



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP**  
**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**REBECCA DE SOUZA PAIVA**

**SUPREMOCRACIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:**  
**O PARADOXO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO**

**Brasília**

**2016**

**REBECCA DE SOUZA PAIVA**

**SUPREMOCRACIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
O PARADOXO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (EDB).

Orientador: Professor Doutor Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis.

**Brasília**

**2016**

**REBECCA DE SOUZA PAIVA**

**SUPREMOCRACIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
O PARADOXO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Pesquisa (CEPES), da Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP), como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis.

Brasília/DF \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis.

---

Prof. XXX  
Titulação: Instituição a qual é vinculado

---

Prof. XXX  
Titulação: Instituição a qual é vinculado

Aos meus pais, meu porto seguro.

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”

Arthur Schopenhauer

## AGRADECIMENTOS

Esses últimos cinco anos têm sido incríveis e, certamente, deixarão muitas saudades.

Espero que o resultado desse trabalho consiga, de alguma forma, simbolizar o que vivi na faculdade. Além disso, espero também que sirva de estímulo para continuar minha vida acadêmica e enfrentar as próximas experiências e desafios que certamente surgirão.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por me guiar ao longo de toda essa caminhada; e à minha família, que sempre me apoiou e incentivou mesmo quando nem eu acreditava ser possível.

À minha mãe (Simone), meu pai (Alexandre), meu irmão (Arthur), minha avó (Natércia) e à minha madrinha (Deborah), porque jamais teria chegado até aqui sem eles. Tenho uma admiração e um amor imensos por eles. Sou extremamente grata pelo enorme esforço que fizeram para me dar a melhor educação possível. Obrigada por todo o carinho e amor incondicionais e por fazerem parte da minha formação como ser humano.

Também em especial, agradeço aos meus primos e melhores amigos, que se fazem presentes em minha vida como se fossem todos verdadeiros irmãos. Muito obrigada pelo companheirismo de todos os dias e por compreenderem minha ausência ao longo desse semestre.

Agradeço, também, ao meu orientador, professor Daniel Falcão que, apesar do pouco tempo, se dispôs a auxiliar-me. E ao professor Alvaro Ciarlini, cujas aulas me inspiraram para a escolha da bibliografia e estrutura filosófica do trabalho. Tenho grande admiração por ambos. Deveria citar, também, inúmeros professores que me ensinaram muito sobre matérias jurídicas e sobre a vida. Obrigada!

Agradeço, ainda, a todos os meus amigos que se fizeram presentes de diversas formas ao longo desses anos em que estive no IDP. Obrigada àqueles que se tornaram extremamente importantes pra mim durante esses cinco anos de faculdade. Quantas coisas vivemos juntos! Passei alguns dos melhores anos da minha vida com vocês, guardarei muitas

lembranças boas desse período. A faculdade é uma fase inesquecível da vida e que por isso merece ser compartilhada com pessoas extremamente diferentes, mas, com um laço de amizade muito especial em comum.

## RESUMO

O que se pretende com o presente estudo é, considerando a atual estrutura da teoria constitucional, explicar a expansão do Poder Judiciário, principalmente, no que se refere à atividade do Supremo Tribunal Federal e o evidente desconforto no que se refere à teoria da tripartição de poderes e ao sistema de freios e contrapesos. Questiona-se, então, quais seriam os limites impostos aos juízes e a legitimidade democrática de suas decisões, nas hipóteses em que deixam de aplicar determinada legislação, ou lhes conferem interpretação diversa daquela prevista pelo legislador, quando convencidos de que seu conteúdo viola direitos fundamentais, bem como se essa prática sofre déficit dos fundamentos democráticos. Buscar-se-á analisar, à luz do pluralismo, da rigidez e supremacia da Constituição, a aparente inclinação antidemocrática ou contra majoritária do Estado Constitucional, presente nas decisões proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como se esse modelo de Jurisdição Constitucional é o mais adequado para garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais. Demonstrar-se-á que atividade jurisdicional, entendida como a prolação de decisões autônomas e vinculantes poderia conferir maior proteção aos Direitos Fundamentais, assegurando a rigidez da Constituição, prevenindo o arbítrio do poder público por meio da jurisdição constitucional.

**Palavras-Chave:** Supremocracia; Jurisdição Constitucional; Democracia; Direitos Fundamentais; Paradoxo.

## **ABSTRACT:**

This paper aims, in the context of the Constitutional Theory structure, to explain the Judiciary Branch's expansion, especially, when it comes to the Supreme Court's decisions. And the obvious discomfort and concern about the theory of the tripartition of power and the system of checks and balances that they cause. Some people wonder, then, what are the limits to the judge's authority and the democratic legitimacy of their decisions in cases that they strike down legislation when they are convinced that its content violates Constitutional Rights and wonder if such practice suffers from some sort of democratic foundations deficit. This paper will analyze, according to the pluralistic theory, the Judiciary Branch's expansion and the Federal Constitution's stiffness, the apparently undemocratic and counter majoritarian inclination of the Constitutional State. And will also asses whether the Constitutional Jurisdiction structure is the most appropriate structure to ensure the enforcement of Fundamental Rights. However, this article shall demonstrate that this jurisdictional activity, understood by the decisions autonomous and bindings, can mean more protection of the Constitutional Rights, can ensure the Federal Constitution's stiffness and can even prevent abuses of power from the government through constitutional jurisdiction.

**Keywords:** Supremocracy; Constitutional Jurisdiction; Democracy; Constitutional Rights; Paradox.

## **Siglas**

<b>CF</b>	Constituição Federal de 1988
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>ADC</b>	Ação Declaratória de Constitucionalidade
<b>ADO</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
<b>ADPF</b>	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
<b>Art.</b>	Artigo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> _____	11
<b>1 DE LEGISLADOR NEGATIVO A PODER CONSTITUINTE REFORMADOR</b> _____	20
1.1 A Rigidez, Supremacia e o Guardião da Constituição Federal: Constitucionalismo Democrático no Brasil; _____	20
1.2 Neoconstitucionalismo e o Papel dos Ministros do Supremo Tribunal Federal _____	26
1.3 O que é Supremocracia? O STF Responsável pelo Desfecho de Questões Socialmente Relevantes _____	31
<b>2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> _____	37
2.1 Os Escopos da Jurisdição; _____	37
2.2 Judicial Review e Sistema de Freios e Contrapesos (Checks and Balances): Quais são os limites? _____	44
<b>3 O PARADOXO DA DEMOCRACIA</b> _____	
3.1 Forma Democrática de Governo x Constitucionalismo: O Suposto Caráter Antidemocrático e Contramajoritário das decisões proferidas pela Suprema Corte; _____	63
3.1.1 Democracia e Pluralismo; _____	
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> _____	75
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> _____	77

## INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa terá como objeto, sob o enfoque do Direito Constitucional, a análise do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou a denominada instauração da Supremocracia e o papel de suas decisões na efetivação dos Direitos Fundamentais.

Buscar-se-á compreender se, em um regime de implementação judicialmente forçada de direitos, ocorre, conseqüentemente, a alteração fundamental da natureza do governo democrático.

Nesse sentido, o intuito da pesquisa escolhida é aferir se o modelo de Jurisdição Constitucional brasileiro se apresenta como mais adequado para garantir a supremacia e rigidez da Constituição Federal e uma proteção efetiva aos Direitos Fundamentais.

Esse tema é extremamente relevante e muito debatido atualmente, uma vez que as decisões proferidas por magistrados e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal em casos de relevância social são, constantemente, alvos de críticas e questionamentos no que tange a sua legitimidade democrática.

A Constituição Federal estabelece limites jurídicos ao longo de seu texto à quem esta é confiada, quanto à função precípua de resguardá-la. A Suprema Corte, na qualidade de guardiã, portanto, deve manter a rigidez e a supremacia da Constituição.

Não obstante, esse modelo de Jurisdição Constitucional recebe críticas no sentido de que, inevitavelmente, provoca uma mudança nos parâmetros políticos-decisórios da Democracia, resultando numa progressiva restrição da discricionariedade dos órgãos políticos-majoritários.

Considerando esses fatores, questiona-se se o ativismo judicial, principalmente no que se refere ao controle de constitucionalidade concentrado ou à instauração da denominada Supremocracia, necessariamente, são responsáveis por estabelecer uma tensão entre a forma democrática de governo e o constitucionalismo, retirando, assim, a legitimidade democrática das decisões proferidas. Seria este o chamado paradoxo da democracia.

As expressões "instituição de uma Supremocracia" ou "ativismo judicial", no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade", são conferidas a uma inevitável atividade e progressiva expansão por parte do órgão incumbido de Jurisdição Constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo tem, constantemente, extrapolado sua função precípua de órgão responsável pela compatibilização e relação de subordinação das normas de escalão inferior com as constitucionais, como também vem exercendo funções típicas dos demais poderes, principalmente, aquelas reservadas aos órgãos representativos.

De acordo com essa postura, será necessário analisar a legitimidade democrática de tais mudanças e se sempre implicam consequências negativas à operação do ordenamento, resultando, em certa medida, em uma restrição de poder dos órgãos políticos-majoritários e em decisões predominantemente contra-majoritárias.

Para tanto, deve-se considerar, por outro lado, que esta atividade é capaz de conferir maior proteção contra o experimentalismo democrático e, ademais, ser relevante para assegurar a fruição dos Direitos Fundamentais.

Analisar-se-á se existem limites impostos à jurisdição constitucional e, se positiva a resposta, quais seriam. Bem como qual seria o remédio para o paradoxo formado entre constitucionalismo e regime democrático, considerando que ambos convivem no ordenamento jurídico, mas, a uma primeira impressão, repelem-se reciprocamente.

Indaga-se, por fim, se a redução de competências e qualificação do processo de deliberação seriam medidas realmente eficazes no que tange à efetivação dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, serão abordados os conceitos de Supremocracia e ativismo judicial: expressões estas comumente evocadas para caracterizarem o comportamento dos magistrados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o qual ocupam espaços ou tomam decisões que ultrapassam suas competências típicas e originárias, em detrimento dos demais poderes. O que acaba por, aparentemente, descaracterizar a estrutura democrática e o equilíbrio estabelecido entre os poderes.

A justificativa para este tipo de comportamento, normalmente, é que o Poder

Judiciário em geral tem como função primária proteger os direitos fundamentais, concretizá-los, resolver atritos entre valores multiaxiológicos. Mas, a função de um magistrado não se limita a reproduzir e aplicar de forma estática a vontade do legislador, especialmente, em se tratando do Supremo Tribunal Federal, órgão este responsável por dar a última palavra acerca das demandas que são levadas ao Judiciário.

O primeiro capítulo intitulado O Brasil Constitucionalmente Democrático, a Rigidez e Supremacia da Constituição abordará, de forma breve, a história do constitucionalismo democrático brasileiro. Consequentemente, o papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição e responsável por preservar sua rigidez e supremacia.

Será conceituado o fenômeno da Supremocracia, o qual é objeto da presente pesquisa e o Neoconstitucionalismo será de muita utilidade para explicar o papel dos magistrados.

De legislador negativo a poder constituinte reformador: o guardião da Constituição, conforme determinou Kelsen, exerceria o papel de legislador negativo. No entanto, o que se observa atualmente é uma distorção desse papel. O Supremo, por vezes, acaba por agir como se legislador fosse, sem que a norma se submeta a um processo democrático.

Para demonstrar a suposta progressiva transformação do Supremo Tribunal Federal de legislador negativo a uma espécie de poder constituinte reformador, foi utilizada, principalmente, a obra Jurisdição Constitucional de Hans Kelsen, em que discorre sobre as características e a quem incumbe o poder-dever de salvaguardar a Constituição.

A superação do positivismo jurídico como paradigma para a compreensão das demandas jurídicas e sociais da atualidade é um assunto já unânime ou, pelo menos, dominante para a compreensão contemporânea da filosofia do direito. O positivismo, pautado em uma base filosófica de critérios racionais, lógicos, não metafísicos e formais, foi dando lugar a um novo movimento chamado neoconstitucionalismo, que adveio para suprir as lacunas deixadas pelo positivismo.

Assim, serão exploradas as orientações doutrinárias de Hebbert Hart e Hans Kelsen, essencialmente positivistas, e o advir do pós-positivismo, focando sempre nas atribuições das Cortes Constitucionais, com fundamento nas teorias de filósofos

neoconstitucionalistas como Ronald Dworkin, Ackerman, Luís Roberto Barroso, Peter Häberle, Konrad Hesse e Alexy.

O segundo capítulo explicará o papel da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais; para isso, foi subdividido para demonstrar as características do *Judicial Review* e do Sistema de Freios e Contrapesos e, após, quais são os escopos da Jurisdição, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco. Mais especificamente como o escopo jurídico e social determinam o político. Isso porque tais assuntos são essenciais para demonstrar o papel exercido pela Corte, as críticas e limitações atribuídas a sua atividade, principalmente por filósofos como Jeremy Waldron, Griffin e Mark Tushnet.

Nessa esteira, serão discutidos, também, os conceitos de constitucionalismo e forma democrática de governo, utilizando-se os autores Chantal Mouffe e Jürgen Habermas para discorrer sobre democracias, principalmente, a radical, modelo proposto por Chantal Mouffe.

Nesse ponto, será retratado o caráter, por vezes, antidemocrático ou contra-majoritário das decisões proferidas, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses em que houver a implementação judicialmente forçada de direitos. Decisões estas que têm por objetivo evitar os avanços da maioria, em detrimento das minorias, bem como prevenir o arbítrio do poder público.

Em relação à incompatibilidade dos conceitos de democracia e consenso, pluralismo e soberania popular, considera-se relevante mencionar a obra de Chantal Mouffe que retrata a democracia agonista e a impossibilidade de se atender à demanda por consenso.<sup>1</sup>

O terceiro capítulo retratará o paradoxo da Democracia, em que o Supremo, por meio de decisões antidemocráticas, promove a observância a valores fundamentalmente democráticos.

Posteriormente, será explanado o papel da Jurisdição Constitucional na efetivação dos Direitos Fundamentais, em detrimento dos órgãos políticos representativos. O Supremo

---

<sup>1</sup> A impossibilidade de se atender a demanda por consenso é muito aprofundada na obra de Nicholas Rescher. Confira-se: RESCHER, Nicholas. *Pluralism: Against the Demand for Consensus*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

Tribunal Federal é responsável pelo desfecho de questões socialmente relevantes, ainda que seja composto por magistrados que não se submeteram ao processo de eleições democráticas. Quais são os riscos desta prática e os pontos positivos, no que se refere à fruição de Direitos Fundamentais.

Far-se-á o uso do teor de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para ilustrar o que será estudado. Nesse sentido, a jurisprudência da Corte, juntamente com os argumentos doutrinários, exercerá papel relevante para chegar à conclusão da pesquisa, tendo em vista ser a manifestação empírica do que, doutrinariamente, será pesquisado.

A conclusão será responsável por analisar se a Supremocracia realmente existe, se é um problema e, se positiva a resposta, quais são as melhores soluções para resolvê-lo.

## 1 DE LEGISLADOR NEGATIVO A PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

O presente capítulo tem o objetivo claramente elucidativo e conceitual. Será apresentado o processo de instauração do Constitucionalismo Democrático no Brasil, os motivos os quais impulsionaram a instituição de uma nova ordem constitucional. Descreverá o papel do Supremo Tribunal Federal e a expansão de suas competências, como se dá a sua proteção e a manutenção de sua rigidez e supremacia. Logo após, será analisada a transição da teoria do positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo, com enfoque no papel dos magistrados e da sociedade como transformadores sociais e intérpretes da Constituição. Por fim, será descrito o que se compreende por Supremocracia, as críticas atribuídas ao comportamento dos Ministros do Supremo, bem como a sua relevância na efetivação de direitos fundamentais.

### 1.1 A Rigidez, Supremacia e o Guardião da Constituição Federal: Constitucionalismo Democrático no Brasil

Há dois tipos de ordenamentos jurídicos no mundo ocidental, que tiveram sua origem de acordo com a localidade, tradições sociais e momento histórico. Um é denominado de *civil law*, de tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o outro, *common law* da tradição anglo-americana.

A tradição da *civil law* surgiu após a Revolução Francesa, período em que a lei ganhou mais destaque como a "única expressão autêntica da Nação", conforme destacou Rousseau em sua obra sobre o contrato social. Trata-se de uma tradição que parece conferir maior valor ao processo legislativo, ao aspecto normativo, à criação de códigos, em detrimento das demais fontes do direito.<sup>2</sup>

A *common law*, por sua vez, tem como ponto mais forte os usos e costumes, bem como a jurisprudência, os precedentes, o resultado da expressão do parlamento.

---

<sup>2</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 29ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011, pág. 141.

Ambas são resultado de culturas diferentes e possuem raízes diversas, mas, progressivamente, têm se influenciado reciprocamente no sentido de que as normas positivadas estão ganhando mais destaque na tradição da *common law*, enquanto que, na *civil law*, precedentes estão sendo tratados de forma mais relevante.

Considerando ambos os ordenamentos, o magistrado possui diferentes níveis de liberdade para se realizar uma interpretação acerca de uma norma ou de uma situação fática.

Sob o contexto do Brasil, sabe-se que o país passou por diversas transformações ideológicas em seu plano governamental, até a adoção da atual forma de governo, uma República Democrática. O período de pós-guerra e o fim da ditadura militar serviram de motivação para a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Constituição cidadã — chamada assim por Ulysses Guimarães, à época presidente da Assembleia Nacional Constituinte — sendo esta responsável por redefinir as relações entre os Poderes da República, dando abertura ao mecanismo do *Judicial Review*.

O magistrado, além de definir o alcance da norma, irá criar parâmetros e limites de ponderação para promover a harmonia dos dispositivos constitucionais.

Tais transformações exigiram a produção de um novo texto que refaria o pacto social até então vigente. Por tal razão, a Constituição tem um significado muito além do que um documento que reúne regras de uma sociedade. "É um documento com intenso significado simbólico e ideológico – refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser."<sup>3</sup>

Esse período histórico, em certa medida, teve como inspiração ideais Iluministas, no que se refere ao respeito e valorização dos direitos individuais, que representavam postulados de abstenção do Estado e, ao mesmo tempo, pressupunha uma imposição a uma participação mais ativa no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente, os de natureza social, bem como prezava pela participação da sociedade nas decisões políticas.

---

<sup>3</sup> BAKAN, Joel; SCHNEIDERMAN, David (eds.). Social justice and the Constitution: perspectives on a social union for Canada, Canada: Carleton University Press, 1992. *Apud* **REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL**. Flávia Piovesan. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. v. 45, p. 216, 1999, p. 2. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>. Acesso em: 12/12/2015.

A referida Carta abriu espaço para uma ampliação do controle normativo por parte do Poder Judiciário no que tange às democracias contemporâneas. O que passou a ser muito discutido pela doutrina, em razão desse crescente protagonismo e a consequente interferência no princípio da separação dos poderes (*checks and balances*) e sua relação com as instituições político-representativas.

Os países que adotaram o sistema de *common law*, naturalmente, graças ao seu mecanismo de operação o qual confere mais importância aos precedentes, propiciam ao judiciário maiores poderes para dar a última palavra acerca de diversas situações que são levadas a ele, já que se utilizam amplamente dos usos e costumes e não se apegam tanto a enunciados normativos, elaborados através de órgãos legislativos próprios. Além disso, há o instituto da *stare decisis* das decisões dos tribunais.

A jurisdição constitucional nos países de tradição continental — ao incorporarem os preceitos do Estado Democrático de Direito — por sua vez, abrem espaço, inevitavelmente, para interpretações construtivistas por parte de magistrados.

Dessa forma, tanto no âmbito da *civil law* como da *common law*, está se recorrendo à jurisdição constitucional como mecanismo de defesa da Constituição e dos direitos nela previstos. O que é entendido, muitas vezes, como ativismo judicial.

O processo de expansão do poder judicial é um fenômeno que está progressivamente em curso nas sociedades contemporâneas. Segundo Luiz Werneck Vianna, é caracterizado pela normatização de direitos fundamentais<sup>4</sup>, o reforço das instituições típicas do Estado Democrático de Direito e as investigações nos casos de corrupção no âmbito da política, a chamada criminalização da responsabilidade política por meio de crimes de responsabilidade, quebra de decoro ou improbidade administrativa.<sup>5</sup>

O período pós-guerra, portanto, ocasionou a instituição de uma nova ordem constitucional e impulsionou a reconquista, positivação e proteção dos direitos humanos presentes na Declaração da ONU, relativos à vida, à integridade física, direitos individuais,

---

<sup>4</sup> Brasil, Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998. art. 5º ao 17 da Constituição Federal de 1988.

<sup>5</sup> Brasil Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998, arts, 37, § 4º, 55, inciso II e 85.

coletivos, sociais, políticos, civis, dentre outros, de toda espécie, que foram vulnerados durante a vigência do regime autoritário. Lutou-se, ademais, pela reconquista dos direitos de participação política, que se concretizou na Constituinte e resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988 e o papel ativo do Judiciário.

Tratou-se, além de tudo, de formular uma estrutura de controle dos atos estatais, disponibilizando mecanismos mediante a possibilidade de interposição de ações constitucionais, por exemplo.

Isso quer dizer que a redemocratização do país provocou, então, uma horizontalização entre Estado e sociedade. O que significa que a tradicional disposição vertical entre Estado e indivíduo rompeu-se, o Estado e o Poder Judiciário deixaram de ser meros instrumentos de aplicação da lei, o papel do juiz como boca da lei foi superado, não está mais adstrito a uma atividade silogística de subsunção do fato à norma. Ao invés disso, tornaram-se responsáveis por implementar políticas públicas para alcançar a efetivação de direitos, tendo em vista que qualquer ação ou omissão por parte do Estado deve ser pautada pelo objetivo de melhor atender as necessidades do cidadão.

Implementou-se um constitucionalismo democrático, que tinha como objetivo garantir a rigidez da Constituição e, ao mesmo tempo, a consolidação do regime democrático.

Ao conceituar essa ideologia, Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça se manifestaram no sentido de que “Democracia significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. Constitucionalismo, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita”<sup>6</sup>. Simultaneamente, portanto, o povo desfruta da titularidade do poder constituinte originário e a Lei Maior contém disposições limitadoras, as quais vinculam a todos.

A Constituição Federal, em seu Preâmbulo, conta que teve como inspiração para a realização da Assembleia Constituinte o propósito de "instituir um Estado Democrático,

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. **O STF entre os seus papeis contramajoritário e representativo.** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeis>><http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeis-contramajoritario-e-representativo>> Acesso em 31 de mar. de 2013.

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança". Seria esta, portanto, o "documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem".<sup>7</sup> Dessa forma, a Carta é um documento rígido a qual detém a supremacia e submete todos a sua observância.

Esta nova ordem constitucional, passou a valorizar as liberdades públicas, bem como criou instrumentos de garantia processual e conferiu *status* constitucional às instituições que funcionam em paralelo com os poderes do Estado, são estas as funções essenciais à justiça.

O art. 5º, incisos XXXIV, XXXV, LIV, da Constituição Federal<sup>8</sup> garante o acesso à justiça a todo indivíduo. Porém, devido ao princípio da inércia de jurisdição, para que seja movimentada a máquina do Estado, imprescindível se torna a provocação no sentido de obter a prestação jurisdicional. Daí a necessidade e importância dos entes e pessoas que atuam como funções essenciais à justiça. Tais como a Advocacia pública ou privada, o Ministério Público<sup>9</sup> na defesa de direitos indisponíveis e interesses coletivos, Defensoria Pública<sup>10</sup> na defesa de hipossuficientes.

## **1.2 O que é Supremocracia? O STF Responsável pelo Desfecho de Questões Socialmente Relevantes**

---

<sup>7</sup> BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág 135

<sup>8</sup> Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998: art. 5º: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;  
b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>9</sup> Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998, art. 81 e incisos da Lei 8.078 de 1990, bem como da Lei 7.347 de 1985.

<sup>10</sup> Brasil, arts. 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição Federal.

O Poder Judiciário vem, ao longo das últimas décadas, recebendo inúmeras críticas à sua atuação, principalmente em se tratando do Supremo Tribunal Federal. A essa atuação, dá-se o nome de ativismo judicial.

Esse termo é evocado para caracterizar um fenômeno de expansão do Poder Judiciário, em que juízes passam a ocupar posições na estrutura decisória, que anteriormente eram diluídas entre os demais poderes, ocorrendo, assim, uma sobreposição ou protagonismo deste Poder em detrimento dos demais.

A juristocracia, portanto, seria uma mudança nos parâmetros decisórios, influenciando diretamente a estrutura democrática, causada por um "regime de governo conduzido por juízes"<sup>11</sup>. Tal atividade acaba por, inevitavelmente, restringir o grau de discricionariedade dos órgãos políticos majoritários e por, aparentemente, desestabilizar o equilíbrio entre os poderes. Transformando o ordenamento em um governo em que as Cortes Constitucionais seriam soberanas e dariam a última palavra em relação aos direitos fundamentais.<sup>12</sup>

Como foi explicado no tópico anterior, na Europa e Estados Unidos, a partir do século XX, os governos passaram a ter traços judiciaristas, a supremacia do Parlamento deu lugar à do Poder Judiciário. Podendo-se considerar, inclusive, que ocorreu uma superação do majoritarismo representativo de inspiração revolucionária. Nesse sentido:

O Conselho Constitucional perdeu uma grande parte de seu papel de controlar a repartição de competências entre os órgãos para tornar-se um defensor dos direitos da oposição contra a ação excessiva da maioria e, sobretudo, o guardião vigilante dos direitos e liberdades dos cidadãos.<sup>13</sup>

No Brasil, a Constituição de 1988 também ampliou o controle normativo por parte do Poder Judiciário, afetando diretamente as instituições democracias político-representativas e, conseqüentemente, o equilíbrio estabelecido pelo princípio da separação dos poderes.

---

<sup>11</sup> SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe**. Oxford University Press, 2000, p.65.

<sup>12</sup> PAIVA, Paulo. **Juristocracia?** In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 499.

<sup>13</sup> LAVROFF, Dmitri. **Prévalence du fait majoritaire**, in: Dmitri Lavroff, et al.. *La pratique constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 à 1999*, Bordeaux: Maison des Payes Ibériques, 2001, p.31. *Apud* PAIVA, Paulo. **Juristocracia?** In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 499

Esse papel político exercido pelas Cortes acaba por interferir na dinâmica das garantias constitucionais fundamentais. Assim, diante de um sistema de governo predominantemente judiciarista, põe-se em questionamento qual seria o limite imposto ao órgão incumbido de jurisdição constitucional, em relação às competências conferidas ao legislador e qual o nível de deferência que deve ao legislador.

O Supremo Tribunal Federal tem se afastado do modelo proposto por Hans Kelsen no qual atuaria como legislador negativo que deveria ser exercido por um órgão específico, uma Corte Constitucional. Atualmente, o cenário apresentado é de um STF exercendo, de fato, o poder constituinte reformador, ao ultrapassar suas competências originárias e adentrar naquelas típicas dos demais poderes.

Assim, o processo de — em certa medida — tomada dos poderes decisórios originalmente incumbidos às instituições representativas, é o que se denomina Supremocracia, um governo em que as questões políticas controversas são decididas pelas Cortes e não no por pessoas reunidas no Parlamento.<sup>14</sup>

Oscar Vilhena, em seu artigo intitulado Supremocracia, critica o acúmulo de competências incumbidas ao STF, a que dá o nome de competências superlativas e que, num sistema democrático, deveriam estar distribuídas entre os três poderes. Continua, afirmando, que a Corte exerce a função de julgar as ações de controle concentrado, apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, decidir sobre questões relativas ao sistema político, de foro especializado, aprecia atos secundários do parlamento, última instância judicial, dentre outras.<sup>15</sup>

Aduz o autor que o remédio para esse acúmulo de atividade é a autocontenção, mediante algumas mudanças de natureza institucional. Propõe, então, a redistribuição dessas competências, a redução das decisões monocráticas proferidas pelos Ministros do Supremo, a fim de se evitar a fragmentação do entendimento da Corte, ainda mais levando em conta que o STF, normalmente, é quem tem o direito de errar por último. Além disso, propõe, também, uma forma de qualificar melhor o seu processo deliberativo de votação, uma vez que os Ministros, muitas vezes, levam ao plenário decisões pré-redigidas, o que falta é uma

---

<sup>14</sup> HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. In: Fordam Law Review, 2006, Vol. 75, N. 02, p.722.

<sup>15</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In Revista Direito GV. n. 2, vol. 4. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

discussão acalorada sobre o caso. A agenda de julgamentos também deveria ser melhor formulada. Por fim, o autor reconhece que tais medidas não iriam solucionar por completo o excesso de competências do STF, mas, ao menos, iriam conferir qualificação ao processo de deliberação.

Dessa forma, questões de alto grau de relevância política e social são levadas ao Supremo e tiveram seu desfecho determinado por ele:

(i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADPF 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS - caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas raciais e sociais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula n. 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF); (xi) importação de pneus usados (ADPF 101/DF); (xii) proibição do uso de amianto (ADI 3937/SP)<sup>16</sup>

Para ilustrar exatamente o que está sendo estudado, destaca-se, também, a decisão em que se discute a inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições que seriam realizadas no ano de 2010. Trata-se, aqui, da impossibilidade de retroatividade da lei, conforme disposto no art. 16 da Constituição Federal<sup>17</sup>; outro exemplo, é o julgamento responsável por reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>18</sup>.

Outro exemplo é a Reclamação 4.335-5/Acre referente à inconstitucionalidade da lei de crimes hediondos, que resultou na possibilidade de concessão de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, em nome do princípio da dignidade humana e da individualização da pena. Com base nisso, o STF entendeu que tal decisão deveria alcançar a todos. Ocorreu, então, uma mutação constitucional que acabou por suprimir a competência privativa do Senado Federal (art. 52, X, da CF) de conferir efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade de normas do STF em controle difuso, dispositivo este amparado pelo

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 231.

<sup>17</sup> RE 633.711, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

<sup>18</sup> ADPF 132/RJ e ADI 4.277, Rel. Min. Carlos Britto

art. 60, §4º, inciso III, da CF, porque até então, a decisão do Supremo só teria efeitos inter partes

Menciona-se, também, HC 126.292, em que o Supremo julgou constitucional a execução da prisão com a decisão condenatória confirmada em segunda instância. E o caso referente à perda de mandato por infidelidade partidária, no qual o Supremo interveio para dar uma maior regulamentação ao sistema representativo, no bojo do MS 26.603/DF, ante a falta de regras específicas. Acrescente-se que o atual cenário político brasileiro também serve como exemplo da referida atitude ativista do Supremo Tribunal Federal, como o processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff e a operação Lava-Jato.<sup>19</sup>

No julgamento da ADPF 54, a Corte, por maioria, julgou procedente o pedido formulado no bojo da petição inicial, no sentido de autorizar a interrupção ou antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, quando diagnosticado o quadro por médico habilitado. Segundo a exordial, a impossibilidade de se realizar o aborto nesses casos violaria o que determina o princípio da legalidade, art. 5º, inciso II, da CF, os direitos sociais do art. 6º e o direito à saúde previsto no art. 96, também da Constituição Federal.

Os Ministros que foram vencidos se manifestaram contrariamente à procedência da ADPF, uma vez que estão presentes em dispositivos do Código Penal as hipóteses autorizativas de aborto. Fetos com condição de anencefalia não era uma delas. Ponderaram que intervenção da Corte, portanto, resultaria em uma sentença aditiva, já que se criaria uma exculpante para o crime de aborto, previsto no art. 128, do Código Penal. Configurando, assim, uma invasão na esfera de conformação do legislador.

Para justificar esse desequilíbrio de competências entre os poderes que se instaurou no caso posto em análise, fundamentou-se que, diante da omissão do legislador em se manifestar acerca de uma questão de alta relevância social, o STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, garantiu a fruição dos direitos fundamentais da mulher que venha a gerar um feto anencéfalo.

---

<sup>19</sup> Conferir: **BLOG OS CONSTITUCIONALISTAS**. Oscar Vilhena. **Vivemos o Ápice do Nosso Momento Supremocrático**. maio. 2016. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/oscar-vilhena-vieira-vivemos-o-apice-do-nosso-momento-supremocratico>>. Acesso em: 02.06.2016.

Sob o contexto internacional, acrescenta-se que o Tribunal Constitucional Português, declarou a constitucionalidade da Lei n. 11/2010, que previa o aumento de taxas referentes ao IRS - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (Acórdão n. 399/10). Declarou, ademais, no bojo do Acórdão n. 353/12, a constitucionalidade de normas que determinavam significativa redução remuneratória de uma certa classe de trabalhadores, como a suspensão do pagamento da remuneração de férias e período de natal.

Essa série de medidas adotadas pela Corte, certamente, se encaixam no conceito de decisões ativistas que interferiram na dinâmica de direitos fundamentais. Por esta razão, implicaram severas críticas. Ocorre que, fundamentalmente, por causa da crise econômica e financeira que pairava a maioria dos países da Europa, entendeu por aprovar medidas restritivas de direitos para tentar saná-la, ou, ao menos, amenizá-la.

Um caso que se deu na Itália também merece ser mencionado. Pleiteava-se a interrupção do tratamento de alimentação com sonda gástrica que mantinha uma jovem em estado vegetativo por anos. A pretensão foi acolhida. E, mais uma vez, a Corte foi veementemente criticada por invadir a esfera de competência de legislar. A Corte justificou sua atuação asseverando a necessidade de colmatar lacunas que o próprio legislador não sanou quando deveria tê-lo feito. Os Estados Unidos, mais tarde, concederam o direito de morrer (*right to die*) a uma situação análoga, no caso de Terri Schiavo.

Tais assuntos, assim como tantos outros que são levados para serem decididos perante as Cortes, versam, normalmente, sobre assuntos polêmicos, que dividem posições doutrinárias e ideológicas diversas. Em outras palavras, caracterizam-se como verdadeiros dissensos morais e políticos. As decisões prolatadas em sede de controle de constitucionalidade, portanto, têm por objetivo dar efetividade a direitos fundamentais, independentemente da vontade predominante do povo e das manifestações das instituições político-majoritárias.

O que resta saber é se a criação judicial do direito é uma expressão que caracteriza um desencontro de expressão verbal, imperativos de consequência lógica, ou se realmente se trata de um problema instaurado na sociedade contemporânea.

Tal expressão, por ser tão usual e tão genérica, trata-se de um instrumento popular de retórica, mais do que um problema real a ser combatido, tendo em vista que os preceitos constitucionais, ainda que pelas Cortes, acabam por ser efetivados.

### **1.3 Neoconstitucionalismo e o Papel dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**

O positivismo jurídico é uma corrente filosófica que tem como base pensamentos lógicos, formais e racionais. O neoconstitucionalismo veio para preencher as lacunas deixadas pelo positivismo. De fato, boa parte da doutrina já o considera há muito ultrapassado para ser utilizado como instrumento de compreensão das demandas contemporâneas do direito. Porém, explicar a transição do positivismo ao pós-positivismo jurídico é extremamente relevante para entender o papel da Corte Constitucional, sua expansão e os limites a ela impostos.

Para tanto, o presente subtópico retratará primeiramente o positivismo jurídico de Kelsen e Hart e, posteriormente, o advir do pós-positivismo jurídico, investigando, sobretudo, elementos conceituais propostos pelos filósofos pós-positivistas acerca da Suprema Corte e do papel dos magistrados.

A teoria positivista do direito é, pois, essencialmente, contrária ao jusnaturalismo e, por esta razão pretende se proteger das incertezas provocadas por ele. Busca, portanto, compreender o direito de forma objetiva, de modo a ignorar quaisquer elementos da metafísica transcendental, ideias de moral, ética, sociologia dentre outros, excluindo tudo que seja estranho ao que se pode considerar rigorosamente como direito. Defende a existência de uma norma fundamental definida como pressuposto lógico, formal e científico.

No ordenamento, de acordo com Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito*, é determinado que a relação de uma norma de escalão superior que regula o ato por meio do qual se origina a norma de escalão inferior é de vinculação (relação de subordinação), portanto, determina não só o processo em que esta é criada, mas seu conteúdo.

Esta vinculação, entretanto, não pode ser completa, bem como não pode abranger todos os aspectos relacionados à criação de normas, uma vez que há a possibilidade de apreciação e adequação desta para cada caso, há o ato de vontade, a busca por consequências úteis para o

ordenamento que levem à eficácia e há as peculiaridades do mundo empírico, que nem sempre a norma consegue prever.

A moldura normativa proposta por Kelsen, então, define uma delimitação imposta pela norma à atuação dos magistrados diante das imprecisões em face de um caso concreto. Dentro dessa moldura existem várias possibilidades de aplicação e diversos sentidos. Caberá, então, ao juiz, mediante um ato de vontade, decidir entre esta ou aquela possibilidade, observando estritamente o que permite a moldura normativa.

A interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.<sup>20</sup>

Sendo assim, a interpretação não conduzirá necessariamente a uma única solução correta. Todas as possibilidades têm igual valor, porém, somente uma — aquela resultante do ato de vontade do juiz — será escolhida para ingressar no direito positivo.

A Constituição, portanto, seria uma norma de conteúdo obrigatório jurídico, fundamental e supremo do Estado e comporia um sistema fechado. Da qual todas as demais normas retirariam seu fundamento de validade.

Para o filósofo Herbert Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, há um tipo básico ou primário de regras que é responsável por exigir que os indivíduos façam ou se abstenham de realizarem determinadas ações, independentemente de sua vontade, ou seja, impõe deveres.

A outra modalidade de regras é chamada por Hart de secundárias em relação às primeiras, na medida em que autorizam que os seres humanos criem, estabeleçam novas hipóteses de incidência, bem como fiscalizem sua aplicação. Estas atribuem, portanto, poderes, públicos ou privados, criam e alteram os deveres e obrigações.

Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se

---

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo. Editora: Martins Fontes, 1999, p. 247-248.

quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo.<sup>21</sup>

Este observador a que se refere Hart se limita a observar as regularidades de comportamento e a conformidade, ou não, destas com as regras. Dessa forma, estaria apto a fazer uma correlação entre os desvios de comportamento que eventualmente pessoas cometem e as possíveis coerções para cada caso. Essa atitude de observar comportamentos e relacioná-los a sanções é muito eficaz para se conhecer melhor o grupo com que se está lidando e, ainda, permite conviver com ele sem ser paciente das consequências desagradáveis a que seria submetido alguém que tentasse fazê-lo desconhecendo-o.<sup>22</sup>

Porém, além desse conhecimento, é necessário obter um ponto de vista externo, o qual revelará o modo por que as regras funcionam como tais, porque determinadas regularidade de comportamento são tidas como a maneira correta de agir e sua influência na vida de determinados grupos de pessoas, grupos esses que aceitam e, voluntariamente, respeitam e auxiliam na manutenção das regras, daqueles que as rejeitam e dos que só as respeitam em razão das consequências causadas por uma eventual violação.

Para entender as regras de uma sociedade, não basta analisá-las sob o ponto de vista das regras primárias. Isso porque as regras primárias de obrigação têm origem com a pressão social, têm o escopo de controlar a sociedade e possui características típicas de pequenas sociedades que obtêm êxito com a ausência de regras oficiais. A solução para esse problema seria encontrada ao se criar uma referência a um texto dotado de autoridade, ou por uma declaração de um funcionário estatal competente para tanto, ou o fato de terem sido fruto da criação de órgãos legislativos, precedentes ou costumes.

Hart conclui, então, que o remédio para tais defeitos consiste em complementar as regras primárias com as secundárias. Isto é, deve-se introduzir aquilo que chama de regra de reconhecimento (*rule of recognition*): "Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce."<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford University Press, 2009, pág. 99.

<sup>22</sup> *Idem*, pág. 100

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 104.

O que quer dizer que uma regra vigorará em uma sociedade, oficialmente, desde que haja apoio da pressão social exercida por determinados grupos integrantes dessa sociedade, conferindo autoridade àquele comando normativo, eliminando qualquer dúvida acerca de sua vigência, elementos estes formadores de um sistema jurídico capaz de garantir a autoridade da norma. A norma secundária, então, identificará a norma primária de obrigação e pode se traduzir por diferentes fontes, tanto a referência a um texto dotado de autoridade, quanto os precedentes de casos concretos.

O segundo defeito seria seu caráter estático, uma vez que a única forma de alterar e atualizar tais regras seria através do lento processo de transformação de hábitos em obrigações ou não.

O remédio para esse defeito seria a introdução das denominadas regras de alteração (*rules of change*). Estas se exprimem ao dar poderes-deveres a um indivíduo ou um grupo de autoridades para criar, adicionar, alterar ou retirar as regras do sistema jurídico. As próprias regras é quem vão delimitar ou atribuir poderes à atividade de legislar. Assim, deverão incorporar algum aspecto de legislação para que uma regra primária se torne válida e pertinente ao sistema e é dessa forma que as normas primárias e secundárias se relacionam.

E o terceiro defeito consistiria no fato de que, se não houver uma autoridade especialmente dotada de poder incumbido de determinar, de forma definitiva, e com autoridade o fato da violação, a aplicabilidade de determinada norma ao caso concreto e sua extensão, a pressão social se torna ineficaz.

O remédio apresentado por Hart para suprir essa ineficácia da pressão social, consiste em atribuir poderes-deveres a alguma autoridade para que essa profira determinações dotadas de autoridade acerca da eventual violação de regra primária e a forma de julgamento.

Para isso, necessário se faz a introdução das regras de julgamento (*rules of adjudication*). Essas regras identificarão os indivíduos competentes para julgar e definirão o processo a se seguir, além disso, atribuem poderes judiciais para julgar, aplicar normas e sanções e um estatuto especial sobre violação de obrigações. São responsáveis, ademais, por definirem os conceitos de juiz, tribunal, jurisdição e sentença.

Essa espécie normativa poder ser considerada também uma norma de reconhecimento, na medida em que ao atribuir jurisdição, as sentenças dos tribunais se

tornarão fonte de direito e, portanto, delas se extrairá uma norma. Dessa forma, ao julgar se uma norma foi violada ou não, estará determinando o conteúdo daquela norma, o que ela é.

Hart, no entanto, afirma ser muito imperfeita, já que, diferentemente do texto dotado de autoridade, de um código, as sentenças se referem a casos concretos e, por isso, não poderiam ser proferidas em termos gerais, caberia ao juiz interpretar as regras e aplicá-las com coerência.

Diante disso, a crítica consiste no fato de não ser possível criar um sistema jurídico em que um grupo social cria regras com base nos costumes da maioria e a obediência a elas decorre da pressão exercida pelo poder dos soberanos, os quais estão acima de qualquer autoridade. Somente com a existência de normas primárias e secundárias de reconhecimento — sendo estas utilizadas para identificar as regras primárias de obrigação — se torna viável a existência de um sistema jurídico. O reconhecimento de determinada regra atribui a ela validade.

A diferença entre uma norma de reconhecimento e as demais é que a de reconhecimento existirá por meio de uma prática complexa de se identificar o direito a partir de certos critérios. Não pode ter sua validade questionada, porque não há outra regra que lhe imprima validade. Sabendo disso, pode-se concluir que os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo são juridicamente limitados, não são soberanos.

No âmbito do Poder Judiciário, tem-se que os juízes proferem declarações de autoridade, contudo, há situações em que, entre as aplicações dessas regras dotadas de autoridade e a compreensão geral acerca do que a regra exige, estabelece-se uma relação de conflito.

Trata-se do conflito entre o ponto de vista dos que têm o poder-dever de predizer o direito, conforme as regras — ponto de vista externo (*acts in the law*) — e daqueles que utilizam tais regras como padrões para o seu próprio comportamento e de seus semelhantes — ponto de vista interno.

Quando um grupo social entende que uma norma de reconhecimento foi violada pelo juiz, é comum haver uma pressão crítico-social sobre essa atitude, com o objetivo de frisar que seu trabalho não é identificar o que é justo ou não, agindo sob a influência de convicções pessoais, há um sistema de regras a ser observado.

"Um magistrado que se propõe a aplicar uma lei reputada constitucional mesmo contra sua concepção pessoal de justiça age do ponto de vista interno e segue implicitamente o mandamento supracitado da regra de reconhecimento, aderindo, assim, à tradição normativa e comportamental que a validou."<sup>24</sup>

Sabe-se que há limites para a atuação do magistrado em relação à atividade de aplicar as normas ao caso concreto, mas há certamente determinadas situações no que se refere ao conteúdo e alcance das regras, que não há respostas claras quanto ao nível de deferência do magistrado à regra.

Há casos em que é possível aplicar, sem dúvidas, uma certa regra, contudo, há casos em que há razões que justifiquem tanto a aplicação quanto a não aplicação. Hart afirma que nada pode eliminar essa dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando se mistura realidade empírica com regras gerais. Essa parcela de imprecisão afeta a regra de reconhecimento, o que, inevitavelmente, confere maiores poderes ao magistrado, uma vez que é ela que delimita a atividade dos juízes de aplicação de normas ao caso concreto. A norma de contenção seria, portanto, um instrumento de contenção do ativismo judicial, uma vez que restringe a atividade dos magistrados, com o objetivo de exprimir uma realidade social.

A teoria proposta por Hart, então, dá importância a determinados aspectos sociais que a teoria formulada por Kelsen não o faz, apresentando certos traços decisionistas, em razão da discricionariedade proporcionada à figura do magistrado.

Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, ao se deparar com essas diversas vertentes do positivismo jurídico, propõe uma teoria que não necessita, ao menos a princípio, de recorrer a suportes metafísicos.<sup>25</sup> Os aspectos de sua teoria pós-positivista exercem um relevante impacto no papel dos magistrados e das Cortes Constitucionais, uma vez que defendem não haver espaço para a discricionariedade judicial, quando da resolução de casos concretos.

Para o filósofo, portanto, mesmo que o magistrado se depare com um caso difícil ou esteja diante de omissão legislativa, não é razoável que decida conforme sua própria

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. xi-xii.

consciência ou conveniência. Dessa forma, juízes das Cortes seriam impedidos de atuarem como profetas ou Hércules do direito.<sup>26</sup>

Em outras palavras, um julgador não deve apelar a padrões morais ou de qualquer outra natureza, por ato de vontade, ainda que a norma positiva lhe seja insuficiente.

É de se preocupar, contudo, que tal teoria acabe por ocasionar o retorno a preceitos jusnaturalistas e metafísicos transcendentais. Para se prevenir disso, o filósofo destaca que os princípios têm caráter normativo<sup>27</sup> e servirão para diminuir essa lacuna, devido ao seu maior grau de abstração, mas jamais às suas convicções pessoais, para se alcançar a solução mais adequada à controvérsia. Defende que a ordem jurídica é composta por um conjunto de normas jurídicas, composta tanto por regras quanto por princípios norteadores.<sup>28</sup>

Habermas assinala, contudo, que a teoria de Dworkin tem uma visão bastante otimista da história, seu modelo hermenêutico construído a partir de princípios substantivos somente funcionaria, porque tem muita confiança nas tradições constitucionais americanas. Diante disso, propõe que sua teoria substantiva seja substituída pela procedimental, segundo a qual, o modelo de democracia constitucional tem como base uma série de procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade — buscando a autodeterminação política — , não em valores substantivos.<sup>29</sup>

Em seguida, o modelo de Robert Alexy propõe um sofisticado modelo para se resolver conflitos entre princípios, prevenindo, assim, a discricionariedade de juízes ao lidarem com conceitos mais abstratos que as regras. O chamado critério da ponderação (hermenêutica), seria responsável por aferir a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de princípios em conflito aparente. Tal critério, não obstante sua relevância, não será aprofundado no presente trabalho, tendo em vista que o intuito é demonstrar os

---

<sup>26</sup> \_\_\_\_\_, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 11.

<sup>27</sup> Ronald Dworkin criticou muito as vertentes do positivismo jurídico. Confira-se o debate acadêmico estabelecido com o filósofo jurídico inglês Herbert Hart, o qual foi mentor de Dworkin, e um dos maiores expoentes do positivismo jurídico: SHAPIRO, Scott J. *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*. Michigan Law – Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Ann Arbor, Working Paper no. 77., 2007

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Beknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 340-341.

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Tradução de Wiliam Rehg. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press. 1996.

mecanismos criados por diversos filósofos neoconstitucionalistas para restringir a discricionariedade do juiz proposta pelo positivismo jurídico.

A ascensão do neoconstitucionalismo, portanto, deu-se após o século XX para suceder o Positivismo Jurídico. Visa a eficácia máxima da Constituição, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais. Por esta razão, preza por garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática. Inúmeras são as teorias, como as citadas acima que procuram superar os pontos negativos do positivismo jurídico.

O pós-positivismo busca essencialmente garantir a máxima efetividade da Constituição, o que significa que as normas constitucionais serão interpretadas de modo a conferir-lhe o maior grau de eficácia, bem como sua força normativa, este último formulado por Konrad Hesse<sup>30</sup>.

Como foi demonstrado com as teorias de Dworkin e Alexy, o pós-positivismo caminhou no sentido de tolher o grau de discricionariedade dado ao magistrado no positivismo de Hart e Kelsen com a ascensão de valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios.

A jurisprudência de valores alemã, neste sentido, realiza a equiparação de princípios e regras constitucionais a valores. Em outras palavras, promove reaproximação entre direito e ética, direito e moral, direito e justiça. A Constituição seria, então, o resultado de um conjunto de valores, ideais comuns e de um processo histórico de um povo que busca a efetividade de um amplo sistema de direitos, conforme descreve José Afonso da Silva:

O Constituinte rejeito a chamada constituição sintética que é a "constituição negativa", porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de 'constituição-garantia' (ou constituição-quadro), A "função garantia" não só foi preservada como até ampliada na nova Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limites. Assumiu o novo texto a característica de 'constituição dirigente', enquanto define fins e programa de ação futura.<sup>31</sup>

O conceito de constituição dirigente utilizado por José Afonso da Silva, vai de encontro ao que pregava o positivismo jurídico. Além de amparar as demandas individuais

---

<sup>30</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

<sup>31</sup> **REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICA**. José Afonso da Silva. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. n. 60/61, UFMG, 1985.

por meio de regras pré-estabelecidas, responsáveis por regular todo o ordenamento, a Constituição passa a ser interpretada segundo um conjunto de valores de uma coletividade.

Não é, portanto, um documento que exprime um sistema fechado de regras, mas, confere relevância a valores de natureza socioculturais, morais, éticos, econômicos, políticos, dentre outros, vigentes em uma determinada sociedade:

Esse constitucionalismo democrático, calcado no binômio dignidade humana/solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão democrática da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual.<sup>32</sup>

Ainda que se esteja lidando com liberdades e garantias individuais, deve-se fazê-lo pautando-se pelo bem-estar social, uma vez que os direitos fundamentais são normas previstas na Constituição e esta concede um espaço para que sejam interpretados de acordo com os valores norteadores do ordenamento jurídico e, por esta razão, fala-se em dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Cumpra-se ao fato de que, não obstante haver um espaço para a introdução de compreensões extraconstitucionais, o ordenamento não está submetido a uma ordem de valores abstrata. Estas somente norteiam, mas não vinculam. Entretanto, quanto maior o grau de abstração da norma ou abertura constitucional existente, exigirá maior intensidade na interpretação. Por esta razão, o neoconstitucionalismo contribuiu para o fenômeno do protagonismo da Suprema Corte.

Ressalte-se, mais uma vez, que não se defende um subjetivismo interpretativo, os preceitos constitucionais devem sempre ser respeitados e servem de limite.

O positivismo jurídico identificava os direitos fundamentais como formas de proteção do indivíduo em detrimento do Estado, evitando o arbítrio. O neoconstitucionalismo, por sua vez, estabelece que seriam restrições impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado.

---

<sup>32</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. **Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pág. 30.

Esse processo de concretização da Constituição abrange tanto a aproximação entre direito e a realidade empírica, como a ampliação da participação do rol de intérpretes na atividade hermenêutica.

A partir daí, membros institucionais da sociedade civil passaram a ser legitimados para provocar o guardião da Constituição, no sentido de obter um pronunciamento acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma.

Assim, a participação político-jurídica da sociedade passou a ser legítima no ordenamento jurídico. Em outras palavras, o rol de intérpretes da Constituição foi ampliado, de forma que a própria sociedade pode reivindicar e provocar o Estado no que tange aos seus direitos fundamentais, caracterizando a adesão a elementos típicos de uma democracia participativa. Cidadãos, pessoas reunidas em associações, partidos políticos, entidades de classe, etc. passaram a integrar o processo interpretativo de concretização da Constituição.

Barroso, por sua vez, enxerga o direito constitucional e o juiz constitucional como protagonistas da transformação social.<sup>33</sup> Ackerman, em sua obra *We The People*, e Balckin, no entanto, vão dizer que existem vários atores constitucionais e que os juízes não são os mais importantes. O juiz é só mais um dos atores. Todos os grupos sociais, todos os movimentos sociais tentam levar uma visão constitucional para o debate e colocá-la no centro de uma sociedade.

O cidadão deve ter consciência de onde se encaixa na política para que a sua visão passe a prevalecer na sociedade. Então, para mudar o pensamento de uma Corte, este cidadão tem que ingressar em grupos sociais ou em grupo de opressão, porque, em última instância, são eles que modificam o cenário político de uma sociedade. A Suprema Corte diante de uma cidadania fortemente mobilizada, tomando decisões de natureza política, não poderá atuar senão de acordo com o império da lei e de seus fundamentos democráticos.

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

Assim, se a população quer mudar o que a Suprema Corte está decidindo, deve mudar a cultura. A Corte seria relevante do ponto de vista de legitimar os movimentos democráticos, racionalizando novas construções constitucionais e legitimando-as.<sup>34</sup>

Peter Häberle, nesse sentido, destaca que a atividade hermenêutica sempre foi enxergada como monopólio de juízes, o que restringia a interpretação constitucional a um modelo de sociedade fechada. A Constituição deveria ser interpretada por todos que a vivenciam, não somente pelo órgão incumbido de jurisdição. Trata-se da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Isso porque entendia que o método sistemático positivista de interpretação não era capaz de atender às peculiaridades e perplexidades da nova ordem constitucional, ainda mais com o exemplo do que ocorreu na época da ascensão do Nazismo, em que todas as atrocidades estavam amparadas por leis, o que comprovaria que a lei é essencial à operação de uma sociedade, porém, pode ser muito injusta. Diante disso, o Tribunal de Nuremberg interferiu para aplicação de princípios morais universais de direitos humanos na condução do julgamento.

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primeiramente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.<sup>35</sup>

Segundo a corrente do pós-positivismo, o destinatário da norma é, ao mesmo tempo, personagem ativo no processo de interpretação das normas. Dessa forma, quanto mais plural uma sociedade, mais aberto será o processo de hermenêutica constitucional.<sup>36</sup>

Para tanto, criaram-se as funções essenciais à justiça — como já foi citado no subtópico anterior — concedeu-se eficácia constitucional aos institutos da ação popular e da ação civil pública, legitimou-se o Ministério Público, o qual ficou responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais, coletivos e difusos.

---

<sup>34</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Cambridge: The Belknap Press, 1993.

<sup>35</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 12.

<sup>36</sup> HÄBERLE, Peter. Op. Cit, pág. 13.

Conferindo, assim, mais espaço à esfera pública e um estreitamento na relação cidadão-Poder Judiciário, bem como maior amparo aos direitos fundamentais. Esses pontos atuariam como amenizadores do suposto déficit democrático, já que promovem uma maior participação da sociedade em questões relevantes, como os direitos fundamentais.

Visando superar os problemas encontrados no positivismo de Kelsen, Konrad Hesse passou a defender a corrente do pós-positivismo, com a finalidade de aperfeiçoá-la. Dessa forma, a Constituição, apesar de ser norma jurídica, deixaria de ser enxergada como uma norma fechada em si mesma, mas compreendida como um sistema aberto de regras e princípios.

O constitucionalismo democrático, portanto, revela-se como um processo de concretização da Constituição, conferindo efetividade aos direitos fundamentais. A sociedade exerce um importante papel nesse processo, já que tem o poder de provocar o Judiciário em caso de omissão por parte do poder público, que impeça o exercício desses direitos. O mandado de injunção (MI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO), por exemplo, são instrumentos que viabilizam a participação jurídico-política.<sup>37</sup>

A ADO é uma ação típica do controle concentrado de normas, sua análise e julgamento são realizados por um órgão jurisdicional específico, nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, de forma abstrata, conforme determina o art. 102, I, a, da Constituição Federal, bem como a Lei 9.868/99. A referida ação é o instrumento por meio do qual o Supremo Tribunal Federal analisará a omissão apontada e verificará se se trata de uma omissão no dever de legislar que esteja impedindo o cumprimento da Constituição.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> "A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional." (ADI 4029, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, DJe-125, publicado em 27-06-2012, RTJ VOL-00223-01 PP-00203).

<sup>38</sup> BRASIL, Constituição Federal. art. 103, § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O Mandado de Injunção, por sua vez, é um remédio constitucional que opera como mecanismo de proteção à Constituição e tem previsão no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.<sup>39</sup>

Seu cabimento se dá nas hipóteses em que a ausência de norma reguladora torna inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Em face de uma omissão inconstitucional em relação à norma regulamentadora a que necessitam as de eficácia limitada, que impedisse o exercício de um direito fundamental, com fundamento no princípio da harmonia e separação dos poderes, previsto no art. 2º, da Constituição Federal, o Poder Judiciário não poderia suprir a omissão legislativa, resolvendo o caso concreto, tampouco determinar prazo para que o legislador o fizesse, sendo-lhe viável, unicamente, declarar a mora do Congresso Nacional ou de outra autoridade coatora. Trata-se da posição não concretista.

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que supra. (MI 168, Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 21.03.1990).<sup>40</sup>

Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora. (MI 444-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j.29.09.1994, DJ 04.11.1994).<sup>41</sup>

Posteriormente, surgiu uma nova concepção, a posição concretista geral, segundo a qual, o Poder Judiciário estaria autorizado a suprir a omissão legislativa, conferindo-lhe

---

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição Federal, art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 168, Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 21.03.1990.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção- MI 444-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j.29.09.1994, DJ 04.11.1994.

efeitos *erga omnes*, atuando como legislador positivo. Assim, o STF garante a imediata fruição do direito fundamental; densifica uma regulamentação provisória à matéria até que seja editada a norma regulamentadora.

Os efeitos de uma decisão desse natureza são mandamentais-aditivos. As sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em geral, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória<sup>42</sup>.

Um exemplo de sua aplicação é a questão relativa ao direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII, da CF.

Nesse caso, os Ministros entenderam que se fazia necessária uma regulamentação jurídica ante a falta de lei regulamentadora, já que, sem ela, as greves no âmbito público estavam sendo realizadas sem qualquer controle, comprometendo a prestação do serviço público e das próprias negociações, atingindo, conseqüentemente, os preceitos do Estado de Direito.

Diante disso, ponderou o Ministro Gilmar Mendes que não havia meios de justificar a "inércia legislativa e a inoperância das decisões da Corte".<sup>43</sup> Em outras palavras, não seria mais viável submeter os servidores à espera da oportunidade e conveniência legislativa. Assim, uma sentença de caráter mandamental aditiva seria a medida mais razoável.

Rui Medeiros, sobre essa questão, asseverou o seguinte: "o alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas."<sup>44</sup>

Acrescentou, ainda, que a reivindicação por uma atuação mais positiva do Tribunal Constitucional é corolário da falência do Estado Liberal — época em que os Direitos Fundamentais consistiam, em certa medida, em postulados de abstenção por parte do Estado.

---

<sup>42</sup> BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág 250.

<sup>43</sup> STF, MI 708/DF, Plenário, DJE 31.10.2008, Rel. Min, Gilmar Mendes.

<sup>44</sup> MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pág. 110.

De qualquer forma, não é conferido ao legislador a opção de conceder ou não o direito de greve ao servidor público. Tal direito obtém amparo constitucional. Seus poderes encontram guarida somente quanto à disposição adequada da disciplina, frente ao conflito aparente e à necessidade de ponderação entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve e o direito a serviço público adequado e prestado de forma contínua. E em caso de mora, deve haver a intervenção do Poder Judiciário — Ressalte-se que essa regra vale também para os demais direitos constitucionais pendentes de regulamentação.

Ao reconhecer a necessidade de uma solução obrigatória, optou-se pela aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783/89, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, diante da omissão legislativa.

Entenderam os Ministros, ademais, que conferir regulamentação provisória acerca do direito de greve dos servidores públicos não constitui uma afronta à decisão fundamental do constituinte, mas, significa a garantia de maior efetividade dos preceitos Constitucionais.

Até porque, tratando-se de direitos de cunho social ou econômico, na hipótese de omissão do legislador, não há como garantir-lhes a eficácia.

O Tribunal conclui o julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF (...). Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (...) (STF, MI 712/PA, Plenário, DJE 31.10.2008, Rel. Min. Eros Grau, STF, MI 708/DF, Plenário, DJE, Rel. Min. Gilmar Mendes, e STF, MI 670/ES; Min. Rel. Maurício Corrêa; Plenário; DJE 31.10.2008, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Informativo nº 485) .

Devido às demandas que chegam ao Judiciário por meio do remédio constitucional do Mandado de Injunção, percebeu-se a necessidade de mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas.

Assim, o Tribunal, não mais está limitado a declarar a existência de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Tem o compromisso de exercer função que, inicialmente, incumbia somente ao legislativo, de legislador positivo,

sendo-lhe legítimo, portanto, conferir regulação provisória sobre a matéria objeto do Mandado de Injunção.

Tal atividade não pode ser tida como ativismo judicial, considerando que a própria Constituição dá abertura para isso. Cumpre ressaltar, que a jurisdição constitucional, além de restringir os abusos por parte do legislador, acaba por estimular a produção legislativa, o que é vantajoso para o funcionamento do ordenamento.

O Supremo, nesses casos, agiu conforme sua atribuição de guardião da constituição exige: garantir a fruição de um direito fundamental, conferindo efetividade aos preceitos constitucionais.

A posição concretista individual direta permite que o STF aplique, por analogia, lei já existente para solucionar o caso concreto, sendo a decisão dotada de efeito *inter partes*. A referida teoria foi aplicada no caso de ausência de lei complementar sobre aposentadoria, consubstanciada no art. 40, §4º da CF.

"Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI 721/DF (DJ 30.11.2007), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, após a égide do regime estatutário, para fins de aposentadoria especial de que cogita o §4º do art. 40 da CF. Tratava-se, na espécie, de *writ* impetrado por servidor público federal, lotado, na função de tecnologia, na Fundação Oswaldo Cruz, que pleiteava fosse suprida a lacuna normativa constante do aludido §4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão do trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, ante o contrato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados. Determinou-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que supra a omissão legislativa. (STF, MI 758/DF, Plenário, DJE 26.09.2008, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008, Informativo nº 513).

Há, ainda, uma outra teoria, a intermediária. De acordo com esta, o Poder Judiciário, além de comunicar a omissão, fixará prazo para que a autoridade competente proceda com a edição da norma faltante. Tal posição foi adotada no ano de 2007, no caso de desmembramento do Município, em que o STF, por unanimidade, julgou procedente a ADI 3.682, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso contra o Congresso Nacional, em razão da mora na elaboração da lei complementar federal a que se refere o art. 18, § 4, da CF, na redação da EC n. 15/96.

A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal..."). Não obstante os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das duas Casas Legislativas, entendeu-se que a *inertia deliberandi* (discussão e votação) também poderia configurar omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional, no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação. No caso, o lapso temporal de mais de dez anos desde a data da publicação da EC n. 15/96 evidenciou a inatividade do legislador. Ademais, a omissão legislativa produziu incontestáveis efeitos durante o longo tempo transcorrido, no qual vários Estados-membros legislaram sobre o tema e diversos municípios foram efetivamente criados com base em requisitos definidos em antigas legislações estaduais, alguns, inclusive, declarados inconstitucionais pelo STF (*Informativo* STF n. 466, de 16-5-2007).

Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), era seguido o mesmo raciocínio. A concessão de liminares com o fito de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente era vedada ao argumento de que o Supremo não poderia atuar como legislador positivo. Confira-se:

Desrespeito à Constituição. Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. (...) Salário-mínimo. Satisfação das necessidades vitais básicas. Garantia de preservação de seu poder aquisitivo. (...) Salário-mínimo. Valor insuficiente. Situação de inconstitucionalidade por omissão parcial. (...) Inconstitucionalidade por omissão. Descabimento de medida cautelar. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/539, Rel. Min. Marco Aurélio; ADin 267-DF, Rel. Min. Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe os efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que se adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao Supremo, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. Impossibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão (violação negativa da Constituição). (STF, ADI 1.439/DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.05.1996, DJ 30.05.2003)

Muito se critica o fato de o judiciário resolver questões que deveriam ser discutidas no âmbito do legislativo, por meio de políticas públicas, por exemplo. Zagrebelsky destaca que as Cortes devem se abster de desempenharem funções paralegislativas, mitigando

a discricionariedade dos órgãos representativos. O legislador não pode ser tratado como mero técnico.<sup>45</sup>

A omissão inconstitucional, porém, pressupõe a inobservância de um dever de legislar, exigido pelo próprio texto constitucional ou a não observância a decisões fundamentais derivadas do processo de interpretação. Nesses casos, então, imprescindível a interferência do Poder Judiciário.

Tal atividade, como já se afirmou, não pode ser confundida com uma usurpação às atribuições inicialmente incumbidas ao Legislativo. Até porque somente irá agir diante de uma omissão inconstitucional, em que se verifica o inadimplemento no dever constitucional de legislar.

O STF, na qualidade de guardião da Constituição, age para garantir a fruição imediata de direitos fundamentais. "(...) Mais que isso, não seria exagero afirmar que o constitucionalismo democrático brasileiro defende uma jurisdição constitucional que atue como regente republicano das liberdades positivas."<sup>46</sup>

O Poder Judiciário e, especialmente, mediante a atividade do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, acaba atuando como protagonista em relação aos demais poderes, uma vez que é o último intérprete da Constituição.

---

<sup>45</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2008

<sup>46</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. **Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 34.

## 2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo explicitará como se dá a relação entre os três Poderes da República (sistema de freios e contrapesos), passando pelo conceito e desenvolvimento do *Judicial Review* e as críticas atribuídas a ele por filósofos como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Ackerman, no plano de países como Estados Unidos e Brasil, focando, no compular do texto, na atividade dos magistrados, principalmente, das Supremas Cortes. Posteriormente, serão explorados os três escopos da jurisdição (social, político e jurídico) e como se dá a harmonização e complementação entre si.

### 2.1 Judicial Review e Sistema de Freios e Contrapesos (Checks and Balances): Quais são os limites?

No que se refere à organização dos órgãos estatais, cumpre mencionar a tripartição de poderes, teoria proposta por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis*. Tem esta o intuito de estabelecer uma disposição entre os poderes para conter eventual abuso de poder, de modo que estabelece uma divisão de funções entre os órgãos estatais:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do poder, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1º vol., 1962, p.181.

O que se verá a seguir é que ao interpretar esse texto clássico de Montesquieu, é possível chegar à conclusão de que não se nega uma atuação mais intensa da Corte, se isso for indispensável para efetivar a Constituição e a defesa dos direitos fundamentais.

A Constituição de 88 a incorporou em seu artigo 2º: "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário." Este princípio determina que (i) são independentes, isso quer dizer que possuem autonomia em relação aos demais; (ii) são harmônicos e, portanto, têm o poder-dever de fiscalizar uns aos outros, conforme o princípio inglês de freios e contrapesos (*checks and balances*). Cada poder exerce suas funções típicas e, também, as atípicas.

Mais detalhadamente, relativo às funções de cada Poder, em sentido estrito, diz-se que cabe ao Legislativo, precipuamente, elaborar normas gerais e abstratas e fiscalizar, tendo como funções atípicas administrar e julgar. Ao Executivo recai a responsabilidade de fixar diretrizes políticas administrativas em geral e chefia de governo e, atipicamente, julgar, legislar e fiscalizar e, finalmente, ao Judiciário incumbe a tarefa de julgar e atipicamente administrar, fiscalizar e legislar. A todos, como já citado, cumpre fiscalizar e suprir uns aos outros.

Nesse diapasão, resta saber se as questões apreciadas pelo Judiciário, que, originariamente, não lhe recaía a responsabilidade, seria uma afronta à teoria dos três poderes e à rigidez e supremacia da Constituição ou simplesmente imperativos de coerência lógica.

O que se deve levar em conta para responder a esta questão é que o sistema de *checks and balances* não significa uma separação rígida de competências, mas a existência de fiscalização recíproca entre os Poderes. Ademais, a Constituição Federal, apesar de ser um documento rígido e supremo, admite que haja espaço para que magistrados, especialmente, os do Supremo Tribunal Federal, realizem interpretações, considerando a realidade empírica de cada caso que lhes é apresentado, e decidam conforme seu convencimento, desde que tal interpretação normativa não seja contrária aos dispositivos e preceitos constitucionais.

Assim, a partir da instituição do constitucionalismo democrático oficialmente, destaca-se a observância ao direito subjetivo, inerente e irrenunciável do direito de ação, de

provocar o Judiciário para obter a prestação jurisdicional, ou seja, a positivação do acesso à justiça.<sup>48</sup>

Tal prerrogativa acabou por ocasionar a judicialização de conflitos em larga escala de matérias que, outrora, não eram levados ao judiciário, tampouco tinham seu desfecho determinado por ele, como questões morais, econômicas e sociais. O que significa que se tornou frequente a judicialização da vida.

Esse processo provoca questionamentos acerca dos limites institucionais, jurídicos ou políticos de atuação impostos ao Poder Judiciário, haja vista a diversidade de matérias que são submetidas a sua análise — inclusive aquelas que não integram o campo jurídico — sob o argumento de que o império da lei estaria constantemente em risco, bem como seus fundamentos democráticos.

Surgem, portanto, indagações tais como se o órgão de jurisdição, o Supremo Tribunal Federal, estaria atuando de forma contramajoritária ou antidemocrática, uma vez que os Ministros não são representantes do povo eleitos democraticamente e, além disso, qual seria a importância do povo, já que a Corte é, em tese, alheia à opinião pública.

Há um certo temor em relação a essa ampliação de competências da Corte de que se instaure uma Supremocracia, ou seja, um governo de Ministros em que o STF acumula funções de competência originária dos demais poderes.

Ele exerce a função de tribunal de última instância e recebe todas as apelações daqueles que se sentem insatisfeitos com as decisões dos juízes de instâncias inferiores. A segunda função é de corte constitucional. Ele recebe as ações diretas de inconstitucionalidade e dá a última palavra em temas de enorme importância política. Por último, o Supremo é um foro especializado, que julga as ações penais contra os parlamentares, os mandados de segurança contra o presidente da República. Por causa dessa concentração de poderes, o Supremo julga mais de 100 mil ações por ano. Há um desgaste da autoridade do Supremo, que tem menos tempo para lidar com as questões essenciais.<sup>49</sup>

Assim, uma Corte Constitucional que legitima outros elementos para os quais originariamente não foi incumbida sob o pretexto de salvaguardar a Constituição é constantemente acusado de usurpar a competência do Poder Executivo e Legislativo. Ao

---

<sup>48</sup> BRASIL, Constituição, art. 5º, incisos XXXIV, XXXV e LIV, da Constituição Federal.

<sup>49</sup> **REVISTA ÉPOCA**. São Paulo. março. 2016 Oscar Vilhena: **Vivemos uma Supremocracia**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI19313-15295,00.html>> Acesso em 02.06.2016>.

mesmo tempo, o Supremo não poderá se abster de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, ainda que isso signifique extrapolar suas funções originárias em caso de omissão ou ação insuficiente por parte dos demais poderes.

Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça observaram essa relação, descrevendo-a dessa forma: “o que se tem, portanto, é um equilíbrio delicado e dinâmico, em que se alternam momentos de ativismo e contenção, bem como momentos de alinhamento e desalinhamento com a vontade majoritária”.<sup>50</sup>

Em síntese, este Poder exerce juízos de compatibilidade das demais normas com as Constitucionais, quando questionada a constitucionalidade das normas editadas pelo Parlamento, ora representante do povo composto por membros democraticamente eleitos. O Supremo afasta-se, então, do caráter representativo, assumindo uma postura, por vezes, contramajoritária, principalmente, por sua qualidade de guardião da Constituição e por ter o dever de garantir sua rigidez e efetividade com tamanha isenção que não se deixe influenciar por pressões populares.

Sob o contexto do direito norte americano, cumpre acrescentar que a supremacia legislativa vigente nos Estados Unidos foi superada em 1945, quando se passou a exigir uma atuação mais positiva por parte do Estado no que tange aos direitos e garantias fundamentais. Indo de encontro à supremacia do Parlamento — tradição herdada pelo direito inglês — o Poder Legislativo passou a ser juridicamente limitado.

Outro motivo pelo qual a supremacia do Parlamento cedeu lugar à supremacia do Poder Judiciário é que eventualmente se estabelecia uma certa desconfiança em relação àquele. Ainda que fosse o representante do povo, nem sempre se submetia às contenções contramajoritárias, e acabava sucumbindo a maiorias ocasionais e argumentos ideológicos e retóricos de determinados grupos específicos, o que comprometeria a representação de grupos minoritários.

Considerando esses fatores, a teoria constitucional traria mais conforto no que diz respeito à efetivação dos direitos das minorias em detrimento dos anseios da maioria. Isso

---

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2011: um ano para não esquecer**. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011\\_31dez11.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf)>. Acesso em 8 de abril de 2016.

porque a Corte parece garantir maior segurança jurídica ao dar a última palavra sobre diversas questões que antes não lhe eram alcançáveis.

Para reforçar essa supremacia do Judiciário, no século XX, houve a aprovação do *Judiciary Act*, em 1925, o qual atribui uma missão diferenciada das demais Cortes à Suprema Corte.

Os elementos desse modelo foram traçados, principalmente, pelo Juiz John Marshall, haja vista ter proposto uma medida que autorizasse a nulidade ou invalidação de uma norma oriunda do Parlamento, nas hipóteses em que esta não for compatível com a Constituição.

O Juiz Marshall, à época, se manifestou da seguinte forma: “ou a Constituição é uma lei superior e suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis ordinárias, e, como qualquer outra lei, pode ser alterada quando o legislativo bem entender.”<sup>51</sup>

Para ilustrar o protagonismo da Suprema Corte, é relevante citar alguns casos paradigma como *Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education*. Magistrados reunidos no tribunal declararam a inconstitucionalidade de leis segregacionistas, retirando-as do ordenamento. O caso *Roe v. Wade* trata de uma discussão acerca da possibilidade ou não de uma mulher realizar o aborto de uma gravidez indesejada provocada por estupro. A Corte decidiu por reconhecer o direito da mulher de interromper a gravidez, sob o fundamento de que seria um direito inerente à privacidade/intimidade do indivíduo (*privacy*).

O caso decidido pela Corte de Rehnquist merece ser mencionado também, uma vez que foi declarada a inconstitucionalidade da Lei de violência contra a mulher, sob o fundamento de que o Congresso não teria legitimidade para legislar acerca de porte de armas numa área próxima a uma escola. Aqui, a Corte recebeu severas críticas por sua atuação caracterizada como agressiva por restringir a atuação do Congresso e, em tese, vulnerar o princípio da separação dos poderes e do federalismo.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> *Marbury v. Madison*, 1. Cranch (5 US) 137 (1803), p. 177.

<sup>52</sup> FLEMING, Jame E., *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, 73 Fordham L. Rev. 1377 (2005). Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016, p. 1399.

O que se é de estranhar é que, por vezes liberais defendem a supremacia da Corte e, por vezes, os conservadores. Não seria, então, um jogo de interesses e conveniência por parte dessa correntes, atacando-a somente quando lhes convém? Naturalmente, liberais não desejam que suas conquistas legislativas sejam derrubadas por uma Corte conservadora e vice versa.<sup>53</sup>

Tushnet, por sua vez, na obra *Taking Constitution Away From The Courts*, defende que a Constituição não deveria ser submetida a uma supremacia do Poder Judiciário, tendo em vista que é capaz de se auto efetivar através de processos políticos, é o que ele chama de "*constitutional self-enforcement through the political processes*".<sup>54</sup>

Assim, defendia que o papel da Suprema Corte seria o de proteger as minorias contra os avanços das maiorias legislativas e, quando necessário, afastar a aplicação de regras que violam direitos e liberdades civis.

No entanto, observa que a última palavra proferida pela Corte acaba por retirar a importância e deslegitima as demais interpretações da Constituição feitas por quem quer que seja fora das Cortes, como por exemplo, pelo Congresso Nacional.

Propõe, então, um modelo de Constituição Delgada ou Fina, a qual tem seu conteúdo norteado pelos princípios constantes na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição, e não, tão somente, pelos pronunciamentos da Suprema Corte acerca de determinadas matérias. A supremacia da Corte ao definir direitos, portanto, não deveria existir, uma vez que estes devem ser definidos mediante processos democráticos, caracterizando, assim, a democracia de direitos.

No final, para manter a credibilidade de ambos, Corte e Constituição, que contêm direitos sociais (*welfare rights*), pode-se exigir que estes direitos de assistência social sejam não-judiciáveis. Os Estados Unidos, tratando os direitos sociais como direitos fracos substancialmente, podem estar optando pela pior das possibilidades.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1366-1367.

<sup>54</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, p. 11-13.

<sup>55</sup> TUSHNET, Mark. *Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 1895-1999.

A Constituição Fina, portanto, seria interpretada pelo povo, de acordo com a Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição, isso porque tais elementos são extremamente relevantes para se entender o significado da Constituição pelo povo, e seriam uma alternativa aos significados exteriorizados pela Corte.

Em um sistema forte de controle de constitucionalidade como o que emerge da Suprema Corte, a tensão entre a implementação da Constituição e o autogoverno democrático é óbvia. O povo tem poucos recursos quando a Corte interpreta razoavelmente, mas erra ao julgar a razoável interpretação da maioria. Os sistemas fracos de controle de constitucionalidade prometem reduzir a tensão entre fiscalização da legitimidade e autogoverno democrático, embora reconhecendo que o constitucionalismo exige que haja alguns limites à autogovernança. A ideia básica por trás dos modelos fracos de controle de constitucionalidade é simples: as formas fracas de controle de constitucionalidade oferecem mecanismos com os quais o povo pode responder às decisões que acredite equivocadas, o que seria mais dinâmico que emendar a Constituição ou percorrer o processo de indicação e nomeação de juízes.<sup>56</sup>

Assim, quanto mais fracos os poderes da Corte, mais fortes os direitos fundamentais, por esta razão defende implementação de formas fracas de controle de constitucionalidade — é o que chama de *weak forms* — em que as Cortes não exerceriam tanto poder, já que seria esse limitado pelo próprio povo.

Griffin, sobre isso, destaca que a crítica ultrapassa a questão da legitimidade do viés contra majoritário dos tribunais, mas, que a supremacia do judiciário impede a implementação de uma democracia de direitos. Para solucionar esse problema, sob uma perspectiva institucional, propõe que o Poder Judiciário exerça um papel tão importante quanto os demais poderes, que participariam do processo de criação, promoção, defesa e agenda de direitos.<sup>57</sup>

A supremacia e rigidez da Constituição é protegida pelo Poder Judiciário e, principalmente, pelas Cortes Constitucionais — O que se operacionaliza por meio do controle de constitucionalidade — O Congresso, em tese, detém o poder para limitar o exercício da jurisdição com base na teoria da tripartição de poderes. Ocorre que esse poder é insuficiente para derrubar decisões já proferidas por tribunais.

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 22-23. Tradução livre.

<sup>57</sup> GRIFFIN, Stephen M. **Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao *judicial review***. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Sobre isso Mark Tushnet reflete que “o poder de regular a jurisdição nunca serviu de limite significativo para o poder do *judicial review*.”<sup>58</sup> . De acordo com esse trecho, é perceptível o temor de que o poder dos tribunais acabe se tornando ilimitado e sem controle e que o significado da Constituição seja desvirtuado e se afaste das premissas democráticas.

Habermas, inclusive, teceu uma crítica essencial ao *judicial review*: seu déficit democrático.<sup>59</sup> Assunto este que será melhor desenvolvido no próximo capítulo, o qual explicitará a constante tensão entre constitucionalismo e democracia.

Jeremy Waldron faz uma relevante reflexão acerca do *judicial review*: “os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quanto estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?” Os tribunais teriam legitimidade para proferir decisões desautorizando as leis? A resposta para esta questão é que as Cortes encontram certos óbices à atividade de decidir na própria Constituição, porém, não se deve deixar de reconhecer que há certos casos em que os tribunais foram fundamentais para o enfrentamento de questões de direitos fundamentais e resultaram em boas decisões na medida em que as reivindicações foram examinadas de maneira firme e séria.

(...) Por último, as Cortes tendem, ao debater sobre direitos, distrair-se por argumentos sobre como um texto como *Bill of Rights* será melhor abordado por juízes. A experiência americana demonstra o seguinte: A proporção do argumento sobre teorias da interpretação para direcionar argumentos sobre questões morais é distorcida na maioria das opiniões judiciais, de forma que ninguém que considere que tais questões são importantes pode, sequer, considera-lo satisfatório. Isso se dá porque a legitimidade do *Judicial Review* é, em si, muito problemática. Juízes (assim como nós) estão mais preocupados com a legitimidade de um processo que os permita decidir sobre tais assuntos, apegam-se a esses textos que os autorizam a decidir e debatem sobre a interpretação, ao invés de se aventurarem a discutir as questões morais diretamente.<sup>60</sup>

O que ele quer dizer nesse trecho é que as Cortes acabam por refletir mais acerca

---

<sup>58</sup> TUSHNET, MARK. *Policy distortion and democratic delibitation: comparative illumintatinon of the countermajoritarian difficulty*. Michigan Law, v. 94, n.2, p. 245-301. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/> Acessado em: 20 de janeiro de 2016.

<sup>59</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 297.

<sup>60</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core Of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1366-1367. 2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/> Acessado em: 20 de janeiro de 2016, p. 1381. Tradução livre.

do alcance de seu poder de decisão do que realmente enfrentando questões sobre direito em si. Tushnet acrescenta que "as Cortes irão criar doutrinas com o objetivo de refletirem acerca dos limites de suas próprias habilidades e não para refletirem diretamente sobre valores constitucionais substantivos."<sup>61</sup>

Waldron não busca afirmar que o *judicial review* é prejudicial em qualquer circunstância, porém, busca demonstrar que os direitos advindos dele são democraticamente inapropriados. Numa sociedade democrática, é normal que seus membros discordem sobre direitos, ainda que estejam levando os direitos a sério. Para dirimir essas discordâncias observa que

"Procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, eu tenho argumentado, e uma revisão final pela Corte pouco acrescenta ao processo, exceto quanto à forma insultante de privação de direitos e uma forma legalista de ofuscar as questões morais em jogo constantes nas discordâncias sobre direitos."<sup>62</sup>

No modelo brasileiro, há uma abertura para a supremacia do Judiciário, e ao mesmo tempo a ausência de uma estrutura política ou prática que justifique a supremacia do Parlamento.<sup>63</sup> A própria Constituição prevê que a salvaguarda será exercida pelo Supremo em seu art. 102, *caput*, da CF: “compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição”. Isso significa que a última palavra naturalmente será da Suprema Corte, principalmente, em casos de omissão por parte do Congresso Nacional.<sup>64</sup>

Esse protagonismo muitas vezes é questionado e temido. Por esta razão, no Tribunal Supremo do Canadá — ainda que tenha a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis que violam a declaração de direitos — o *Judicial Review* não é exercido desenfreadamente, encontra limites na cláusula do "não obstante" (*notwithstanding*

---

<sup>61</sup> TUSHNET, supra note 11, p. 60.

<sup>62</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core Of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1366-1367. 2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/> Acessado em: 20 de janeiro de 2016, p. 1406. Tradução livre.

<sup>63</sup> Apud SILVA, Cecília. **O Judicial Review Permite um Diálogo entre os Poderes: A Importância dos Poderes**. p. 3. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-23/leandro-oliveira-judicial-review-permite-dialogo-entre-poderes?pagina=3> Acessado em: 20 de janeiro de 2016.

<sup>64</sup> A prerrogativa da última palavra pode ser verificada no caso do Mandado de Segurança (MS) nº 26.603, sobre a infidelidade partidária e a perda de mandato e do Recurso Extraordinário (RE) nº 197.917-8, que tratou do número de vereadores por município.

*clause*), a qual autoriza o Parlamento ou as Assembleias Provinciais a instituírem legislações imunes à revisão judicial por determinado interregno temporal.

Todas essas críticas atribuídas ao *Judicial Review* são extremamente relevantes para se refletir acerca do modelo de jurisdição vigente e o relacionamento dos poderes de república. Porém, ao trazê-las ao plano nacional, é essencial ressaltar que há grandes diferenças entre os ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos e Brasil.

Aqui, ainda é necessário se falar em uma atuação mais positiva por parte do Supremo no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente, dos direitos de caráter social, herança do histórico pós Guerra e pós regime autoritário. O processo de democratização do país ainda está em consolidação ou ocorreu recentemente. Além disso, o Judiciário ainda oferece maior credibilidade para dar a última palavra em comparação aos órgãos representativos, em razão da disfunção das instituições legislativas e a cultura de corrupção na política. Os Estados Unidos, por outro lado, já debatem a instituição de uma Democracia de Direitos, em que há a limitação do protagonismo da Corte e a distribuição de competências entre os poderes no que se refere aos direitos fundamentais.

É bem verdade que as demandas democráticas exigem, por vezes, interpretações de caráter construtivista de normas e princípios, especialmente, em face de conflitos envolvendo direitos fundamentais. Habermas acrescenta que, ainda que a Corte busque argumentos fora do texto constitucional, deve proferir decisões corretas se abstendo de criar o direito, mas utilizando-se das regras e princípios aplicáveis a cada caso, conforme explicitado no tópico sobre neoconstitucionalismo.

## **2.1 Os Escopos da Jurisdição**

Cândido Rangel Dinamarco preocupou-se em determinar os escopos do exercício da jurisdição para revelar o seu grau de utilidade. Considera que essa perspectiva é teleológica e, portanto, o processo é tido como instrumento para a concretização de objetivos. E serão esses objetivos aqui expostos.

O autor explica que tudo que se refira à instrumentalidade do processo e seu impacto na sociedade há de ser direcionado a conquistar suas finalidades precípuas.

Segundo as premissas do Estado Liberal, sob a vigência de um pensamento processualista mais conservador, prevalecia a visão de que a satisfação da vontade do legislador tinha o condão de exaurir a ideia de promover a justiça, somente essa atividade de subsunção do fato à norma, satisfazia os preceitos de justiça mediante o exercício da jurisdição. O processo, à época, era dissociado das demais ciências ideológicas, em especial, as sociais. Chiovenda, inclusive, dizia que se encontrava "na própria natureza do processo a causa primeira do distanciamento entre as normas processuais e a vida, da sua refratariedade a assumir o espírito do tempo."<sup>65</sup>

Com o passar do tempo, ao processo foi exigido, pela sociedade política, que satisfizesse suas necessidades. A percepção das aspirações do povo, de uma nação são indispensáveis para a concretização dos fins da jurisdição. A partir do momento em que o processo passou a ser enxergado dessa forma, houve o progressivo "abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas"<sup>66</sup>.

Há três escopos a serem alcançados pelo processo. Não obstante diferentes, todos se complementam para garantir a estabilidade institucional:

(i) escopo jurídico:

O processo é regido por normas de direito (regras e princípios), tais regras delimitam a atuação dos sujeitos do processo, restringindo seu comportamento. Este objetivo é extremamente técnico e vai ditar como a jurisdição deve ser exercida.

O direito é composto por um conjunto de normas que descrevem, protegem, limitam e garantem direitos, e cabe ao juiz, ao se deparar com as peculiaridades do caso, analisar os fatos e enquadrar as categorias jurídicas que melhor vão atendê-lo, desvendando a vontade concreta da lei, mediante a interpretação correta de seus termos.

---

<sup>65</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Le Riforme Processuali e Le Correnti del Pensiero Moderno*, in Saggi di Diritto Processuale Civile. Roma, Foro Italiano, 1930, p. 390.

<sup>66</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 187.

Ora, mas a atividade do magistrado não é somente realizar a subsunção do fato à norma. De fato, esse rigor exegetic por certo produzirá decisões injustas. É por esta razão, que o escopo jurídico não pode subsistir sozinho, sob pena de se tornar um sistema ultrapassado ou, ao menos, pouco útil sob o ponto de vista prático. Analisar as condições sociopolíticas da sociedade ao aplicar uma lei a um caso concreto é indispensável para o êxito do exercício da jurisdição constitucional:

Dos escopos do processo, o jurídico é que, justamente por ser *prima facie* técnico, mais se presta a considerações de ordem técnica e mais influências projeta sobre a técnica processual. Isso não significa reconhecer ou pressupor a natureza exclusivamente técnica do processo, como instrumento sem conotações éticas ou deontológicas e desligado da escala axiológica da nação e do Estado.<sup>67</sup>

O autor, ao final, explica que o escopo jurídico por si só é insuficiente, pouco útil do ponto de vista prático. Necessita encontrar amparo nos demais planos, o político e social, já que seus efeitos repercutirão no âmbito dos direitos.

(ii) escopo social: o processo é voltado para a pacificação de conflitos, por esta razão o escopo social se revela pela busca da paz social e da segurança jurídica, por meio de um trabalho em conjunto da legislação e jurisdição. Um dos objetivos também é promover a credibilidade e idoneidade das decisões proferidas, uma vez que a própria sociedade tem acesso à justiça, suficiente para participar da preparação da decisão após provocar o Judiciário, mediante a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tais conflitos devem ser solucionados, sobretudo, seguindo o ideal de justiça, ou seja, todas as decisões devem ser proferidas seguindo-se critérios o mais justos possíveis de acordo com cada caso concreto.

Outra finalidade é promover a conscientização e educação dos cidadãos quanto a seus direitos e obrigações próprios e alheios. É por isso tão importante uma população que confie em seu Poder Judiciário, dessa forma a observância de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações se torna mais viável, tendo em vista que o Estado não é tido por inimigo, mas, como meio de proteção.

O escopo social preza por certos postulados de limitação ao poder do juiz, não

---

<sup>67</sup> *Idem*, p. 258.

obstante sua importância nas conquistas sociais. Sabe-se que o juiz não pode agir *ex officio* — os órgãos constitucionais permanecem inertes até que sejam provocados — e deve seguir as regras processuais e constitucionais para a condução do processo. O juiz deve permanecer imparcial, o que quer dizer que manifestações externas à sua qualidade de juiz não podem interferir no julgamento.

(iii) escopo político: a meta de natureza política pode ser enxergada sob três aspectos. O primeiro se trata do poder estatal de decidir imperativamente. O segundo seria a proteção à liberdade. E, por fim, assegurar a integração e participação do cidadão nas decisões políticas do Estado, sendo este uma das principais características de uma sociedade democrática, indispensável para a legitimação do processo político.

"O próprio direito tem inegavelmente um fim político, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei."<sup>68</sup>

A jurisdição é, pois, indispensável à organização política da sociedade, por meio do processo e é por isso, mais uma vez, que a confiança no Estado é fator substancial.

O escopo político, então, busca fomentar e garantir a participação democrática, por meio dos institutos da ação popular, ação civil pública, entre outros. Bem como a preservação do valor liberdade, tutelando-a através dos remédios e ações constitucionais para a defesa de direitos fundamentais. Portanto, ao mesmo tempo em que o Estado reafirma seu poder, deve respeitar a esfera de liberdade do indivíduo.

Para o autor, "a jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação."<sup>69</sup> Por outro lado, é a expressão do poder estatal e, portanto, tem a estrutura política do Estado. Isso quer dizer que reflete as relações entre Estado-cidadão e serve como meio de impor as diretrizes estatais, ou seja, é por meio dela que o Estado imporá sua autoridade imperativa.

Por esta razão, o estudo teleológico da jurisdição deve ir além dos limites de matérias de direito, ou seja, deve ultrapassar a ideia de que somente há um objetivo a ser

---

<sup>68</sup> *Idem*, p. 200.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 181.

alcançado, o jurídico. A jurisdição, portanto, deve sempre atender os binômios legalidade-direitos humanos e paz social-segurança jurídica.

Isso que dizer, que buscará atender os diversos planos existentes (social, político e jurídico) e não somente satisfazer o jurídico para ser completa a sistematização.

"A percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa."<sup>70</sup>

Assim, o juiz deve ter a consciência de que não é mero aplicador da lei, mas, possui grande relevância perante a sociedade. Dessa forma, o processo há de incorporar conceitos e sugestões que lhe acrescentem as demais ciências.

A tutela jurisdicional, ademais, revela-se como meio de proteger o indivíduo contra o arbítrio por parte do Estado. A jurisdição é tida, então, como elemento de equilíbrio entre os valores que exprimem ora liberdade, ora poder.

O escopo jurídico e social devem, então, trabalhar para determinar o político. Isto é, o objetivo jurídico, ao amparar a aplicação da vontade concreta da lei, deve direcionar essa aplicação a promover a paz social e a justiça. Feito isso, o escopo político buscará dar legitimidade ao poder estatal e, ao mesmo tempo, promover o acesso à justiça por meio da participação popular de acordo com as demandas sociais, reforçando, assim, a democracia e a tutela aos direitos fundamentais.

Dessa forma, a partir do estudo dos escopos da jurisdição, é possível perceber que o processo é multiaxialógico e deve buscar estar em harmonia com os três principais objetivos, o jurídico, o social e político.

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 183-184.

### 3 O PARADOXO DA DEMOCRACIA

O terceiro capítulo retrata o paradoxo da democracia, explicando como a teoria constitucional justifica o aparente caráter antidemocrático ou contramajoritário das decisões do Supremo Tribunal Federal, mediante as quais o Poder Judiciário acaba por restringir a discricionariedade dos órgãos políticos-majoritários. O objetivo do presente módulo é analisar, pois, a suposta tensão entre o constitucionalismo e a forma democrática de governo, tendo em vista a ordinária inclinação contra-majoritária do Estado Constitucional, decorrente da incompatibilidade entre a ideia de soberania e pluralismo (subtópico 3.1.1), bem como aferir se este paradoxo estabelecido, de fato, existe e como ele se dá.

#### 3.1 Forma Democrática de Governo x Constitucionalismo: O Suposto Caráter Antidemocrático e Contramajoritário das decisões proferidas pela Suprema Corte

Como já foi explicitado ao longo do presente estudo, os desfechos de questões de grande relevância social e política estão sendo determinados por Ministros do Supremo Tribunal Federal e não por membros de instituições político-majoritárias. Tais decisões provocam uma grande tensão entre jurisdição constitucional e democracia.

Shapiro, em relação a este tema, se manifestou no sentido de que "sob a vigência de um regime de implementação judicialmente forçada de direitos", ocorre, inevitavelmente, a "alteração fundamental da natureza do governo democrático".<sup>71</sup>

Um paradoxo consiste numa ideia, ainda que lógica, que contradiz a sua própria essência. Assim, o paradoxo da Democracia, seria exatamente em se acreditar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal — instituição esta composta por membros que não foram escolhidos pelo povo, por meio do exercício da cidadania e não se submetem a avaliações de seu desempenho — por mais que sejam contramajoritárias, sejam, conseqüentemente, antidemocráticas.

---

<sup>71</sup> MARTIN, Shapiro. *On Law, Politics & Judicialization*. New York. Oxford University Press, 2002, pág. 182.

Waldron afirma que essa tensão entre jurisdição constitucional com a democracia é a chave da jurisprudência contemporânea. O paradoxo da democracia se encontra exatamente no fato de que os Estados Unidos se orgulham de sua democracia, não obstante o seu próprio sistema causar um profundo e constante desconforto democrático.<sup>72</sup>

A expansão do Poder Judiciário causa um grande número de debates acerca de sua legitimidade. Para alguns, as Cortes são mais confiáveis para garantirem a rigidez dos preceitos constitucionais, a segurança jurídica, bem como se mostram mais eficazes para protegerem as minorias em detrimento de demandas populares da maioria. Além disso, o sistema representativo está passando por uma crise de credibilidade, devido à cultura da corrupção e ao fato de que nem sempre conseguem atingir os ideais de justiça, igualdade e liberdades públicas inerentes a uma democracia.

Esta dinâmica que se instaurou, porém, gera dúvidas acerca da legitimidade democrática das decisões proferidas pela Corte. Dessa forma, ao colmatar lacunas deixadas pelo Parlamento, o Poder Judiciário acaba por agravar a crise de autoridade democrática dos órgãos político-majoritários, que já estão fragilizados.

O que se observa, então, é uma superação do legalismo e da supremacia do Poder Legislativo e a ascensão de um sistema jurisdicional mais forte voltado para a efetivação de direitos fundamentais.

Zagrebelsky, contudo, desaprova esse raciocínio lógico de que as Cortes, por serem guardiãs da Constituição e terem o dever de garantir sua supremacia e rigidez, teriam espaço para legislar. O autor frisa que o referido princípio da supremacia da Constituição não autoriza que desempenhe função paralegislativa:

Segundo as concepções europeias, toda construção conceitual que não reconheça as razões do legislador um lugar adequado e independente deve ser temida como um perigo para o equilíbrio constitucional. A legislação tem um fundamento constitucional próprio. É expressão de direitos políticos que, em virtude da Constituição, estão no mesmo plano que os outros direitos e princípios da justiça. Em caso de contradição, cede a lei, como exige a Constituição rígida. Mas isto não autoriza, de forma alguma, negar à legislação seu caráter originário e espontâneo, quer dizer, a 'despolitizá-la, degradando-a à mera função técnica de desenvolvimento dos conteúdos

---

<sup>72</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1366-1367, 2006.

constitucionais, por mais elevados e sedutores que estes possam ser. O positivismo legislativo tem aqui um ponto a seu favor.<sup>73</sup>

Assim, para ele, a Corte não pode ser tão injuntiva a ponto de imprimir à Constituição uma hiperrigidez e, conseqüentemente, reservar ao Legislador mera atividade técnica de desdobramento da Constituição. Não seria razoável. Uma das principais vias de manifestação do povo, do pluralismo jurídico é exatamente a produção legislativa.

Em sua obra *O Direito Dúctil*, determina que o direito deve ser maleável, com o intuito de se atender às mudanças que ocorrem na área da norma, mudanças estas que representam os rearranjos sociais e políticos (de acordo com a teoria de Müller sobre área e programa da norma)<sup>74</sup>. E, ao mesmo tempo, a Constituição deve ser rígida o suficiente para delinear os limites dentro dos quais esses arranjos podem ocorrer ou não e em que medida. Assim, os tribunais não podem ignorar a dinâmica social, mas, devem garantir a rigidez da Constituição, estabelecendo os limites, para que não se desfigure o programa da norma.

Não obstante a importância das críticas até aqui apresentadas, a manutenção da rigidez Constitucional somente é alcançada através do controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte. Este representa uma expressão ordinária e fundamental do pluralismo na proteção dos direitos fundamentais. Proteção esta que só será alcançada sob o império de uma democracia constitucional e não majoritária.<sup>75</sup>

Os poderes decorrentes de instituições políticas majoritárias não são capazes de assegurar as garantias constitucionais fundamentais a todos, as minorias necessitam ser amparadas e ouvidas igualmente e isso só é possível com uma Corte alheia às demandas populares e concentrada em garantir a efetivação dos preceitos constitucionais.

---

<sup>73</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2008, p. 151.

<sup>74</sup> MÜLLER, Friederich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. Editora: Síntese, Rio Grande do Sul, 1999, p. 43-96

<sup>75</sup> Conferir texto básico de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional em MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*.

A Constituição não é um documento meramente procedimental, é imperioso reconhecer que há direitos que decorrem da demanda do governo representativo, no entanto, há aqueles que não decorrem.<sup>76</sup>

Não é despidendo destacar parte do conteúdo do voto do Ministro Gilmar Mendes no caso da Lei da Ficha Limpa (ADI n.º 4.578):

Não se deve esquecer, ademais, que essa tal “opinião pública” ou essa imprecisa “vontade do povo” é a mesma que elege os candidatos ficha-suja. Se formos então levar em consideração a vontade do povo, a qual dessas vontades devemos dar prevalência: àquela que subscreveu o projeto de lei de iniciativa popular e que é representada por grupos de interesse e muitas vezes manipulada pelas campanhas e meios de comunicação, ou àquela legitimamente manifestada e devidamente apurada nas urnas? Certamente, a Jurisdição Constitucional não pode se basear em critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios enraizados em nosso constitucionalismo<sup>77</sup>.

Merece ser mencionado o fragmento do voto a seguir, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.510, em que foi questionada a Lei de Biossegurança (nº 11.105, de 24 de março de 2005) em relação à pesquisa médica com células-tronco:

(...) São em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgios para restringir as competências da jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. (...) Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm excedido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isto tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais (...) Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos de aborto (BverfGE 39, 1, 1975; BverfGE 88, 203, 1993 (...))<sup>78</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes quis demonstrar que o caráter contramajoritário das Cortes é extremamente relevante para a resolução de questões socialmente relevantes e

---

<sup>76</sup> ELSTER, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 198.

<sup>77</sup> ADI n.º 4.578, Relatoria: Min. Luiz Fux, 16/2/2012, pg. 285.

<sup>78</sup> ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, Dj de 28.05.2010.

proteger as minorias dos avanços da maioria, cujo avanço só poderá ser tolerado se no âmbito da legalidade. Tal disposição, contudo, não acarreta uma ruptura institucional e tampouco se configura uma afronta à democracia.

A Corte Constitucional, portanto, é um importante instrumento de contenção da maioria em detrimento das minorias. A Corte age na qualidade de guardião na Constituição quando os órgãos políticos-majoritários deixam de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Trata-se, então, de uma democracia constitucional e não majoritária de inspiração revolucionária.

Marie-Claire Ponthoreau, manifestou-se no sentido de que o Conselho Constitucional havia este se tornado "defensor dos direitos da oposição contra a ação excessiva da maioria e, sobretudo, o guardião dos direitos e liberdades dos cidadãos"<sup>79</sup>.

Rui Barbosa refletindo acerca das instituições político majoritárias, aferiu que a jurisdição constitucional é o modelo mais adequado para se garantir a efetivação dos direitos fundamentais:

Pois, se de revisão e de recurso em recurso, a um paradeiro havemos de chegar, onde se estanque, e donde se não tolere mais recurso, nem revisão, por que iríamos assentar esse último elo na política, em vez de o deixar na magistratura? Pois, se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois, se nos tribunais andamos à cata da guarida para nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento ou do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um destes dois poderes a palmatória dos tribunais?<sup>80</sup>

Na mesma linha de pensamento, Robert Alexy destaca que o legislador está submetido à supremacia da constituição. Os direitos fundamentais, os quais tem hierarquia constitucional, são justiciáveis e se assim não o fosse, perderiam a segurança de ter uma instituição que os legitimassem.

Os direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional. O escalão hierárquico supremo seria sem interesse se não acrescesse o segundo, a força de concretização suprema. Dela dispõem direitos

<sup>79</sup> PONTTHOREAU, Marie-Claire, *La Reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française: essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris: Economica, 1993, p. 75.

<sup>24</sup> Constituição Francesa (Jacobina) do ano de 1793, artigo 28: "Um povo resguarda o direito de renovar, de reformar e de mudar de Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras."

<sup>80</sup> BARBOSA, Rui. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, 1999, p.169.

fundamentais quando eles primeiro vinculam todos os três poderes, portanto, também o legislador e quando essa vinculação é controlada judicialmente, portanto, é judiciável. Se se excetuasse o legislador dessa vinculação ou se se declarasse alguns direitos fundamentais como não-justiciáveis, então desapareceriam, sem dúvida, muitos problemas. O preço para isso seria, todavia, alto. Ele residiria em uma renúncia a uma institucionalização completa e autêntica. Uma tal renúncia, porém, seria uma infração aos direitos do homem.<sup>81</sup>

Kelsen, na conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, destacou a importância da jurisdição constitucional na concretização da ideia de um sistema democrático constitucional:

a simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social<sup>82</sup>.

A soberania popular, portanto, não pode ser utilizada como parâmetro decisório para juízes, haja vista a clara incompatibilidade com a estrutura do Estado Constitucional de Direito. As decisões devem ser tomadas sob o ponto de vista constitucional, apoiando-se em critérios constitucionais e preceitos jurídicos, não com base na ilusória vontade do povo — que exprime, na verdade, a vontade da maioria e não a ideia romantizada e ilusória de consenso. E este fato não deve ser visto como um aspecto negativo, uma vez que a supremacia da Constituição será resguardada desta maneira, sem submeter todos à vontade de determinado grupo social que esteja em proeminência.

### 3.1.1 Democracia e Pluralismo

---

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

*Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional*- Palestra inaugural proferida em virtude da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, no dia 09 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS. Tradução: Dr. Luíz Afonso Heck.

<sup>82</sup> KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerietusbarkeit*, VVDStRL. 5. 1928, p.80-81. Tradução: Carmelo Geraci.

O cenário geopolítico do mundo à época da queda do muro de Berlim e, conseqüentemente, o fim da Guerra Fria que ocasionou a reunificação das Alemanhas em outubro de 1990, impulsionou a ruptura com o estilo revolucionário jacobino de revolução social. A herança desse período foi uma maior observância e preocupação com os direitos humanos e os valores democráticos.

Vieram à tona, então, diversos modelos de democracia, dentre eles, os modelos liberais deliberativos defendidos por autores como Rawls e Habermas, em oposição à supremacia da jurisdição constitucional. O ponto em comum das teorias de ambos os autores é o fato de que buscam assegurar a convivência entre democracia e liberalismo, suprimindo qualquer ideia de que os conceitos seriam contraditórios.

A democracia deliberativa teria como base filosófica a ideia de que as decisões políticas devem prevalecer mediante um processo de deliberação entre cidadãos iguais e livres. "Tanto Habermas como Rawls acreditam que se pode encontrar o conteúdo idealizado da racionalidade prática nas instituições da democracia liberal."<sup>83</sup> Ambos utilizam como fundamento a racionalidade, que para Rawls deve ser razoável e substitui uma fundamentação metafísica e para Habermas é a racionalidade comunicativa e a remoralização do direito. Assim, além de serem iguais e livres, os cidadãos devem ser razoáveis, para compreenderem os mecanismos dos arranjos sociais e políticos de uma sociedade. O modelo deliberativo, então, determina que os próprios indivíduos seriam autores dos direitos a que iriam ser submetidos<sup>84</sup>

Admite, ademais, que uma sociedade seja marcada pelo pluralismo ou multiculturalismo. Seria o produto de uma sociedade livre e racional. Rawls chama esse fenômeno de fato do pluralismo. Mas, a partir desse pluralismo, o povo deveria formar um consenso racional sobre a ideia de justiça.

Chantal Mouffe concorda fundamentalmente que se faz necessária uma reformulação ou alternativa aos modelos democráticos, mas, considera as soluções apresentadas por ambos inadequadas. Aduz que a concepção de Rawls não é tão independente

---

<sup>83</sup> REVISTA DE SOCIOLOGIA POLÍTICA: Curitiba, n. 25, 2005, Chantal Mouffe. **Por um Modelo Agonístico de Democracia. Dossiê Democracias e Autoritarismo.** p. 13.

<sup>84</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudo de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 298.

como ele acredita e a de Habermas não pode ser tão procedimentalista como afirma que é. Simplesmente substituir uma racionalidade por outra não solucionará os problemas da democracia.

A autora, ao se deparar com tais ideologias, observa que são insuficientes para se encaixarem numa sociedade tão plural. Isso porque ambos os autores buscam alcançar uma forma de consenso racional, o que seria absolutamente impraticável, considerando a dimensão do antagonismo e seu caráter inerradicável que advêm do pluralismo.

Mouffe chama a atenção há um fato inegável:

Ver as coisas dessa maneira deveria permitir- nos perceber que levar o pluralismo a sério requer que se abra mão do sonho de um consenso racional que acarreta a fantasia de que poderíamos escapar de nossa forma de vida humana.<sup>85</sup>

Os modelos deliberativos não são capazes de acompanhar o advento da globalização e a complexidade do processo de formação de identidades políticas e sociais.

A partir disso, propõe um modelo de democracia radical para suprir essa deficiência presente no modelo deliberativo. Para tanto, desenvolveu uma abordagem política, na qual a questão do poder e o antagonismo estão no centro de discussão. Isso quer dizer que, o conflito e o dissenso não podem ser ignorados, são característicos de qualquer sociedade.

Mouffe e Laclau observam que, ao contrário do que afirmava Habermas, quanto mais democrática, maior seria a influência de poder nas relações sociais. As relações de poder — mesmo que antagônicas —, inevitavelmente, fazem parte da vida em sociedade e negá-las seria negar a própria realidade, ainda que mediante argumentos de racionalidade, como tenta fazer Habermas.<sup>86</sup>

O que ocorre na sociedade constantemente é a tentativa de manutenção da hegemonia de um certo discurso sobre outro, de forma a dominá-lo. Assim, a dinâmica se dá da seguinte forma, os diferentes discursos de grupos determinados passam a agregar elementos de outros discursos, alcançando, por fim, a hegemonia. Isso só é possível quando

---

<sup>85</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>86</sup> LACLAU, Ernesto e MOUFFE, Chantal. *Hegemony and Socialist Strategy*. Towards a Radical Democratic Politics. Second Edition London: Verso, 2001.

os diferentes discursos encontram pontos nodais. Tal comportamento não pode ser considerado consenso. Na verdade, trata-se de uma hegemonia provisória de um discurso que se estabilizou no poder.

É por esta razão que o ideal de uma democracia pluralista não pode alcançar um consenso racional na esfera pública. Esse consenso não existe. Nós temos que aceitar que todo consenso existe como um resultado temporário de uma hegemonia provisória, uma estabilização do poder e isso sempre acarreta uma forma de exclusão. As ideias de que o poder poderia ser dissolvida através de um debate racional e que a legitimidade poderia ser baseada numa racionalidade são ilusões as quais podem colocar em perigo as instituições democráticas.<sup>87</sup>

O modelo democrático proposto por Mouffe, portanto, converte o antagonismo em agonismo. Dessa forma, ao admitir os dissensos sociais, aqueles que têm opiniões diversas, não devem ser percebidos como inimigos a serem combatidos, mas, adversários, cujas ideias serão combatidas, mas o direito de expor tais ideias não. Essa é uma crítica feita a Carl Schmitt, que enxergava o antagonismo como uma relação de amigo/inimigo. A noção de adversário, portanto, não elimina a ideia de antagonismo, porém, elimina a ideia de competidor.

A autora, portanto, pretende alertar para que não se acredite na ilusão de uma democracia perfeitamente bem-sucedida. O dissenso e o conflito são características intrínsecas de uma sociedade. O papel da democracia é exatamente compreender a natureza conflituosa e hegemônica das relações sociais e disponibilizar suas instituições para que o pluralismo seja trabalhado e não tentar disfarçá-los sob o argumento da racionalidade e moralidade.

A dinâmica da sociedade se dá de forma curiosa: as sociedades contemporâneas subsistem sob a condição de desacordo entre seus membros, mas, apesar disso, nutrem a vontade de conviver em sociedade. Ocorre que a ideia de vontade majoritária, que nasceu com a teoria da soberania popular de inspiração revolucionária (século XIII)<sup>88</sup>, é incompatível, como já se aferiu, com a diversidade de interesses de uma sociedade. O consensualismo encontrado na vontade do povo e a ideia de soberania exercida por quem quer que seja,

---

<sup>87</sup> MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2000, p. 104.

<sup>88</sup> Um exemplo de obra que defende a teoria da soberania popular e a ideia de vontade majoritária, em que o povo é o titular do poder constituinte e os demais poderes, que dele decorrem, são os constituídos, é a de Emmanuel J. Sieyès "O que é o Terceiro Estado".

significa ignorar a existência do pluralismo, o que é empiricamente incoerente.

Resta claro, portanto, que a demanda por consenso é incompatível com a complexidade das sociedades contemporâneas, plurais, multiculturais e fragmentadas. Todos estão submetidos à soberania da Constituição e, por isso, é necessário que um órgão como o Supremo Tribunal Federal resguarde seus preceitos de eventuais avanços da maioria, uma vez que a vontade majoritária nem sempre garantirá a efetivação de direitos fundamentais às minorias. Além disso, nem tudo que o povo anseia é compatível com a Constituição.

Dominique Rousseau, nesse trecho, explicou a dinâmica da democracia constitucional, afirmando que a jurisdição constitucional

introduz, na verdade, dois elementos perturbadores na lógica representativa clássica: a lei não passa mais pela vontade dos eleitos, mas da Constituição tal como interpretada e imposta pelos juízes constitucionais, os cidadãos têm no Tribunal Constitucional um instrumento permanente para controlar, entre duas eleições, o trabalho legislativo de seus representantes. Esses dois elementos esboçam uma nova forma de democracia, que propus chamar de democracia contínua. Ela se distingue da forma direta de democracia que abole a distinção entre representante e representado e se distingue, igualmente, da forma puramente representativa, que reduz ao máximo a comunicação entre representantes e representados. A democracia contínua se poderia definir – ao menos provisoriamente – como um além da representação, não porque suprima sua importância, mas porque a transforma e alarga o espaço de participação popular por meio de formas particulares – e, notadamente, pela jurisdição constitucional – que permitem aos indivíduos exercerem um trabalho político: o controle, fora os momentos eleitorais, da ação dos governantes.<sup>89</sup>

A superação do paradoxo da democracia se dá, portanto, com o êxito das Cortes Constitucionais em garantirem a rigidez da Constituição e assegurarem uma evolução político-institucional, garantindo a participação das minorias no processo político, para garantirem seus direitos constitucionais em face das demandas políticas da maioria hegemônica. A Corte, além disso, é instrumento de contenção do abuso de poder por parte do Estado. Trata-se de uma democracia constitucional, em que a lei não se submete integralmente à vontade das instituições político-majoritárias, mas, da Constituição, por meio da interpretação de magistrados nos tribunais.

---

<sup>89</sup> ROUSSEAU, Dominique. **A Justiça Constitucional na Europa**, Paris: Montchrestien, 1992, p. 155-156.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das explanações tecidas ao longo deste trabalho, é possível chegar a uma conclusão principal concernente ao seu objeto de estudo – a suposta instauração de uma Supremocracia – e a algumas considerações finais oportunas sobre questões examinadas ao longo da dissertação.

No compulsar da pesquisa, preocupou-se em fazer uma profunda análise dos argumentos que criticavam a expansão do Poder Judiciário. O que se observa é que, na verdade, a atividade de efetivar direitos fundamentais, segundo os preceitos constitucionais, é um fenômeno um tanto previsível e ordinário na estrutura da sociedade contemporânea, mas que, certamente, causa um grande desconforto democrático em relação ao princípio do equilíbrio entre os poderes.

É de se notar, entretanto, que a expressão Supremocracia é usada de forma indiscriminada e nebulosa, os diversos empregos retóricos não conseguem entrar em um consenso sobre as vantagens e desvantagens do referido fenômeno. Não há uma delimitação precisa de um conceito próprio para identificar quais decisões proferidas pelo Supremo atribuiriam à sua atividade tal denominação. Além do mais, o apelo genérico ao princípio da separação dos poderes não é suficiente para motivar uma contenção ao exercício da jurisdição constitucional, em nome de um modelo ideal de distribuição de tarefas.

Não obstante, de fato, as questões de grande relevância social e política para a sociedade contemporânea têm seus desfechos determinados pelo órgão incumbido de jurisdição e não pelos representantes do povo reunidos no parlamento. Assim, nota-se que, um desconforto em relação à redução do espaço retórico político e a expansão dos poderes de magistrados.

Esse desconforto democrático, porém, é infundado, uma vez que o paradoxo entre democracia e constitucionalismo é superado na estrutura do Estado Constitucional de Direito. A expansão do Poder Judiciário não constitui uma ruptura com o regime democrático.

Isso porque as Supremas Cortes têm um papel extremamente relevante para garantir o amparo às minorias, em detrimento dos ímpetus das majorias. Dessa forma, as

Cortes, alheias à ideia de soberania popular, não utilizam como parâmetro decisório a influência e nem são pressionadas pela vontade majoritária. As decisões são proferidas sob o ponto de vista constitucional, apoiando-se em critérios constitucionais e preceitos jurídicos, não com base na ilusória vontade do povo, que exprime, efetivamente, a vontade da maioria — grupos que exercem a hegemonia temporária no processo democrático — e não a ideia romantizada e ilusória de consenso.

O protagonismo das Cortes Constitucionais não tem somente aspectos negativos. E, inclusive, pode, de fato, revelar-se extremamente vantajoso para se garantir a supremacia e rigidez da Constituição e, inclusive, para evitar que todos sejam submetidos à vontade de determinado grupo social que esteja em proeminência. Ademais, deve-se atentar ao fato de que nem tudo que o povo anseia é democrático, útil e compatível com a Constituição.

No Estado Constitucional de Direito não há soberania popular com traços decisionistas, tampouco, judicial. Todos estão sujeitos aos preceitos constitucionais, se assim não fosse, não haveria razão de ser para a Jurisdição Constitucional, uma vez que a Constituição não seria uma norma, mas a expressão de vontade de um povo. Ressalte-se que há, nela própria, limites jurídicos estabelecidos quanto ao exercício do poder e do dever de resguarda-la, tendo em vista que não seria razoável que qualquer dos poderes ficasse imune a controles.

O Supremo possui mecanismos institucionais para aumentar a legitimidade de suas decisões, sendo deferente ao Poder Legislativo, quando isso não implica vulnerações aos direitos fundamentais. São eles a interpretação conforme a Constituição, a modulação de efeitos e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Além disso, as decisões judiciais não vinculam o Poder Legislativo no que tange ao seu poder de legislar. O que quer dizer que lhe é viável rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade e até mesmo superá-las, ainda que declarada determinada regra inconstitucional — exceto em se tratando de cláusulas pétreas. Uma vez que seu núcleo essencial não pode ser suprimido, trata-se da supremacia da Constituição.

Não seria demais ressaltar que a jurisdição constitucional, além de restringir os abusos por parte do legislador, acaba por estimular a interrupção de eventuais inércias de

atividade, que impedem a fruição de direitos fundamentais, estimulando-o a produzir novas práticas legislativas no âmbito político-institucional.

Não se deve pensar, portanto, que o intuito seja outro, senão salvaguardar a supremacia da Constituição, bem como prevenir o arbítrio por parte do poder público e garantir a efetivação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a segurança jurídica. Em outras palavras, ao Supremo Tribunal Federal foi confiada a função de proteger os direitos fundamentais do experimentalismo democrático. Sendo assim, o modelo de jurisdição constitucional, portanto, se apresenta como mais adequado para alcançar tais objetivos.

Por fim, é importante mencionar que a judicialização de questões sociais e políticas não tem como objetivo mitigar a relevância do legislador. Embora não se esteja diante de uma instauração de uma Supremocracia, a progressiva expansão do Poder Judiciário e seu protagonismo são reais e resultam de um modelo de democracia constitucional.

As expressões "ativismo judicial" ou "instauração de uma Juristocracia" são conferidas, portanto, a uma inevitável atividade e progressiva expansão do Judiciário, manifestada, principalmente, pela atividade das Cortes Constitucionais, as quais encontram amparo na Constituição e, acrescente-se, mostram-se indispensáveis para a operação do ordenamento e para a efetivação de garantias fundamentais constitucionais. Nada além disso.

## REFERÊNCIAS

### **Doutrina:**

ACKERMAN, Bruce. **We the People**. Cambridge: The Belknap Press, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo. **Em Busca de um Conceito Fugidio - O Ativismo Judicial**. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Le Riforme Processuali e Le Correnti del Pensiero Moderno**, in Saggi di Diritto Processuale Civile. Roma, Foro Italiano, 1930.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Beknap Press of Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELSTER, JON, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003.

GRIFFIN, Stephen M. **Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao judicial review**. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRIMM, Dieter. **Jurisdição Constitucional e Democracia**. In: Revista de Direito do Estado, v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudo de Teoria Política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução de Wiliam Rehg. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press. 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Faticidad y Validez: Sobre El Derecho y El Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoria Del Discurso*, 2004.

HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2ª edição. Oxford University Press, 2009.

HESSE, Conrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, Editora: safE. Ano: 1998. Título Original: *Grundzüge Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustchland*.

HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. In: Fordam Law Review, Vol. 75, N. 02, 2006.

\_\_\_\_\_. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. 2ª Edição: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo. Editora: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerielusbarkeit*, VVDStRL. 5. 1928, p.80-81. Tradução: Carmelo Geraci.

LACLAU, Ernesto e MOUFFE, Chantal. *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. Second Edition London: Verso, 2001.

MARTIN, Shapiro. *On Law, Politics & Judicialization*. New York. Oxford University Press, 2002.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1º vol., 1962.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, Cidadania e a Questão do Pluralismo**. Revista Política e Sociedade, n. 3, 2003.

\_\_\_\_\_. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2000.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo. Editora: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Primeira Seção, Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*: texto

básico de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional em 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição**. T. VI. 3ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2008.

MÜLLER, Friederich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. Editora: Síntese, Rio Grande do Sul, 1999.

PAIVA, Paulo Frederico. **Majoritário, Contramajoritário, Plural: História e Superação do Romantismo Constitucional**. Observatório da Jurisdição Constitucional, ISSN 1982-4564, Ano 3, 2009/2010.

\_\_\_\_\_. **Juristocracia?** In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

PERETTI, Terri, *In defense of a political court*. Published by Princeton University Press.

PONTHOREAU, Marie-Claire, *La Reconnaissance des Droits non-écrits par les Cours Constitutionnelles Italienne et Française: Essai Sur Le Pouvoir Créateur du Juge Constitutionnel*, Paris: Economica, 1993.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press, Ed.: Cambridge, Massachusetts, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. 2ª edição. Coimbra. Coimbra Editora, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 29ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

RESCHER, Nicholas. *Pluralism: Against the Demand for Consensus*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

ROUSSEAU, Dominique. **A Justiça Constitucional na Europa**. Paris: Montchrestien, 1992.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed**. *Michigan Law – Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Ann Arbor, Working Paper no. 77., 2007

SCHIMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição (*Der Hüter der Verfassung*)**, tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo:Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Política, n. 60/61, UFMG, 1985.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe**. Oxford University Press, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 2008.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1366-1367, 2006.

WERNECK VIANNA, Luiz. **Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

**Artigos:**

BAKAN E SHNEIDERMAN apud PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 45, p. 216, 1999, p. 2. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>. Acesso em: 12/12/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

\_\_\_\_\_.; MENDONÇA, Eduardo. **O STF entre os seus papéis contramajoritário e representativo.** Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeis-contramajoritario-ehttp://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeis-contramajoritario-e-representativorepresentativo>>. Acesso em 31 de mar. de 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo.** Disponível em <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)> Acesso em 31 de mar. de 2016.

\_\_\_\_\_. **Retrospectiva 2011: um ano para não esquecer.** Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011\\_31dez11.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf)>. Acesso em 31 de mar. de 2016.

FLEMING, Jame E., **Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts,** 73 Fordham L. Rev. 1377 (2005). Available at: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

GARDBAUN, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, University of Toronto. Disponível em <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>>. Acesso em 15/04/2016.

MOUFFE, Chantal. In: **Por um Modelo Agonístico de Democracia. Dossiê Democracias e Autoritarismo**. Revista de Sociologia Política: Curitiba, n. 25, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Supremo entre a concretização da Constituição e a Juristocracia**. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-entre-ahttp://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-entre-a-concretizacao-da-constituicao-e-a-juristocraciakoncretizacao-da-constituicao-e-a-juristocracia>>. Acesso em 31 de mar. de 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **O judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias**. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ohttp://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opinio-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaiasjudiciario-e-a-opinio-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaias>>. Acesso em 31 de mar. de 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In Revista Direito GV. n. 2, vol. 4. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

TUSHNET. MARK. *Policy distortion and democratic delibilitation: comparative illumintatinon of the countermajoritarian difficulty*. Michigan Law, v. 94, n.2. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/>> Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

**Notícia/entrevista:**

**BLOG OS CONSTITUCIONALISTAS.** Oscar Vilhena. **Vivemos o Ápice do Nosso Momento Supremocrático.** maio. 2016. Disponível em:

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/oscar-vilhena-vieira-vivemos-o-apice-do-nosso-momento-supremocratico>>. Acesso em: 02.06.2016.

**REVISTA DE SOCIOLOGIA POLÍTICA:** Curitiba, n. 25, 2005, Chantal Mouffe. **Por um Modelo Agonístico de Democracia. Dossiê Democracias e Autoritarismo.**

**REVISTA ÉPOCA.** São Paulo. março. 2016 Oscar Vilhena: **Vivemos uma Supremocracia.** Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI19313-15295,00.html>>. Acesso em 02.06.2016>.

## **Precedentes**

### **Supremo Tribunal Federal**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132/RJ . Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 05 de maio de 2011. Lex: jurisprudência do STF.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.277, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 05 de maio de 2011. Lex: jurisprudência do STF.

\_\_\_\_\_. ADI n.º 4.578, Relatoria: Min. Luiz Fux, 16/2/2012. Lex: jurisprudência do STF.

\_\_\_\_\_ ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, Dj de 28.05.2010. Lex: jurisprudência do STF.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1.439/DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.05.1996, DJ 30.05.2003. Lex: jurisprudência do STF.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4029, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, DJe-125, publicado em 27-06-2012, RTJ VOL-00223-01 PP-00203.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 168, Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 21.03.1990.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção- MI 444-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j.29.09.1994, DJ 04.11.1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 708/DF, Plenário, DJE 31.10.2008, Rel. Min, Gilmar Mendes.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 712/PA, Plenário, DJE 31.10.2008, Rel. Min. Eros Grau,

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção - MI 670/ES; Min. Rel. Maurício Corrêa; Plenário; DJE 31.10.2008, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal 758/DF, Plenário, DJE 26.09.2008, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008, Informativo nº 513

### **Superior Tribunal de Justiça**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Constitucional. Recurso Especial - RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Direito Constitucional. Recurso Especial 633.711, Rel. Min. Gilmar Mendes.

### **Suprema Corte Norte-Americana**

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Marbury v. Madison*, 1. Cranch (5 US) 137 (1803).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Gun-Free School Zones Act* of 1990, 18 U.S.C. 922(q)(1)(A).

### **Tribunal Constitucional Português**

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 353/12, Rel. Conselheiro João Cura Mariano.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 399/10. Rel. Conselheira Ana Guerra Martins.

### **Legislação**

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.