um poder contramajoritário é essencial para defesa das minorias, logo, da manutenção da igualdade.[2]

A crise política brasileira que provoca um movimento pendular entre tendências democráticas e ditatoriais, comprova a ideia de que a existência de um regime democrático supera o colecionamento de indivíduos que se unem apenas para formação de votos e tomadas de decisões. A esse exercício é preciso somar filiação moral de honrar e fazer sobreviver os pilares democráticos essenciais.

A tensão existente entre os Poderes, natural do exercício do controle e da separação entre eles, exige dos intérpretes do direito um certo esforço para elaborar mecanismos de "diálogo institucional" que possa aliviar possíveis desarmonias. A crescente postura retórica dos presidentes, que não mais exercem exclusivamente o papel de chefe de governo, mas também de líder do povo torna cada vez mais pública e, portanto, mais conflituoso o desgaste institucional entre os poderes. Não se trata de um mal-estar, mas sim de um verdadeiro risco político de enfraquecimento democrático.

Nesse sentido, um presidente que desenvolva bem a habilidade de atender as demandas psíquicas da nação, dando voz aos desejos dela – ainda que não haja de fato um compromisso moral verdadeiro de propósitos – pode movimentar a massa para pressionar qualquer alvo a se curvar aos desejos dela (ainda que estejam revestidas e disfarçadas da vontade egoísta do líder).[3]

Exatamente este ponto sobre o qual pretendo demonstrar que a força da massa, exercida de maneira irrefreável, pode enfraquecer sobremaneira a democracia. O estudo não pretende estudar a relação de tensão não entre os entes públicos, mas sim na relação cada vez mais íntima entre o exercício político e de responsividade dos desejos do povo, notadamente com relação ao Poder Judiciário.

---

[2] MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo, USP, 2008, p. 9.

[3] CEASER, James W. *et al*. The Rise of the Rhetorical Presidency. **Presidential Studies Quarterly**, vol. 11, no. 2, 1981, p. 158–171. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/27547683>. Acesso em: 10 set. 2021.

Perceberemos que o comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal – como realidade e não mais como promessa – passou a ser justificado pela necessidade de atuar em acordo com a possível vontade majoritária como um requisito de legitimação democrática para o exercício do Controle de Constitucionalidade.

Esse fenômeno, na verdade, corresponde a uma transformação da relação da liderança política com o povo. A dinâmica atual impõe um dilema institucional para qualquer que seja o pleito eleitoral: a campanha exige apresentações retóricas, esvaziadas de preocupações sinceras com o futuro do país. Essa constatação, facilmente percebida por uma rápida observação, reforça a ideia de que o cenário democrático atual está alicerçado na capacidade do líder de provocar sentimentos de segurança e empatia, formulando um pacto de união de propósitos. Mais do que comprovar experiência política ou capacidade administrativa, a liderança política deve convencer de que existe um bem comum pelo qual deseja lutar.

Segundo o mesmo autor, Jeffrey Tulis, essa alteração da percepção da grande massa na escolha dos representantes políticos, e, portanto, da engenharia democrática, é causada pela nova e profunda relação com a mídia moderna (e pela relação íntima com o grupo de eleitores e com os próprios candidatos).[4]

Essas constatações empíricas contribuem para a relação do problema estudado neste trabalho. Se antes o critério de legitimação pública para o exercício dos cargos públicos era a verificação da capacidade técnica para desempenho deles, hoje parece ser preciso uma relação de empatia, através de uma identificação pessoal de propósitos. Se este cenário pode sugerir riscos democráticos por motivos evidentes, ainda mais grave pode ser para a manutenção da legitimidade e autoridade do Poder Judiciário.

A manutenção do Poder Judiciário tal como deve ser (livre e independente de apoio político eleitoral) a distância do povo. Se pouca ou nenhuma dúvida dentro da teoria jurídica paira sobre a adequação deste modelo, tanto no que se refere a composição quanto das garantias constitucionais (Artigo 95 da Constituição) (e um pouco menos no que se refere a investidura), para o povo ainda é misterioso e pouco transparente os motivos que justificam essa formação.

Essa distância entre os motivos teóricos da composição e execução do propósito das Cortes Constitucionais pode ser um dos motivos da tensão existente entre o Supremo Tribunal e o povo. A necessidade de agir de maneira representativa, como pretendida pelos recentes

[4] CEASER, James W. *et al*. The Rise of the Rhetorical Presidency. **Presidential Studies Quarterly**, vol. 11, no. 2, 1981, p. 158–171. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/27547683>. Acesso em: 10 set. 2021.

movimentos da Corte, pretendem diminuir o conflito e, tal como tem sido feito pelos outros dois Poderes, servir de instrumento para aproximar e afeiçoar o público, como se fossem ameaçados por possíveis rejeições.

Todas essas complexas interações, políticas e jurídicas, provenientes de recursos empíricos e também de pesquisas teóricas fazem parte do terreno que pretendo percorrer neste trabalho. Encontrar respostas para a crise imposta entre o exercício puro do constitucionalismo, feito pelo Supremo Tribunal Federal, e o exercício democrático, realizado pelo povo – na pretensa interferência, tal qual feita nos outros poderes, dentro do Supremo Tribunal.

Assim, tudo aquilo que compõe o objeto de estudo bem como os motivos pelos quais a recusa ao modelo ofertado pelo Judiciário se justifica pelo enfraquecimento democrático – pelo excesso de exercício majoritário - e o risco de sobrepujar os limites constitucionais impostos.

O resultado é a constatação do fortalecimento da crescente discricionariedade judicial, não obstante vivenciada dentro de um cenário de positivismo jurídico, que somada ao problema "da última palavra" e ainda ao dever contramajoritário, forma um resultado desafiador para a convivência harmônica com qualquer que seja o conceito de democracia escolhido.

A ponderação e o diálogo institucional oferecem o bom senso e a harmonia como resposta aos conflitos decorrentes da relação entre exercício dos poderes legislativo e executivo, face ao Poder Judiciário. Contudo, confiar apenas ao diálogo a manutenção da relação democrática a esses poderes parece ser bastante ingênua, da mesma forma que, confiar ao constitucionalismo a solução para as tensões – notadamente as mais recentes – entre o Poder Judiciário e o povo parecem não funcionar.

Este trabalho pretende, desta feita, testar a possibilidade da conciliação da Suprema Corte com o povo através de teorias que acreditam que o diálogo deve ser conquistado a partir da aproximação de ideias (entre a Corte e o povo), de sorte que as deliberações prestigiem – sempre que entenderem possível – a vontade popular.

O caminho proposto para se alcançar esse objetivo é o ativismo judicial já que agradar a maioria – se é que de fato ela existe – por vezes não encontra guarida na lei. A constatação trivial no novo comportamento do Judiciário traz à tona, mais uma vez, o problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. É preciso, portanto, questionar quais são os limites dos novos diálogos pretendidos entre Poder Judiciário e povo. Questionar à luz da engenharia constitucional posta se pertence mesmo ao Poder Judiciário o dever de

acelerar pautas pretendidas pelo povo que estão desatendidas pelo Poder Legislativo e Executivo. Se o Judiciário de fato pode exercer o papel iluminista, impulsionando a história, como defende o Ministro Luís Roberto Barroso.

Ainda que, de pronto, pareça uma retórica inofensiva a quem quer que seja, uma vez percorrido este caminho e formado os precedentes, o caminho de volta sempre exige mais esforço. Afinal de contas, a legitimidade das Cortes Constitucionais deve ser incrementada pela participação pública? Legitimidade é equivalente a adesão pública? A relação do Poder Judiciário e o povo deve se extrapolar a já conhecida e exercida possibilidade do amicus curiae e desatender a vontade do povo de sorte que dar cumprimento à lei diminui a validade das decisões da Corte Suprema? E por fim, neste cenário cada vez menos hipotético, quem ou o que, vai proteger grupos minoritários da vontade avassaladora de grupos majoritários?

Todos esses fatores serão discutidos ao longo do texto, contudo, desde o início pode ser prontamente apresentado alguns motivos teóricos relevantes: a imunização dos canais de controle democrático exercidos em face dos outros poderes se dá em razão da necessidade de zelar pela integridade constitucional, que só é possível para um órgão independente de conflitos partidários. Além disso, a afetação política poderia corromper o padrão decisório adequado mediante a necessária compreensão dos argumentos jurídicos. Além, é claro, de salvaguardar a democracia e proteger minorias.

A atual posição tomada pelo Supremo Tribunal brasileiro – ativista e iluminista, como diria o Ministro Barroso - somada a recente exposição midiática intensa da Corte (há alguns anos o STF era um tanto mais reservado e poucos conheciam seus procedimentos e decisões) e a crise política instalada no país, carregou para lá a missão de salvar a democracia de si mesmo e mostrar-se como eficiente poder moderador.

Contudo, o que o Brasil pôde assistir foi a manifestação de um poder tensionador já que ao invés de árbitro, equidistante das partes, "tornou-se partícipe da crise. Já não é mais visto como aplicador equidistante do direito, mas como adversário ou parceiro de atores políticos diversos [...] O ator que deveria apagar incêndios fez-se incendiário. Não foi vítima da conjuntura, mas da própria inépcia. A vanguarda iluminista na aspiração descobriu-se vanguarda ilusionista na ação (e na inação)". [5]

[5] MENDES, Conrado Hübner. **Na Prática, Ministros do STF Agridem a Democracia**, escreve professor da USP. Disponível em: <http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora&url=http://www1.…de-autode gra dacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 17 ago. 2021.

O trabalho propõe, portanto, uma análise detida acerca do comportamento do Poder Judiciário, principalmente dos últimos anos. Conceitos estabelecidos que compõe a essencialidade da democracia, parecem estar distendidos. Até que ponto eles poderão resistir, é o que pretendo descobrir. Ainda vivemos numa democracia onde o Estado de Direito pretende "o governo das leis, e não dos homens" ou o poder político está imerso em águas da vaidade e poder? A resposta parece estar na análise ética e isenta de voluntarismos. Insistir na ideia de que é preciso permanecer do ideal do "governo do Supremo, não dos ministros". Se a afronta do povo à existência da Corte Constitucional é temerosa e verdadeira, mais ainda se os riscos provem dos próprios integrantes.

O resultado dessa pesquisa pretende demostrar, se for o caso, se o comportamento adotado pelos Ministros (uma constatação incontroversa) poderá comprometer as dimensões simbólica e a material da Corte, e se estamos de fato diante da possibilidade de comprometer a fonte de autoridade e a capacidade de ser obedecido. Mais do que isso, o descrédito, o peso da falta de reverência e respeito são reflexos resultantes do caminho que pode ser percorrido para o mais grave, o enfraquecimento democrático. A perda da autoridade significa também perda de reconhecimento, uma função que nada tem a ver com obediência ou persuasão, mas uma conquista inerente ao exercício da função. A profundidade deste conceito e portanto, da diminuição dele no contexto atual pode ser dimensionado nas palavras de Hannah Arendt: "o maior inimigo da autoridade é o desrespeito".[6]

Os fenômenos do ativismo judicial somado a judicialização da política provocou o surgimento e a naturalização do conceito de supremacia judicial, decorrente, possivelmente, da soma de dois perfis de jurisdição importantes: o papel político de atuação da Corte bem como o de concretização de direitos. Essa profundidade de importância perante a qual o Supremo é submetido o coloca numa posição de oráculo do direito? [7] E ainda mais, é possível defender a ideia de que o comportamento judicial dos últimos anos permanece legitimando e conferindo autoridade ou estamos no início de uma desbancada irreversível?

---

[6] ARENDT, Hannah. **Crises of the Republic**. San Diego/New York/London: A Harvest Book/Harcourt Brace & Company, 1972, p. 142-145.

[7] TASSINARI, Clarissa. A Autoridade Simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547>. Acesso em: 17 ago. 2021.

As consequências de um poder hipertrofiado e incontrolável é o centro que este trabalho pretende gravitar. A ênfase estará, certamente, nas consequências à plenitude democrática e o risco imposto aos direitos fundamentais em decorrência da força majoritária.

1 O ESTADO DA ARTE DO PROBLEMA: A FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB O OLHAR DA HIPERTROFIA DO DIREITO

Se este trabalho pretende debruçar-se sobre o problema da existência da função representativa das Cortes Constitucionais, é preciso esclarecer o que de fato ela representa. No Brasil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, soma duas características que merecem atenção: defende expressamente que o Tribunal deve adotar a função representativa e, como Ministro, coleciona casos controversos de decisões marcadas pelo ativismo judicial e justificadas pela função representativa.

Assim, não se trata de um estudo sobre uma hipótese futura ou preocupação pessimista sobre os rumos do direito. O exercício da função representativa de Cortes Constitucionais é uma realidade no Brasil e no mundo.

A imbricada relação da função representativa e ativismo judicial ganha contornos ainda mais complexos no Brasil porque a Constituição brasileira apresenta extenso conteúdo normativo e limita as competências e ameniza, supostamente, a existência de estratégias teóricas para expansão da interpretação judicial de modo a superação do texto.

Isso quer dizer que a função do Supremo, desprezados conceitos como representativos, iluminista ou contramajoritária, está claramente identificada no texto constitucional. É claro que as possibilidades interpretativas do Direito não podem ser a todo extinta, contudo, o espaço para teses como a do Ministro Barroso é mais restrito. Ainda assim, o ativismo judicial à Brasileira avança e se consolida cada dia mais.

A professora Clarissa Tassinari esclarece que, como dito, o cenário atual e a convivência do ativismo judicial com a judicialização da política puderam naturalizar a hipótese de supremacia do Supremo Tribunal Federal, na medida em que é somado características de autoridade às características das funções da Corte. Vejamos:

> Através da conjugação desses dois *perfis* de jurisdição constitucional (norte americana e alemã), a supremacia judicial no Brasil pode ser identificada com a *concessão* de três autoridades ao STF: interpretativa, política e simbólica. Por sua vez, como

> consequência, isso desperta no Tribunal o exercício de três *papéis*, vinculados à criação dos seguintes pressupostos: de que o Tribunal possui a última palavra na construção do direito (STF como *o intérprete autorizado*), de que sua atuação sobrepõe-se a das instâncias majoritárias (como *o governante bem intencionado*) e de que ele é o poder mais habilitado (capaz) de traduzir os anseios sociais (*o poder mais admirado*).[8]

Para o cumprimento das funções e a permanência da autoridade, é preciso que haja, contudo, reconhecimento inquestionável tanto das autoridades políticas como do povo sob o qual a Corte se presta. Assim, a agonia do espectro atual se dá em razão da fragilização do respeito – aqui relacionado a ideia de autoridade de Hannah Arendt – e fidelização moral do povo no que concerne a existência da Suprema Corte como parte indissociável da democracia brasileira.

1.1 A FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ainda que seja um fenômeno verificado no mundo inteiro, no Brasil, ao menos, a função representativa do Supremo Tribunal Federal é defendida e estudada de maneira mais explícita pelo Ministro Luís Roberto Barroso. A importância desta referência e destaque para este estudo é evidente. Ministro do Supremo desde 2013, mais do que estudar e defender o dever do Supremo de agir de maneira representativa, tal qual os outros Poderes, o Ministro aplica a tese em suas decisões. Na verdade, trata-se de uma realidade de toda a Corte e não apenas do Ministro. Assim, mais do que uma tendência é uma realidade. À esta peculiaridade que envolve o Ministro somada a importância da teoria e da prática promovida por ele, é que se justifica construir a ideia da função representativa a partir dele.

A convicção do Ministro no modelo de um Poder Judiciário ativista como fórmula para concreção dos direitos fundamentais se fundamenta na desconexão evidente entre o desejo do povo e a atuação efetiva dos outros poderes, principalmente do Legislativo. [9] Mais do que caracterizar um problema clássico de representatividade, entre o povo e os eleitos (deputados, senadores e presidente) representa para ele um obstáculo intransponível na concretização e no

---

[8] TASSINARI, Clarissa. A Autoridade Simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547>. Acesso em: 27 jul. 2021.

[9] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 4.

avanço de direitos. Ao Supremo Tribunal Federal, então, cabe "empurrar a história"[10], respondendo as demandas trazidas via ação judicial e ultrapassando os limites impostos pela Constituição no tocante a competência da Corte.

Ele não diz, mas a função representativa do Supremo aparece sempre como fundamento, condição, para que as decisões ativistas aconteçam. Esta constatação não é um problema muito menos uma acusação ao Ministro porque o ativismo judicial é também um fenômeno defendido por ele. Na verdade, ainda que as duas ideias – ativismo e função representativa - habitem frequentemente os textos e os discursos do Ministro, nunca foi feita a relação íntima entre ambos como condição de concretização do papel idealizado para o Poder Judiciário.

A verdade é que o ativismo judicial só parece ser possível no Brasil se fundamentado pela representatividade da Corte. Diferente dos Estados Unidos, país onde surgiu o ativismo judicial, a Constituição Brasileira é obstáculo suficiente para impedir a prática ativista. A superação deste obstáculo tem sido feita, principalmente, pela justificação através da hipótese da representatividade.

A função representativa das Cortes Constitucionais já foi fundamento para o problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade exercido por ela. Neste ponto, o questionamento se dava no seguinte sentido: como pode um Poder não eleito anular atos de outros Poderes que eleitos, agem em nome do povo? A possibilidade da atuação do controle e guarda da Constituição ser um defeito democrático foi por vezes solucionada pela tese da representatividade.

Robert Alexy desenvolveu essa tese. Afirmou que a Corte assumia o desejo do povo quando eliminava do campo normativo qualquer texto que contrariasse a Constituição, porque sendo este produto da vontade da maioria, o texto inconstitucional superveniente só poderia ser de desagrado de todos. Assim, neste cenário, o papel da Corte era de representar a vontade do povo e não o contrário. Eis a solução do problema democrático proposto por Alexy .[11]

Para Barroso, contudo, a atuação da Corte deve corresponder às expectativas depositadas nela. Não se trata de uma solução para solucionar o problema democrático, como

---

[10] GLEZER, Rubens. O Voto Sem Razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. *In* VIEIRA, Oscar Vilhena. GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 26.

[11] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 217: 55-66. jul./set. 1999, p. 12.

dito por Alexy. Enquanto o Poder Legislativo sofre um problema de correspondência com os eleitores e tem uma imagem frágil e deslocada deles, o Poder Judiciário ainda se mantem com uma imagem de ser forte e atuante.[12] Esta visibilidade positiva da Corte, segundo ele, foi conquistada pelo intenso processo judicialização que colocou o Supremo sob os olhares de todo o país e ainda, permitiu que lhe fosse confiado a solução de conflitos abandonados por outros poderes.[13]

A visibilidade foi aprofundada pela promoção de audiências públicas e ainda pela exposição ao vivo, pela televisão e internet, dos atos públicos praticados pelo Órgão. Um importante instrumento de transparência e de participação pública, ambos agradáveis a democracia.[14]

Com efeito, Barroso admite o dever contramajoritário do Tribunal Constitucional. Contudo, acusa a doutrina brasileira em geral de omitir dois outros papeis importantes desempenhados pelo Supremo de "maneira relevante": o papel representativo e o papel iluminista.

No tocante ao papel contramajoritário, outro capítulo lhe será dedicado. Cabe agora entender os dois outros papeis defendidos pelo Ministro, que podem ser utilizados em determinados contextos. Sendo didático, ele elenca de maneira organizada os momentos que acredita serem compatíveis com sua tese:

> Cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, também, em diversas situações, um papel representativo. Isso ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.[15]

Dos exemplos circunstanciais trazidos pelo Ministro é possível extrair um suposto conceito do que ele pretende defender como função representativa do Supremo: decidir o caso concreto de acordo com o que espera a maioria, notadamente se o desejo for proveniente da omissão do Poder Legislativo. Esta omissão é resultado de uma profunda crise de legitimidade, representatividade dos parlamentos, que desaguou na expansão do Poder Judiciário. Sobre isso,

---

[12] BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias, contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 4, 2017, p. 1.
[13] Ibid., p. 2.
[14] Ibid., p. 4.
[15] Ibid., p. 6.

ele conclui: “É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares”.[16]

O fundamento jurídico se torna acessório e geralmente é solucionado na indicação de um princípio ou de uma nota genérica de violação aos ideais constitucionais. Vejamos:

> Alguns exemplos da Corte brasileira ilustram o que se vem de afirmar. O primeiro: em uma ação direta, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional toda e qualquer nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos públicos de livre nomeação nos três Poderes. Pelo conhecimento convencional, seriam exigíveis lei federal e leis estaduais para impor esse tipo de restrição. No entanto, apesar da ampla cobrança por parte da sociedade, as leis não vinham. Diante disso, o Tribunal extraiu tal proibição dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da impessoalidade.[17]

O resultado do exemplo citado é a Súmula Vinculante n. 13. O texto do Ministro é ousado. Não faz rodeios. Assume de pronto que o objetivo foi satisfazer a vontade da sociedade que parecia estar desatendida pelo poder competente. Os princípios que foram os fundamentos da decisão, moralidade e impessoalidade, por sua vez, assumem papeis secundários na formação da decisão porque servem para justificar – como que um adorno formalmente exigido – a decisão que já havia sido anteriormente tomada.

A decisão, neste e em todos os outros casos de decisão de caráter representativo, é construída a partir do resultado que se deseja obter. A fundamentação jurídica surge depois, é esquadrinhada para cumprimento de protocolo já que não influenciou em nada o resultado. Mas o que deve deter a atenção do crítico, seja um jurista ou um leigo, não é o resultado da medida judicial, porque esta é o produto da manipulação do Direito para corresponder à vontade majoritária. O risco democrático pela afronta constitucional se dá no argumento e principalmente no procedimento adotado, ou seja, o caminho que foi percorrido para que o resultado fosse possível. É neste lugar que o selo de integridade institucional do Supremo Tribunal se desfaz.

Este cenário todo de mitigação da força da lei é fundamentado pelo Ministro Barroso e por outros que acreditam que, o cumprimento da lei se dá pela crença no texto escrito da lei, produto do procedimento do Legislativo. Segundo esta corrente, não existe um desprendimento

---

[16] BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias, contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 4, 2017, p. 53.
[17] Ibid., p. 7.

necessário da forma para que se alcance o principal, o fundo – o fundamento – da lei, o direito pretendido pelo "conteúdo". [18]

A diminuição da correspondência da lei como produto da vontade de uma classe hegemônica é um instrumento utilizado para a desobrigação de cumprimento dela. A superação do texto da lei é justificada pela adoção do sentido decorrente de todo o sistema normativo, para formação de um "[...] movimento dialético da história e cuja concretização sofre também a importante e não negligenciável contribuição do jurista. O jurista participa do processo de criação do direito [...]".[19]

A "função iluminista" deve ser, segundo ele, fruto de profunda parcimônia e autocontenção da Corte porque promovem "[...] em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. " Tantas são as possibilidades que cabem dentro deste conceito, que o risco se torna tão profundo quanto a extensão genérica do discurso.

Esta função leva em conta os valores contidos na Constituição Brasileira, sendo que estes são obtidos através do resumo daquilo que o texto completo pretendeu. Trata-se de um compromisso com os propósitos da Constituição, considerando que ela "[...] sustenta uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro"[20]. Nessa perspectiva, o judiciário assumiria um papel fundamental de afirmar o projeto constitucional, produto democrático:

> Uma dogmática emancipatória não pode esquecer esses dados. Quando a Constituição elege valores como a justiça, a liberdade e a igualdade, princípios como o Estado Democrático de Direito, a Cidadania e a dignidade da pessoa humana e, como objetivo, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é preciso ter em mente que apontadas as dimensões principiológicas devem ser atuadas e realizadas[21].

A crítica não se restringe a utilização de expressões genéricas. Há muito o Direito se vale delas para permitir a adequação e evolução do texto. Se dá também em razão da desmedida carga de subjetividade dos conceitos que fazem parte do fundamento (tal como valores racionais e avanços civilizatórios). Não são todos os "avanços civilizatórios" que merecerão guarida. Apenas alguns, segundo ele. Caberá aos Ministros medir quais processos estarão dispostos a se

---

[18] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). *In* **Uma Vida Dedicada ao Direito:** homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36.
[19] Ibid., p. 38.
[20] Ibid., p. 42.
[21] Ibid., p. 45.

utilizarem para “empurrar a história” e em quais se valerão da parcimônia e autocontenção para cumprir a Constituição.

Com a parcialidade profundamente diminuída, cabe aos jurisdicionados contar com a sorte. Não se pode prever se os fundamentos jurídicos argumentados na ação proposta serão confrontados ou se desconsiderados diante do caráter histórico da ação.

A não recepção pela Corte da função representativa importa, segundo Barroso, na conformação do Direito em um mundo jurídico do feudo do pensamento conservador. Para romper as barreiras do excesso da tradição é preciso fazer do Direito e da Jurisdição um espaço de promoção do avanço social. Como exemplo, o Ministro cita a Constituição de 1969, que conviveu com realidades contraditórias ao seu texto. O texto previa que todos eram iguais perante a lei, na contramão do regime escravocrata, o voto censitário e os privilégios da nobreza, todos vigentes à época.

Segundo Barroso, as contradições entre o texto constitucional de 1969 e a realidade da época são consequências de um problema que deve ser resolvido pela atuação assertiva da Corte, caso contrário a Constituição representará uma insinceridade, mistificação, instrumento de dominação e de promessas não honradas.[22] Ao Supremo, então, o dever de dar efetividade as normas constitucionais, ainda que se faça, em alguns momentos, em detrimento dela.

Esse exercício depende de um esforço capaz de promover maior sofisticação teórica, superando o hábito da tradição de reduzir a atividade jurisdicional a “mais um caso de interpretação jurídica”. Para ele, é preciso ir além da lei ou contra ela, se necessário for fazer valer o direito que custa o avanço social.[23]

Assim, para Barroso:

> Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um Direito que deixa sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, uma função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções.[24]

[22] BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias, contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 4, 2017, p. 29.
[23] Ibid., p. 30.
[24] Ibid., p. 32.

Segundo ele, a invasão da Constituição em todos os ramos do Direito marcou a expansão do Direito Constitucional. Nada mais fica à margem da Constituição e, sendo o Supremo o intérprete e guardião dela, refletiu sobre ele a ascensão do Poder Judiciário e, por conseguinte, o incremento da subjetividade judicial. Trata-se, assim, da necessária superação do formalismo jurídico e da aceitação de que caberá ao intérprete do Direito a construção argumentativa da solução do caso concreto, tendo em vista a existência de incontáveis casos em que a resposta não estará pronta no ordenamento jurídico. Este movimento é nomeado pelo Ministro como superação ao positivismo, marcado pelo fim da II Grande Guerra: "se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar".[25]

Em que pese o propósito profundo e sincero do Ministro Barroso, é preciso pontuar a carga de subjetividade de suas projeções. Por vezes a atuação representativa defendida por ele despreza o direito posto. Ignorar o direito, que responde o caso concreto, apelando para um discurso de promover uma leitura moral da Constituição. A suposta leitura moral da Constituição se torna descabida num ambiente tão abrangente e descritivo como o brasileiro, com pouco espaço para caminhos como "ideias ricas e heterogêneas que [...] incluem-se da reentronização dos valores na interpretação jurídica". [26]

A função representativa esbarra numa importante celeuma: ainda que se considere a hipótese de inexistir respostas pré-prontas para "casos difíceis", o fio condutor para que esta resposta seja encontrada deve ser, sempre, o sistema jurídico. Não se trata de descumprir o princípio da inafastabilidade. Com efeito, o jurisdicionado merece sempre uma resposta, ainda que o Direito não tenha previsto a ocorrência do específico caso concreto. Contudo, como dito, a resposta não pode ser construída com finalidade que preexista ao exame jurídico do caso.

Enquanto a função representativa sugere construir a decisão para corresponder ao clamor social e midiático, a contramajoritária protege o intérprete para que dê a resposta juridicamente adequada, apesar do clamor social e midiático.

A extensão da tese da função representativa do Supremo, sugerida por Barroso, fez surgir o conceito de "auditório". Trata-se de um pressuposto de legitimidade das decisões. Inspirado num texto de Mark C. Miller, a decisão, para ser legítima, deve convencer o auditório

[25] BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias, contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 4, 2017, p. 34.
[26] Ibid., p. 35.

da sua adequação. Vejamos: "A legitimidade da decisão vai depender da capacidade de o intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa"[27].

Ao intérprete, segundo ele, cabe então fazer uma construção argumentativa da decisão de sorte a optar por uma das soluções encontradas no ordenamento jurídico. Para ele, esta construção não pode ser acusada de discricionariedade, porque não mais se pode esperar que o juiz que aplique o fato à norma, como que num ato mecânico – "juiz boca da lei; juiz exegeta; que realiza operações formais"[28] - há muito superado. A discricionariedade é afastada, conclui ele, porque as "escolhas" feitas pelo juiz é sempre pautada pela "justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana". [29]

Essa liberdade promovida pela possibilidade das cláusulas abertas não restringem o intérprete a uma única verdade, citada, inclusive pelo Ministro, da qual ele refuta. A verdade, para Barroso, é a decisão proclamada pelo intérprete, seja ela qual for, desde que proclamada pela autoridade competente, "o dono da verdade". Isso é possível porque, se tratando do Supremo Tribunal Federal ao menos, não há quem possa chancelar a verdade proclamada.

A busca da resposta correta, que existe apenas no plano subjetivo, não pode ser fruto do estado de espírito do juiz, mas obtida através do cumprimento do dever de integridade e coerência dele. Eis, para Barroso, a margem limite do intérprete.[30]

O cenário onde surge a função representativa do Supremo é o do descabimento do modelo da separação dos poderes no contexto do constitucionalismo vigente. Surgiu, então, a necessidade do exercício não apenas pela impressão dos votos, mas também pelo exercício do poder legitimado através dos argumentos.

Este é o fundamento para a seguinte conclusão do Ministro: não se pode afirmar que o Legislativo expressa, de fato, a vontade da maioria. As incontáveis falhas no sistema eleitoral impedem essa simetria, então, segundo ele, o Judiciário assume como sendo o melhor intérprete do sentimento majoritário. Esta maior sensibilidade dos juízes poderia ser explicada pela proximidade das origens particulares dos juízes frente aos cidadãos. Se assemelhariam das pessoas porque o ingresso na magistratura não exige alianças particulares e parcerias tal como para concorrer a uma vaga no Congresso; o Judiciário se apresentaria mais independente.[31]

---

[27] BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias, contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 4, 2017, p. 40.
[28] Ibid., p. 42.
[29] Ibid., p. 43.
[30] Ibid., p. 46.
[31] Ibid., p. 57.

O problema deste argumento não ocorre apenas pela afronta ao princípio da separação dos poderes, acusada pelo Ministro de ser descabida nos tempos e necessidades modernas, mas também pelas consequências poderosas no que se refere a hegemonia judicial. Se o judiciário se apresenta, segundo a tese de Ministro, como o mais virtuoso dos três poderes e por isso pode – deve – agir mesmo com desamparo legal, estamos diante de um cenário marcante de autocracia judicial. Pleno exercício de ingerência que deflagra os limites do poder político conferido ao Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, trata-se também de uma afronta ao Estado Constitucional, porque desrespeita os limites e os ideais lá previstos.[32]

O Ministro ofende, dessa forma, a essência do Estado Constitucional, porque "desconsidera-se, assim, o *elán vital* que imprime significado a uma Constituição: ela é feita em momentos de "sobriedade" política para defender o Estado e a sociedade exatamente destas erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos". Rompe flagrantemente os "mecanismos de pré-compromissos ou de autorrestrição".[33]

A tese defendida do Ministro, em que pese as críticas formuladas por este e outros trabalhos, tem uma característica marcante e misteriosa, que é a contradição sistemática dos seus próprios fundamentos. É defeso, segundo ele, que os Ministros sejam influenciados pela opinião pública. Trata essa influência como uma fraqueza humana que acomete os Ministros da Corte, e pede que sejam tratados com condescendências, sob pena de exigir que assumam uma postura arrogante (em razão de possível indiferença). Vejamos: "[...] de parte disso, cumpre fazer um contraponto à assertiva, feita parágrafos atrás, de que juízes eram menos suscetíveis a tentações populistas. Isso não significa que estejam imunes a essa disfunção."[34]

Ceder a vontade majoritária, nesse contexto em que explica, é uma vicissitude. Contudo, ele conclui nos parágrafos seguintes que algumas decisões "iluministas" proferidas pelo Supremo foram alvo de críticas profundas por serem consideradas ativistas[35], porém, segundo ele, foram necessárias por "atender um anseio social que não obteve resposta do Congresso". [36]

---

[32] ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, v. 233/2014, jul. 2014, p. 13.

[33] STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca.** v. 15, n. 2 (2020). ISSN 1983-4225.

[34] BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias, contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 4, 2017, p. 58.

[35] O Ministro se referia a ADC n. 12, convertida na súmula vinculante n. 13 e sobre a ADI 4.650.

[36] BARROSO, 2017, op. cit., p. 59.

A conclusão acerca desta evidente contradição é assim solucionada por ele: “trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, vez por outra, trata-se de papel imprescindível.[37]

Se não é possível “colocar o procedimento acima do resultado”[38], hora ou outra chegará o momento que a ilegalidade paire sobre ambos, mas o enfraquecimento do procedimento já estará tão naturalizado que o resultado será tão amargo quanto irremediável. Barroso admite que a “preocupação” que este estudo pretende examinar, merece razão, porque de fato Ministros e juízes ficam expostos a abusos, no modelo proposto por ele. A solução – proposta por ele é contar com a ponderação e bom senso dos magistrados, que até o momento (segundo ele) impediram que até agora tenha ocorrido afronta aos limites do aceitável. Trata-se, portanto, de um “temor imaginário”.[39]

De qualquer sorte, notável que o Supremo insiste em fundamentar decisões ativistas utilizando argumento políticos e democráticos afastando-se da função jurisdicional e de corte constitucional. Trata-se, portanto, de uma crise institucional de busca por identidade. A identidade jurídica do Supremo, defendida por Barroso, é permeada por características essenciais de outros poderes. Esta alteração impõe na prática mais do que uma alteração de aparência, mas uma mutação de função, constitucionalmente impossível. Isso porque ainda que o texto Constitucional tenha origem e finalidade política, o texto se presta principalmente para dar validação jurídica aos processos nele previstos. O distanciamento, portanto, dos métodos, procedimentos e limites previstos na Constituição carece de validação e contrapõe qualquer que seja o fundamento, seja o conservador seja o iluminista.

O fundamento democrático/político utilizado por ativistas serve de mola propulsora para transformar o controle de constitucionalidade em processo legislativo. O disfarce de atender a demanda popular transfere ao poder judiciário o arbítrio político.

> Quando o controle de constitucionalidade não deriva da própria constituição, mas se situa além ou acima dela, utilizando como parâmetros teorias jusnaturalistas, moralistas ou sociológicas, submete outras instâncias políticas à Constituição, mas ele mesmo não a segue. Isso compromete a legitimidade de suas decisões, pois a feição política gera não só protestos de quem se sente prejudicado, mas também questionamentos sobre a conveniência de existir uma justiça constitucional[40].

---

[37] BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias, contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 4, 2017, p. 61.
[38] Ibid., p. 61.
[39] Ibid., p. 65.
[40] DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Democraticidade ou Juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. *In* DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **A**

O direito posto e o consenso social confirmam a exclusividade legislativa ao Poder competente para tanto. Ao Poder Judiciário, contudo, resta a guarda da normatividade como instrumento de manutenção de discussões livres e plurais, divorciadas dos interesses que cercam o debate parlamentar. Trata-se de uma engenharia possibilitadora da democracia representativa.

A abertura do Supremo Tribunal Federal às influências do povo, tal qual o parlamento, se dá através de instrumentos constitucionalmente postos, tal qual a intervenção cada vez mais ampla do *amici curiae*, do Ministério Público e das advocacias pública e privada. A possibilidade de diversas frentes capazes de influenciar efetivamente a decisão da Corte, canais capazes de ouvir a voz do povo, contribuindo para além dos argumentos jurídicos possivelmente já postos, é evidentemente a concretização da participação democrática, no limite e moldes do Direito[41]. Se os fatos e provocações trazidos pelo *amici curiae* não são, na prática, efetivamente influentes, exigem que ao menos sejam enfrentados pelos ministros que terão que se posicionar sobre pautas que talvez estivem invisibilizadas, não obstante fizessem parte do interesse público.

1.2 ASPECTOS GERAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Permanecendo o presente estudo nas margens fornecidas pelo Ministro Barroso, a ele nos socorremos também para iniciar o que se pretende estudar acerca do neoconstitucionalismo. O motivo da insistência, além é claro das contribuições teóricas obtidas em seus textos, se dá pela relação íntima entre o conceito de neoconstitucionalismo e a postura ativista (e também representativa, iluminista) defendida pelo Ministro, explicada no tópico anterior.

Antes de estudar a relação entre essas duas ideias, proposta por Barroso, vale fazer um importante introito sobre a origem e razões do surgimento desta nova doutrina constitucional.

A expressão foi utilizada pela primeira vez por Suzana Pazzolo em Buenos Aires, durante o XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social em 1997. Sem dúvidas, o marco importante para o surgimento é o fim da Segunda Guerra Mundial, porque ela pretende

---

Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 200.

[41] Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI n. 3.510, rel. min. Carlos Brito, julg. 29-5-2008.

uma nova forma de organização política para promover a reconciliação do Direito e o Estado Democrático, permitindo que o direito constitucional influencie todas as instituições. Ela parte de uma suposta falência do jusnaturalismo e positivismo e busca a prevalência dos direitos fundamentais, como requisito da existência da dignidade humana.[42]

A expressão é decorrente do seu radical, o "constitucionalismo": doutrina jurídica que estuda os mecanismos jurídicos de limitação do poder político. A contenção do poder político, inicialmente, se deu para que fosse possível o fortalecimento dos ideais liberais, quais sejam, limitação do Poder Estatal para ampliação das relações de mercado, influenciados pelo iluminismo e pelo contratualismo. Assim, inicialmente o constitucionalismo é um instrumento utilizado para a emancipação individual.

Nesse sentido, a Constituição é o instrumento perante o qual fica garantido uma estrutura de direitos e garantias fundamentais e divisão dos Poderes Políticos – mecanismos de contenção de poder.

O referido período pós segunda guerra foi marcado pela tentativa de impedir novas ameaças, tal como a crise de 1930 e ainda as possibilidades dos horrores cometidos em razão da rivalidade geopolítica. Para tanto, reconciliar as classes, trabalhadores e capitalistas, para alcançar a tranquilidade doméstica através de um acordo de paz entre Estado, instituições democráticas e mercado.

O ideal de contenção da interferência excessiva do Estado e do dogmatismo da Igreja, utilizando-se de justificativas jusnaturalistas é a gênese do constitucionalismo. Uma ficção doutrinária que justifica os direitos invioláveis do indivíduo frente ao Estado e frente a igreja, tal como era no "estado de natureza".[43] A racionalidade trazida por este período, que vai de 1600 a 1800 é fruto da contribuição da racionalidade, cerne do iluminismo burguês. Deste movimento surge o convencimento da necessidade de concentração do Poder em único centro, dando origem a ideia do Estado de Direito, ainda dentro de um conceito de liberal democracia, mas já organizados através de uma forma constitucional de governo.

A ideia iluminista é a de que a liberdade só estará a salvo se for garantida por um documento, reconhecido no centro do debate: a Constituição. Assim, depois da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 a Constituição deixa de ser um instrumento de emancipação do indivíduo, apenas, para se tornar também uma ferramenta do

---

[42] BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 01, p.18-30, 2006.

[43] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 73-74.

liberalismo democrático. O modelo da positivação da Lei Fundamental que cria mecanismos de contenção do poder político, através da separação de suas funções principais, e ao mesmo tempo protege o indivíduo e lhe garante liberdade, se apresenta com conotações de neutralidade axiológica.[44]

Para Kelsen, contudo, não se trata de um documento fruto de uma luta de classes ou ainda um instrumento de conotação política. Para ele trata-se de um estatuto do governo que organiza a posição e o relacionamento de outras normas. Ao normativismo de Kelsen se atribui a prevalência da juridicidade da Constituição, porque o positivismo de Kelsen reduz as possibilidades teóricas e políticas da Constituição a um documento que exterioriza modelos de organização, direitos e funções. Ele sequer considera o problema da discricionariedade judicial tendo em vista que não existe para Kelsen campo aberto para decisão. Eis o positivismo de Kelsen.[45]

Para ser justo as origens do constitucionalismo, notadamente no que se refere aos que contribuíram com os ideais positivistas, é preciso falar de Hebert Hart. De origem inglesa, Hart propõe um positivismo mais aberto e mais democrático e por isso, considera algumas hipóteses que ensejaram, inclusive, as respostas de Ronald Dworking já em sede de neoconstitucionalismo.

Hart, diferentemente de Kelsen, não reduz o Direito ao ordenamento jurídico. A centralidade da normatividade jurídica permanece, contudo, ele considera que existem problemas que o positivismo não pode solucionar. Hart, aceita a proximidade entre Direito e moral apesar de não condicionar um ao outro. Defende a ideia de que o Direito deve ter mínima correspondência com preceitos de moral e justiça que vigentes são capazes de solucionar casos que não encontram guarida fácil na lei (que são os chamados casos difíceis). Se o juiz do caso concreto decidir de acordo com a neutralidade e a imparcialidade, agiu de sorte a prestigiar as virtudes judiciais, ainda que apreciando um caso moralmente relevante. Hart não acredita que exista uma resposta correta em decorrência da existência de diversos princípios existentes no ordenamento, já que uns serão atendidos e outros não.[46]

---

[44] LOIS, Cecilia Caballero. Direito, Racionalidade e Constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Sequência**, v. 27, n. 52, p. 257-278, 2006.

[45] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979 (1960), p. 17.

[46] HART, Hebert. **O Conceito de Direito.** Tradução de Maria Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 221.

A redução promovida por Kelsen é confrontada pelos acontecimentos históricos relevantes: a República de Weimar que proporcionou abertura epistemológica para compreensão da complexidade que envolve o Estado, o Poder Político e a Constituição notadamente no que se refere a concretização do ***welfare state***, ou seja, capacidade deste modelo de diminuir desigualdades sociais provocadas pelo liberalismo econômico e redução excessiva das atribuições Estatais. A ideia central era a de que a igualdade constitucional deveria ir além da ideia formal para uma realidade concreta. Além disso, a crise do positivismo e o aparecimento de Estados Totalitários exigiu uma leitura e um enfrentamento da Constituição como uma ciência cultural ligada a valores[47], como solução para os problemas enfrentados na época.

A relação entre fato e norma e a necessidade de concretização dos ideais Constitucionais exigem superar os limites impostos por Kelsen. Para tanto, surgem os defensores da ideia de que a Constituição passa a ser um campo aberto e indeterminado que impõe apenas o ponto de partida, sendo o ponto de chegada a concretização efetiva do direito nela previsto, notadamente os direitos fundamentais. Trata-se, para estes, da realização de uma função estatal[48]. Este é o ponto de convergência da histórica, narrada resumidamente até agora, com os ideais que marcam o neoconstitucionalismo e permitem a ocorrência do ativismo judicial, tal como previsto e defendido por Luís Roberto Barroso.

O rompimento da crença Kelsiana se dá através de um importante momento histórico promovido pelas contribuições de Ronald Dworking e Robert Alexy[49]. Ainda que de maneira diferente, ambos fazem emergir a ampliação da dimensão das normas como gênero das quais os princípios e as regras são subespécies dotadas de eficácia normativa. A abertura hermenêutica e o poder do intérprete, atribuído principalmente pela teoria de Alexy que confere a ele, o intérprete, o poder de realizar a ponderação dos princípios que prevalecem no caso concreto, através de uma atividade subjetiva, não controlada racionalmente. É uma importante superação da proposta de Savigny que partia do pressuposto de que interpretar uma lei é encontrar a resposta para o caso concreto através da aplicação de um método hermenêutico pautado apenas nas categorias hermenêuticas, seja a gramatical, literal, lógica, histórica ou teleológica.

---

[47] LOIS, Cecilia Caballero. Direito, Racionalidade e Constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Sequência**, v. 27, n. 52, 2006, p. 257-278.

[48] Ibid., p. 257-278.

[49] Ibid., p. 257-278.

O rompimento definitivo com o constitucionalismo do século de XIX se dá pela aceitação da relação entre o direito – a Constituição – e a concretização dos direitos fundamentais. Trata-se de uma relação profunda entre essa obrigação imposta pela constituição de caráter moral dos direitos fundamentais, porque a incerteza precisa de seu conteúdo específico coloca o intérprete numa posição de prevalência que é ao mesmo tempo, importante e perigosa.

Humberto Ávila esclarece que o marco teórico do neoconstitucionalismo envolve três diferentes pilares: a força normativa da Constituição, a elaboração de diferentes categorias de uma nova hermenêutica jurídica e a expansão da jurisdição constitucional. Essa dinâmica acontece, segundo ele, pelo seguinte motivo: a nova ordem imposta pelo neoconstitucionalismo, transforma o modo perante o qual os princípios são exercidos. Deixam de subsumir para ponderar, esta, por sua vez, exige uma análise individual de aplicação, abandonando a anterior que era geral e abstrata. Neste contexto, o Poder Judiciário participa mais ativamente, já que é dele a competência para este exercício. Essa ampliação de competência, supostamente dada ao Poder Judiciário em razão da existência ampla de princípios na Constituição e de sua reconhecida força normativa, o mesmo autor esclarece as limitações impostas: a Constituição Brasileira, não obstante a existências dos princípios, ainda deve ser considerada uma Constituição regulatória (existência proeminente de regras), uma vez . Segundo ele "A escolha constitucional por regras tem uma justificativa relacionada as suas funções: as regras têm a função eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder"[50].

Em aparente contradição, Barroso afirma que o neoconstitucionalismo impõe a superação do formalismo jurídico decorrente de uma justiça imanente porque as respostas não são mais encontradas prontas no texto da lei, mas devem ser construídas de maneira argumentativa pelo intérprete. Para ele, o Direito deve ter a função – perante o qual o Judiciário é o instrumento – de realizar uma nova ordem de expansão democrática atualizando e complementando a função legislativa. Assim, para Luís Roberto Barroso, "neste sentido, o papel dos tribunais constitucionais seria essencial, pois funcionariam como garantidores da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre poderes ou entre estes e a sociedade civil, sobretudo em países de tradição democrática menos enraizada"[51].

---

[50] AVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Bahia, n. 17, 2009.

[51] BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 35.

A estabilidade que Barroso defende é promovida essencialmente pela atuação discricionária, na maioria das vezes, do Supremo Tribunal Federal. A postura do Ministro Barroso, apesar de bastante controversa, não é dissociada do movimento próprio do neoconstitucionalismo. O rompimento com os ideais do constitucionalismo do século XX, que foi marcado pelo positivismo e pela aceitação de soluções incompatíveis com a moral, sugere justamente uma atuação do Poder Judiciário que albergue os conflitos sociais e políticos do seu determinado período de sorte a permitir julgamentos que promovam resultados moralmente aceitáveis, compatíveis com os direitos fundamentais positivados. A permeabilidade do Direito à constante evolução de preenchimento dos conteúdos legais de sentidos compatíveis aos desejos modernos cria certamente um cenário de modernização constante, contudo, de insegurança jurídica e discricionariedade.

Isso porque além da incerteza daquilo que possa ser moralmente relevante, ou dos propósitos sinceros que justificam a decisão proferida, é necessário que o Poder Judiciário se utilize de manobras que ultrapassem os limites legais. Neste cenário o grau de discricionaridade das decisões judiciais nos colocam em areias movediças. As possibilidades de decisões são profundamente alargadas, porque preenchem a norma com conteúdos que sejam compatíveis com o que se pretende previamente daquele específico caso concreto, numa eminente autorização de decisão segundo suas convicções pessoais. A confiabilidade do sistema judicial pautada na segurança jurídica fica, assim, profundamente comprometida[52].

> Ocorre que esse novo papel que a jurisdição constitucional é chamada a exercer, não pode ser compreendido de forma isolada, como uma transformação na realidade fenomênica da própria Teoria Constitucional, mas é resultado de um conjunto de elementos que transcendem o seu objeto específico (a Constituição e a sua operatividade). E exigem, portanto, que ele seja repensado e redimensionado continuamente, inclusive no que diz respeito às suas funções intrínsecas.[53]

Ainda que o Ministro Barroso possa ter retidão de propósitos, como já dito aqui antes, sua posição justifica a crise do constitucionalismo vivenciada hoje, porque enfraquece a legitimidade das decisões judiciais no sentido em que coloca em conflito os próprios

[52] LOIS, Cecilia Caballero. Direito, Racionalidade e Constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Sequência**, v. 27, n. 52, 2006, p. 257-278.
[53] Ibid., p. 257-278.

fundamentos do nosso sistema, num eterno e inconciliável embate entre identidades essenciais do constitucionalismo democrático.

A intervenção no legislativo, defendida por Barroso como um reflexo do neoconstitucionalismo se torna um problema porque deixa de ser uma atuação impulsionada por uma inconstitucionalidade apontada no remédio constitucional manejado pela parte, dentro da jurisdição constitucional. Mas um propósito manifesto da corte, decorrente da "função iluminista" (como é denominado por ele) das Cortes Constitucionais. Trata-se, portanto, de um alvo ideológico do neoconstitucionalismo, rompendo mais uma vez com o anterior, permitindo inexistir limites ao Poder Judiciário. Esta atividade do Poder Judiciário é feita através de um método, qual seja, um nexo de causalidade entre o Direito e Moral. Assim, justifica-se a ultrapassagem dos limites legais e constitucionais como um preço a ser pago pela aproximação do Direito a princípios que fundamentam axiologicamente o sistema jurídico.

Essas modificações promovidas pelo neoconstitucionalismo são marcantes justamente no rompimento dos mais evidentes símbolos do constitucionalismo: o positivismo tradicional refletido através da legalidade estrita, o Estado liberal e os métodos tradicionais de interpretação.

A professora Cecília Caballero Lois, acessa o centro do problema ao afirmar que:

> Contudo, em que pese o inegável avanço, o que se vê é um grave problema de racionalidade, gerado pela tentativa de responder a questões práticas decorrentes do neoconstitucionalismo utilizando um instrumental teórico que não está apto afazê-lo (pois vinculado ao positivismo liberal); isso incitou a criação de novas possibilidades interpretativas e argumentativas, tendo como força motriz a realização de direitos. Tentou-se, assim, responder à necessidade de obtenção de um método voltado para o direito constitucional, que, entretanto, não possui uma teoria que os sustente, abrindo as portas para uma atuação jurisdicional pragmática, ou seja, sem uma teoria dos direitos que lhe dê racionalidade[54].

A professora explica que ainda que, Tribunais Constitucionais do mundo todo, inclusive do Brasil, tentam fazer da jurisdição a solução para a superação das perplexidades enfrentadas, contudo, se deparam com um obstáculo importante: o Estado Social no qual vivem vinculam o intérprete ao Direito. Nos Estados Unidos, contudo, país berço do ativismo judicial, este obstáculo não existe porque a Constituição, marcada pelo Estado Liberal, permite a

[54] LOIS, Cecilia Caballero. Direito, Racionalidade e Constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Sequência**, v. 27, n. 52, 2006, p. 278.

liberdade do juiz. Lá, inexiste um grande conflito do constitucionalismo como no Brasil, e mesmo assim o ativismo, como reflexo do neoconstitucionalismo, é motivo de preocupação.

2 O DEVER CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DAS MINORIAS

Aos modelos propostos por Robert Alexy nos socorremos para margear, desde o início, as características essenciais dos direitos fundamentais que enriquecem o estudo.

Ele desenha quatro extremos acerca dos direitos fundamentais: a) o escalão hierárquico supremo, ou seja, os direitos com hierarquia constitucional; b) a força de concretização suprema, que estão a cima de todos os três poderes e são judiciáveis, caso qualquer dos poderes ponha-se a diminuir a aplicação ou a extensão de qualquer direito; c) os objetos sumamente importantes, dada a importância do conteúdo dos direitos é que se criou mecanismos fortes e eficazes de concretização; d) interpretação dos direitos realizada pelo tribunal constitucional. [55]

A organização dos direitos fundamentais na Constituição brasileira é descrita de maneira minuciosa e de forma a impedir que acesso a um direito importe na revogação ou diminuição de outro. Eis a existência de limites de ponderações na aplicação deles. Alexy, acerca destes possíveis e aparentes conflitos, sugere fórmulas de proporcionalidade capaz de resolver os mais complexos embates.

A exigência da interpretação dos limites e dos conteúdos de cada direito deve ser exercido pelo Tribunal Constitucional. Assim, não é o povo tampouco o poder legislativo quem exerce essa importante missão.

Os direitos fundamentais hoje são protagonistas no modelo de constitucionalismo democrático uma vez que exigem ativamente definição pelo poder legislativo, execução do executivo e proteção do judiciário.

Nem sempre foi assim. No direito constitucional do positivismo jurídico o papel dos diretos fundamentais era de impedir ações do poder público que os violassem. Assim, tratava-

[55] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, 217: 55-66. jul./set. 1999, p. 8.

se apenas de limites/barreiras de atuação e não de dever de agir a fim de garantir avanços na efetivação de tais direitos.

Essa necessidade ativa imposta pelo comportamento dos direitos fundamentais atuais pode ser dividida em três categorias diferentes que contemplam sua ampla abordagem, são elas: direitos liberais, que cuidam das liberdades públicas, igualdade e privacidade; os direitos sociais que cuidam para que o poder público atue de forma a garantir os recursos materiais necessários ao bem-estar mínimo; os direitos políticos que cuidam de permitir a participação efetiva e democrática na formação e manutenção do Estado.

Estas três categorias de direitos fundamentais atuam de forma a alcançar a efetivação de um deles, os direitos liberais. Isso porque a liberdade individual é o fim máximo do constitucionalismo e da democracia e fundamento da dignidade humana, ambos conquistados através dos direitos políticos e sociais. Mas o que se pretende demonstrar é que a liberdade, igualdade e privacidade é o fim em si mesmo, além de ser também o objetivo maior a ser alcançado através da participação democrática e das garantias sociais mínimas.

Claudio Ari Melo esclarece e critica essa constatação afirmando que: a dignidade da pessoa humana é, assim, equiparada a fruição "do mais amplo sistema de liberdades iguais para todos". Os direitos sociais e os direitos de participação política não têm um valor autônomo [...]."[56]

Ele chama este processo de "concepção unidimensional do conteúdo moral do sistema de direitos fundamentais" e o identifica com o constitucionalismo norte-americano vigente, mas o difere de todos os demais, porque acredita que colide com os ideais do pós segunda guerra firmados na Declaração de Direitos de 1948. Trata-se de interpretações constitucionais que prestigiam uma concepção pluridimensional moral de direitos e reflete decisivamente na sua relação com a democracia.

Para Claudio Ari Melo, a nossa Constituição de 1988 é um exemplo que exige a aplicação da concepção pluridimensional porque reduz a liberdade do espaço político e econômico na atuação e no comprometimento com esses direitos, de forma diferente com o que faz os Estados liberais.

---

[56] MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 127.

Assim, a ideia do autor que é alicerçada em Rawls, apoia a formação e atuação de uma sociedade justa, sendo esta a que não subestima as liberdades básicas, porque absolutas, ainda que em benefício do bem maior partilhado por todos.[57]

Os direitos fundamentais não podem ser reduzidos a garantir uma aparente ideia de liberdade sem que seja efetivamente verificado a coincidência de outros fundamentais aspectos de uma vida boa experimentada em uma existência digna e comunitária. Esta conquista só é possível se, mais do que considerar a liberdade individual, for levado em conta a necessidade de justiça e moralidade política que alavanque a fruição real de todos os aspectos dos direitos fundamentais, sejam sociais, liberais ou políticos.[58]

Com efeito, estas conquistas são possíveis em um cenário de reconhecimento do constitucionalismo parcial, no sentido de reconhecer quais são as exigências mínimas para que possa ser considerado vida boa para o ser humano. Enfrentamentos liberais ou neutros comprometem de sobremaneira a conquista prática e efetiva desta realidade. Trata-se, portanto de um dever coletivo de efetivar um direito a uma pessoa humana, a todas as pessoas.

O Estado não pode transferir ao indivíduo a responsabilidade de conquistar sozinho a fruição efetiva de todos os aspectos dos direitos fundamentais. Utilizar-se de suposta liberdade individual como escudo para eximir-se do dever de fornecer elementos mínimos de formação da dignidade humana, porque é exigência fundamental de uma democracia constitucional.

Assim, o Estado deve atuar em benefício de todos os indivíduos ainda que isso valha o sacrifício da coletividade e do próprio Estado. O que se pretende dizer é que os direitos fundamentais se apresentam como um direito dos indivíduos, protegidos da comunidade (grupo majoritário) e do próprio Estado. Mais do que isso, um dever destas instituições, Estado e comunidade, de agir de forma a permitir que cada indivíduo ainda que minoritário (em número ou em prestígio) exerça seus direitos fundamentais de maneira abundante.

Eis uma complexa relação que deve ser esclarecida neste momento. Sabe-se que os direitos fundamentais exigem limites positivos e negativos do Estado e da coletividade. Como já dito, os positivos exigem práticas que permitam fruição efetiva dos direitos e os negativos restringem interferências desnecessárias.

---

[57] MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 128.
[58] Ibid., p. 138.

Para tanto é necessário exigir do Estado interferência no monopólio da produção legislativa da população e "*consequente limitação do sistema democrático por meio de direitos inflexíveis, parece entrar em choque com a própria razão de ser da democracia*". [59]

Trata-se de um aparente conflito entre os direitos fundamentais e a prática democrática. Aparente porque o conteúdo desses direitos é fruto da vontade da população, ou melhor dizendo, da soberania popular que no processo da constituinte originária (e não do legislador) determinou o núcleo dos direitos que pretendeu proteger e os converteu em direitos constitucionais como forma de garantir sua extensão e eficácia[60].

A relação entre os direitos fundamentais e as competências legislativas é complexa:

> Isso porque os direitos fundamentais são categorias jurídicas endereçadas pelo poder constituinte a todos os poderes públicos do Estado e a todos os membros, individuais ou coletivos, da comunidade que vive sob as normas de determinada constituição. Logo, diferentemente dos direitos subjetivos legais, dirigidos pelo legislador à administração pública, aos juízes e as pessoas privadas, os direitos fundamentais são endereçados pelo constituinte sobre *ao legislador*, embora também aos administradores públicos, aos juízes e as pessoas privadas[61]. (grifo original).

Assim, o poder legislativo como criador de direitos, está submisso aos direitos fundamentais que não podem ser alvo de alteração, salvo se para ampliá-los. Além disso, os direitos fundamentais têm um núcleo aparentemente indefinido de aplicação, porquanto de caráter moral e de estrutura imprecisa. Exigem um processo hermenêutico para final concretização e adaptação a situação que se pretende aplicar[62].

Essa abertura semântica com relação ao núcleo normativo materialmente impreciso permite movimentos políticos e jurídicos que merecem atenção e estudo. A própria prática democrática pode interferir na identificação da definição inicialmente dúbia destes direitos de modo a restringi-los mais do que pretendeu no momento de sua criação.

Diversos atores tomam para si o papel de preencher de sentido aquilo que lhe possa parecer vago. O momento político e as pretensões pessoais ou casuais podem influenciar de sobremaneira o futuro e a permanência eficaz dos direitos fundamentais.

---

[59] MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 143.
[60] Ibid., p. 144.
[61] Ibid., p. 145.
[62] Ibid., p. 145.

A forma como o poder legislativo produz definições e ainda como o judiciário exerce o controle da constitucionalidade destes produtos legislativos, são exemplos de interferências que atuam sob variantes que superam a análise puramente técnico jurídica porque afetam interesses econômicos poderosos.

É claro que não se trata de uma atuação completamente livre e irresponsável de qualquer destes mencionados atores. Existem barreiras constitucionais que impedem definições que restrinjam em excesso qualquer que seja o direito fundamental, porquanto existe um parâmetro normativo e permanente.

Contudo, não se trata de uma blindagem absoluta em face do produto democrático:

> A diretividade constitucional não pode ser confundida com o autoritarismo anti-histórico de um constitucionalismo contrademorático e temeroso das "massas". É desse equilíbrio tão delicado e assim mesmo tão indispensável que está em jogo na relação entre a tutela judicial dos direitos fundamentais e a autodeterminação democrática da comunidade[63].

O autor conclui este raciocínio esclarecendo ainda que o oposto também não pode ser aceito. Não se pode permitir que reféns do desejo democrático haja restrição da concretização dos direitos fundamentais. Um paradoxo constante de delicada solução. Equilibrar a existência destes dois fundamentos, o desejo da massa e os direitos fundamentais, principalmente de grupos minoritários, aprofunda ainda os obstáculos na relação entre o que pertence ao direito e o que pertence a política.

Os direitos fundamentais atuam como limite do poder democrático. Limites ao poder da maioria e das instancias de representação política. Trata-se de uma construção baseada nos abusos históricos cometidos sob o manto da aceitação pública.

> O fato de uma comunidade constituir-se como uma democracia não significa que assuma uma concepção absoluta e ilimitada de democracia. O fato de uma comunidade constituir-se reservando um conjunto articulado de direitos fundamentais significa, outrossim, que os processos democráticos estão vinculados a conteúdos constitucionalmente exigidos, ainda que as instâncias de decisão política possam desfrutar de uma margem de liberdade na decantação dos conteúdos normativos [...][64]

---

[63] MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 147.

[64] Ibid., p. 147.

Eis o paradoxo que se pretender expor: os direitos fundamentais são essencialmente democráticos porque permitem vida em abundância a todas as pessoas e são ademocráticos porque decantam poderes de decisão dos eleitos (representantes da maioria) para tomada de decisão.

Assim, os direitos fundamentais exigem ações não democráticas e, portanto, contramajoritárias em diversos setores porque assim protegem a minoria de ser consumida pelo desvio proposto do ideal absoluto de uma visão pura, ainda que distorcida, da democracia. Só assim é possível a preservação de direitos que a própria comunidade elegeu como essenciais para manutenção de uma existência digna. Ficaram escritos e detalhados no texto constitucional para que não pairasse dúvidas sobre sua existência e aplicação.

Deste modo, os direitos fundamentais não estão disponíveis a quem quer seja para que transijam sobre seu conteúdo ou aplicação já que não se trata de uma esfera flexível, ou seja, não se pode exercer sobre eles processos que importem mitigação de conteúdo ou os torne inefetivos ou ineficazes. Estamos todos eternamente vinculados a respeitar a margem imposta por esses direitos, pois eles não estão sujeitos a qualquer alteração ainda que por deliberação legítima e democrática.

A dinâmica entre direitos fundamentais e democracia é sutil e profunda. Sim, a aparente inadequação destes dois adjetivos juntos numa mesma frase pretendendo formar o mesmo sentido contribui para a inteligência deste discurso. Ora, a formação dos direitos fundamentais se deu como produto da própria e primeira manifestação democrática plena, contudo, ela exige que se faça sempre o caminho inverso como requisito para sua permanência, ou seja, restringe a própria extensão e poder de decisão da democracia.

Robert Alexy faz importante ponderação acerca deste aparente conflito entre direitos fundamentais e democracia. Enumera três principais abordagens, todas que culminam no mesmo resultado: não, não existem contradições dignas entre eles.[65]

A primeira delas, chamada por ele de “um modo de visão ingênuo” faz perceber que não existe contradição porque tanto democracia quanto direitos fundamentais são algo bom e duas coisas boas não colidem. Contudo, esta resposta é rapidamente desmentida pela visão idealista que considera que coisas boas são sim constantemente alvo de colisão. Ele mesmo dá o exemplo do pleno emprego que por vezes colide com a finitude e escassez do meio ambiente. Esta visão

[65] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, 217: 55-66. jul./set. 1999, p. 11.

idealista considera que num cenário político hipotético e perfeito não há por que a defesa de cumprimento e execução de direitos fundamentais ser corrompida, visto que tem proveito eficaz perante todos. Sem dúvidas uma visão perfeita, contudo, inalcançável.

Assim, só a terceira e última visão proposta por Alexy pode responder a questão de forma profunda e complexa. Ele considera verdadeiro os dois aspectos deste axioma: direitos fundamentais são democráticos e o oposto, direitos fundamentais são ademocráticos.

São democráticos, segundo o Alexy, porque confirmam as possibilidades funcionais para que a democracia se perpetue, resista. São ademocráticos, contudo, porque esvaziam parte importante do pressuposto democrático, qual seja, a força da vontade do povo que não é manifestada, mas sim contrariada através do exercício parlamentar. O autor resolve esta questão afirmando que o povo é representado de duas maneiras. A representação política se dá através do parlamento que representam a vontade da maioria. Esta representação, contudo, está exposta a diversas forças capazes de corromper profundamente o ideal democrático. Quem pode então corrigir possíveis excessos é o Tribunal Constitucional que imbuído de representação argumentativa pode aparar os excessos dos representantes políticos do povo, que não são o povo, e podem, portanto, trair a vontade da maioria.

Para que esta solução seja possível, é preciso que o povo aceite o Tribunal como "... *instância de reflexão do processo político*".[66]

Como limitador do processo político, há que se destacar quatro funções básicas que a jurisdição constitucional se presta. São elas:

> 1. Limitação do Poder Público - último ponto em que ocorre o controle dos atos do Poder Executivo; 2. Correção de equívocos e omissões do Poder Legislativo, função que a jurisdição constitucional adquiriu em virtude do recrudescimento das decisões manipulativas e aditivas; 3. Garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais que o Brasil seja signatário; 4. Conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantia da preservação da própria autonomia do Direito, mais precisamente, da própria Constituição Federal (LGL\1988\3), pela jurisprudência advinda da jurisdição constitucional, desde que consistentemente fundamentada.[67]

[66] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, 217: 55-66. jul./set. 1999, p. 12.

[67] ABBOUD, Georges. STF vs. Vontade da Maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191- 214, 2012.

Nesse sentido, é a jurisdição constitucional que exerce o papel de garantir a efetivação das garantias constitucionalmente previstas. É o instrumentador mecanismos que fazem com que o direito previsto seja transformador para a recomposição de grupos desarticulados, notadamente na defesa jurídica dos valores democráticos constitucionalmente pactuados. Ainda nas palavras de Georges Abboud "[...] Dessarte, a jurisdição constitucional deve ser funcionalizada como instrumento de caráter jurisdicional que possa limitar o poder da maioria em relação à minoria [...][68]"

A jurisdição constitucional deve proteger grupos minoritários, portanto, de dois movimentos importantes: os processos e os conteúdos produzidos pelo Poder Público, ou seja, não apenas aos cuidados do cumprimento dos processos legislativos, mas também da substância daquilo que é produzido por ele, o conteúdo do direito; e ainda das formações majoritárias capazes de suprimir direitos fundamentais, especialmente das minorias. Assim, os direitos fundamentais cuidam de dois interesses importantes porque criam uma margem de proteção que não pode ser ultrapassada nem pelo Poder Público nem por particulares.

Dessa forma, os direitos fundamentais se relacionam com o Estado Democrático de Direito de maneira dupla: tanto na subordinação dos três Poderes ao cumprimento da lei, como também na projeção das suas ações para a promoção e garantia do que compõe a substância dela.

A origem histórica da preocupação constitucional com existência de alguns princípios constitucionais fundamentais é do século XX com a Constituição de Weimar, já que ela mais do que preocupar-se com a limitação e distribuição de competência de poderes inaugurou a preocupação constitucional no que tange a utilização da lei para promoção de direitos. Importante lembrar que os princípios previstos na Constituição, mais do que proibir a infração da sua substância adquirem nova dimensão porque exigem que instrumentos sejam promovidos para que mecanismos de acesso a esses direitos existam.

Este é o caráter inovador das constituições a partir de Weimar. As constituições passam a ter conteúdo democrático. Este conceito é trabalhado por Peter Haberle. O autor explica que a Constituição ampliou notadamente seu conteúdo porque deixou de tratar apenas da estrutura do Estado e passou a tratar também, talvez principalmente, o espaço de contemplações de direitos decorrentes de aflições da sociedade – sejam ela de esfera público ou privadas.

---

[68] ABBOUD, Georges. STF vs. Vontade da Maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191- 214, 2012.

Esta conotação pública se relaciona diretamente com o comportamento do Supremo Tribunal Federal no tocante a fundamentação das suas decisões e o modo como isso se relaciona com a vontade da maioria. A obrigação da fundamentação das decisões do Judiciário, prevista no Artigo 93, IX da Constituição Federal, ganha importante relevância quando aplicada ao Supremo Tribunal Federal. Isso porque a fundamentação nas ações de inconstitucionalidade é dirigida a sociedade, porque o interesse que essas ações tutelam são os difusos. A fundamentação baseada nas razões jurídicas, aliadas ao compromisso da publicidade, se torna um mecanismo importante de fortalecimento democrático.

Desse modo, a fundamentação que se restringe a realizar a vontade da maioria a despeito do ordenamento jurídico esvazia a legitimidade da ordem proferida e ainda desperdiça a oportunidade de contribuir para o sistema democrático. Se o direito constitui o poder político, a utilização deste sem os instrumentos previstos no direito impossibilita a instrumentalização do emprego estratégico do poder[69].

2.2 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE: IMPORTANTES ESCLARECIMENTOS

Ainda que detida aos limites da proposta deste trabalho, qual seja, a inoportuna condução das decisões do Supremo de acordo com a vontade da maioria, é importante que seja feito pontual esclarecimento da teoria proposta por Peter Häberle, para que ela não seja utilizada para fundamentar, erroneamente, o apoio do autor ou de quem dele se utilize, à tese de que a Corte Constitucional deva assumir papel representativo e, portanto, levar em conta a suposta vontade da maioria como objeto de fundamentação da decisão.

Para tanto, vale descrever detidamente a proposta do autor.

Em apertada síntese, a preocupação central da referida tese de Peter Häberle está na participação – restrita ou ampliada – no processo de interpretação do texto constitucional. Para ele todos os sujeitos que são submetidos, em menor ou maior grau, ao texto da Constituição devem de alguma maneira serem incluídos no processo de interpretação ou ao menos contribuam para isso.

---

[69] ABBOUD, Georges. STF vs. Vontade da Maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191- 214, 2012

O modelo, tal como posto hoje é visto pelo autor como uma sociedade fechada de interpretação constitucional. Contudo, para ele, quanto mais abertos forem os critérios de interpretação mais pluralista será a sociedade perante a qual o texto está inserido.

Para entender a proposta de Peter Häberle, é preciso entender o que ele pretende com o conceito de interpretação. A tese defendida é de que todos que vivem a norma a interpretam ou a reinterpretam, em alguma medida. A atuação dos indivíduos no relacionamento com o texto constitucional é uma forma de interpretação constitucional antecipada.

Dentro de um estudo de métodos de hermenêutica, a interpretação realizada por cidadãos e grupos diversos se dá de maneira mais ampla e portanto, atuam como pré-intérpretes. O autor não defende a substituição da interpretação feita pelas Cortes Constitucionais ou o fim delas, mas sim a abertura do processo interpretativo como condição para uma democratização do processo. Trata-se da defesa da abertura para que a teoria democrática também pese sobre o procedimento hermenêutico.

Eis a ideia central do autor: os intérpretes jurídicos da Constituição não vivem a norma e, portanto, não detém o monopólio da interpretação. O destinatário da norma, contudo, é participante ativo e não pode ser subestimado pelo processo hermenêutico.

A concretização de uma sociedade pluralista está fincada, segundo essa teoria, na possibilidade de que pessoas interessadas e experts de interpretação da norma se unam na produção do processo interpretativo. A condução se dá a partir de uma mediação das interpretações promovidas pela sociedade e pelo Estado.

Aprofundando ainda mais o ideal de pluralidade, Peter Häberle ainda conclui que a democratização do processo de interpretação também decorre do princípio republicano no qual estamos inseridos:

> A investigação sobre os que participam do processo de interpretação é de uma perspectiva socioconstitucional, consequência do conceito "republicano" de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional. Se se fala que o tempo, a esfera pública pluralista (die pluralistische Öffentlichkeit) e a realidade colocam problemas constitucionais e fornecem material para uma interpretação constitucional, ampliando as suas necessidades e possibilidades, então devem esses conceitos ser considerados apenas como dados provisórios. Uma teoria constitucional se concebe como ciência da experiência e deve estar com condições de, decisivamente, explicar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (Öffentlichkeit), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes[70].

[70] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353. Acesso em: 07 set. 2021.

Partindo da ideia de república, portanto, o autor sugere que o domínio do povo sobre a coisa ou a governabilidade pública é necessariamente autorizador para que a interpretação não seja exclusivamente estatal mas sim de toda a comunidade política decorrente das experiências realísticas vividas por esse grupo porque a interpretação é uma atividade vivida por todos, concretizada pelo cidadão, por exemplo, que se utiliza de uma ação proposta por um cidadão comum que almeje a declaração local de inconstitucionalidade de uma lei, exercente o controle difuso de constitucionalidade.

O autor reconhece que o cenário proposto por ele poderia supor uma confusão tendo em vista a extensão dos intérpretes legitimados e, portanto, o grande número de interpretações. Este potencial conflito é, contudo, cenário comum e talvez esperado do círculo democrático e também do processo constitucional.

Haberle entende que a necessidade de abertura do processo interpretativo se dá pela correspondência entre duas perspectivas: se há vinculação à Constituição deve haver também legitimação para influenciar a decisão acerca da interpretação.

A vivência de todos os cidadãos que se vinculam à norma e, portanto, a interpretam, tem o mesmo potencial de comprovar que o relacionamento entre a norma e a realidade influenciam inegavelmente a interpretação dos juízes.

A exclusividade do processo interpretativo é, para o autor, sinônimo de tornar as forças sociais e privadas como meros objetos ao passo que deveriam ser integradas de modo a tornar-se verdadeiros sujeitos. Esses sujeitos formam, para ele, a ideia de povo que deveria ter o conceito ampliado para que ultrapasse o exercício democrático de participação política para além do dia da eleição, vejamos:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão[71].

Assim, a conclusão de Häberle é de que a participação efetiva do povo no processo de interpretação da norma é fruto do conceito democrático que segundo ele impõe o domínio do

[71] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 08 set. 2021.

cidadão. A ampliação do círculo será, assim, condição para alcançar verdadeiramente uma sociedade livre.

Eis uma análise extremamente detida da pretensão de Häberle. Agora explico porque não se trata de uma teoria que permite concluir dever o Supremo Tribunal Federal se tornar um órgão representativo a despeito das regras constitucionais.

O insigne constitucionalista não defende a ideia de que a Corte Constitucional deixe de ser contramajoritária tampouco que abandone o dever de racionalizar o poder estatal a fim de proteger direitos dos grupos minoritários[72].

Os conceitos invocados por ele de povo, república, democracia e legitimados a interpretar a constituição não se prestam a tornar a Corte aberta ao sufrágio universal na tomada de decisões, tampouco reduzir a fundamentação jurídica exigida na Constituição na função de absorção da vontade majoritária para transferência dela ao voto dos Ministros.

O que Haberle pretende, então, é a influência de valores pluralistas na formação da construção da jurisprudência do Tribunal. O que se pretendeu dizer, então, na verdade, é que os elementos morais que envolvem a decisão judicial devem ser afetados pela realidade vivenciada pelo povo, de modo que a decisão judicial não se torne desconectada por completo às experiências e necessidades atuais.

> Portanto, é nesse sentido que se opera a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, como mecanismo de aproximação do Tribunal Constitucional da sociedade, mediante oferecimento de instrumentos para que os diversos segmentos da sociedade civil possam ter um canal de comunicação para se manifestar perante a jurisdição constitucional. A ampliação da utilização da figura do amicus curiae é interessante exemplo dessa abertura da jurisdição constitucional para a manifestação da sociedade. Todavia, a assertiva häberliana, em nenhuma hipótese, se coaduna com a afirmação de que o Tribunal Constitucional deveria estar preocupado ao julgar em conformidade com a vontade da maioria. Aliás, se o STF tiver a pretensão de concretizar a proposta de Häberle seria muito mais coerente ele abandonar sua jurisprudência defensiva que se orienta precipuamente para impedir o conhecimento dos recursos que chegam ao tribunal, do que pretender orientar-se por suposta vontade da maioria.[73]

[72] ABBOUD, Georges. STF vs. Vontade da Maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191- 214, 2012.

[73] Ibid., p. 191- 214.

A interferência de conceitos morais e políticos é inegável. Não existe uma técnica hermenêutica asséptico[74]. Assim, se o decisor é influenciado por diversos conceitos, dentro deste específico cenário, que seja também influenciado pelas tendências naturais que sejam latentes na sociedade. Trata-se, portanto, de uma ampliação do espaço da *res publica* porque os o espaço jurídico passível de sofrer influência passa a ser integrado pelos valores sociais vigentes, colhendo informações da sociedade na medida em que isso é possível e não contraria a lei.

Neste específico contexto o Tribunal se abre à sociedade e passa a ser o mediador para aplicar o Direito tal qual o desejo do povo, notadamente naquilo que o Poder Legislativo for falho.

2.3 A INFLUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA NAS DECISÕES JUDICIAIS

A ideia final apresentada por Alexy no final do tópico anterior, demonstra o cenário perante o qual este trabalho pretende questionar. Como dito, o aparente conflito entre direitos fundamentais e democracia deve ser desmistificado através da ponderação acerca da manutenção funcional do esquema democrático que não pode funcionar verdadeiramente sem que haja respeito e concretização aos direitos fundamentais.

A atuação de um Tribunal Constitucional para complementar, esclarecer e proteger tais direitos pode por vezes retrair a atuação e a liberdade do poder legislativo e até mesmo do povo. Para Alexy, contudo, não se trata de um agir ademocrático tendo em vista que o Poder Judiciário se reveste de representação argumentativa e assim desempenha a função de proteger os direitos fundamentais dos possíveis desvios cometidos pelo Legislativo ou Executivo, que por sua vez desempenham representação política.

Mas ele não considerou a possibilidade de o próprio povo pretender diminuir a extensão dos direitos fundamentais, seja movido por interesses pessoais, seja movido por uma onda política corrompida. Em qualquer caso, certo de que sempre em detrimento de direitos de minorias ou grupos vulneráveis.

---

[74] TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão e História**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. Tese Doutorado em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3223/Rafael%20Tomaz%20de%20Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 ago. 2021

Assim, o protagonista deste problema é sem dúvida a inteligência do caráter do Tribunal Constitucional, se permeável pela opinião pública e, portanto, representativo ou se impermeável pela opinião pública (ainda que apenas em alguma medida) e portanto, contramajoritário.

A interferência pública ganha peso na medida em que o Supremo Tribunal Federal atraído pela transparência promovida pelos novos mecanismos da internet, possibilita (positivamente) maior proximidade do povo nos assuntos tratados por ele. Não se trata de um problema. Na verdade, é a realização do projeto constitucional democrático porque se dá a oportunidade de conhecer verdadeiramente matérias de interesse e utilidades públicas.

O iminente acesso do povo no Tribunal, exercido através de pressão política, midiática ou até mesmo físico, trouxe à tona o questionamento ou até mesmo a verificação de que os Ministros tendem, mais vezes do que o esperado, a corresponder ao desejo aparentemente apurado dessa massa externa.

A influência da opinião pública pode se dar para alterar a decisão judicial, mas ainda pode atuar de forma mais amena como por exemplo interferindo na velocidade do andamento processual e na concessão ou não de uma liminar. Assim, fatores extrajurídicos são verdadeiramente elementos capazes de alterar profundamente os rumos do resultado do julgamento. O agravante é que o fundamento desta influência é normalmente passional, ou seja, fruto do desejo humano de esperar do judiciário resultado que corresponda a expectativas pessoais, não jurídicas.

Esta constatação suficientemente ruim e perigosa, é formada por diversos elementos que merecem, cada um deles, individual atenção. São eles: o risco de perfeita percepção do desejo popular, nem sempre imparcial; a questão da representatividade dos ministros do Supremo e suas garantias constitucionais inerentes a magistratura; a legitimidade dos ministros; o risco do desejo incontrolável da maioria e consequente massacre na minoria;

A força dos precedentes, a segurança jurídica, e a obediência a lei diminuem na medida em que o ativismo promovido por esta tendenciosa influência aumenta.

Os ministros do Supremo assim como todos os membros do Poder Judiciário não dependem de apoio popular para ingressarem ou permanecerem em seus cargos. Desempenham, portanto, função essencialmente técnica com liberdade e segurança para cumprir o papel que lhes fora dado. No caso do Supremo, de guardar e aplicar com lisura e retidão de propósito o texto constitucional.

Além disso, como dito, as garantias constitucionais conferem estabilidade para que consigam julgar com imparcialidade e legalidade. A soma da independência pública com as garantias constitucionais deveria resultar no desempenho livre e fundamental do papel contramajoritário do órgão.

Contramajoritário porque capaz de declarar inconstitucional normas que contrariam o texto constitucional, ainda que ela seja produto de representantes democraticamente eleitos e reflitam o desejo da maioria. Contramajoritário para agir de forma a garantir a constituição e o exercício democrático pleno, ainda que em desacordo com a vontade do público. Ir contra a maioria para defender minorias, grupos vulneráveis, sem que isso importe diminuir a vivência democrática.

A tendência verificada nos últimos anos de que o Supremo se deixa influenciar pelo apelo público midiático é ainda mais frágil porque além dos motivos jurídicos/políticos já apontados (que são fortes o suficiente) ainda carecem de apuração segura que a justifique. Não que existam hipóteses em que ela possa ser admitida, mas no formato em que é feita hoje é latente a inadequação.

Isso porque não se pode dizer ao certo qual é de fato o desfecho judicial esperado pelo povo. Não existe um instrumento seguro de apuração que aponte seguramente o desejo da maioria. Ora, se nem através dos sistemas eleitorais, realizado no Brasil por critérios claros e bem definidos é possível afirmar que de fato a vontade da maioria prevaleceu. Mais ainda difícil um órgão atender o suposto desejo popular, que é apurado mediante ibope da grande mídia e das redes sociais.

Mais intrigante do que descobrir a forma como se dá a apuração do desejo da população e por conseguinte se permite decidir conforme ela, é a razão pela qual membros de tribunais constitucionais se importam com ela.

A lógica constitucional democrática súplica para que seja exatamente o inverso. Que o Tribunal tenha força e certeza de que é preciso agir de maneira contramajoritária. Caso contrário, nada poderá conter a força do desejo da maioria, ainda que isso importe na redução de direitos fundamentais. Sim, se foi conferido poder político a membros não eleitos é justamente porque lhes afeta o dever de manutenção da democracia, já que o excesso democrático pode ser um risco a si mesmo. É a solução para os problemas apontados por Alexy de Tocqueville, que ponderou corretamente acerca dos riscos provenientes do excesso de poder da maioria.

A democracia é construída, dia a dia, pela vontade da maioria. O último capítulo deste trabalho se dedica a estudar profundamente o assunto, mas vale dizer brevemente que atender o desejo da maioria garante, entre outras coisas, que o maior número de pessoas estará satisfeito com o resultado obtido nas urnas e, que é menor a chance de erro uma vez que milhares de pessoas pensaram e decidiram do mesmo jeito.

Trata-se de pressuposto válido e seguro, mas não absoluto. Grandes erros foram cometidos pela maioria: Ascenção de Hitler, aclamado pelos alemães; a crucificação de Cristo, preterido à Barrabas.

Este é, inclusive, um dos motivos da existência de uma corte constitucional: proteger direitos, essencialmente de minorias. O avanço do desejo do Poder Legislativo sob o comando do desejo da maioria pode por vezes infligir grupos minoritários e desvirtuar a essência democrática.

Primeiro porque excessos, fraudes e ilegalidades cometidos ou desejados pelo povo ou por parlamentares devem ser contidos, se assim a lei permitir. Segundo porque defender uma decisão política em razão dela representar a vontade da maioria (que elegeu o parlamentar e, portanto, age em nome dela) pode ser facilmente desmontada pela certeza de que nosso sistema eleitoral permite que nem sempre o mais votado é de fato quem assume o cargo. É assim para cargos do executivo e mais ainda para o legislativo que contam com votos, legendas e partidos para concretizar o eleito.

Além disso, importante ressaltar que não existe no Brasil qualquer regra, além da moral, que obrigue os representantes agirem de forma compatível com os seus representados, ainda que se busque corresponder o membro político e o grupo que supostamente o elegeu.

Por fim, ainda é preciso lembrar que a ideia de representação majoritária, notadamente dos parlamentares, é profundamente afetada pela capacidade financeira de cada partido e de cada pasta. Representantes de interesses evidentemente minoritários são mormente eleitos, ao passo que candidatos com bandeiras mais amplas não conseguem se eleger porque hipossuficientes em poder ou em dinheiro.

A dicotomia entre a vontade da maioria e a efetiva produção legislativa pode ainda ser percebida fazendo o exercício inverso. Sociedade recorre ao poder judiciário para ver atendido desejo desatendido no parlamento. Exemplo tão emblemático quanto indesejado, é a decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a crime de racismo a prática de homofobia, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, de relatoria do ministro Celso de

Mello, e do Mandado de Injunção 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin. Posto de lado a crítica quanto ao comportamento inadequado por ser ativista, há que se destacar que a Corte agiu em evidente intenção de atender o clamor popular e o assédio midiático.

Assim, estes últimos parágrafos pretendem demonstrar que infringir direitos em nome da vontade da maioria, é utilizar-se de um manto falso. Porque não se pode afirmar que de fato seja a vontade da maioria (numericamente considerada), segundo porque ainda que fosse, não poderia ser considerado um fundamento válido já que não é razoável que a maioria pretenda, conscientemente, se autoagredir.

> A legitimidade democrática formal não representa qualquer garantia de legitimidade democrática substancial, considerada como a efetiva correspondência entre as escolhas legislativas e as preferências da parcela majoritária da população.[75]

Eliminar todas as interferências que são capazes de comprometer o sistema eleitoral (regionalismo, interesses pessoais, ideias corrompidas, fake *news* e tantas outras) é difícil dentro de um sistema montado para fazer a coleta dos votos, ainda mais para um Poder que foi não preparado para isso.

Há quem diga que o papel contramajoritário não merece destaque porque a atuação efetivamente democrática é rara, já que na maioria das vezes as decisões dos Ministros coincidem com a vontade da maioria. Este argumento é frágil por dois motivos. Primeiro porque como já exaustivamente dito, não é possível afirmar qual de fato é a vontade da maioria e se ela ficou ou não satisfeita com a decisão judicial. Para tanto, é preciso levar em conta que o Direito é composto de elementos técnicos e dogmáticos que impedem que a decisão seja tomada por motivos que, não obstante relevantes, não podem – ou não devem – influenciar o desfecho jurisdicional. Por este motivo, muitas das vezes o aparente descontentamento da maioria se dá por não gostar da decisão, ainda que ela esteja, do ponto de vista técnico, perfeita. Em segundo lugar, porque ir de encontro com o desejo da população não deve preocupar o jurisdicionado, haja vista que seu papel é de aplicador da lei.

Assim, a coincidência com o suposto desejo majoritário deve ser apenas uma coincidência. Caso contrário, estaremos destinados a atuação do Poder Judiciário como

---

[75] NOVELINO, Marcelo. **O STF e a Opinião Pública.** Disponível em: <https://blog.g7juridico.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Artigo-O-STF-e-a-opiniao-publica-Marcelo-Novelino.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.

representativo apenas porque estatisticamente as decisões correspondem com o desejo da maioria. Festejada ou não, faz parte do arranjo democrático a legitimação de decisões, ainda que em desconformidade com o desejo da maioria.

Trata-se do resultado de uma crença profunda no regime democrático – e é claro de obediência ao texto constitucional. É este mesmo raciocínio que permite que presidentes, por exemplo, tomem posse e exerçam suas funções mesmo que talvez não obtenha apoio da maioria (já que é sabido que a maioria perfeita, ainda que para cargos do executivo, dificilmente é atingida).

Se o Poder Judiciário fizer parte do sistema político atual de coalizão sua função se reduzirá a ser o legitimador das decisões dos outros dois poderes. **Neste cenário, a essência democrática mingua para a essência majoritária, e estaremos diante de um Estado que, talvez democrático, mas certamente sem direitos**.

> O constitucionalismo de forma forte que se segue é uma restrição autoconsciente sobre o potencial de excesso na governança democrática, e os novos tribunais constitucionais tornam-se o mecanismo de imposição de rédeas constitucionais em qualquer concepção mais simples de democracia como simplesmente a realização de preferências majoritárias.[76]

Evidente que o Tribunal tem o dever de corrigir qualquer ilegalidade cometida por qualquer dos poderes, Legislativo ou Executivo. Contudo, é preciso que o prumo encontrado pelo Tribunal seja sempre a lei e não a vontade da população. Se o Tribunal Constitucional também exercer papel representativo, ainda que de forma argumentativa como defendido por Alexy, não há quem possa conter a força majoritária que concentrada em excesso pode se tornar um risco profundo a manutenção da democracia.

Por este motivo, a representação argumentativa deve ser exercida para manutenção dos direitos fundamentais. Representar a vontade do povo desde que se suponha sempre que o desejo dela é de manter o mais amplo e límpido conteúdo dos direitos, notadamente fundamentais.

Se já era ruim que os juízes se deixassem influenciar pela opinião pública e refletissem seu desejo nas decisões de maneira cautelosa e eufemística, pior agora que assumem entender necessário a correspondência na atuação do poder judiciário e a vontade da população. Esses

[76] ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies.** New York: Cambridge University Press, 2015, p. 145.

discursos, já transformados em livros, buscam legitimação para que deixem se estar subordinados a Constituição para subordinarem-se a multidão.

Esta preocupação também se dá em torno do *prestígio institucional da corte*. Trata-se de uma crise do constitucionalismo, ou um enfraquecimento da certeza democrática ou ainda um desconhecimento técnico da forma e do porquê a corte atua. Em que pese as decisões da corte enfrentarem em grande medida para constranger os outros dois poderes, o comportamento dos ministros pode ser intimidado caso não se sintam apoiados pelo público.

Assim, o prestígio institucional facilita o acatamento das decisões tanto pelo público em geral quanto por políticos afetados pela decisão, notadamente no que concerne a políticas públicas. Essa reação política e social as decisões judiciais, chamada de efeito *backlash*, comprime ainda mais a liberdade de atuação da corte que se vê refém de um processo cada vez mais profundo de se inserir na coalizão desenfreada de interesses, hora ou outra na contramão dos direitos fundamentais.

Este constrangimento promovido pelo referido efeito *backlash*, intimida o todo o Poder Judiciário a tomar decisões que sabidamente desagradam corpo político e a população majoritária. Promovem ainda o aumento de decisões ativistas, de maneira tão profunda, que ilegais.

Além destes tantos fatores extrajurídicos, há que se considerar que os Ministros carregam com si posições pessoais acerca de conceitos ideológicos, morais, políticos. Nenhuma surpresa. Não se pode, contudo, legitimar estas interferências sob pena de comprometer garantias tão importantes como a imparcialidade e o juiz natural.

Levando todas essas considerações em conta, é seguramente possível acrescentar críticas a casos concretos que possivelmente foram decididos conforme o – suposto – desejo da maioria.

Antes disso, há ainda que se ressaltar que o acolhimento da influência pública na decisão é inconstante, porque dependem de fatores políticos e interesses escusos. Como dito, ainda que a decisão possa ter sido influenciada pelo apelo público e midiático, a resposta judicial deve ser construída a partir da Constituição. Qualquer que seja a resposta, a fundamentação, como direito fundamental do cidadão previsto no Artigo 93, IX da CF/88. A fundamentação a que se refere, é claro, é uma fundamentação que considere a perfeita adequação dos fatos a lei, construindo então o resultado apresentado.

A intensa fragilidade imposta ao Poder Judiciário se dá, na verdade, na alternância injustificada de recepção ou não da opinião pública. Processos com grande impacto social e político, com implicações práticas e políticas incalculáveis a despeito da conformação majoritária e da diminuição evidente de direitos de minorias convivem com outros de ampliação desmedida de proteção judicial em flagrante ilegalidade e carente de adequação constitucional. O único ponto comum entre estes dois processos: convergir com a suposta vontade majoritária. Efeitos colaterais: inconstitucionalidade flagrante praticada pelo guardião da Constituição; fragilidade democrática.

A crítica não se destina a decisões reflitam valores sociais e morais atuais em detrimento de anteriores já superados. A igualdade entre homens e mulheres, a não discriminação racial ou de grupos minoritários devem fazer parte da evolução natural e esperada do Estado, acompanhando o que a sociedade acredita e espera dele. Diante de flagrantes inconstitucionalidades, inclusive por ferir direitos fundamentais - como o da igualdade - e desde que dentro da atuação constitucionalmente prevista de atuação da Corte, se espera que o controle de constitucionalidade, de interpretação conforme, nulidade parcial sem redução de texto entre outros exemplos, atualize e dê sentido novo e adequado as normas.

Estes casos não são exemplos da crítica acerca de resultados influenciados pela opinião pública. Como dito, são avanços necessários. A crítica feita neste estudo se destina a decisões que ultrapassam as competências previstas no Artigo 102 da Constituição. Exemplos são muitos, mas os mais emblemáticos são, a “Criminalização da Homofobia” e a autorização para cumprimento de pena sem o trânsito em julgado.

São dois casos de grande exposição midiática, acompanhada de perto pelo público. Ambos carecem de sustentação legal e, não obstante terem aparentemente agradado a maioria, são evidentes ilegalidades cometidas pela corte. Os motivos são válidos. De fato, o Brasil é um país homofóbico que mata mais que qualquer outra pessoa apenas por serem homossexuais, sendo um público órfão de legislação que os proteja. Sobre o outro exemplo, são inúmeros os casos de crimes prescritos sem cumprimento de pena em razão da morosidade e infinitas possibilidades de impetração infinita de recursos.

De toda sorte, estes argumentos ainda que de grande peso e urgência, não podem ser solucionados pelo Supremo, simplesmente porque não cabe a ele, com os instrumentos que lhes foi dado, solucioná-los. Ademais, vale ressaltar, que os instrumentos que lhes foi dado, como notificar o Senado para que elabore a lei (no caso da criminalização da homofobia) sequer foi tentado, agravando ainda mais o desvio do comportamento da Corte.

2.4 APONTAMENTOS IMPORTANTES ACERCA DAS DIFERENÇAS ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO, UM OLHAR SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O fenômeno da judicialização, do ativismo e por conseguinte do risco democrático de ambos não é um privilégio brasileiro. Nos mais diversos países do mundo Cortes Constitucionais são provocadas a decidir sobre os mais diversos temas e sobre as mais diversas circunstâncias. O que nos é peculiar, talvez, é a exposição com que a nossa Suprema Corte atua e a intimidade com que todos os brasileiros conseguem entender e conhecer das decisões e dos Ministros.

Esta exposição através da mídia e da internet é um importante instrumento de transparência e, portanto, de fortalecimento democrático. Em contrapartida, expõe os Ministros ao escrutínio público e compromete a imparcialidade das decisões.

Dentro deste cenário é que foi observado uma tendência do órgão a decidir de maneira a não desagradar a maioria, ou ao menos alterar a pauta e a ordem de julgamento dos processos de modo a não postergar processos que tenham manifesto interesse social.

Para além de discutir acerca da existência ou não de um comportamento ativista – uma vez que já superada esta etapa tendo em vista as evidências práticas – é preciso fazer uma análise a partir de uma perspectiva crítica, sem naturalizar os caminhos tomados a partir da Constituição de 1988. O constitucionalismo brasileiro contemporâneo é marcado pelo papel da jurisdição na solução de controvérsias sociais e políticas.

De fato, judicialização e ativismo judicial não são sinônimos. Mas ambos pesam igualmente na balança do risco da legitimidade democrática caso lhes seja dado um olhar distorcido acerca do resultado do caso concreto – agradável as partes, a comunidade jurídica ou ao apelo midiático/social – sem levar em conta as razões do decidir e os riscos provenientes da naturalização dos problemas técnicos e teóricos que cercam o tema.

A luz que se pretende lançar sobre o tema só pode ser verdadeiramente útil se for radicalmente comprometida com os propósitos democráticos. É preciso comprometimento democrático e despido de vaidade, populismo, vontades e preferências pessoais.

A partir daí, cabe reforçar que judicialização e ativismo judicial não são sinônimos. A judicialização é uma realidade que não pode escapar do Poder Judiciário, um fenômeno contingencial. É consequência do processo de redemocratização brasileira, iniciada com a promulgação da Constituição de 1988.[77]

Este processo conferiu, além de outras tantas coisas, consciência cidadã aos brasileiros que cientes de seus direitos passaram a buscar proteção jurisdicional se desatendidos na via estritamente política. A Constituição de 1988 rompeu profundamente com o que já se conhecia acerca da atuação e competência da jurisdição constitucional no Brasil. Não obstante não sejam sinônimas as ideias de judicialização e ativismo judicial, ambas decorrem de um movimento de concentração de expectativas no Poder Judiciário, que passa a atuar como mais um poder político porque faz valer direitos descumpridos pelo Legislativo e Executivo.

Ainda que as decisões decorrentes da judicialização tenham profundo conteúdo político, são demonstrações verdadeiras do princípio da inafastabilidade. Diante de um evidente descumprimento de um direito previsto na lei não pode o juiz se afastar do dever de atender a parte que lhe provoca via ação judicial.

Nesse sentido, as repercussões políticas são apenas consequências da decisão jurídica, pautada e motivada pela lei num clássico caso de provocação judicial em razão de uma pretensão resistida. O judiciário é forçado a tomar decisão com grande repercussão política por consequência natural do devido processo legal. A sociedade, ignorada pelo Poder Público no reclame pelos seus direitos, interfere no andamento administrativo, notadamente no que se refere ao orçamento, e passa a fazer parte do cenário político.[78]

Outros motivos ainda podem justificar a judicialização. Como dito, o processo de redemocratização é fortemente impulsionado pela facilitação de acesso ao Poder Judiciário. A Defensoria Pública é um importante exemplo. Ampliou tanto o acesso ao Poder Judiciário, como também as informações jurídicas, antes elitizadas. Para conhecer soluções práticas diante de um caso concreto não é mais necessário pagar ou conhecer advogados.

Em que pese as críticas pertinentes ao resultado da judicialização, como interferência e descontrole no orçamento e agenda da administração pública, uma visão imparcial sobre o tema permite perceber que se trata na verdade de mais um importante instrumento de controle exercido entre os poderes. Isso porque a Carta brasileira, desconfiada da concentração e mau

---

[77] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.
[78] BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p.23-32.

direcionamento no exercício do poder previu este – entre tantos outros – mecanismos de contenção de poder, em caso de excessos, e ainda de propulsão, em caso de inércia.

Assim, a judicialização não é resultado de uma posição ideológica ou filosófica da Corte ou de qualquer juiz, trata-se de responder ao modelo Constitucional vigente, que expandiu direitos sociais e criou os mecanismos necessários para exercício e aplicação deles[79].

O ativismo judicial, por sua vez, é um comportamento de ampliação no tocante as competências constitucionais de atuação do Poder Judiciário. O ministro Luiz Roberto Barroso além de estudar e defender o ativismo judicial, propõe uma relação dele com um dever cívico e constitucional de atender, numa visão profundamente ampla, princípios e direitos fundamentais. Para ele, a necessidade de ampliar a competência constitucionalmente prevista para a Corte se dá em razão do descompasso existente entre a sociedade e o poder legislativo e, portanto, a necessidade de a Corte atuar como representante última dos anseios sociais.

> Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais [...][80].

Assim, para ele, é necessário ser ativista quando, por exemplo, se exerce o controle de constitucionalidade com base em critérios menos rígidos que os Constitucionais. O oposto de ativismo, então, para o Ministro, é um comportamento de autocontenção judicial, sendo este um movimento conservador e de rígida aplicação constitucional, sem extrair o máximo das potencialidades do texto, com abstenção de interferência em políticas públicas.

O fundamento das decisões ativistas, uma realidade instalada no Brasil, se dá normalmente pelo manejo de princípios diversos. A partir de uma falsa indeterminação judicial possibilitada por um intencional abandono de critérios jurídicos, a decisão ativista autoriza o juiz a eleger certa interpretação em detrimento de outra.

O princípio da proporcionalidade é um bom exemplo de como não se deve justificar uma decisão judicial por um princípio. Robert Alexy é reconhecidamente um estudioso do

---

[79] BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.

[80] Ibid., p. 4.

referido princípio. Nos apresenta complexa fórmula para a correta utilização dele, mediante um aparente conflito de direito. A utilização teórica e prática da técnica apresentada por Alexy, inclusive fazendo referência ao jurista alemão, na justificação da decisão, a utilização raramente é feita tal como concebida pelo estudioso. Prova disso é o que Supremo Tribunal Federal aplica a proporcionalidade – mencionando Alexy – focando apenas na aplicação como um conceito associado exclusivamente a ponderação. A fragilidade com o que o princípio da proporcionalidade é enfrentado pelo Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, aprofunda a hipótese de que os princípios todos são utilizados como um álibi teórico para alcançar a decisão previamente desejada.[81]

Importante o enfrentamento acerca da utilização de princípios e de cláusulas "vagas". Esta expressão – "cláusulas vagas" – é utilizada por Ronald Dworkin e por ele mesmo é recomendado cuidado:

> De fato, agora se pode ver que a própria prática de chamar essas cláusulas de "vagas", prática à qual aderi, envolve um erro. As cláusulas são "vagas" somente se as considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. Se as encararmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisas.[82]

Para Dworkin, a relação entre o direito e o sujeito exige uma prática social interpretativa, porque o encontro com o conteúdo da norma é sempre feito dentro do caso concreto. Este processo interpretativo apenas produz bons frutos se realizado com boa fé, ou seja, o resultado obtido deve ser fiel ao sugerido durante o processo de busca da resposta correta e não da vontade pessoal do intérprete.

A interpretação de cláusulas "vagas" ou até mesmo de princípios impõe que o resultado seja harmônico com o sistema. Diante de uma norma jurídica, sob a qual haja incerteza e dela dependa a solução do caso concreto, não pode o intérprete declará-la como indeterminada para fazer dela o que quiser, de modo a conduzir a solução do caso conforme pretendido por ele. A indeterminação não pode ser completa, já que sempre existem critérios jurídicos anteriores que promovem condições de eleger a mais adequada interpretação, de acordo com todo o sistema jurídico.

---

[81] MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. Constitutional Rights Expansion and Contributions From Robert Alexy's Theory. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 127-136, jul./dez. 2016.

[82] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 214.

Diante de um caso difícil, que não carrega em si uma resposta pronta, como a maioria dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, o que se espera é um enfrentamento do caso para ao final construir uma regra jurídica, superando as dificuldades e incertezas que o caso apresenta. Os ministros, se assim fizessem, forneceriam maior clareza a comunidade política porque esclareceria, a partir de critérios jurídicos, as melhores concepções sobre as regras do jogo, superando, assim, argumentos acerca de quem está sendo julgado.[83]

Diferente disso, o que se observa é que os julgamentos são marcados por aproximações íntimas aos afetos trazidos no processo e a conclusão tem contornos e argumentos pessoais porque se utilizam de recursos e motivos extrajurídicos.

Os princípios, neste cenário, assumem papel crucial. Eles que serviram – e servem – inicialmente como um supressor de lacunas do Direito, assim como a analogia, jurisprudência e a equidade, conforme artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Os princípios que antes foram a solução para decisões que pudessem superar injustiças, passam a ser um instrumento de legitimação da discricionariedade de juízes. Um novo hábito de relativizar normas e abandonar a busca de uma resposta constitucionalmente adequada.

Em decorrência do princípio democrático criou-se uma hipótese de perda de mandato parlamentar além das já previstas no texto constitucional, quando decidiu que a fidelidade partidária os fazia concluir que a vaga no Congresso pertencia ao partido, e não ao político eleito. Agora a decisão foi revista, mas o Supremo já suprimiu o princípio da presunção da inocência e permitiu o início do cumprimento de pena sem que haja trânsito em julgado da ação penal[84].

São dois exemplos claros de comportamentos ativistas. Neles, a Corte inova completamente na ordem jurídica, inclusive criando regras com caráter normativo geral. Em todos os casos são justificadas pela aproximação da vontade da população e a realidade política jurídica que deveria ter sido satisfeita pelo Parlamento. A suposta desconexão entre o desejo de representantes e representados é o argumento central do comportamento ativista. Parte-se, portanto, da suposição de qual seja a vontade da maioria e do não cumprimento dela pelos parlamentares para suprimir, inclusive, o procedimento constitucionalmente previsto. Assim,

---

[83] GLEZER, Rubens. O voto Sem Razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. *In* VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 163.

[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.** Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342

sob o pretexto de cumprir a constituição descumpre-se duas vezes ela: deixando de cumprir o procedimento previsto e agindo muito além das competências previstas.

Não existe autorização constitucional para que o Supremo supra a omissão legislativa ou a regulamente, tampouco que satisfaça o direito pretendido.

> Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.[85]

Os ricos da prática ativista convivem com critérios inconsistentes, instáveis. Isso porque o agir ativista passa a ser uma escolha da Corte de acordo com a conveniência e visibilidade do caso. Neste trecho de artigo científico publicado pelo Ministro Barroso, é possível perceber a preocupação com a visibilidade da Corte na condução de um processo e ainda na escolha, sem fundamentos técnicos ou teóricos, acerca da aplicação ou não do processo constitucional ou a supressão dele em razão da "necessidade' ativista.

Com efeito, os membros de uma Corte, ainda que não eleitos, exercem poder político. Os resultados políticos decorrentes do comportamento ativista não é o fundamento de toda crítica – ainda que seja em alguns casos. Na maioria deles o resultado da decisão e a alteração da norma jurídica é bem avaliada.

Para provar pelo exemplo: o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, que pretendeu a equiparação da prática homofóbica ao crime de racismo. Urgente a necessidade de proteção mais ampla ao grupo que é vítima em número cada vez maior de práticas preconceituosas, excludentes e letais. O resultado obtido através da modificação política da tipificação da prática homofóbica é profundamente válido. Mas esse raciocínio impõe a célebre e frágil aceitação daquela máxima de que "os fins modificam os meios". Ainda que o resultado seja emblemático e até mesmo de ampliação de direitos fundamentais, não se pode aceitar que o Poder Judiciário crie tipo penal, suprimindo todos os processos constitucionalmente previstos.

---

[85] BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p.4.

A atuação política dos membros do Poder Judiciário é verificada também em sede de Judicialização e as críticas que repousam sobre ela se limitam a cuidar para não desorganizar a agenda e o orçamento público. Não se questiona a legitimidade da decisão tampouco a necessidade e legalidade do processo, através do qual permitiu a eficácia de direitos previstos.

No ativismo judicial, por sua vez, a interferência política é resultado da ausência total do devido processo legal em flagrante atuação por parte dos Ministros a partir de critérios livres de escolha, sem fundamentação jurídica que a sustente. É claro que alguns importantes princípios sempre são levados em conta, mas o rompimento dos limites institucionais é tão profundo que eles – os princípios – não são capazes de suportar.

No citado exemplo do julgamento que permitiu a tipificação do crime de homofobia, note-se, houve proteção de um grupo minoritário, em aparente coerência com o dever contramajoritário. Contudo, não se trata apenas de fundamentar a decisão na proteção ou ampliação de direitos, mas sim de não se curvar a vontade da maioria (que neste caso aparentemente pressionada o Supremo Tribunal Federal a concluir, tal como fez) em detrimento da supressão da democracia e da Constituição.

Este raciocínio corrompe a essência contramajoritária. Sob o falso manto de proteção da minoria e constrição da atuação parlamentar – características do dever contramajoritário – rompe-se profundamente o pacto democrático para fazer cumprir o desejo majoritário.

O modelo proposto, e atualmente vigente, implica numa necessária, maleável e, portanto, perigosa exigência de autocontenção da Corte. Ela escolhe os processos em que a lei pura será aplicada e os processos que se utilizarão da função representativa para descumprir a lei e responder aos anseios populares, valendo-se de fundamentos extrajurídicos. Essa autocontenção é perigosa porque restrita, exclusivamente, pela prudência política do juiz já que a lei é ignorada anteriormente por ele.

Fica a cargo da escolha do juiz os processos que serão decididos com o rigor da lei e para tanto os próprios Ministros carregam com si argumentos positivistas, e casos em que defenderão o poder interpretativo da Corte para além da letra fria da lei, ou ainda a existência necessária de certa interdisciplinaridade, ou por fim aceitar que o direito, mais que a lei, é uma prática, e assim se autorizarem a decidir em desconformidade profunda com a lei.[86]

---

[86] GLEZER, Rubens. O voto Sem Razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. *In* VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 144.

O não posicionamento claro da Corte parece estratégica porque permite escapar das críticas, alternando seu posicionamento conforme lhe prouver. Quando acusada de ativista, apresenta exemplos de aplicação pura da lei. Quando acusada de positivista, apresenta casos de interpretação ampla e de ampliação de direitos fundamentais. Descompromissados de qualquer escola de pensamento, circulam livremente entre elas impossibilitando perceber a quais premissas se filiam.

As decisões ativistas do Supremo ampliaram a proteção de alguns direitos e valores fundamentais, contudo, em detrimento de outros valores e direitos. Não se trata de conflito de direito e muito menos da necessidade de sopesamento entre eles, porque ambos podem ser atendidos se cumpridos as regras do jogo democrático constitucionalmente previstos.

> Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la.[87]

A conclusão do Ministro Luiz Roberto Barroso, na defesa do comportamento ativista, prova as críticas feitas em sua contramão. Segundo o Ministro, os riscos referentes a legitimidade democrática se atenuam na medida em que a Constituição é cumprida, contudo, no comportamento ativista é carente de fundamentação legal. Existe para atingir os fins pretendidos se utilizando de caminhos discricionários e desconhecidos.

A afirmação de que a existência de cláusulas vagas ou fluidas permite um processo criativo por parte do julgador tendo como margem ou limite a existência de leis válidas e vigentes se refere a convicção ativista de que a ultrapassagem de limites é necessária porque o legislador falha constantemente ao se omitir em legislar, mesmo diante de manifesto desejo da maioria. Ocorre que, a margem limítrofe primeira é a própria Constituição que deve ser acima de qualquer omissão legal, sendo esta sanável por processos constitucionais, como o Mandado de Injunção e a Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão.

---

[87] GLEZER, Rubens. O voto Sem Razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. *In* VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora., p. 4.

Na contramão dos argumentos levantados pelos defensores do ativismo, há que a crítica ao movimento não é conservadora ou dogmática, descrente no papel de promoção social do Direito. Ao contrário, trata-se da forte convicção de que o Direito é o responsável pela manutenção da ordem democrática e da evolução que deve ser promovida respeitando o Direito, ainda que ele impeça, por vezes, se utilizar de atalhos para fazer valer um desejo que tenha inquestionável fundo moral.

A inconsistência teórica sob a qual as decisões ativistas repousam fragilizam de sobremaneira os direitos duramente conquistados e previstos na Constituição vigente. Rubens Glezer aponta o risco da tese defendida por Luís Roberto Barroso, explicando que o Ministro é positivista porque em alguns casos a solução lhe parece pré-pronta, e a aplicação da lei é de encaixe perfeito. Contudo, em casos que não se encontra facilmente uma resposta pronta na lei ao Ministro emerge a possibilidade de escolher a decisão do caso da forma que mais lhe agrada, escolhendo o resultado de maneira discricionária.[88]

O risco aumenta na medida em que os casos levados a Suprema Corte, na grande maioria das vezes, são de respostas jurídicas complexas, não encontradas prontas na lei e assim quase sempre com grande possibilidade de escolha de decisão sem razão jurídica. Essa empírica constatação, somada a intensa exposição do Supremo, o faz decidir por critérios extrajurídicos. A legitimidade da decisão passa a "depender da capacidade de o intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa".[89]

A malícia deste comportamento está no distanciamento conveniente de um mínimo fundamento jurídico argumentativo e aproximação de critérios fundados na persuasão e convencimento. O resultado é agradável a Corte porque o público, ignorante das riquezas jurídicas e da importância de lealdade ao Direito, legitima as decisões, apoiando e regozijando perante resultados que satisfaçam seus anseios, normalmente passionais. Trata-se de uma técnica de sofismo, tão antiga quanto eficiente.

É preciso colocar sob suspeita o comportamento ativista porque, ainda que no cenário atual o decisionismo seja esporádico (menos do que se deveria) e em grande medida para aplicar

---

[88] GLEZER, Rubens. O voto Sem Razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. *In* VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 140.

[89] BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 40.

medidas jurídicas aparentemente convenientes, a naturalização deste processo pode permitir que decisões alcancem resultados impensáveis.

Apenas a partir de um pensamento crítico é possível perceber que o comportamento ativista é um problema a ser enfrentado, mesmo que a solução possa desagradar e desacelerar o processo que acredita estar sendo beneficiado por ele. Utilizando da expressão do Ministro Luís Roberto Barroso: o ativismo tem o condão de "empurrar a história"[90].

É comum que seja utilizado recursos eufemísticos para minimizar ou naturalizar o problema do ativismo. Recorrendo mais uma vez aos conceitos do Ministro Barroso: "A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais [...]" ou ainda " a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...]"[91]

São eufemismos porque tratam-se, todas elas, de formas evidentes de ultrapassar os limites impostos pela Constituição no tocante a competência/atribuição do Poder Judiciário. O resultado desse falso, ou ao menos impreciso, enfrentamento do que realmente se trata o ativismo judicial impede que ele seja tratado como deveria, tanto por estudiosos do Direito como pelo público em geral, já que a Corte escolhe em quais processos o ativismo "merece" ser acionado, utilizando-se de critérios de pura conveniência.

Já parece superada as dúvidas que pairavam sob a diferenciação entre ativismo e judicialização. Em que pese essa aparente evolução, ainda persiste a tendência de redução das críticas ao ativismo apenas se relacionado a conteúdo ou reflexo político. A interferência do Poder Judiciário na política, como já dito anteriormente, é um reflexo de uma série de fatores. Nenhum deles, contudo, decorrentes da prática judicante.

Já o comportamento ativista é fruto da vontade do aplicador ainda que possa tentar revesti-la dentro da aparência judicante. A vontade do aplicador do Direito por vezes se espreita na suposta vontade do legislador e da legislação. Remete a Kelsen a afirmação de que o decidir (ato do aplicador do direito) é proveniente de um ato de vontade e não de conhecimento, já que este – o conhecimento - é reservado a ciência do direito. A problemática trazida por Kelsen se dá na confirmação de que apenas as interpretações extraídas do poder judiciário são válidas,

---

[90] BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 26.
[91] Ibid., p.4.

porque criam o direito e, portanto, estão fadadas a discricionaridade. A relação imbricada entre vontade e discricionaridade da decisão judicial, proposta por Kelsen e evidenciada pela realidade empírica, demonstra a pertinência da preocupação aceca dos riscos democráticos[92].

O ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos, houve ali espaço para que isso fosse possível. Uma Constituição que uma vez sintética permitiu discussões acerca dos limites morais e legais da atuação dos juízes notadamente no exercício do controle de constitucionalidade e na interferência políticas dessas e outras decisões.

No Brasil, contudo, o espaço para o avanço do ativismo era – é – menor, haja vista que a competência e os limites do Supremo Tribunal Federal e de todo o poder judiciário estão bem definidos na Constituição. Não foi suficiente. Decisões com fundamentos extrajurídicos escancarados que, sob o falso manto da busca adequada da aplicação dos princípios vestiu-se a discricionariedade.

A coincidência de momentos históricos como: a latente ineficácia do direito na contenção da Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos fundamentais e a forte expansão da influência americana sobre o mundo, aumentaram o processo de judicialização. Este, por sua vez, oportunizou o nascimento do comportamento ativista. A frustração pela omissão e pelas lacunas deixadas pelo Estado fez com que o poder judiciário tomasse para si o poder de corrigir essas falhas, exercendo papel determinante de direcionamento político, para além dos limites das competências constitucionalmente previstas.

Se ao Supremo cabe guardar a Constituição, no Brasil com um texto tão expandido e com direitos tão minuciosamente descritos, não é exagero afirmar que qualquer assunto pode ser judicializado porque quase nada escapa ao texto constitucional.

A posição do Supremo e de todas as Cortes Constitucionais o coloca numa posição de "oráculo de validade das leis". Essa expressão utilizada por Rui Barbosa, quando se referiu a justiça americana, pode ser utilizada agora como provocação para a atual atuação da Suprema Corte Brasileira, porque tanto seu habitual comportamento como as projeções – marcada pelas promessas e declarações do Ministro Barroso – (tratadas no primeiro capítulo deste trabalho) indicam a possibilidade de exercício, através deste órgão, de uma autoridade simbólica.

A ideia da autoridade simbólica, trabalhada pela professora Clarissa Tassinari, indica a pretensão do Supremo de se autoindicar como "*atuando no papel de poder mais admirado, o*

[92] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249.

grande oráculo para resolução dos impasses (políticos) da sociedade, afinal, este é o lugar onde as pessoas poderiam consultar as divindades sobre o futuro". Segundo essa hipótese, essa pretensão é diariamente materializada pela atuação da Corte com supremacia. Faz isso no momento em que é autorizada pela Constituição a intervir constantemente (contudo, é claro, mediante provocação) nas execuções das funções dos outros poderes. A professora trabalha a ideia de que essa intervenção pode ser proveniente tanto da execução de um modelo de trabalho, comum a todas as Cortes ocidentais, mas também na exteriorização da expressão de outro significado de modelo, o de padrão ideal, exemplo e expressão daquilo que se espera de um poder.[93]

Esta consideração da Suprema Corte brasileira passa em algum momento pela ideia de que sua supremacia é decorrente em alguma medida da visualização da Corte como instituição modelo da democracia constitucional, uma vez que a atuação política é sempre de destaque. Para tanto, há que ser considerado que a liberdade política – notadamente dentro de um contexto político de presidencialismo de coalisão – permite que as decisões, as escolhas das pautas para julgamento e a proximidade com o atendimento do desejo popular fortaleçam essa ideia.

Ainda que este trabalho pretenda se desvencilhar dos caprichos políticos provenientes da época da sua escrita, impossível desconsiderar a atual posição do Supremo Tribunal Federal. A ideia de supremacia, tratada nestas linhas, não escapa da ideia de legitimidade decorrente da crença deque o Poder Judiciário é o Poder Político modelo, em detrimento dos outros dois (Legislativo e Judiciário).

Assim, não obstante ainda persista a ideia de supremacia da Corte, tanto no que se refere a um ideal pertencente ao imaginário das pessoas, tanto decorrente da permanência da execução das decisões (refiro-me a obediência e cumprimento das ordens), é inquestionável que houve evidente abalo à imagem do Poder Judiciário, antes quase que irretocável.

Futuro recente poderá responder se todas as teorias que foram formuladas até então sobre a supremacia do Supremo e as práticas que são permitidas a partir desta ideia permanecerão assim.

Mais do que uma crise política, estimulada pela crise econômica e concretizada nas ruas pelas intensas manifestações de repúdio ao Supremo Tribunal Federal, o Brasil e o Direito

---

[93] TASSINARI, Clarissa. A Autoridade Simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547>. Acesso em: 27 ago. 2021.

enfrentam uma profunda crise de harmonia de tudo que já foi construído acerca do papel e da força exercida pelo Poder Judiciário.

Sim. O Poder Judiciário sempre exerceu papel de destaque, principalmente se comparado com o Poder Legislativo e Executivo. Houve sempre na figura do Poder Judiciário a concentração das expectativas de, em primeiro lugar, um poder sem corrupção e, diante de profunda consciência social, um Poder capaz de promover sempre definições jurídicas de alto impacto na vida de pessoas que assistiam pacificamente o jogo harmônico permanecer.

Tanta corda foi dada ao Judiciário, e tanto ela foi esticada pela postura audaciosa de declarações – não apenas elas, mas também textos, defesas e principalmente, crescente prática ativista – como a do Ministro Barroso, tratada no primeiro capítulo, que a tensão política e a culpa pela complexa crise enfrentada pelo Brasil foi finalmente desviada do Legislativo e Executivo, até estourar na balança do Judiciário.

Assim, a construção teórica feita até os dias hoje, que insistiu na elucidação dos papeis de uma Corte Constitucional e cuidou de mostrar a importância para o cumprimento dos limites constitucionais, sob pena de descredibilização nacional e, portanto, risco de comprometimento democrático, finalmente se concretizou. Não que o Supremo tenha cometido os erros pelos quais tem sido acusado, não é essa a conclusão sugerida neste trabalho. O que é importante perceber, diante da crise perante a qual se instalou entre os três poderes, principalmente sobre o Poder Judiciário, é que a relação próxima entre a Corte e o povo, seja numa relação de dependência ou de afinidade, demonstrou que a legitimidade ou a existência da Corte deve existir a despeito da conformação social de suas decisões. Deixou evidente, ainda, a necessária aproximação do povo, não no que tange a adequação da decisão com o suposto desejo majoritário, com o projeto democrático e a essencialidade do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, portanto, de um movimento em sentido contrário do que pretende as teorias que enxergam a necessidade de atuação do Poder Judiciário de forma representativa, e não contramajoritária. A preocupação teórica de justificar a solução do problema democrático do exercício do controle de constitucionalidade, na hipótese de atuação representativa da maioria ou da minoria, além de não solucionar o problema, expõe a Suprema Corte a uma existência frágil, que depende do cenário político e dos movimentos de massas para sua permanência. A relação de dependência ocasionada pela teoria de uma Corte representativa, impede a atuação independente dela e compromete, portanto, a execução do controle de constitucionalidade.

Assim, se o principal argumento para legitimação do ativismo é o de que o Supremo Tribunal é o mais próximo do povo e o que melhor ouve e representa sua vontade, a crise atual instalada desmonta definitivamente essa teoria.

Além disso, ultrapassar as margens impostas pela Constituição em razão da fortalecida ideia de ser a Suprema Corte a "instância moral" em razão da "permanência de certa confiança popular" enfraquece a existência da Corte porque relativiza sua legitimidade, uma vez que a condiciona a afinidade e aceitação popular.[94]

A habilidade e a aptidão do Poder Judiciário no exercício da sua função (já que é o único que é composto por capacitados tecnicamente para o cargo) proporciona a aparência e o compromisso de resultados dignos de especialistas e, portanto, sempre da resposta correta. Essa ideia é potencializada porque os Ministros atuam de maneira imparcial/neutra e resolvem os impasses sociais de maneira mais desinteressada que os outros poderes de origem representativa. Todos esses componentes puderam elevar a legitimidade constitucional da Corte para um lugar de supremacia judicial[95].

A supremacia judicial está profundamente relacionada a ideia de confiança. Esta, por sua vez, é complexa porque reúne em si uma série de elementos subjetivos que dependem da perspectiva perante a qual se analisa. É possível que ela se relacione com segurança jurídica, porque a confiança exige que não haja surpresas e seja, portanto, duradoura. É possível ainda que ela se relacione com critérios de justiça, que flutua variavelmente de acordo com os critérios pessoais que cada cidadão carrega em si.

Dessa forma, a defesa de uma Corte Constitucional que atue de maneira representativa corresponde ao ideal de fortalecimento da confiança do povo. O ativismo judicial se coloca a serviço deste propósito porque é o mecanismo que permite que a decisão, não obstante vazia de adequação jurídica, se molde ao critério de justiça manifestado pelo povo.

A modulação de metodologias de interpretação para a decisão judicial, propondo, inclusive, "uma técnica de conceitual asséptica" – expressão do professor Rafael Tomaz de Oliveira - forjando um ambiente imparcial e apolítico. O professor comprova que esse ambiente imune a interferências é forjado porque a influência moral dos decisores está sempre presente.

---

[94] MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 200, p. 187,

[95] TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547. Acesso em: 27 ago. 2021. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v4i2.2547.

Esse fenômeno se dá porque existem conceitos que são profundamente afetados pela moral, e dela não podem escapar.[96]

Nesse sentido, a transferência para o Poder Judiciário das resoluções de conflitos que não puderam ser solucionadas por outras instâncias do próprio Poder Judiciário ou pelos outros Poderes, reforça a imagem de confiança:

> Foucault já dizia que todo poder pressupõe uma relação com o saber (e vice-versa). Em resumo, saber é poder. Então, o que sabem as cortes/tribunais constitucionais? Ora, eles sabem como melhor aplicar as leis; sabem como decidir adequadamente. Afinal, essas instituições agem por justiça – sempre vão apresentar a solução mais justa para a controvérsia. É essa uma das possíveis imagens que pode ter sido criada para os órgãos judiciais, especialmente para os que decidem por último, e é isso que de certo modo pode ter fomentado o discurso de supremacia. Esse é apenas um dos elementos que desperta na sociedade a confiança de que, deslocando a responsabilidade das decisões fundamentais da comunidade política para o judiciário, será produzido uma definição à melhor luz: à luz de um saber técnico (jurídico).[97]

> Este posicionar-se alheio à supremacia judicial como discurso inventado é provocado e incentivado pela sensação causada por seus efeitos, suas repercussões no imaginário da sociedade: "pacífica consciências" e gera "[...] politicamente a conciliação das contradições". É por isso, por essa impressão de conforto que é pressuposta ao mito, que o discurso se naturaliza, gerando aceitação, "veneração às formas de poder que o criam", através do estabelecimento artificial de "relações necessárias e esquemas ideais". Assim, o discurso de supremacia judicial "opera como lei universal", o que ganha ainda mais peso quando a instituição para a qual se destina este discurso começa a consolidá-lo satisfatoriamente como prática.[98]

A supremacia judicial que justifica a atuação ativista e portanto, discricionária, se sedimenta também porque dentro das tensões naturais da democracia cabe naturalmente ao Supremo a resposta final dos conflitos. Se a democracia é um regime de tensões, conflitos e incertezas, ao judiciário foi conferido o dever de encontrar o caminho para a pacificação final do conflito.

---

[96] TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão e História**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 264 f. Tese Doutorado em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/ UNISINOS/3223/Rafael%20Tomaz% 20de% 20Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 jul. 2021.

[97] TASSINARI, Clarissa. A Autoridade Simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito,** Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547. Acesso em: 27 ago. 2021. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604. 2018.v4i2.2547.

[98] Ibid., Acesso em: 27 ago. 2021.

3 DEMOCRACIA DESCONSTRUÍDA

Talvez não seja esperado que um trabalho como este que busca analisar o comportamento do Poder Judiciário estude os instrumentos de manutenção do modelo democrático. Contudo, é fundamental descontruir o conceito de Democracia para analisar cada elemento que o compõe e assim fortalecer a ideia para a qual se pretende caminhar.

O fundamento desta preocupação surge da constatação empírica de que existe um falso consenso de que democracia seja concretizada num governo do povo, pelo povo e para o povo, como disse Abraham Lincoln no célebre discurso de Gettysburg. Não que não seja, mas não é só isso.

Qualquer tentativa de prever os riscos perante os quais a democracia poderá sucumbir é apenas uma profecia originada nas aflições e preferências pessoais daquele que ousar desempenhar essa tarefa. Primeiro porque a história já demonstrou que este tipo de previsão erra reiteradamente, segundo porque o conceito de democracia pode variar sensivelmente, sem que deixe de ser considerada democracia, para aqueles que vivem dela num determinado contexto histórico. Ora, acreditamos viver num regime democrático mesmo no período em que mulheres e negros não tinham direito a voto, ou a serem votados. Por certo que este cenário, visto hoje, é bastante claro ao demonstrar-se não democrático. Não se pode saber o que as gerações futuras poderão conceber como democracia.

Há muito tempo foi construída a falsa ideia de que a Democracia é um modelo perfeito. A idolatria por este regime impediu que discussões acerca de possíveis reformas fossem feitas de forma a torná-la mais “realizável”. A aparente superestimação da vontade do povo, característica central, mas não única da democracia, também contribuiu para que o modelo apresentasse ranhuras e se apresentasse de forma distorcida. A democracia não é apenas a atribuição de poder ao povo (da maioria), mas é essencialmente a distribuição e contenção de poder de forma que não haja autocracia em qualquer nível, seja nas mãos de um líder, seja na mão de um povo. Todos cedem poder para que o país seja regido pela lei. O direito é, assim, o legitimador do poder.

A crise política pela qual passa o Brasil pois a prova a rigidez democrática. Mostrou suas fragilidades. Mas até agora, se mostra firme e eficaz.

É preciso relembrar, contudo, que foi através de exercício democrático que grandes e funestos momentos históricos acontecessem. A democracia permitiu emergir o fascismo que tão logo triunfou, desfez-se dela.

Essa constatação histórica deve ser feita para alertar de que a tranquilidade proveniente de anos de exercício democrático provoca uma falsa ideia de segurança absoluta. Como se fosse um regime blindado a promover atrocidades, principalmente no tocante a direitos e garantias individuais. Não é.

Democracias carregam em si mesmas o germe da sua destruição, porque se é do povo a origem de todo o poder, pode ele, o povo, decidir pelo fim da democracia. Lowentais diz isso.

> 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 autorizada a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.[99]

Para o autor, todo grupo organizado tem de estabelecer formas de apurar as decisões que o afetarão interna ou externamente. Ponto central para que essas decisões sejam fruto de um processo democrático, é que partam de uma regra, seja ela escrita ou consuetudinária[100].

Por certo que não se pode dizer, mesmo na mão de uma visão otimista, que a democracia é um governo de todos (onicracia). Primeiro porque não são todos que votam, segundo porque muitos são excluídos ou desconsiderados nos projetos e tomadas de decisão.

Não é muito lembrar que a tomada de decisões pelo grupo, que no sistema democrático é constituído sempre pela vontade da maioria, deve ser fruto de um desejo livre, consciente, construído a partir da verdadeira e livre vontade e influenciada pelas discussões e processos de formação de opinião que cada indivíduo permitiu-se viver. Trata-se de direitos fundamentais que devem ter sido prestigiados ao longo do processo de formação da opinião do voto, sem os quais o resultado não pode ser considerado democrático. Para Bobbio, "*as normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente as regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo*"[101]

---

[99] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 30.
[100] Ibid., p. 31.
[101] Ibid., p. 32.

Em razão disso, é possível afirmar que a existência da democracia exige uma dupla e contraposta posição do Estado, ou seja, que atue para garantir liberdades inerentes ao exercício democrático, e abstenha-se e respeite as consequências das liberdades democráticas.

É preciso desconstruir a democracia para perceber que o projeto que a idealizou não foi possível na prática. Por isso que repetidas vezes o mundo passa pela crise sintomática de temer a ruína definitiva da democracia ou ao menos afirmar estar diante de um processo transformação restritiva ou diminuição das garantias e ideias democráticos. São momentos, na verdade, de demonstração das fragilidades de um projeto idealizado que a todo tempo é posto a prova, mas que ainda resiste.

Noberto Bobbio elege seis motivos principais que frustraram o projeto idealizado de democracia[102]. O primeiro deles é a errada noção de que o povo é simplesmente formado por indivíduos soberanos. É claro que são. Mas não é possível, segundo ele, partir de uma concepção individualista da sociedade, desconsiderando os corpos intermediários, a formação de grupos, partidos, sindicados que dividem e agrupam pessoas que influenciam e amarrotam a individualidade ou a autonomia pensante de cada um:

> O modelo ideal da sociedade democrática era aquele de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é a de uma sociedade centrífuga, que tem apenas um centro de poder, mas muitos, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte, mas não de tudo incorreta, policrática). O modelo do Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista.[103]

O segundo motivo, chamado por ele de “revanche dos interesses” indica uma falha na atuação dos eleitos que atuam de forma a prestigiar o interesse do grupo que o elegeu, exercendo um mandato de interesses, vinculado a prestigiar o determinado grupo em detrimento de outro. Trata-se, segundo ele, da consequência do primeiro motivo, ou seja, a existência de interesses conflitantes de grupos que desejam a todo tempo enfrentar-se e derrotar seus opositores. Uma vez eleito, o representante deve representar os interesses da nação e não mais seus próprios ou dos que supostamente o elegeram.

---

[102] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 36.
[103] Ibid., p. 36.

Na descrição do terceiro motivo, que Bobbio denomina como "persistência das oligarquias" é descrita uma interessante visão sobre o excesso de democracia: "*nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia*[104]". O autor se refere a ideia de que ainda que a democracia representativa imponha o empenho de poucos e o desinteresse de muitos, exigir a participação mais intensa pode gerar cansaço e apatia por parte do povo pela política. Essa sistemática tem como consequência a permanência no poder de elites, que concorrem entre si para tomada do poder, tal qual nos anteriores governos oligárquicos.

O "espaço limitado", quarta crítica de Bobbio, constata que existem ainda muitos espaços que não participam efetivamente do jogo democrático. Sugere que mais do que analisar a expansão democrática apenas através dos números de votantes não é suficiente para verificar se o poder político está sendo exercido por todos. É preciso analisar quem e onde estão as pessoas que ainda não votam. Lembra que os direitos políticos são consequências dos direitos de liberdade, assim, diante do fato de que existem ainda muitas pessoas excluídas do poder políticos é imaginável que estejam também sem usufruir plenamente de suas liberdades. É impressionante a permanência dos fatos que ensejaram as críticas de Bobbio.

A quinta, chamada de "poder invisível" é o fracasso da democracia em dar publicidade a todos os atos do Estado que deveriam estar sob o controle da própria publicidade. O exercício do poder político exige, na verdade, uma profunda e vergonhosa engrenagem de obtenção de vantagens impublicáveis, que a democracia ainda não pôde vencer. Ainda que hoje existem mecanismos de controle ou ao menos de verificação, como o Portal da Transparência, é infinitamente insuficiente para frear o advento do governo invisível.

A sexta e última promessa não cumprida é "o cidadão não educado". O autor lembra que sempre esteve presente nos estudos acerca da democracia a certeza de que a transformação de súditos em cidadãos se dá através da educação para a cidadania. Trata-se de um processo que deve ser feito durante o processo democrático e deve assim permanecer. Nada mais inclusivo, e mais democrático, que permitir que através da participação eleitoral haja a aproximação dos interesses da comunidade com as elites que pretendem ser eleitas. Há que ser superado (através da educação para a cidadania) o voto de permuta ou clientelar, como explica Bobbio, para alcançar o ideal do voto de opinião, ou seja, que a participação se dê em razão de

[104] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 39.

uma opinião política e quem sabe assim os eleitos também atuem em defesa dela e não para e por interesses pessoais.[105]

Para fechar o raciocínio do autor, ele próprio conclui que as promessas não foram cumpridas em razão da complexa formação da sociedade e da sua constante transformação. A democracia exige que todos possam votar e ser eleitos, essência que impede a elitização e permanência da igualdade real. Contudo, o enredamento que envolve qualquer cargo público de origem eleitoral exige um preparo técnico que apenas especialistas podem dar conta, vez que organizar políticas públicas, economia, segurança e tantas outras pautas que compõe o trabalho político, seja do executivo seja do legislativo, requerem conhecimentos científicos para serem eficaz[106].

De início, ainda que dentro de um Estado democrático, porém com voto restrito a grandes proprietários, era natural que o Estado se preocupasse em atender apenas estes interesses. Por isso ainda tão forte a ideia de propriedade privada como máxima intocável. O voto sendo estendido a todos, ou a quase todos, natural o movimento do Estado em atender também outros interesses, com demandas vindas de todas as classes sociais.

Ainda que o voto tenha sido estendido e hoje os países democráticos se orgulhem de oferecer um regime eficaz, a verdade é que ainda existem novos e difíceis obstáculos a serem superados. O modelo principal de democracia, o representativo, tem também seus problemas.

O distanciamento entre os desejos do povo e o trabalho efetivamente feito pelos políticos eleitos trava a chamada "patologia da representação". Não se trata apenas de não cumprir promessas de campanha, mas de agir e decidir de forma bastante diferente do que o povo agiria, se fosse dono efetivo do poder. A consequência da divergência dos interesses entre representantes e representados é outra patologia, a da participação. Cidadãos desmotivados a votar porque descrentes de que o voto ou a mudança dos políticos eleitos trará qualquer modificação ou benefício pretendido[107].

O autor Boaventura de Souza Santos esclarece que essa distância verificada entre representantes e representados é a raiz do sistema da Democracia Representativa. Não se trata, segundo ele, de um fenômeno que surpreendeu as democracias modernas. Na verdade, trata-se

---

[105] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 45.
[106] Ibid., p. 46.
[107] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Difícil Democracia**: reinventar as esquerdas. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 86.

de uma estratégia elitista que impede o exercício efetivo dos interesses das classes revolucionárias das grandes massas.

Esta distância é chamada por Robert A. Dahl de responsividade. Para ele, uma característica fundamental da democracia que deve ser sempre associada a outras duas: capacidade de todos os cidadãos plenos formular livremente suas preferências; expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo; dentro, é claro, de um cenário de sufrágio universal e livre contestação pública.[108]

Outro problema apontado por Boaventura no tocante a democracia representativa é a, aparentemente oportuna inexistência de controle social da conduta dos eleitos. Os votos atribuem o poder de tomada de decisões contudo não exigem, ou contemplam um efetivo mecanismo de prestação de contas permitindo que o sistema seja amplamente vulnerável a corrupção.[109]

Há um risco iminente, dentro deste cenário de disfunção representativa. A consciência de que a democracia representativa pressupõe a existência da desigualdade social ou ao menos não faz caso dela, pode causar uma grande revolução socialista. Acuados os interesses capitalistas podem se valer de meios não democráticos para impedir tal vitória democrática. Eis o risco de uma nova onda de fortes tendências fascistas[110].

Neste sentido, a ideia de democracia hoje sustentada relaciona-se falsamente com o ideal de "autogoverno do povo" ou de soberania popular. Contudo, nas palavras de Günther Maluschke, essas expressões têm origem na democracia direta que não corresponde aos modelos atuais "pelo fato de esses conceitos e definições estarem sendo extraídos do seu contexto original e usados em um contexto novo e não apropriado, cria-se o paradigma de uma linguagem teórica devido à qual a doutrina da democracia se afasta cada vez mais da prática governamental moderna". O autor defende a ideia de que, como já dito nesse trabalho, a ideia de Lincoln de "governo do povo, pelo povo, para o povo" fica profundamente diminuída dentro do contexto da democracia representativa, notadamente porque com limites constitucionais claros que esvaziam o conceito de soberania. Desta forma, existiria, para ele, uma contradictio in adjecto na afirmação de que existe uma soberania popular dentro do cenário do constitucionalismo limitado. Essa ideia se relaciona com este trabalho porque, somada a outras,

---

[108] DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e oposição. 1. ed. 3. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015, p. 26.
[109] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Difícil Democracia**: reinventar as esquerdas. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 86.
[110] Ibid., p. 90.

como da relativização do conceito e maioria, possibilidade de formação de uma maioria tirânica, dever de defesa de grupo minoritários, entre outras, naturaliza e reforça a necessidade de neutralização do ideal de poder incontrolável, e portanto, soberano, do povo[111] .

Paul Hirst, critica essas contradições entre teoremas anacrônicos explicando que, em primeiro lugar, a maneira como se dá a democracia representativa não permite que os desejos da coletividade sejam de fato apreciados na elaboração das leis ou dos projetos políticos. Isso porque as decisões dos representantes eleitos, certamente, não são as mesmas do eleitorado. Mais do que isso, " o conjunto dos corpos representativos não é simplesmente um microcosmo da sociedade política inteira" ou seja, a eleição não é encerrada com a concretização da vontade do povo mas na escolha, extremamente limitada, entre as pequenas organizações que se ofereceram a cumprir este papel, através dos partidos políticos.[112]

Prova disso, esclarece Hirst, é que a legislação se torna um instrumento de concretização dos projetos do executivo, legitimando suas ações em detrimento dos anseios democráticos que, na prática, não existe. O que cabe ao povo decidir é um campo pequeno se comparado ao que o imaginário popular acha que realmente decide. A democracia representativa decide, apenas, pessoas e partidos. As decisões políticas, na verdade, seguem seu fluxo à mercê da vontade política e individual da coletividade.

Assim, é possível afirmar que a eleição política é o exercício da competência do povo e não a manifestação pura da soberania. Trata-se da manifestação de um direito constitucionalmente previsto de garantia ao direito ao voto, preestabelecido pelo sistema eleitoral partidário.

A soberania é, portanto, uma fonte de direito e não um direito por ela mesma.

O modo como é posto o sistema eleitoral nas democracias representativas é a manifestação máxima de autolimitação do poder supremo do povo (conceito este trabalhado ao longo deste estudo). A autolimitação imposta pela regra constitucional democrática é um instrumento de abdicação da soberania do povo. Essa constatação se presta a promover uma correção terminológica e conceitual no que se refere a ideia de democracia, intrinsicamente relacionada a poder soberano do povo, como se dele pudesse extrair sempre a vontade para em seguida ser expressada pela política.

---

[111] MALUSCHKE, Gunter. **A Soberania Popular**: enigma não resolvido da democracia. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/philosophos/article/view/11324/7446>. Acesso em: 21 out. 2022.

[112] HIRST, Paul. **A Democracia Representativa e seus Limites**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1993, p.31.

Soberania, de fato, foi experimentada apenas na vigência da autoridade política do monarca porque era verdadeiramente ilimitada uma vez que não constrangida pelo constitucionalismo. A ideia de soberania do povo surge para diminuir o poder do monarca. Uma luta marcada pelos interesses burgueses que reivindicam para o povo, pensando na verdade em si mesmos, o poder soberano. Houve uma internalização do conceito de soberania do povo, originalmente um conceito de luta, num conceito teórico reivindicado uma vez vitorioso o modelo democrático. Contudo, a ideia de soberania do povo é contraditória ao modelo do constitucionalismo democrático porque a soberania pura não convive bem com limitação de poder por um documento político criado, na maioria dos casos, por gerações passadas que se aplicam e submetem gerações futuras.

Nesse sentido, justificar a interferência da "vontade" do povo nas decisões judiciais em razão da ideia de soberania do povo como elemento fundamental do regime democrático é um contrassenso. No modelo constitucional democrático, não existe poder soberano. Faz parte da ideia fundamental da democracia constitucional a limitação de todas as fontes de direito e poder, através de um documento político. A soberania do povo só existe, de fato, se o povo exercesse seu próprio poder supremo, tal como o modelo de democracia direta exercida de maneira ilimitada, sem a presença de uma constituição vigente.

O constrangimento das competências, tanto do Estado como do povo, é profundamente limitadas e circunscritas pelo modelo vigente. O Estado democrático constitucional não tolera soberania de quem quer que seja, inclusive do povo. Não se trata, é claro, de alijar completamente o ideal de soberania popular, mas de constatar que, stricto sensu, não existe nenhum poder soberano dentro de um Estado democrático-constitucional. A soberania do povo funciona melhor com a ideia de soberania de poder constituinte diante do qual todo o poder, inclusive do Estado, emerge. Uma vez posto o direito constituinte, ele é imediatamente substituído pelo poder constituído e a partir daí a soberania é eternamente diminuída e a soberania do povo fica em repouso até que através de uma revolução, o poder constituinte é reivindicado e novamente posto em prática.

3.1 A ORDEM DEMOCRÁTICA E O ESTADO DE DIREITO

Imprescindível relacionar Democracia e Estado de Direito, como que duas faces da mesma moeda, onde um não sobrevive sem o outro.

Assim, diferente do Estado Liberal, o Estado de Direito busca regulamentar toda sorte de direitos a fim de garantir o cumprimento de valores, tal qual liberdade e igualdade, sem renunciar a previsibilidade e segurança no tocante ao conhecimento prévio das regras e condições impostas. Contudo, não é possível afirmar que a existência de um regime democrático se caracteriza apenas pela proteção de direitos sociais, como nos Estados Sociais. Isso porque são inúmeros os exemplos de Estados Sociais que conviveram com a projeção de direitos sociais na busca de igualdade social, sem permitir, contudo, igualdade política.

Como dito, não é possível pensar em democracia se não fundada em um Estado de Direito. Contudo, o contrário não é verdadeiro. É possível que monarquias existam e tenham seu poder limitado e direcionado pela lei, sem, contudo, que sejam considerados democráticos, já que neste caso inexiste liberdade e igualdade política. A vontade individual nem sempre se afina com o objeto do dever.

Para Kelsen, essa é uma característica fundamental da democracia e de sua diferença de outras formas de governo. A existência de liberdade política, e a regência da Constituição sob a ordem jurídica. Assim, para ele, cidadão livre é aquele que está sujeito a leis perante as quais ele, o cidadão, participou da elaboração. Assim, as obrigações perante as quais as pessoas são submetidas, são fruto da sua própria vontade.[113]

O Estado de Direito é então, por assim dizer, o governo das leis. Deixa para trás as formas de governos que são baseadas na vontade dos homens, como na monarquia ou na aristocracia. Assim, o Estado de Direito não diz respeito apenas a quem e quantos governam (um único governante, como na monarquia; poucos governantes, como na aristocracia, ou uma infinidade deles – o povo – como na democracia), mas sim a forma como o exercício do poder é exercida[114].

Norberto Bobbio retoma a clássica discussão entre Platão e Aristóteles sobre a supremacia do governo dos homens e do governo das leis. Enquanto Platão enxerga na superioridade dos governantes a ruína da prosperidade das cidades, Aristóteles aponta que a generalidade das leis e inaplicação aos casos concretos, como determinante para que o bom governante se veja impedido de exercer suas habilidades e comandos.

Ora, para este último, se posto nesta posição de liderança é porque está claro seu talento para condução justa e honesta do seu povo. Conclui, Bobbio, que a tendência humana de almejar

---

[113] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 405-406.
[114] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 165.

sempre o caminho que presta maiores vantagens aos desejos particulares em detrimento do bem comum só pode ser contida mediante leis rígidas que impeçam qualquer descaminho do governante. Ainda que a lei não alcance as complexidades dos casos e da evolução humana, ainda assim parece mais previsível, além de promover igualdade, segurança e liberdade.

Se submetidos a lei, devemos obediência a uma vontade pública, autorizada pelo processo democrático. A previsibilidade das consequências e, portanto, a segurança são valores singulares do povo submetido a lei. Já o governo dos homens, além de estar à mercê da vontade corruptível de uma só pessoa, esta é tão instável quanto os interesses e vantagens de cada caso, além do evidente e quase que inescapável comportamento tirânico e violento.

A conquista positiva do governo dos homens é marcada pela postura paternalista ou patriarcalista do poder, como se o Estado fosse uma grande e harmônica família que é gerida pelo pai.[115] Neste modelo, o poder é concentrado na mão de um único homem para o qual todos devem obediência, sendo esta proveniente de um sentimento forte de subserviência em razão profunda relação de confiança e medo. Confiança nos casos em que o governante lidera com força de paternal, cumprindo um papel de pai de família, e medo se o governante conserva sua posição baseada na força. Ainda que ambos não sejam democráticos nem possibilitem um Estado de Direito, pode-se dizer que o primeiro, o paternalista ainda que evidentemente despótico ainda conserva em si características de legítimo, porque conta com a aceitação dos súditos (ainda que possa ser dito que essa aceitação não é válida, porque contaminada de diversos fatores)[116].

Norberto Bobbio faz ainda um importante alerta: o Estado de Direito é antes de tudo, ou melhor, é originalmente um Estado dos Homens, porque a origem de toda lei é o governante, veja:

> Os homens vêm antes das leis: o governo das leis, para ser um bom governo (e não pode ser um bom governo se não são boas as leis a que deve conformar a própria ação), pressupõe o homem justo, capaz de interpretar as carências de sua cidade.[117]

Este homem que criou a primeira das leis a partir da qual surgiu todas as outras, ou mesmo o homem que cria a lei hoje, são vistos como homens extraordinários, porque tem a missão de controlar a natureza e naturais desvios do homem, contribuindo com um todo melhor. Assim, mais do que analisar se bom ou mau governo mirando a figura do administrador, é

---

[115] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 176.
[116] Ibid., p. 178.
[117] Ibid., p. 178.

preciso perceber a importância do legislador uma vez que é o produto do seu trabalho que será o limite e os meios do governante, que por sua vez, é claro, deve ser precedia de qualidades que possibilitem a boa gestão.

De qualquer sorte, Bobbio conclui que a disputa entre governo dos homens ou governo das leis é vazia porque um não exclui o outro. Ora, sob o governo das leis, é o homem que lhe trará movimento, utilidade. Dentro desta posição de submissão à lei, triunfa o exercício da democracia, modelo através do qual os conflitos são resolvidos por regras legítimas que evitam a solução através do derramamento de sangue.[118]

A lei, neste caso, exerce o papel de limitar tanto que indivíduos, mas principalmente o Estado atue de forma a constranger a liberdade e a intimidade do povo.

Ao Estado de Direito é esperado que todo poder político se inspire no direito, sendo a lei o processo legitimador de todas as ações do governo.

A relação do exercício do poder com a lei pode apresentar-se sob duas perspectivas. Assim, os poderes podem ser exercidos *sub leges*, ou seja, mediante a autorização da lei ou ainda *per leges*, ou seja, o poder se expressa em si mesmo na lei geral e abstrata, a lei é a expressão do poder. Assim, o exercício do poder político dentro do Estado de Direito se manifesta *sub leges*, impedindo ou tentando impedir o abuso de poder. [119]

A submissão de todos as leis gerais e abstratas resulta muito mais do que impedir abusos, como dito, no exercício do poder. Resulta em obstar que leis possam existir para beneficiar ou desamparar um determinado grupo de pessoas.

Assim, o Estado de Direito atual distanciou-se do Estado Liberal e passou a reger além das relações políticas, também as relações jurídicas privadas.

Canotilho esclarece que dentro de um Estado Democrático de Direito existe então a coincidência de duas características, provenientes de cada um destes dois modelos. Se no Estado de Direito temos imposta uma condição negativa (liberdade negativa) frente ao Estado, impedindo que ele aja de forma a constranger direitos e ultrapassar limites impostos pela lei, ao Estado Democrático soma-se a necessidade de liberdade positiva, impondo ao Estado o dever

[118] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 185.
[119] Ibid., p. 171.

de permitir ser influenciado pelas decisões e vontades individuais, além de uma mais eficiente prestação Estatal. [120]

Assim, como dito no capítulo sobre processos de legitimação de poder, o Estado de Direito atua como um legitimador do poder exercido pelo Estado sobre os cidadãos, uma vez que qualquer inferência na esfera individual deve ser autorizada por lei, que por usa vez, proveniente do resultado democrático.

3.2 AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

A ideia jurídica de povo é fundamental para a configuração do Estado. Isso porque o Estado existe para servir o povo e por ele é formado e mantido. O caminho contrário também é válido, ou seja, o conceito jurídico de povo só é concebível dentro de um cenário onde exista também o Estado.

Assim, mais do que considerar a união de cidadãos, é preciso entender que se trata de um núcleo que coopera juridicamente para a formação do Estado através da sua existência pessoal. Nesse sentido, povo é uma parte fundamental da noção jurídica de Estado.

Para contribuir a análise democrática, pretensão deste trabalho, estas considerações não bastam. Ou seja, para que seja um povo inserido dentro de um regime democrático, é preciso que seja um povo qualificado.

Kelsen contribui de sobremaneira para esta ideia porque esclarece que a ideia de povo sob o aspecto jurídico de elemento de formação do Estado, altera sua posição de objeto para sujeito de poder. O povo deixa de ser o conjunto de pessoas que moram num mesmo espaço de terra para se tornar os sujeitos capazes de contribuir para a formação do Estado, e na criação e manutenção das regras do direito.[121] Se inexistentes, por exemplo, sufrágio universal e livre contestação e oposição ao governo, não estaremos diante de um povo democraticamente qualificado.

Este raciocínio não nos dever levar a cometer o erro de não considerar como pertencente ao povo aqueles que não participam efetivamente do jogo democrático, por qualquer motivo que seja. O problema da participação política ou da fraca relação entre representantes e

---

[120] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 99.
[121] KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 35-36.

representados não cabe dentro da discussão ou conceituação de povo, mas dos fracassos democráticos.

Assim, ainda que existam ranhuras graves no processo de representação político, notadamente no Brasil, é bastante forte o poder do povo. Por isso é correto dizer que o poder e a abrangência do poder constituinte originário são ilimitados porque é ilimitado o poder da vontade do povo. Esta é uma característica central da democracia. Como dito, ainda que existam problemas a democracia é o governo do povo que de tempos em tempos tem oportunidade alterar o arranjo político ou ainda de interferir de imediato e de maneira mais brusca em caso de crises intensas.

Este modelo de forte liberdade na criação e recriação do sistema político nos permite concluir que a democracia é proveniente da autodeterminação popular. Sim. O povo qualificado de nação democrática se autodetermina porque goza de liberdade política e intelectual para se organizar e projetar suas vontades. O povo toma para si o poder de se autogovernar e exercer plenamente sua soberania.

A autodeterminação dos povos pode ser estudada sob três diferentes aspectos, sendo que um interessa a este trabalho de maneira mais profunda que os demais. Falo dos reflexos deste conceito perante o direito internacional, seja no tocante a possível e discutível mitigação da soberania nacional ou do próprio direito internacional na relação deste com direitos naturais previstos declaração universal dos direitos fundamentais.

O possível enfraquecimento da soberania de países economicamente mais fracos se dá em razão, entre outros motivos, do robustecimento do direito comunitário e da globalização porque torna a relação econômica de diferentes países mais íntimas e interdependentes. [122]

Vejam que a autodeterminação é do povo e não do Estado. O povo pode permanecer povo soberano mesmo que se desfaça do Estado. Ainda que essa ideia nos pareça hodiernamente esdrúxula é necessária para demonstrar que o povo é, dentro do cenário democrático, elemento e condição de validade do próprio Estado. É o formador e o responsável único pela manutenção do Estado.

O que nos interessa, contudo, é o aspecto de estudo do princípio da autodeterminação dos povos em relação ao seu exercício interno e (i)limitado. Isso significa afirmar basicamente

[122] MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Soberania Nacional e Autodeterminação dos Povos.** Disponível em: <http://187.33.2.163/project/ives-gandra/public/uploads/2012/10/17/79791cbartigo_124.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

duas coisas: ainda que soberana a vontade do povo é impossível que o Estado a atenda por completo dada as dificuldades naturais desse processo de apuração e comunicação; o desejo do povo ainda que medida sobre o desejo da maioria não pode ser considerado absoluto, uma vez que existem limites para que esta autodeterminação se dê sob pena de fulminar verdadeiramente a democracia.

3.3 A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MAIORIA

> Todo o confuso amontoado do social se move em torno desse referente esponjoso, dessa realidade ao mesmo tempo opaca e translúcida, desse nada: as massas. Bola de cristal das estatísticas, elas são "atravessadas por correntes e fluxos", à semelhança da matéria e dos elementos naturais [...] o que quer dizer que elas absorvem toda a eletricidade do social e do político e as neutralizam, sem retorno. Não são boas condutoras do político, nem boas condutoras do social, nem boas condutoras do sentido geral".[123]

A regra do jogo democrático precisou utilizar-se de mecanismos para que fosse possível medir a vontade dos donos do poder. Claro que se fosse preciso considerar o desejo específico de cada indivíduo não seria possível governar nem mesmo na menor democracia do mundo[124]. Assim, sendo a maior parte da vontade do povo atendida tem-se a legítima sensação de que a democracia vigeu.

O menor número de pessoas que desaprova a escolha da maioria ainda permanece obrigado pela ordem social, máxima do concerto democrático. Se fosse considerado absoluto a vontade de cada um estaríamos obrigados a atender à vontade deste em detrimento de todos os demais. Ou seja, atingir a unanimidade é impossível.

A força da crença democrática é forte o suficiente para que a minoria vencida, mesmo se tratando de uma quantidade de pessoas suficiente para uma incontrolável revolução, respeite a decisão democrática.

Trata-se do princípio mais marcante para este estudo. Sem dúvidas. O Estado democrático preza necessariamente pela liberdade dos indivíduos. Liberdade que obriga que o Estado se abstenha e assim preserve direitos; liberdade para que o Estado atue e efetive direitos;

---

[123] BAUDRILLARD, Jean. **À Sombra das Maiorias Silenciosas.** O fim do social e o surgimento das massas. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 9.
[124] KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 410.

por fim e principalmente, liberdade para que a maioria ainda que dirigente não seja capaz de esmagar a minoria, sob qualquer prisma que se queira analisar.

De início é preciso deixar claro que nem sempre a minoria vencida se trata efetivamente de uma minoria numérica. As falhas do processo de representação nos comprovam que existe um número considerável de indivíduos que não se envolvem em processos democráticos, seja porque não querem seja porque não podem ou não se sintam parte. Esta constatação nos leva a crer que a ideia da maioria obtida nas urnas ou em qualquer outro mecanismo de medição de satisfação nacional não representa de fato a verdade. Mas, ainda que houvesse uma forma absolutamente segura de medição que pudesse imprimir um número e um resultado incontestável ainda assim, a democracia e o respeito a liberdade exigem contenção.

Para Kelsen[125], a barreira de proteção da minoria vencida se consolida nos direitos e garantias fundamentais ou direitos do homem e do cidadão. Contudo, mais do que preservar direitos mínimos reconhecer a maioria como parte do sistema exige também que o Estado cumpra um dever prestacional, ou seja, que atue de maneira a prestigiar e atender as demandas dessas pessoas.

O fundamento democrático se baseia na distribuição de poder de modo a impedir seu desvio pelo excesso decorrente da concentração. Os riscos vivenciados pela concentração de poder, já demonstrados aqui, são os mesmos se atribuídos as escolhas majoritárias.

Tocqueville enxergou no exercício democrático vivido pelos Estados Unidos a solução para a concretização da confluência entre dois pilares preciosos para o povo: a liberdade e a igualdade. Contudo, ainda que o regime democrático tenha oferecido ao autor a solução para a implementação de mecanismos que possibilitem a convivência destes dois valores, enxergou o autor um poder avassalador no exercício do poder da maioria que, se incontrolada, poderia se tornar tão tirânica e opressora quanto outros regimes ditadores e totalitários conhecidos intimamente por ele.

A formatação política atual soluciona em partes as aflições de Tocqueville, porque protegeu hermeticamente o regime democrático de possíveis excessos majoritários através da distribuição e separação dos poderes, resguardando o Poder Judiciário da vontade da maioria justamente para que lhe fosse possível cumprir a lei e proteger direitos a todos, principalmente a grupos de minorias (papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal).

---

[125] KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 68.

Se tudo se volta para a vontade da maioria, o grupo minoritário, vencido nas eleições ou na satisfação de seu desejo, precisa ser protegido minimamente por quem não dependa e tenha força para conter a avalanche majoritária, notadamente para preservação de direitos fundamentais e manutenção efetiva da Constituição Cidadã.

Assim, se o único órgão independente de eleições e que goza de garantias legais de manutenção tender a cumprir o desejo da maioria, estaremos então diante de uma incontrolável massa que não encontra limites para seus desejos. O que de início pode parecer inofensivo, no fim, pode se tornar um poder tirânico e incontrolável. Este risco foi estudado e previsto na consagrada obra de Alexis de Tocqueville, que em 1835 publicou seus estudos acerca da democracia e previu que se força da maioria não fosse contida, o resultado poderia ser desastroso. É esta delicada relação entre soberania e tirania vocacionadas a subverter o regime democrático.

> Na América, todas as leis procedem de certo modo do mesmo pensamento. Toda a sociedade, por assim dizer, está fundada sobre um único fato; tudo decorre de um princípio único. Poder-se-ia comparar a América a uma grande floresta atravessada por uma infinidade de estradas em linha reta que confluem para o mesmo ponto. Trata-se apenas de encontrar a praça circular, e tudo se descortina com um único relance de olhos.[126]

O super valor estimado por Tocqueville é precioso. Defende que não lhe encanta encontrar a igualdade se não for conquistada através da liberdade. Isso porque a igualdade entre as pessoas pode ser alcançada dentro de um governo autoritário que pode oferecer condições para tanto. Contudo, ele se encanta pela democracia justamente porque o caminho para igualdade é conquistado livremente pelas pessoas. Eis a beleza, ou a virtude, como ele diz, da democracia.

Assim, o que se pretende estudar é a genialidade da proposta de Tocqueville: nem todo governo de atuação descentralizada (como a democracia) é necessariamente respeitador da liberdade. Talvez seja melhor clarear a ideia do autor e a nossa, através de uma pergunta: um governo democrático é necessariamente não tirânico e não opressor?

Acima das leis e das instituições que comandam a democracia, está a soberania do povo. É ele, o povo, que decide ceder, renunciar, ou transferir ao Estado parte de sua autonomia em prol de segurança (leia-se previsibilidade), liberdade (de escolher) e igualdade (livre de

[126] TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 1 ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 20.

privilégios). A vontade da maioria é o princípio e o fim da condução do Estado Democrático, porque renova a cada eleição seus desejos, paixões, interesses e preconceitos[127].

"É da própria essência dos governos democráticos que o império da maioria seja absoluto, pois, fora da maioria, nas democracias, não existe coisa alguma que subsista"[128]

O império moral da maioria baseia-se no princípio de que os interesses do maior número devem ser preferidos aos do menor.[129] Se todo poder decorre da vontade da maioria, e esta não pode ser desapontada, quais são, afinal, os limites que protegem o direito do grupo da minoria vencido? Eis a inquietação do Autor.

> Por isso, quando recurso obedecer a uma lei injusta, de modo nenhum estou negando que a maioria tem o direito de comandar; apenas faço apelar da soberania do povo para a soberania do gênero humano. Há pessoas que não teme dizer que um povo, nos objetivos que não interessavam a ele próprio, não podia sair inteiramente dos limites da justiça e da razão, e que por isso, não se devia temer dar todo poder a maioria que o representa. É essa, porém, uma linguagem de escravo. [130]

Bem lembra o autor que a maioria nada mais é do que um indivíduo que tem opinião bem diferente de outro indivíduo, e, sendo absoluto o poder daquele, o cenário é bastante propício para uma abordagem escravista:

> Ora, se admitirmos que um homem revestido do poder extremo pode abusar dele contra seus adversários, por que não admitiremos também a mesma coisa pra uma maioria? Os homens, ao se reunirem, terão mudado de caráter? Ter-se-ão tornado mais pacientes nos obstáculos ao se tornarem mais fortes? Para mim, não seria possível acreditar nisso; e o poder de tudo fazer, que recuso a um só de meus semelhantes, eu não atribuiria nunca a vário deles.[131]

Os possíveis desvios do homem não são corrigidos apenas porque estão unidos, esclarece o autor. Na verdade, é o oposto que se confirma. Unidos, a força de seus interesses ganham força e rompem barreiras.

> Acredito, pois que é sempre necessário situar em alguma parte um poder social superior a todos os demais; mas também creio que a liberdade está em perigo quando

[127] TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 1 ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 139.
[128] Ibid., p. 186.
[129] Ibid., p. 187.
[130] Ibid., p. 189.
[131] Ibid., p. 189.

> esse poder não tem à sua frente nenhum obstáculo que possa deter a sua marcha de dar-lhe o tempo de se moderar... quando, pois, vejo concedido o direito e a faculdade de tudo fazer a um poder qualquer, seja ele o povo ou o rei, a democracia ou a aristocracia, exercido numa monarquia ou numa república, eu afirmo: está ali o germe da tirania; e procuro ir viver sob outras leis. [132]

O poder e os frutos da maioria permeiam todas as esferas de poder, ou de função pública exercida. Assim, aquele que se sentir injustiçado por uma lei ou um ato público não tem a quem recorrer, se não ao poder judiciário, único que não deveria ser influenciado pelo desejo da maioria.

A democracia é um regime de legitimação constante. Conforme o governo caminha, a maioria vai legitimando ou deslegitimando sua direção e indicando os novos passos.

As críticas realizadas em torno da força quase que incontrolável exercido pela maioria não pretende subestimar sua virtude. Trata-se da mais plena forma de estimular a autodeterminação do povo, que soberano, escolhe por si mesmo a ordem social pretendida. Não está sujeito a decisões mesquinhas e que beneficiem apenas os que estão no comando e podem utilizar de meios vários para questionar ou obrigar que os rumos voltem para o trilho dos seus comandos.

Contudo, a crítica feita por Tocqueville que hoje ainda salta aos olhos é a crença convicta de que a vontade da maioria é certamente a melhor, mais justa, menos passível de erro. Isso porque fica a falsa sensação de que é pouco provável que tantas pessoas, ouvidas através de meios seguros, estejam todas convictas de um erro.

É preciso lembrar que nem sempre se trata apenas de escolher entre o certo ou o errado. A escolha entre partidos, políticos, políticas, prioridades em geral são profundamente afetados por interesses individuais e guiados pelo convencimento, através de discursos sofistas que acessam recursos não racionais para levar o eleitor ao caminho desejado.

A carga legislativa atual está fortalecida. A constituição vigente prevê direitos e condições de segurança, no que tange a sua forma de alteração ou revogação, bastante seguros e firmes. Não se pode ser ingênuo ao ponto de admirar as previsões feitas por Tocqueville sem levar em conta os avanços pelos quais coloca a minoria vencida em posição muito mais segura do que a estuada por ele em meados de 1835. Possíveis excessos cometidos pela maioria esbarrariam em garantias firmes constitucionalmente previstas. Como diria Kelsen, a proteção

---

[132] TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 1 ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 189.

da minoria é “função essencial dos direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão”.[133]

Contudo, seria igualmente ingênuo confiar que as leis podem, sozinhas, assegurar o direito das minorias. Como dito, a democracia é um regime de constante legitimação. Qualquer excesso cometido pelo poder público, se tolerado, autoriza que se cumpra.

Haja vista a decisão de que pessoas que não tenham sido condenadas com trânsito em julgado cumpram pena, ainda que a Constituição preveja o contrário (Constituição Federal - Art. 5º, inciso LVII).

Haja vista, ainda, que a escravidão conviveu com um texto constitucional que afirma que todos eram iguais perante a lei (Constituição Federal de 1824). Talvez isso tenha sido possível porque os escravos não eram considerados cidadãos para os quais a lei se destinava.

Os dois exemplos são muito eficientes para comprovar a tese de Tocqueville, ou ao menos suscitar o debate. Duas previsões igualmente fortes, claras e retumbantes. Duas previsões legais de diferentes épocas, com cenários (político, social, cultural) completamente diferentes. Mas que resultaram de um processo idêntico: processo hermenêutico pelo qual foi submetido e influenciado pela vontade da suposta maioria de seu tempo.

Os interesses de um determinado grupo conduziram a concretização de dois flagrantes flagelos a direitos fundamentais, liberdade fundamentais, tal como previsto por Tocqueville. Importante ressaltar aqui que a influência exercida pela minoria, tão mencionada neste trabalho, nem sempre tem a ver com uma quantidade numérica de pessoas. Talvez a quantidade de pessoas escravizadas seja muito maior que as que usufruíam e defendiam este regime hediondo. Minoria deve ser entendida como um grupo vencido que não é representado politicamente ou tem suas necessidades e desejos preteridos.

As instituições podem sucumbir aos anseios e pressões, seja da maioria seja de interesses pessoais e políticos. Contudo, não é suficiente. O que se pretende demonstrar é que a igualdade e liberdade precisam ser valores estimados pelo povo, mais do que pela lei e pelas instituições. A própria democracia precisa ser um valor estimado pelo povo, porque a maioria imbuída de desagrado profundo pode escolher livrar-se deste regime. A verdade é que a história prova que grandes ditadores ascenderam e tomaram o poder legitimados pelo desejo da maioria.

---

[133] KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 411.

3.4 LIBERDADE E IGUALDADE

Eis o sentimento – contido – expresso por Kelsen:

> O peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor, quanto mais elementar frente ao mandante, ao que comanda, é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer: "Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito ele tem de mandar em mim?[134]"

Liberdade e igualdade são sem dúvidas pilares fundamentais da democracia. A supressão de um poder concentrado e permanente decorre em primeiro lugar os riscos iminentes a liberdade e ainda da incompatibilidade a igualdade. Se todos são iguais não há por que tolerar que o poder seja concentrado em uma única figura. Além disso, como dito, tal concentração é estímulo para excessos que culminam na privação da liberdade.

Sem uma ordem de comando que exista sob firme ordem jurídica não é possível que eles valores resistam. Por isso que Kelsen afirma que "[...] *a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar*"[135]

A prática democrática exige, portanto, a existência da ideia de liberdade e igualdade:

> Se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia. Com isso apresenta-se a antítese de princípio das formas políticas e sociais. [136]

Assim como a vontade de cada indivíduo não pode ser considerada de forma absoluta por ser impossível na prática encontrar tal unanimidade, também impossível defender por absoluto a existência da liberdade e igualdade. A constrição desses ideais se dá, contudo, em razão da decisão proveniente da vontade do povo que elegeu e transferiu por desejo próprio e livre para outrem o exercício de atividades necessárias a manutenção da democracia.

---

[134] KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 27.
[135] Ibid., p. 28.
[136] Ibid., p. 28.

A liberdade natural equivalente ao livre arbítrio livre e desmedido é incompatível com o estado atual das coisas e da conquista civilizatória atual. Além disso, mesmo nesse cenário caótico e imaginável, não existe liberdade e igualdade de todos, mas sim dos mais fortes que consigam impor sua vontade através da força física.

O jogo democrático permitiu então sucumbir a liberdade absoluta transferindo, contudo, ao Estado o dever da manutenção da liberdade possível e compatível com a ordem democrática. Contudo, não se trata de ceder a outrem, mas sim a um ente que é o resultado do desejo de toda coletividade.

Importante lembrar que a liberdade democrática, ou a autonomia da vontade, é margeada pela lei que impede excessos ou atitudes guiadas pelo impulso e desvios humanos. Liberdade para agir e liberdade para discordar e protestar. Liberdade dentro dos limites impostos pelo Constitucionalismo vigente, ou seja, do Estado Constitucional Social.

O ideal desta liberdade por vezes foi bandeira do Estado Liberal. Não se trata da mesma luta. O Estado Liberal ficou consagrado como causa da desigualdade porque pautada no individualismo que prestigiou classes dominantes em todos os aspectos que pudessem ser analisados: político, econômico e social.

A liberdade democrática, contudo, exige a atuação do Estado de sorte a agir para garantir que a liberdade não seja apenas formal. Todos os indivíduos abdicam parte de sua liberdade em prol da liberdade da sociedade toda, frente a um Estado forte que seja ele próprio o produto de um exercício político livre.

A medida da liberdade é a que não permite instalação da anarquia e ainda que preserve o Estado Democrático em ideal funcionamento, permitindo ainda a manutenção mínima de condição de igualdade.

A igualdade almejada pelo regime democrático é aquela que é alcançada através da liberdade, como constatado por Tocqueville no tópico anterior. Muitos regimes ofereceram frágeis soluções para manutenção da igualdade, mas sem o pilar da liberdade tornaram-se insustentáveis. Nesses mencionados regimes, tanto os liberais como os de dominação burguesa, o privilégio de classe, notadamente a burguesa, não se pode alcançar qualquer tipo de igualdade material.

Encontrar equilíbrio entre liberdade e igualdade não é fácil. Excesso de liberdade culmina necessariamente em restrição a igualdade. Um Estado que intervenha em excesso para promover a igualdade ofende a liberdade.

Assim, a igualdade para mais do que um direito exige atuação do Estado porque falar de igualdade é também falar de um princípio de justiça social e de condições iguais de vida. Trata-se então de defender que a igualdade material seja uma igualdade baseada nas possibilidades oferecidas aos cidadãos, que permite relativas desigualdades decorrentes da natural forma de se relacionar. [137] Rui Barbosa explica:

> A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocio na relva dos prados.[138]

Ele, Rui Barbosa consagrou a ideia de que buscar a igualdade tratando todos iguais resulta certamente na mais evidente desigualdade. Assim, considerar a desigualdade dos desiguais é o primeiro passo para corrigir a desigualdade: "*Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real*"[139].

É preciso, por fim, aprofundar a ideia – para que não reste dúvidas – do papel que a discussão deste trabalho impera nesse ideal formador da democracia. Se ao Poder Judiciário, notadamente a Corte Constitucional, cabe o dever de proteger e fazer cumprir a Constituição, e esta foi elaborada para a concretização da democracia, é indissociável a preocupação da manutenção da igualdade e o comportamento ativista, quando representativo.

Para exemplificar essa ideia, basta lembrar a relevante decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal nas ações que discutiram a relativização da presunção de inocência (ADC n. 29-DF). Para que fosse atendido o clamor social os ministros consideraram o manifesto e suposto desejo da maioria para que um preceito constitucional fosse reduzido profundamente. Não se trata de uma impressão. Mas de um argumento que constou expressamente nos votos dos Ministros:

> "Obviamente, o STF não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. Post e Siegel, debruçados sobre a experiência dos EUA - mas tecendo considerações aplicáveis à realidade

[137] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 430.
[138] BARBOSA, Rui. Carta aos Moços. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/ dados/DOC/ artigos /rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021, p. 26.
[139] Ibid., p. 26.

> brasileira -, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões. Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. Häberle), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão. Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema 'ficha limpa', sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da LC 135/2010 - interpretações essas que ora se adotam." [140]

O tamanho do problema de afirmações como essa, principalmente para a manutenção da igualdade e portanto, para a democracia. Este é o maior objetivo deste trabalho. A quem foi confiada a guarda da Constituição decidiu desatendê-la. Esta decisão de caráter manifestamente discricionário foi fundamentada pelo desejo de representar o suposto desejo de um grupo que pressionou os Ministros a agirem conforme sua vontade.

Não restam dúvidas que os Ministros tenham consciência, moral e jurídica, de que não existiam caminhos processuais para atingir esse resultado. A decisão de acordo com o que pretendeu o grupo (justificado por ser majoritário, mas, sem qualquer tentativa de medição é falacioso afirmar que de fato era majoritário) foi o preço para que a manutenção do Supremo Tribunal Federal, como o poder mais admirado, fosse mantido.

A imagem do Supremo como "uma instituição que promove a paz, a prosperidade e a dignidade da nação"[141]. O princípio da igualdade foi duplamente ferido neste específico exemplo. Primeiro porque o princípio da presunção da inocência se presta justamente consagrar a igualdade entre todos os cidadãos, preservando-lhes igualmente a liberdade, salvo se houver sentença transitada em julgado. Evidente proteção a possibilidade de perseguições. Segundo porque foi atendendo um específico grupo em detrimento de outro que a decisão foi tomada. Este grupo preterido, vale lembrar, são é sua maioria um grupo minoritário (não em número, mas em representação política) que é invisível socialmente e vive em condições não humanas nos presídios brasileiros. Vale lembrar, por fim, que as garantias constitucionais conferidas aos membros do Poder Judiciário servem justamente para que os decisores sejam livres o bastante para agirem contramajoritariamente e protegerem, justamente, esse tipo de grupo enfraquecido pela fúria da massa dominante.

---

[140] Voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADC n. 29-DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Constitucionalidade n. 29, julgada pelo Plenário. Brasília, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: ago. 2021

[141] BARBOSA, Rui. **Teoria Política**. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc. Editores, 1970. v. XXXVI, p. 124.

Trata-se de uma preocupação antiga que existe desde a Revolução Francesa, em 1789. Consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que todo acusado deve ser presumido inocente, até que seja declarado culpado (art. 9º). Os horrores dos regimes fascista e o com o fim da Segunda Guerra Mundial, a ONU através da Declaração Universal dos Direitos Humanos também consagrou o princípio da presunção da inocência ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa" (art. 11).

Este pequeno histórico permite perceber a relação imbricada entre igualdade e presunção de inocência e, portanto, a gravidade da decisão do nosso Supremo Tribunal. A mitigação do direito a igualdade, que deveria ser defendido pelo guardião da Constituição, foi por ele exposto ao escrutínio público, de origem e classe bastante questionável. O objetivo, tal como dito pelo Ministro na decisão supracitada, foi corresponder às expectativas sociais para conferir maior prestígio ao Tribunal e promover a manutenção da autoridade simbólica da Corte.

O conceito de igualdade como elemento fundamental de formação do conceito de democracia, também deve ser analisado sob o ponto de vista sugerido por Tocqueville. Sob seu ponto de vista, a "igualdade de condições" observado nos Estados Unidos, é o fato "que teve uma "influência prodigiosa". Um "fato gerador" de todos os fatos particulares. Fazendo observações sobre a Europa, Tocqueville trata a "igualdade de condições" como "o fato mais contínuo, mais antigo e mais permanente que se conhece na história".[142]

Margeado pelo que conhece como natural de seu país de origem, a superação dos privilégios naturais recebidos pelo nascimento é festejada pelo autor. A não concretização da igualdade em alguns – ou muitos – casos, é circunstancial porque passível de mudança e não é proveniente da submissão formal de um grupo a outro. Existe, contudo, "igualdade de condições" para que o cenário seja passível de mudança – econômica, intelectual ou política. Essa possibilidade de mudança é radicalmente oposta ao cenário de submissão natural atribuída tão logo o nascimento do indivíduo. Gozar de "igualdade de condições", portanto, é o princípio constitutivo da ordem democrática porque afeta a propriedade, os costumes, a opinião e também a esfera política.

[142] TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 1 ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 7.

Tocqueville defende que a igualdade esperada nos regimes democráticos depende necessariamente de três elementos fundamentais: igualdade de condições, igualdade de oportunidade, e ausência de uma estratificação rígida. Mais do que cuidar da igualdade perante a lei é preciso que haja de fato igualdade social.

CONCLUSÃO

Num primeiro momento, colocamos a disposição do leitor a tese da função representativa do Supremo Tribunal Federal defendida em maior medida pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Aprofundamos a preocupação com ela mediante a comprovação de que mais do que um ideal do Ministro, se trata, na verdade, da realidade perante a qual nossa Corte Constitucional conduz as demandas judiciais. A elucidação do problema é parte essencial para que os capítulos seguintes pudessem encontrar um leitor consciente daquilo que este trabalho pretendeu refutar de modo a impedir que os argumentos utilizados não fossem instrumentalizados retoricamente à luz de uma lógica do sofismo.

Nesse sentido o primeiro capítulo cuidou de apresentar literalmente a realidade, os ideais e os argumentos que envolvem a tese da função representativa do Supremo Tribunal Federal. Não obstante o objetivo tenha sido o de apresentar a teoria pura, sem nossa interferência, houve em diversos momentos questionamentos e problematizações que foram respondidas de maneira mais aprofundada nos capítulos seguintes. No mesmo capítulo, contudo, nos preocupamos em trazer conceitos fundamentais para a elucidação do movimento representativo, tal como o de neoconstitucionalismo e seus desdobramentos e influências na teoria em questão.

Em seguida, logo no segundo capítulo pretendemos aprofundar a antítese principal da tese contraposta. Ou seja, o conceito e os motivos pelos quais existe a tese do dever contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e todos os elementos que compõe e justificam esta teoria: a proteção dos direitos fundamentais, a falsa ideia de que o comportamento contramajoritário é um problema democrático, a diferença entre autorizar que a Corte seja refém de um impreciso desejo majoritário e permitir a ampliação do espaço interpretativo para que as implicações modernas influencie conceitos morais e políticos que não são assépticos; e ainda neste segundo capítulo, importantes apontamentos acerca das diferenças entre judicialização e ativismo judicial, sendo certo que este último se tornou o instrumento fundamental para aplicação da teoria representativa do Poder Judiciário.

O terceiro capítulo é composto dos elementos fundamentais do complexo conceito da teoria democrática. A preocupação foi, para além de trazer conceitos teóricos que envolvem o tema, apontar didaticamente como o majoritarismo infringe diretamente as bases democráticas. Durante todo o texto a influência da problematização da teoria representativa esteve presente e permeou sempre que possível todos os conceitos e elementos fundantes do texto. O objetivo deste constante questionamento foi comprovar que a conclusão pretendida pelo trabalho se fortaleceu em cada elemento trazido ao longo do texto e harmonizou as principais teorias do Direito brasileiro ao dever contramajoritário do Supremo Tribunal. Mesmo diante do conceito dinâmico e dos movimentos essenciais ao Estado Democrático, a teoria da representatividade judicial não se conciliou em nenhum momento com qualquer elemento fundante da democracia.

A preservação do Estado Democrático é o centro perante o qual todo o texto gravita. A preocupação com a manutenção do dever contramajoritário se dá principalmente porque o estudo aprofundado do tema deixou claro que este é o único cenário que possibilita a existência harmônica da atuação do Poder Judiciário – especialmente no tocante exercício de Corte Constitucional – e um Estado verdadeiramente democrático.

Para tanto, sem dúvidas, é preciso manter a compreensão democrática dentro de um processo formalista que só é viável num Estado de império da lei, e não dos homens. A supressão do resultado legislativo que por sua vez é proveniente da vontade da maioria só é possível diante da aceitação da superioridade jurisdicional. Este contexto, contudo, não é compatível com qualquer proposta democrática, exceto as que aceitam um Estado democrático formado por uma casca oca, preenchido por um governo tirano.

Neste sentido, é tirano o Estado que em nome da vontade majoritária aceita suprimir direitos fundamentais ou procedimentos de prevalência democrática ou ainda reduzir qualquer obstáculo à vontade da maioria. A história serviu para nos mostrar que grandes atrocidades foram cometidas mesmo de acordo com a suposta vontade majoritária: ascensão de Hitler, a permanência da escravidão, a crucificação de Cristo.

A condução desmedida do Estado, das leis e dos intérpretes dela pela vontade da maioria leva a supressão dos direitos mínimos da minoria e portanto, num estado de plena barbárie. A proteção contra esse cenário é proteger a democracia de si mesma. Ou seja, mesmo num estado de condução democrático e, portanto, que se curva em grande medida a vontade da maioria é preciso preservar os limites que impedem a concreção de um Estado tirânico e executor de barbáries. A força da maioria não pode superar a força do direito. Este é o grande defeito da tese da representatividade do Poder Judiciário. A tese não se justifica nem pela

substância nem pelo procedimento. O fundamento da teoria representativa de fazer valer a vontade da maioria não é possível no contexto democrático porque contraria os principais fundamentos dela, notadamente o preceito da igualdade (conceito que exige considerar todos os cidadãos como *full partner* (parceiro integral) – expressão utilizada por Ronald Dworkin para propor uma democracia de parceria onde todos os cidadãos mereçam igual proteção e respeito). Não se justifica pelo procedimento porque carece de amparo legal conferir ao Poder Judiciário o papel de mediador dessa tensão entre o suposto desejo da maioria e a inércia legislativa/executiva. Este movimento torna-se ainda mais grave porque a Corte confere a si mesmo uma ampliação de poder, desamparada de previsão normativa.

Não obstante haja previsão constitucional expressa, a teoria da representatividade da Suprema Corte se justifica pela necessidade de solucionar os seguintes problemas: suprimento do vazio que existe entre o suposto desejo majoritário e a omissão legislativa e contentar o povo que assiste intimamente os julgamentos da Corte (já que são transmitidos ao vivo por diversos canais) de sorte a não fragilizar a legitimidade das decisões. O preço é a expansão dos poderes e deveres que foram concedidos constitucionalmente à Corte e, portanto, o enfraquecimento democrático. O resultado, por sua vez, é a solução de dois problemas hipotéticos para a criação real de dois outros.

Se o movimento ativista é uma questão de difícil enfrentamento pela teoria do direito de todo o mundo, mais ainda para o Brasil. Temos uma Constituição prolixa e detalhista que não deixa margens para que, ainda no mais otimista e expansivo processo de interpretação, encontre-se caminho tranquilo para o ativismo.

A ideia de que cabe ao Supremo o papel de “empurrar a história” é a máxima consolidação da superioridade do Poder Judiciário sobre os demais, como se ele fosse, de fato, o oráculo que recebe os desejos do povo purificando-os dos melhores e mais retóricos processos constitucionalmente previstos, entrega a medida pretendida no prazo e no modelo desejado, livre de defeitos normativos e sob circunstâncias que não são passíveis de revisões jurídicas ou políticas.

A questão representativa é não novidade trazida pela Corte brasileira. Há muito ela é utilizada como solução para o problema da possibilidade democrática dentro dos processos de controle de constitucionalidade. Robert Alexy utilizou desse caminho para tratar do assunto. Não houve, contudo, sustentação lógica que mantivesse a resposta de Alexy. Como pode o produto legislativo ser passível de reavaliação judicial, por ser esta vontade da maioria, se a própria lei é também resultado da vontade do povo?

Nesse sentido, a Constituição é produto do desejo do povo já que escrita dentro de um contexto democrático, e por ela foi previsto a necessidade de constituir de poder um órgão que pudesse controlar a compatibilidade das leis produzidas e seu próprio texto. A atuação da Corte é inevitavelmente contramajoritária, não obstante seja claramente democrática.

Para que se mantenha democrática é preciso que a Corte abandone, definitivamente a ideia consolidada de que existem alternativas decisórias e ao Poder Judiciário cabe "escolher" a que traz as melhores consequências práticas para a sociedade (expressão defendida pelo Ministro Nelson Jobim). A liberdade conferida à Corte através deste específico ponto de vista. O professor Lênio Streck já enfrentou exaustivamente esse ideal de liberdade de escolha e não parece haver espaço democrático para outro formato que não exija substituir a expressão por "decisão". A preocupação com o compromisso social bem como as consequências econômicas são importantes, é claro, contudo, podem ser consideradas no momento, por exemplo, da modulação dos efeitos da decisão ou em outros cenários que não exijam a corrupção do comprometimento primário dos parâmetros legais impostos.

Trata-se de uma análise detida do pragmatismo jurídico, entendido este como uma teoria normativa da decisão judicial. O trabalho, nesse sentido, pretendeu demonstrar a importância do primeiro comprometimento dos parâmetros constitucionais produzindo um afastamento, ainda que momentâneo, das influências pessoais dos decisores e das influências extrajurídicas que possam pesar sobre eles.

A concreção da teoria representativa brasileira, nesse sentido, não merece ser comparada ao ideal defendido por Dworkin, não obstante ele tenha defendido a instrumentalização do Direito para obtenção de finalidade social relevante. Isso porque ainda tenha havido na teoria de Dworkin um rompimento das supostas amarras das teorias legalistas, ele não defende a aplicação do direito de maneira libertina de modo que haja conexão da pretensão e do resultado prático em detrimento completo de parâmetros legais mínimos.

Em diferentes medidas, é verdade, tanto a teoria de Dworkin quanto a teoria da representatividade praticada pela nossa Suprema Corte, frustram a expectativa social de enxergar no Direito um importante instrumento de estabilização. O comportamento social e jurídico precisa ser pensado pelo indivíduo de maneira que ele consiga projetar no futuro as reações específicas do Estado. Ou seja, viver de maneira segura por estar certo da identificação com o resultado esperado, protegido juridicamente.

Essa confiança no posicionamento previsível da atuação do Estado através do Poder Judiciário é, inclusive, parte indissociável do ideal de Estado de Direito. Este deve ser a finalidade socialmente relevante almejada pelos decisores: previsibilidade e segurança daquilo que se espera, ainda que minimamente, do Poder Judiciário. O comprometimento com o "dever de empurrar a história", como defendido pelo Ministro Barroso, se torna impossível porque ultrapassa os valores que constroem e sustentam a realidade e os valores dos indivíduos que compõe essa história.

Encurtar o caminho entre o desejo pretendido na ação judicial para o resultado prático pretendido pelo decisor impõe a necessidade de supressão das metas sociais com as quais os próprios juízes pragmáticos se comprometeram. Isso porque não existe sociedade, moderna ou medíocre, que se sustente diante da surpresa em que cada decisão judicial se apresenta. A equivalência entre a pretensão do sujeito, via ação judicial, e o Direito é estabelecida depois de "escolhido" a decisão que melhor satisfaz o decisor.

A flexibilização da submissão do decisor perante a lei não se equilibra facilmente com a previsibilidade e segurança jurídica proposta pelo Estado de Direito. A promessa de que existe um cenário de convivência harmônica desses dois projetos distintos é necessariamente precária na prática. As decisões se tornam disfarçadas de estarem sob o mando do "jurídico" já que a sentença passa a ser uma estratégia de obtenção do resultado pretendido e a pretensão jurídica empreendida pelo cidadão deixa de ser genuinamente jurídica.

A engenharia constitucional elaborou um desenho que conferiu poderes muitíssimos amplos ao Supremo Tribunal Federal. É possível arriscar que os amplos canais de acesso à Jurisdição por diversos canais de atores políticos e sociais bem como uma extensa lista de competências permite que o Tribunal seja capaz de decidir, em tempo real, sobre qualquer assunto que afete o trabalho desempenhado por qualquer outro poder político. Nesse sentido, a expansão dos poderes a despeito do rigor da lei e justificadas pelo interesse e crença individual de alguns ministros, é um importante teste empírico da hipótese da teoria da representatividade do Supremo que parece não ter funcionado. Esse desempenho individual e impactante dos Ministros demonstra um cenário complexo, que o Autor Diego Werneck Arguelhes chama de Ministocracia, ou seja, uma soma de ministros individualmente poderosos e independentes, com parâmetros bastante ampliados de atuação.

O propósito representativo, portanto, afeta diretamente dois importantes pilares do dever contramajoritário do Supremo. Dois são os principais argumentos que justificam o contramajoritarismo: um de caráter substantivo, porque se relaciona com o papel do Tribunal

em interpretar divergências legislativas a respeito de direitos fundamentais que possam afetar diretamente direito de minorias, e outro argumento de caráter procedimental, porque protege a permanência da estabilidade jurídica através da manutenção constante das regras do jogo (já que as decisões são sempre restritas as prescrições legais e não são porosas aos desejos individuais).

No homem reina um sentimento primitivo de não se deixar dominar por outrem. Daí porque a vida em sociedade é um eterno confronto entre o instinto e a necessidade humana. No exercício da democracia, reina na minoria vencida a convicção no sistema e a aceitação da decisão tomada pela maioria. Este sentimento só é possível porque sabe, esta minoria, que ainda que tenha sido vencida nas eleições e nas consequências decorrentes dela, seus direitos mínimos serão preservados. Existe uma presunção firme na força das cláusulas constitucionais que garantem seus direitos. Ainda que o desejo da maioria dite o ritmo e as escolhas dos membros eleitos, a confiança de que a preservação dos direitos dos grupos minoritários será garantida ainda que para tanto tenha se de utilizar de um processo judicial.

Esta é a chave que resolveria os conflitos propostos por Tocqueville. À época dos seus estudos sobre a democracia na América não existia um obstáculo sequer aos desejos manifestados pela maioria. Os eleitos eram inseridos em todas as esferas do poder. O cenário atual é bastante diferente e o freio para que excessos sejam corrigidos é, sem sombra de dúvidas, o Poder Judiciário.

Justamente por isso, para preservar a segurança e preservar a Constituição Federal, deve o Supremo Tribunal Federal permanecer firme no propósito de desempenhar papel de preservação, interpretação e aplicação da norma sem que se pretenda atender os desejos do povo. O dever contramajoritário do Supremo é o trilho fundamental que garante a permanência do regime democrático, sem o qual a democracia ficaria revestida sob o falso manto da igualdade. Sem a condução firme e livre do Poder Judiciário o regime democrático se perde no caminho da tirania e fulmina a liberdade e a igualdade, valores fundamentais da sobrevivência humana.

Todas as críticas que foram feitas ao longo do trabalho aos membros do Supremo Tribunal Federal ou a própria corte não devem ser interpretadas, definitivamente, de modo a ressoar a uma crítica a existência da Instituição. Em tempos conturbados como o nosso, onde a autonomia do direito é um paradigma insistentemente afetado, é preciso lembrar o óbvio para que o apodrecimento democrático e a perda da confiança no governo, causados pela polarização política, não permita que o autoritarismo vença a democracia.

Este trabalho não pretende contribuir para a gradual e constante erosão das regras democráticas, através do questionamento constante do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao contrário. A Suprema Corte, não obstante as falhas cometidas pelo excesso, a independência da Corte – e do direito – continua sendo condição para existência de condições democrática mínimas.

No início dos estudos para elaboração do presente trabalho não se imaginou a força e o destino que os movimentos conservadores brasileiros tomariam. Mas esta constatação empírica e inquestionável fortalece a preocupação com relação ao dilema do constitucionalismo em proteger a democracia não de agentes externos que possam tentar individualmente atacar o regime democrático, mas de uma ameaça que possa surgir de dentro, através das grandes massas. A preservação do constitucionalismo é, portanto, o único mecanismo para imunização da democracia com relação ao movimento de grandes massas que tenham pretensões não democráticas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao Direito. **Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**. vol. 233/2014, Jul/2014.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, 217: 55-66. jul./set. 1999.

ARENDT, HANNAH. **Origens do Totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Bahia, n. 17, 2009.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 01, p.18-30, 2006.

BARBOSA, Rui. **Carta aos Moços.** Disponível em: <http://www.casaruibarbosa. gov.br/ dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias, contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 4, 2017. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BAUDRILLARD, Jean. **À Sombra das Maiorias Silenciosas**. O fim do social e o surgimento das massas. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOBBIO, NORBERTO. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). *In* **Uma Vida Dedicada ao Direito:** homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DAHL, Robert A. **Poliarquia:** Participação e oposição. 1. ed. 3. Reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GLEZER, Rubens. O voto Sem Razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. *In* VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

HART, Hebert. **O Conceito de Direito.** Tradução de Maria Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.

HIRST, Paul. **A Democracia Representativa e seus Limites**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies.** New York: Cambridge University Press, 2015.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Joao Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOIS, Cecilia Caballero. Direito, Racionalidade e Constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Sequência**, v. 27, n. 52, p. 257-278, 2006.

MALUSCHKE, Gunter. **A Soberania Popular:** enigma não resolvido da democracia. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/philosophos/article/view/11324/7446>. Acesso em: 16 dez. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Soberania Nacional e Autodeterminação dos Povos.** Disponível em: <http://187.33.2.163/project/ivesgandra/public/uploads/ 2012/10/17/79791 cb artigo_124.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **O STF e a Opinião Pública.** Disponível em: <https://blog. g7 juridico.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Artigo-O-STF-e-a-opiniao-publica-Marcelo-Novelino.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes**? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa, 1940. **A Difícil Democracia:** reinventar as esquerdas. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 15, n. 2 (2020). ISSN 1983-4225.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial.** Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 1 ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. GLEZER, Rubens. **A Razão e o Voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.