

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
Kristyan Kauany Martins de Quadros

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E
DEMOCRACIA: UMA CRÍTICA A PARTIR DE JEREMY WALDRON**

FLORIANÓPOLIS

2019

KRISTYAN KAUANY MARTINS DE QUADROS

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E
DEMOCRACIA: UMA CRÍTICA A PARTIR DE JEREMY WALDRON**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

**FLORIANÓPOLIS
2019**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

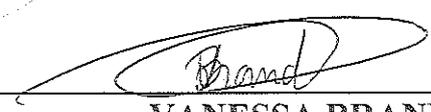
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DEMOCRACIA: UMA CRÍTICA A PARTIR DE JEREMY WALDRON**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **KRISTYAN KAUANY MARTINS DE QUADROS**, defendido em **28/06/2019** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 28 de JUNHO de 2019



CLAUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA
Professor Orientador



VANESSA BRAND
Membro de Banca



ISAAC KOFI MEDEIROS
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): KRISTYAN KAUANY MARTINS DE QUADROS

RG: 6183485

CPF: 090612009-89

Matrícula: 14203559

Título do TCC: “ **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DEMOCRACIA: UMA CRÍTICA A PARTIR DE JEREMY WALDRON**”

Orientador(a): CLAUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA

Eu, KRISTYAN KAUANY MARTINS DE QUADROS, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 26 de mês Junho de 2019

Assinatura manuscrita em azul-escuro, com uma linha horizontal abaixo dela.

KRISTYAN K M QUADROS

KRISTYAN KAUANY MARTINS DE QUADROS

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO
PARA O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DE JEREMY WALDRON**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de
Oliveira

FLORIANÓPOLIS

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**O Controle De Constitucionalidade Como Instrumento Para O Ativismo Judicial Sob A Ótica De Jeremy Waldron**” elaborado pela acadêmica Kristyan Kauany Martins de Quadros, defendido em 28/06/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____(_____), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução no 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução no 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 7 de Dezembro de 2018.

Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira

Professor Orientador

Vanessa Bussolo Brandt

Membro de Banca

Isaac Kofi Medeiros

Membro de Banca

Agradecimentos

O desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso despertou em mim um sentimento misto de felicidade, sensação de dever cumprido e saudade.

Lembro-me bem da pessoa que era quando li meu nome na lista dos aprovados para o Curso de Direito UFSC. Lembro-me de ouvir atentamente aos familiares que aqui já estudaram, ler notícias e procurar saber mais sobre o que seria a minha nova casa, mas nem em um milhão de anos eu imaginei que a UFSC significaria tanto para mim. Nessa trajetória de cinco anos eu tive o privilégio de contar com pessoas extraordinárias ao meu lado, cujas personalidades incríveis merecem ser nomeadas.

Agradeço, então, primeiramente aos familiares: meus pais Clevis e Sérgio, irmãs Kátiuska e Keline, e sobrinhos Kalinka, Davi, Maya e Martin. Somos uma pequena família de gigantes, e se não fosse pelo apoio de vocês nada disso seria possível.

Às minhas amigas de toda a vida: Mayza, Ana, Julia, Naty e Bruna, agradeço não só por estarem comigo pré e pós-vestibular, mas por serem a minha casa e meu refúgio sempre que eu precisei.

Impossível não agradecer também aos amigos Bel, Pathi, Su, Marin, Giba, Henrique, Witt, Koff e Bruno, ou simplesmente o VIROTE, grupo que resistiu às provas da faculdade, OAB, TCC, intercâmbio e ao início da vida adulta. Juntos passamos de cachaceiros para cachaceiros devidamente graduados.

Às minhas Gossip Girls, Bruna Krieger e Natália Guglielmi: obrigada por tornarem o EMAJ, a OAB e até mesmo o TCC menos dolorosos. Nossas sessões GG foram essenciais no mantimento da minha saúde mental. (XOXO, Georgina).

Aos amigos da Chapa 1 gestão "Nova Estação" e "Pode Ser Diferente", em especial ao Marco, Hamilton, Paulo, Luis, Igor, Luiza, Vitor, Galembeck, Marcela, Hellmann, Obama, Bruninho, Tiaguinho, Lucchese, Debastiani e Masiero: foi incrível poder construir um projeto tão lindo e eficiente com vocês. Eu tenho uma admiração

imensurável pelos seres humanos que vocês são e sou eternamente grata pela presença de vocês na minha vida.

Ainda, cabem os agradecimentos especiais aos responsáveis pelas melhores lembranças, melhores abraços, mais altas risadas e por serem o meu grande porto seguro. Aos meus melhores amigos: Isadora de Fragas, Amannda de Oliveira, Thales Rodrigues e Murillo Preve, obrigada por surgirem na minha vida e por ocuparem tanto do meu coração. Distância alguma poderia mudar o tamanho do amor que eu sinto por vocês.

Por fim, agradeço ao Professor Cláudio Ladeira pela orientação – não só no que tange à monografia, mas por ser um grande amigo durante a minha graduação. Igualmente agradeço aos membros da banca: Isaac Kofi Medeiros, pela amizade e pelos conselhos sobre política estudantil, e Vanessa Brand, por ser um exemplo de excelência acadêmica e um dos seres humanos mais lindos que eu já conheci.

Resumo

QUADROS, Kristyan Kauany Martins. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DE JEREMY WALDRON. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Constitucional) – Universidade Federal de Santa Catarina.

A Constituição da República Federativa do Brasil traz o instrumento de controle de constitucionalidade como mecanismo capaz de equilibra os três entes da República e evitar o abuso de poder. O presente trabalho objetiva analisar se a atuação do Poder Judiciário como guardião da norma constitucional ou se as Cortes Constitucionais estariam se utilizando da prerrogativa da revisão judicial para fins de auto-promoção, dando ensejo ao fenômeno do ativismo judicial. Para tanto, procede-se à utilização da metodologia indutiva, com análise de textos vinculados, principalmente, à judicialização da política e à teoria da constitucionalização, seguida da análise jurisprudencial trazido ao Supremo Tribunal Federal, no qual se pede pelo enquadramento da prática de homofobia como crime nos termos da Lei Antirracismo (Lei 7.716/89). Deste modo, observa-se a tendência de utilização do Controle de Constitucionalidade para além do seu fim, bem como um enfraquecimento da soberania popular em detrimento do poder Judiciário.

Palavras-Chave: Judicialização da Política; Controle de Constitucionalidade; Soberania Popular.

Abstract

The Constitution of the Federative Republic of Brazil brings the instrument of constitutionality control as the ability to balance the three actions of the Republic and the power of abuse. The present work aims to analyze the judiciary as a constitutional or constitutional norm for the granting of self-promotion, judicial and judicial. In order to do so, it is used the inductive methodology, with analysis of texts and based on the jurisprudential analysis brought to the Federal Supreme Court. In this way, there is a tendency to use Judicial Review beyond its purpose, as well as a weakening of popular sovereignty in detriment of the judiciary.

Keywords: Judicialization of the Politics; Judicial Review Popular Sovereignty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO.....	11
2.1 O Tripé Constitucional: Controle, Limite E Restrição.....	16
2.2 Constitucionalismo e Soberania Popular ...	Erro! Indicador não definido.
3 O PAPEL DO JUDICIÁRIO PERANTE UMA DEMOCRACIA.....	22
3.1 A Jurisdição Constitucional.....	28
3.2 A Crítica ao Controle de Constitucionalidade	33
3.3 Controle de Constitucionalidade x Ativismo Judicial.....	34
3.4 Controle de Constitucionalidade x Tirania da Maioria.....	36
3.5 Revisão Judicial em Sentido Forte e Sentido Fraco	38
4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	41
4.1 Inconstitucionalidade por Ação e Omissão	44
4.1.1 ADO x Mandado de Injunção.....	47
4.2 A Jurisprudência Recente: A Criminalização Da Homofobia Pelo STF ..	48
4.2.1 Do Mandado de Injunção MI-4733.....	50
4.2.2 Do Ativismo Judicial.....	52
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é uma das formas de exercício da jurisdição constitucional cuja função maior é a fiscalização da aplicação da Constituição, sendo atribuído o seu exercício majoritariamente ao Poder Judiciário. As premissas do instrumento de revisão judicial são frutos da justiça norte-americana num cenário pós-revolução federalista, tendo surgido juntamente com a ideia de uma carta constitucional maior, una e digna de aprovação generalizada. Entretanto, desde o início século XXI a teoria é questionada e os debates quanto a aparente imperatividade do controle de constitucionalidade se tornam cada vez mais profundos e frequentes no âmbito do Direito Constitucional.

Dessa forma, o instituto do controle de constitucionalidade, ainda que essencial para a teoria da democracia, levanta questionamentos até mesmo entre os seus mais ardorosos defensores, pois traz consigo o estigma de profundo descrédito para com os representantes eleitos pelo povo. As críticas trazem à tona o *link* entre a prática do controle de constitucionalidade e a dificuldade contramajoritária, posta em cheque quando se trata das decisões feitas pelo Judiciário em comparação aos demais poderes, sendo tal controvérsia a arena central onde se discute o papel que esse instituto exerce num sistema democrático de governo.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade é apresentado como um instituto destinado a corrigir e aprimorar as decisões tomadas pelos demais poderes, sendo a vocação justificada pela convicção de que o instrumento constante do ordenamento constitucional, principalmente no que tange à defesa dos direitos individuais e fundamentais, produziria melhores resultados quando o Poder Judiciário é dotado de poder para controlar as normas emanadas pelo Legislativo.

Assim, seriam ministros da Suprema Corte melhor preparados para interpretar e aplicar a Constituição? Os críticos contemporâneos do controle acreditam que não, e atacam que o texto constitucional deve ser aplicado diretamente pelo povo, pelo intermédio de seus representantes legitimamente eleitos. A disputa maior se dá entre os poderes Legislativo e Judiciário, sendo um composto por membros eleitos e outro por membros indicados pelo Poder Executivo.

A revisão judicial é, então, posta no sentido de ser a guardiã responsável pelo bom senso do exercício das divisões da República, sendo o Judiciário encarregado de por em prática o mecanismo capaz de restringir a ação dos demais poderes, em

particular do Legislativo. Recentemente, o guardião é visto primordialmente como protetor dos direitos individuais diante da disposição inerente aos legisladores de violá-los.

De forma contrária à esta tese, o autor neozelandês Jeremy Waldron ataca o controle atribuído ao judiciário ao afirmar que depositar a responsabilidade pelo equilíbrio unicamente no Poder Judiciário pode significar grandes danos à sociedade democrática. Nesse sentido, Waldron reitera a importância de que questões constitucionais sejam resolvidas no âmbito exclusivamente político, a partir da redescoberta da dificuldade contramajoritária.

Ainda, Waldron relaciona a prática de revisão judicial pelas Cortes Constitucionais com o enfraquecimento sistemático do parlamento como responsável pela resolução de demandas importantes da sociedade. Segundo o autor, a atribuição de funções maiores às Cortes por meio do controle de constitucionalidade pode torná-lo em ferramenta para a ascensão irreparável do hodierno ativismo judicial, o qual pode ter como efeitos colaterais indesejáveis à democracia.

O empreendimento de descrição do artigo de Waldron e o exame de suas críticas podem conduzem à possibilidade de adoção de um controle moderado de constitucionalidade, como solução para os problemas apontados, sendo esta proposição uma linha de concordância entre os defensores e adversários desse mecanismo.

No cenário nacional, há o fenômeno do ativismo judicial associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Vivemos nos últimos anos um período no qual o Judiciário aparece como herói responsável pelas decisões no país, independente de sua natureza. Essa visão se dá principalmente, mas não somente, através da veiculação midiática da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) e interferência deste nas esferas dos poderes Legislativo e Executivo. Parece que a democracia Brasileira se distancia cada vez mais das prerrogativas políticas, desacredita da soberania popular e se aproxima de uma tirania judicial, onde o poder dado aos magistrados é capaz de controlar a todo e qualquer acontecimento de relevância em território nacional.

Nessa linha, possuindo como referência teórica o constitucionalismo popular de Jeremy Waldron, o presente trabalho tem por objetivo destacar as principais semelhanças e diferenças das duas formas de controle e apontar, se possível, aquele que se mostra mais propenso à disseminação da prática do ativismo judicial, ameaçando a legitimidade democrática em vigor.

Diante da realidade acima descrita, o presente trabalho se propõe a analisar as críticas feitas por Jeremy Waldron ao instituto do controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*) por entender que o controle judicial de constitucionalidade pode se mostrar como a forma mais grosseira por meio da qual os magistrados interferem e avançam nas competências dos demais Poderes.

2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

As bases do constitucionalismo moderno se construíram nos Estados Unidos após a Revolução Norte-Americana e a Independência das Treze Colônias, datas que marcam a promulgação da primeira constituição escrita.

Há época, a mudança para o novo mundo significou a ruptura as raízes do constitucionalismo norte-americano com seu passado inglês, surgindo com isso o desejo de refutar o Parlamento como *locus* da soberania, sob pena de simplesmente nacionalizar a submissão do novo Estado ao antigo colonizador.

Assim, a sociedade americana, a partir de noções identificadas com as teses contratualistas, abrigou o conceito de soberania popular e buscou justificar o poder do novo Estado a partir de novos fundamentos. O presidente Thomas Jefferson faz do direito de autogoverno, compreendido como um direito natural:

Todo homem e todo grupo de homens na terra possuem o direito de autogoverno. Recebem-no juntamente com o ser, da mão da natureza. Os indivíduos exercem-no por sua única vontade [...] isso porque a lei da maioria é a lei natural de toda sociedade humana.

Assim, influenciado pelos mesmos autores que formaram as bases teóricas das revoluções liberais europeias, o sistema jurídico norte-americano se recria numa tradição de direito escrito e dotado de força normativa e não política. Esse fundamento foi concretizado e idealizado pelos pais fundadores que, “falando em nome do povo, tomaram a frente no processo revolucionário que culminou com a

independência e, logo em seguida, a fusão das treze colônias originárias em um Estado federado”¹.

Como consequência, a população americana assumiu tarefa de decidir seus próprios rumos, tratando de inscrever em um documento solene os preceitos básicos que, refletindo a sua vontade, iriam, dali em diante, orientar a vida da nova nação².

Dessa forma, coube primeiramente às Constituições Estaduais a responsabilidade de permitir a expressão do poder soberano popular. Não tomou muito tempo até a união mais estreita entre os Estados culminasse num necessário o processo de delineamento do governo central e das instituições federais. Por último, a interligação entre os Estados culminou na necessidade organizacional de se escrever um texto constitucional à nível federal.

Segundo Marcos Firmino Santiago³:

Desde o início da história norte-americana, como se lê nos escritos de Jefferson, subsiste a certeza de que o poder soberano pertence ao povo, que se vale da Constituição para exprimir seus anseios básicos, buscando garantir sua própria integridade face a qualquer tentativa de abuso por parte daqueles a quem viesse a ser outorgada a representação popular: “É a vontade da nação que torna a lei obrigatória; é a vontade dela que cria ou aniquila o órgão que cabe declará-la e enunciá-la.

Constata-se, portanto, que a Constituição dos Estados Unidos da América é a mais pura a expressão daquilo que a sociedade americana entendeu como essencial para sistema político, jurídico e social. Assim, não restam dúvidas quanto à vontade soberana do povo expressa na carta constitucional.

Logo, os três poderes instituídos devem obediência ao texto que se sobrepõe a tudo e todos. Essa submissão geral atinge também o Parlamento, cujos atos, em hipótese alguma, podem contrariar a vontade popular diplomada em formato de Carta Constitucional. “Com isso se completa a mudança paradigmática que afasta o

¹ SANTIAGO, Marcos Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade . Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 7, no .2, maio-agosto, 2015, p. 277-297.

² SANTIAGO, Marcos Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade . Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 7, no .2, maio-agosto, 2015, p. 277.

³ _____, Marcos Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade . Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 7, no .2, maio-agosto, 2015, p. 279.

sistema norte- americano de sua fonte inspiradora inglesa, permitindo a entrada em cena de mecanismos aptos ao controle dos atos legislativos”⁴.

A Constituição Estadunidense aplicou a supremacia da carta constitucional, bem como delimitou o exercício do controle de constitucionalidade difuso por parte dos membros do Poder Judiciário, teoria difundida pelo caso *Marbury vs Madison*⁵, de relatoria do Juiz Marshall.

O caso reafirmou os princípios da limitação dos Poderes e da supremacia constitucional, bem como a prerrogativa dos juízes de interpretar as leis em conformidade com a Constituição e o poder de rever os atos contrários à ordem suprema como uma prerrogativa ínsita ao sistema constitucional⁶.

Em poucas laudas de decisão, o Juiz Marshall sistematizou as ideias que pairavam sobre a ordem jurídica constitucional norte-americana, enfatizando o modelo de soberania popular e divisão de Poderes, de matiz contratualista, incorporados ao sistema estatal daquele país. Na análise do caso, Santiago⁷ ressalta:

“O voto proferido por John Marshall ocupou-se de incorporar os fundamentos que, naquele instante, já eram correntemente reconhecidos como a base do judicial review (e mesmo sem propor inovações conceituais ou práticas ao modelo, ainda assim foi objeto de severas críticas). Era um tempo em que ainda reinava a preocupação em firmar o sistema federativo e a preponderância do poder central, bem como a autoridade da Suprema Corte e do próprio Judiciário”

⁴ _____, Marcos Firmino. *Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade*. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 7, no .2, maio-agosto, 2015, p. 280.

⁵ O caso trata da indicação de William Marbury para o cargo de juiz de paz no último dia do mandato do então Presidente John Adams. A indicação foi aprovada pelo Senado, mas o documento que lhe garantia a posse do cargo (“*commission*”) não foi entregue a tempo. A Suprema Corte dos EUA possui poucas competências originárias, de modo que a maior parte das ações são julgadas em grau de recurso. A Constituição previa que ela teria competência originária para julgar casos que afetam embaixadores, outros ministros e cônsules. Além desses, somente nos casos em que um Estado fosse parte. De acordo com a Constituição, Marbury não poderia ter iniciado uma ação diretamente na Suprema Corte. Ocorre que uma lei autorizava impetrar mandados de segurança diretamente na Corte: Assim, a principal controvérsia enfrentada pela Suprema Corte foi o conflito entre uma lei federal e um dispositivo constitucional.

⁶ SANTIAGO, Marcos Firmino. *Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade*. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 7, no .2, maio-agosto, 2015, p. 277.

⁷ _____, Marcos Firmino. *Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade*. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 7, no .2, maio-agosto, 2015, p.288.

Nesse cenário, a Constituição assumiu maior relevância e apontou na direção de um Estado cuja conformação das leis e códigos está submetida aos comandos constitucionais.

Firmada a centralidade constitucional, verificou-se a abertura para o surgimento de uma Teoria Constitucionalista, a qual surge como fundamento indispensável à garantia dos direitos e da organização político-social de uma comunidade⁸.

Segundo Luís Roberto Barroso⁹, o reconhecimento da força normativa da Constituição e o desenvolvimento de uma dogmática própria para a interpretação desta, acabaram por desencadear alterações, tanto na prática quanto na percepção do direito constitucional nos últimos anos.

No momento em que a Constituição é concebida como centro do ordenamento jurídico, a mesma passa a incorporar diferentes funções cuja percepção é fundamental para a compreensão do valor e da força conferidos às suas normas. Entretanto, sendo o constitucionalismo uma teoria interpretativa, é natural que ocorra o surgimento de um embate de ideias sobre quais as formas corretas de se fazer essa interpretação.

Nesse sentido, polarizou-se o âmbito interpretativo constitucional, de forma a ter de um lado um constitucionalismo defensor da carta como elemento limitador do Estado, e de outro uma teoria mais próxima da filosofia e que aproxima o conceito de constituição da soberania popular¹⁰.

De um lado, os defensores do constitucionalismo sustentam que é impossível haver democracia sem que se estabeleçam limites ao exercício da soberania popular, uma vez que quando direitos e liberdades básicos não são respeitados, então o próprio ideal democrático também não o é. Por outro lado, defensores do ideal democrático sustentam que o estabelecimento de limites ao debate político por meio do entrenchamento de direitos em constituições, e da consequente retirada desses temas da discussão, relegando a decisão a respeito desses temas para

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p.87.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da juris prudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 335.

¹⁰ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

outras instituições, fere o princípio da soberania popular e isso, por sua vez, também afronta a própria democracia¹¹.

Na defesa do sentido limitador, András Sajó¹² define o constitucionalismo como um conjunto de princípios, modos e arranjos institucionais usados tradicionalmente para limitar o governo, servindo como um limite à “democracia descontrolada”. Essa mesma definição é proposta por Holmes¹³ ao definir as constituições como “ordens de restrição gigantescas motivadas por uma paixão pela prevenção (...) impelidas pelo desejo de escapar de resultados políticos perigosos e desagradáveis”.

Dessa forma, no debate sobre um ideal constitucionalista relacionado à limitação do poder político, esse limite se justifica na proteção de direitos fundamentais, os quais poderiam ser violados pela atuação legislativa¹⁴.

Segundo essa teoria, as restrições constitucionais à soberania popular podem ser concebidas como restrições auto-impostas e, sendo assim, não incorrem no comprometimento da expressão de vontade, outorgando legitimidade à exclusão de alguns temas do debate político. Nesse sentido, o estabelecimento de um rol de temas inatingíveis pelas decisões populares, como os direitos e garantias fundamentais e procedimentais, é necessário para proteger o próprio processo de participação política¹⁵.

Em contrapartida, o filósofo neozelandês Jeremy Waldron propõe a união político-filosófica ao âmbito jurídico, posicionando-se contrariamente à visão meramente positivista e estática do texto constitucional. Waldron afirma a Constituição como representação da realização política de um povo, devendo a carta constitucional ser a mais pura expressão da vontade popular¹⁶.

¹¹ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

¹² SAJÓ, András. Limiting government: an introduction to constitutionalism. Budapest, Hungary, New York, USA: Central European University Press, 1999, p.43.

¹³ HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: J. Elster / R. Slagstad (Orgs.), Constitutionalism and democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, p. 19-58.

¹⁴ HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: J. Elster / R. Slagstad (Orgs.), Constitutionalism and democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, p. 19-58.

¹⁵ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

¹⁶ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267..

Segundo Waldron, a interpretação constitucional majoritária é proveniente da concepção de que há absoluta necessidade de submeter o Estado a elementos passíveis de prevenir o abuso de controle. Nesse âmbito, Jeremy Waldron classifica e analisa três verbos comumente atribuídos à limitação da função constitucional: “limitar”, “restringir” e “controlar”¹⁷.

2.1 O TRIPÉ CONSTITUCIONAL: CONTROLE, LIMITE E RESTRIÇÃO

Para Jeremy Waldron, a conceituação da teoria constitucional passa obrigatoriamente pela explanação da diferença entre um governo limitado, restringido e controlado, bem como suas referidas conotações dentro da teoria política. Para o autor, se faz necessária uma reavaliação dos termos e dos sentidos à estes atribuídos.¹⁸

No início de sua análise, Waldron¹⁹ propõe uma conotação positiva ao termo “controle”, e afasta o sentido restritivo com o qual é comumente associado. O autor compara o controle do Estado ao controle de um veículo, no qual “não se determina somente aonde ele não vai, mas também aonde ele vai. “E se o governo é controlado, deve-se pensar que a questão importante é quem está no banco do motorista”.

Na concepção do autor, a posição de condutor desse “veículo estatal” deve ser ocupada pelo povo, por meio de seus representantes, à quem cabe definir quais diretrizes políticas devem constar na constituição para que se possa chegar ao destino escolhido. Nesse sentido, “se o povo quer que seu governo atenuie a pobreza, por exemplo, é tarefa da constituição proporcionar instituições que possam ser controladas por este desejo²⁰”.

Em contrapartida, a teoria waldroniana concebe o sentido restritivo como possuidor de uma conotação puramente negativa, cuja intenção maior é a de

¹⁷ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 273.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 274-75.

¹⁹ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 275.

²⁰ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

impedir a prática de determinados atos pelo governo. A visão restritiva, portanto, propõe a qualificação de determinados atos como abusivos, com o intuito de proibí-los perante o texto constitucional. Por vezes, tais proibições tomam a forma de “direitos”, desenhando uma linha que jamais deverá ser ultrapassada pela intervenção estatal²¹.

A ideia que se aduz é de que não importa o que o governo se disponha a fazer, este jamais poderá infringir o que foi previamente proibido constitucionalmente. Essa proibição pode ser absoluta, como no caso do direito de não ser torturado ou do direito da não interferência religiosa, ou pode apenas especificar condições e instruções que evitam uma possível conduta opressiva por parte do Estado, como no caso da garantia de assistência jurídica ao preso. Nota-se que na maioria dos casos as imposições restritivas se referem à asseguaração de direitos humanos e sociais.

No que tange ao aspecto puramente limitador, Jeremy Waldron associa o limite estatal à teoria liberalista. Segundo o autor, há uma linha tênue entre a noção restritiva e limitadora do Estado, a qual se rege pela delimitação da função do governo e o princípio do não intervencionismo. Tal posicionamento pode ser compreendido nas palavras do autor²²:

Se, entretanto, o governo limitado é tratado como o princípio central do constitucionalismo, então alguém está na posição de levantar a ideia de que muitas aspirações do governo – particularmente do governo democrático – são per se ilegítimas. Aqueles que estabelecem uma democracia podem estar esperando pela intervenção do governo para atenuar a pobreza, promover a saúde pública, proteger o meio ambiente. Eles sabem que provavelmente enfrentarão a oposição de seus oponentes que afirmam que isso não é tarefa do governo. Mas agora parece que esses oponentes podem assumir o manto do constitucionalismo e adicionar ao seu caso contra a intervenção que os intervencionistas não estão levando suficientemente a sério a dimensão constitucional do governo.

Importante frisar que a crítica não se dá sobre o que é possível de ser estabelecido na constituição como função estatal, pois essa determinação condiz com o sentido de direção que se considera fundamental, sobretudo para a

²¹ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 285.

²² WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 288.

implementação de direitos fundamentais e de cunho social. No entanto, a preocupação recai sobre o aspecto restritivo-limitativo quanto ao que o governo deve fazer e a possibilidade de que tais regras sejam utilizadas em desfavor das decisões democráticas²³.

Refuta-se, portanto, o constitucionalismo como mera forma de estabelecer maneiras próprias e impróprias do uso da autoridade estatal. Jeremy Waldron propõe uma lógica normativa trivalente, na qual a constituição não se submete apenas ao que lhe é permitido ou proibido, mas também ao que lhe é exigido.

O trabalho de uma constituição é de assegurar que o Estado faça o que dele é exigido fazer, ao mesmo tempo em que se assegura a restrição para que não faça o que lhe é proibido²⁴.

Ao rebater a teoria bivalente da função constitucional, o autor revela que as constituições trazem consigo uma carga de empoderamento, e que nesse sentido a sua função é muito mais de fortalecer a política e o governo do que de restringi-los. Assim, o texto constitucional pode servir de instrumento capaz de permitir a participação popular na cooperação e coordenação de projetos difíceis de serem alcançados pelo povo de forma independente.

Dessa forma, teoria Waldroniana introduz uma interpretação da norma constitucional como mecanismo estimulador da atuação política popular, podendo fortalecer a democracia quando não colocada como dispositivo limitador da discussão e da deliberação sobre os temas em desacordo.

2.2. CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA POPULAR

Para a teoria de Waldron, o texto constitucional de um estado democrático surge com o propósito de garantir o empoderamento daqueles que, na ausência de uma constituição, encontrar-se-iam impotentes. Nesse sentido, o autor enfatiza o envolvimento popular como principal objeto de uma constituição²⁵.

Para Waldron, a conferência de poder político equivalente à todas as classes da sociedade exige instrumentos capazes de garantir que esse poder seja mantido na devida proporção. Essa manutenção estratégica visa evitar a subversão de

²³ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

²⁴ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 277-282.

²⁵ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – A Skeptical View. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

determinadas massas perante outras e assegura o sentido democrático da constituição, ao mesmo tempo em que garante a representação efetiva de todos os membros da sociedade²⁶.

Nesse ponto, o autor retoma a crítica quanto à preocupação exacerbada quanto à restrição, controle e limitação do poder político daqueles à quem tal poder é designado. Para ele, há riscos de que essa atenção não esteja sendo corretamente direcionada e acabe por negligenciar o equilíbrio político e, por conseguinte, a emancipação do poder popular.

Na visão de Cristina Foroni Consani, as teorias que sustentam a limitação do poder político tendem a evitar depositar a confiança da função de controle político nas mãos do povo.

Os autores que sustentam esse argumento, embora atribuam aos cidadãos faculdades morais, (...) fiam-se mais nas instituições políticas criadas pela constituição do que no povo para efetuar o controle do poder político.²⁷

Assim, há uma menção à um constitucionalismo que, pela percepção waldroniana, acaba por desconsiderar a função democrática do texto constitucional, cedendo à tendência de diluição da emancipação dos poderes e representação efetiva da população. Para Waldron, “manter uma constituição democrática significa prestar atenção aos fenômenos circundantes da política [...] para assegurar que a igualdade política definitiva da democracia permaneça uma realidade para todos os membros da sociedade, e não apenas um decorativo ideológico”²⁸.

Se qualidade de uma constituição é assegurar que a democracia está estreitamente ligada à aspectos que permitam o seu pleno funcionamento, na visão waldroniana, ao negligenciar a capacidade participativa do povo e o poder lhe dado pelo processo eleitoral, a teoria constitucional contemporânea se declara inimiga do ideal democrático.

²⁶ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – A Skeptical View. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

²⁷ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014..

²⁸ WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – A Skeptical View. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82

Ainda de acordo com a teoria neoconstitucionalista, as constituições abrigam três conjuntos de direitos, relacionados:

(...) à justiça (liberdade individual de pensamento, consciência e ação, propriedade, trabalho, família, entre outros), à consistência (devido processo legal e igualdade perante a lei) e à equidade (aqueles associados ao funcionamento da democracia, tais como a liberdade de expressão e associação, funcionamento do sistema eleitoral e etc (...))²⁹

Ainda que exista suporte mútuo entre tais direitos, o momento de sua aplicação social tende a ser um momento de tensão e resulta em discussões entre indivíduos por seus diferentes valores e princípios. Tal resultado é facilmente percebido na maioria dos governos democráticos diante das recentes discussões sobre o aborto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Desse modo, Cristina Foroni Consani explana a visão de Waldron quanto à interpretação dos direitos, ressaltando que embora os direitos sejam necessários em razão das “circunstâncias da justiça”, eles devem ser identificados e interpretados no que Waldron chamou de “circunstâncias da política”³⁰.

Assim, a compreensão da democracia na perspectiva de Waldron passa pelo questionamento sobre quais direitos temos e a quem cabe decidir quais são. A resposta, segundo o que sustenta o autor, deve levar em consideração as circunstâncias políticas, bem como a existência de desacordo e a necessidade de, apesar do desacordo, estabelecer uma estrutura comum³¹.

Na visão Waldroniana de governo democrático, cabe ao o povo cujos direitos estão em discussão participar de forma igualitária na solução dos desacordos que vierem a surgir. Para o autor, a forma com a qual se decide a solução dos impasses não é mais importante do que quem decide quando há direitos em desacordo, devendo “a pergunta ‘quem decide’ ser complementada por outra, a saber, ‘como se decide’”.³²

Assim, uma vez que há discordância quanto à especificação e escolha dos direitos protegidos pela Constituição, a decisão deve ser feita por meio do processo

²⁹ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

³⁰ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

³¹ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. New York: Oxford University Press, 1999, p.330-378.

³² CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014..

político. Diante do desacordo, uma teoria da autoridade deve ser invocada e deve prevalecer sobre os critérios que são a fonte do desacordo original.³³

Nesse sentido, o princípio de autoridade invocado por Waldron diante de um desacordo é o da decisão majoritária, priorizando o respeito à individualidade do cidadão, de modo a considerar as diferenças de perspectiva. O autor justifica a escolha da decisão majoritária em sua obra, conforme:

Primeiro, respeita suas diferenças de opinião sobre justiça e bem comum; não requer que a visão sinceramente mantida de ninguém seja depreciada ou silenciada em razão da importância imaginária do consenso. Segundo, incorpora um princípio de respeito com relação a cada pessoa no processo pelo qual decidimos sobre uma visão a ser adotada como nossa, mesmo em face do desacordo.³⁴

Para o autor, o desacordo razoável e a ausência de consenso não implicam, necessariamente, num conflito entre a autoridade da decisão majoritária e demais direitos considerados fundamentais. Não faz sentido estabelecer uma relação conflituosa entre o princípio da autoridade e os direitos sobre os quais esta deverá decidir, pois se há desacordo a respeito da existência dos direitos, não há modo neutro de estabelecer o que exatamente se pressupõe estar competindo com a participação majoritária (ou qualquer outro princípio de autoridade)³⁵.

Sendo assim, “ se as pessoas discordam sobre o que os direitos requerem ou o que eles realmente são, o resultado da decisão majoritária irá parecer, ao o grupo que apoiou essa decisão, estar de acordo com a justiça e, de modo distinto, para aqueles contrários à decisão majoritária o resultado irá parecer injusto”.³⁶

Nesse sentido, Waldron frisa que tudo está em disputa na democracia, incluindo os direitos associados com o próprio conceito democrático³⁷. A retirada desses direitos do debate político, com o intuito de protegê-los, fere o ideal

³³ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

³⁴ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. New York: Oxford University Press, 1999, p.338.

³⁵ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. New York: Oxford University Press, 1999, p.340.

³⁶ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

³⁷ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. New York: Oxford University Press, 1999, p.303.

democrático e de autogoverno. A democracia tem, assim, que assumir o desacordo.³⁸

Segundo os argumentos de Waldron, assume-se que o local mais adequado para a discussão de direitos em desacordo, sejam eles referentes à procedimentos constitucionais ou direitos fundamentais, é perante o legislativo representativo.³⁹

Portanto, considera-se uma perda para a democracia quando as decisões da legislatura eleita de uma sociedade são modificadas ou derrubadas por decisões judiciais. É esse o argumento principal do qual se utiliza Jeremy Waldron para traçar a base de sua teoria crítica à supremacia do judiciário como detentor da aplicação do controle constitucional.

Para o Waldron⁴⁰, a última palavra, em matéria constitucional, não deve pertencer aos juízes, ou às cortes, mas ao próprio povo – diretamente ou através de seus representantes eleitos.

3 O PAPEL DO JUDICIÁRIO PERANTE UMA DEMOCRACIA

Uma sociedade democrática é, por definição, uma construção pluralista no sentido moral, político, social e econômico. Assim, num ambiente repleto de realidades diferentes, não causa espanto assumir que as *demandas* sociais serão também variadas e por vezes conflitantes.⁴¹ Nesse sentido, alguns dos mais primordiais objetivos de um Estado Democrático são os de assegurar o bem-estar de seus cidadãos e a efetivação dos direitos adquiridos e considerados fundamentais.

Assim, a defesa da democracia e a garantia de direitos exigem limitações à atuação estatal, sendo uma das mais importantes destas a divisão de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa separação dos Poderes, que é prevista na Constituição Federal, não ocorre por acaso e ao tempo em que é um dos pilares do regime da democracia é também importante fundamento do Estado Democrático de

³⁸ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

³⁹ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. New York: Oxford University Press, 1999, p.338.

⁴¹ DIAS, GIOVANNA; MORBACH, GILBERTO. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 4 ago. 2018.

Direito, cuja função reside em não permitir que um Poder se sobressaia sobre outro⁴².

A ideia de Tripartição dos Poderes foi inaugurada a nível constitucional nos Estados Unidos da América, quando fizeram constar em sua Constituição funções inerentes a cada um dos poderes. Esta Constituição conferiu um equilíbrio entre os poderes, com a atribuição de funções específicas para cada um deles, quais sejam: Poder Legislativo⁴³, Poder Executivo⁴⁴ e Poder Judiciário⁴⁵.

Assim, a Separação dos Poderes na Constituição Norte-Americana de 1787 tinha por essencial a independência e, ao mesmo tempo, fiscalização entre os três poderes, de forma a proporcionar para cada um deles a função de constitucional de controle sobre os demais. Ao enfatizar a importância da separação dos poderes para a existência efetiva de um Estado Democrático de Direito, Dalmo de Abreu Dallari⁴⁶ quanto ao surgimento do sistema de *checks and balances*, responsável pelo controle recíproco entre os poderes:

Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitir a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário,

⁴² DIAS, GIOVANNA; MORBACH, GILBERTO. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 4 ago. 2018.

⁴³ Artigo 1º, seção 1, da Constituição Norte - Americana de 1787: Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes. (EUA, 1787).

⁴⁴ Artigo 2º, seção 1, da Constituição Norte Americana de 1787: O Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Seu mandato será de quatro anos, e, juntamente com o Vice- Presidente, escolhido para igual período [...]. (EUA, 1787).

⁴⁵ Artigo 3º, seção 1 da Constituição Norte Americana de 1787: O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juizes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo. (EUA, 1787).

⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê a separação dos poderes, adotando um conceito que tem por base a ideia de limitação, baseada na fórmula básica de Montesquieu segundo a qual os poderes devem frear a si próprios.

Assim, quaisquer tentativas de instaurar instâncias hegemônicas de poder serão consideradas como dotadas de inconstitucionalidade, já que o constituinte é claro no sentido de neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República. Isso funciona como parâmetro de observância indispensável às normas constitucionais, sendo uma das bases mais fortes na construção da Constituição de 1988⁴⁷.

No âmbito da interpretação da divisão constitucional dos poderes, Alexandre de Moraes⁴⁸ assevera que:

A Constituição Federal, visando principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado (CF, arts 44 a 126), bem como da instituição do Ministério Público (CF, arts. 127 a 130), independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Todavia, os órgãos estatais também desempenham, subsidiariamente, funções atípicas, que não são próprias ao seu mister constitucional. Assim, o Legislativo também administra e julga⁴⁹; o Executivo julga e legisla⁵⁰ e o Judiciário legisla e administra⁵¹.

⁴⁷ OLIVEIRA, Joao D. Correa. O princípio da separação dos poderes e o controle judicial do motivo do ato administrativo. Publicado na Revista Jus Navigandi, PIAUI, 27 fev. 2018.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴⁹ Constituição Federal - Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; Constituição Federal - Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

⁵⁰ Constituição Federal - Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Constituição Federal - Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 2º A delegação ao Presidente da República

Importante observar que o Estado é, portanto, uno e indivisível. Assim, a separação dos poderes deve ser compreendida do ponto de vista funcional, ou seja, ainda que o poder seja único em sua substância, este tem o exercício das suas funções tripartido em órgãos distintos e formalmente separados. Assim, cada órgão atua dentro de sua respectiva esfera de competência e permite que o poder soberano seja contemplado em sua totalidade⁵².

A previsão da independência do Executivo, Legislativo e Judiciário⁵³ exige que haja atuação dos três poderes de forma harmônica e coordenada. A independência, portanto, se dá de maneira a permitir que os mesmos se organizem e funcionem separadamente, ainda que por vezes acabem por atuar conjuntamente.

Assim, para melhor compreender o papel conferido à cada um dos três poderes, mister se faz a compreensão de que uma sociedade plural é capaz de apresentar opiniões muito distintas em questões divisivas, possuindo diversas vozes provenientes de diferentes *backgrounds*. Diante da ausência de unanimidade de opiniões, procura-se uma forma justa de se estabelecer quais serão as resoluções para os desacordos dessa sociedade, e assim surge a figura do legislativo que é - ou deveria ser - a instituição à qual as democracias modernas atribuem a função representativa, de modo a efetivamente garantir que as diferentes vozes se façam ouvir.⁵⁴

Ainda nesse sentido, a sociedade democrática clama por direitos e conceitos, ao mesmo tempo em que se encontra dividida em muitos grupos que discordam sobre quais são as melhores *concepções* acerca dessas demandas, fato que se demonstra na percepção de que todos concordam com a justiça, mas discordamos

terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

⁵¹ Constituição Federal - Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; (...) f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juizes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

⁵² OLIVEIRA, Joao D. Correa. O princípio da separação dos poderes e o controle judicial do motivo do ato administrativo. Publicado na Revista Jus Navigandi, PIAUI, 27 fev. 2018

⁵³ Constituição Federal - Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁵⁴ DIAS, GIOVANNA; MORBACH, GILBERTO. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 4 ago. 2018.

profundamente sobre *o que ela significa*⁵⁵. Nesse sentido, ainda que a conceitualização de “justiça” exprima alguma subjetividade, o direito à qual se relaciona deverá ser objetivamente aplicado conforme o que se expressa na forma da lei.

Nessa seara, a carta magna brasileira segue os passos da Constituição americana e delega ao Judiciário a atuação como guardião do constitucionalismo e da tutela de sua força normativa, sendo contemplado com a função nobre de auxiliar a sociedade no processo democrático. Ocorre que, sob a justificativa da necessidade de se concretizar direitos fundamentais, conferiu-se aos juízes discricionariedade para invocar o justo contra a lei, tornando as cortes cada vez mais políticas e menos apegadas aos códigos⁵⁶.

O Poder Judiciário, portanto, surge como detentor das normas e responsável pela efetiva aplicação das mesmas. Assim, justamente pela impossibilidade de se identificar uma voz única em meio à multiplicidade contemporânea é que “a responsabilidade política subjacente ao papel institucional do juiz impõe que suas respostas sejam *jurídicas* — ou seja, aquelas que foram previamente delineadas e estabelecidas através das vias legislativas”.⁵⁷

Infere-se, portanto, que o Direito é autônomo e não se pode confundir com nenhuma outra função se não a jurisdicional. Isso porque de nada adianta a Constituição e o processo democrático se admitirmos que as questões jurídicas possam ser julgadas por parâmetros extrajurídicos e correspondentes à consciência e à vontade do julgador⁵⁸.

Entretanto, numa sociedade politicamente vulnerável e cuja desaprovação dos representantes políticos atinge níveis alarmantes, a atuação política do judiciário pode parecer segura e eficaz. Assim dá-se abertura para que ocorra a expansão do poder conferido aos magistrados a partir da assunção do papel normativo da

⁵⁵ DIAS, GIOVANNA; MORBACH, GILBERTO. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 4 ago. 2018.

⁵⁶ TRINDADE, André Karam. Do protagonismo ao ativismo judicial. In. REDIN, Giuliana; BRUCH, Kelly Lissandra. Direitos Fundamentais e Espaço Público. Passo Fundo: Editora Imed, 2010.

⁵⁷ DIAS, GIOVANNA; MORBACH, GILBERTO. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 4 ago. 2018

⁵⁸ ABOUD, GEORGES. Lenio Streck e a jurisdição constitucional: o círculo democrático não se fecha!. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 2018.

Constituição, a qual acaba por acarretar numa mudança comportamental da função judiciária, que de emudecida passividade passa à judicialização excessiva.

Ainda que os juízes não devam decidir conforme sua consciência, e sim conforme o direito positivado, uma sociedade em crise representativa por vezes procura soluções alternativas e escolhe conferir maior poder ao judiciário. Assim se traz nas palavras de Gilberto Morbach e Giovanna Dias⁵⁹:

Se reconhecemos a crise de representatividade pela qual atravessamos e, ao mesmo tempo, reconhecemos também que há boas razões para que os cidadãos não se sintam representados de forma legítima, não seria melhor que outorgássemos a tarefa representativa a outro órgão?

De acordo com André Karam Trindade⁶⁰, muitas vezes a atividade política praticada em sede de jurisdição constitucional resulta numa interferência cujos efeitos colocam em cheque a clássica concepção de separação dos poderes, conexões recíprocas e controles mútuos.

Assim, a outorga de poder político e indiscricionabilidade das decisões afeta a postura dos tribunais constitucionais, configurando ameaça às estruturas de um regime democrático pautado pela separação entre os poderes. Dessa forma, Streck⁶¹ também profere críticas e alerta ao fato de que:

Os juízes e tribunais não devem nem podem julgar segundo a consciência ou segundo seus sentimentos. Isso não é democrático nem republicano, pelo simples fato de que o que se passa na 'consciência' do juiz pode não coincidir com a estrutura legal-constitucional do país.

Conclui-se então que a livre atuação dos juízes e tribunais surge de modo a substituir a atividade legislativa, à medida que poderiam estar “criando normas”, trazendo instabilidades sem precedentes, significando um atentado ao Estado

⁵⁹ DIAS, GIOVANNA; MORBACH, GILBERTO. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 4 ago. 2018.

⁶⁰ TRINDADE, André Karam. Do protagonismo ao ativismo judicial. In. REDIN, Giuliana; BRUCH, Kelly Lissandra. Direitos Fundamentais e Espaço Público. Passo Fundo: Editora Imed, 2010

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83.

Democrático de Direito. Sob esta perspectiva, Waldron⁶² é incisivo quanto ao devido respeito que se deve ter à legislação:

[...] dignidade da legislação, o fundamento da sua autoridade e o seu direito de ser respeitada por nós têm muita relação com o tipo de conquista que é. Nosso respeito pela legislação é, em parte, o tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna.

Waldron compreende a existência e consequências de uma sociedade que já não reconhece o seu parlamento como representativo, mas chama a atenção para a armadilha de comparar a prejudicada imagem do parlamento com uma imagem idealizada das cortes. Segundo a teoria waldroniana, a única comparação justa se faz quando o pior do Judiciário é comparado ao pior do Legislativo, e que aquilo que o Legislativo tem de melhor deve ser comparado àquilo que de melhor tem o Judiciário, de forma a não deixar se perder o papel constitucional de cada um⁶³.

A divisão dos poderes acaba por delegar a função representativa ao parlamento, de modo que aceitar tal divisão é um dos ônus da democracia. Por outro lado, essa divisão que limita a atuação das cortes é a mesma que lhes confia o nobre posto de guardião da Carta Constitucional.

Há que se imaginar que uma norma tão poderosa exige uma espécie de controle de adequação das demais normas, de modo a garantir a unidade e harmonia do sistema jurídico. É nesse sentido que surge a missão primordial do Poder Judiciário de zelar pela constituição, ainda que não lhe seja permitido adulterar as suas normas.

3.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O texto constitucional é agente delimitador das possibilidades de elaboração de todo o ordenamento jurídico, assumindo o papel de condição de validade de todos os atos legislativos e administrativos. Assim ressalta José Afonso da Silva⁶⁴ quando assinala que "a constituição é o vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos".

⁶² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, 115, 2006, p. 1346-406.

⁶³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, 115, 2006, p. 1346-406.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

Para a efetiva tutela constitucional, surge o instrumento de “Controle de Constitucionalidade” como o juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional, atuando esta última como parâmetro de validade da primeira. É, portanto, o mecanismo guardião da constituição e se orienta pela supremacia e rigidez constitucionais⁶⁵.

Nesse sentido, compreende-se supremacia da constituição como qualidade que revela o *status* mais elevado do texto constitucional no ordenamento jurídico, elevando-o à posição hierárquica superior a todas as outras normas do sistema. Assim trata José Afonso da Silva⁶⁶ quanto a predominância da lei constitucional:

É a lei suprema, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

A rigidez constitucional, por outro lado, traduz-se na exigência de distinto e preciso processo de modificação das normas constitucionais. Infere-se que a fim de permitir-se que a constituição possa figurar como paradigma de validade, se faz necessário que o processo de formação ou modificação de normas constitucionais seja mais complexo do que o utilizado na elaboração de normas infraconstitucionais⁶⁷.

Assim, são qualidades que se sustentam, já que a rigidez constitucional é que garante supremacia formal à constituição ao mesmo tempo em que a própria supremacia exige o rigor. Afinal, se as normas constitucionais fossem elaboradas da mesma forma que as infraconstitucionais, a superveniência de lei ordinária contrária a um mandamento constitucional acarretaria, não em inconstitucionalidade, mas sim em revogação por ato posterior⁶⁸. Portanto, a expressão "controle jurisdicional" da constitucionalidade se aplica aos sistemas que estabelecem a determinação de

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

controle de acordo com a lei, o qual é determinadamente exercido por órgãos jurisdicionais instituídos pela própria carta.

O autor Fernando Alves Correia⁶⁹ assinala que na atualidade podemos encontrar o controle de constitucionalidade fundamentado em três princípios essenciais: a concepção normativa da Constituição; a elevação da Constituição a parâmetro de validade de todos os atos do poder público; a garantia judicial da Constituição, devendo a tarefa de “guarda da Constituição” recair sobre um órgão específico. Dessa forma, percebe-se o controle de constitucionalidade das normas como uma das atribuições da Justiça Constitucional.

Ainda que se encontre em situação de paridade com outros instrumentos garantidores, a justiça constitucional é o meio mais utilizado para assegurar que a constituição será respeitada e aplicada. Apesar disso, é importante notar que a tutela jurisdicional não se resume apenas à garantia judicial, ou seja, a justiça constitucional não esgota a garantia da constituição mas, de acordo com Felipe Ferreira Munguba⁷⁰:

Constitui uma modalidade de garantia ao lado de outras igualmente cruciais como o princípio da separação dos poderes, a vinculação de todos os poderes públicos à Constituição, os limites da possibilidade de emenda constitucional e as situações de anormalidade constitucional (intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio).

Para melhor compreensão das formas possíveis de controle de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso⁷¹ delineou os respectivos meios de controle levando em consideração critérios objetivos, subjetivos e processuais. Assim, no que tange à natureza do controle de constitucionalidade, este divide-se em controle político e judicial.

Na primeira hipótese, como o próprio nome sugere, o controle da constitucionalidade é efetuado por órgão(s) de natureza política, sendo o parlamento o melhor exemplo nesse sentido. Para Gomes Canotilho⁷², esse sistema é também

⁶⁹ CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*. Coimbra: Almedina, 2002.

⁷⁰ MUNGUBA, Felipe Ferreira. Aspectos gerais do controle de constitucionalidade. *Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico*, [S. l.], 2016.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da juris prudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

designado por sistema francês”, sendo derivado do pensamento rousseauiano de lei como instrumento da vontade geral do povo.

Oposto ao modelo que afirma a supremacia do parlamento, o Controle Judicial aproxima ressaltando o princípio maior da supremacia da Constituição, cabendo ao Judiciário o papel de seu intérprete qualificado e final.

No que tange ao momento em que é exercido, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo, ocorrendo o primeiro anteriormente à entrada em vigor da norma, sendo proveniente do modelo francês, onde é exercido pelo Conselho Constitucional.

Por outro lado, ocorrerá controle repressivo (ou sucessivo) quando “o exame da fiscalização de constitucionalidade fez-se, assim, num momento sucessivo ao aperfeiçoamento do acto normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor.”⁷³

Se tratando de forma e modo, o controle de constitucionalidade pode ser exercido por via incidental, de exceção ou defesa, ou por via principal ou de ação. O controle *incidenter tantum* terá vez quando, no decurso de um processo (caso concreto), houver necessidade de apreciação da (in)constitucionalidade de uma norma, na medida em que esta esteja umbilicalmente ligada com a justa composição da lide⁷⁴.

Oposto a isso, tangente à apreciação do controle de constitucionalidade por via ação, a declaração de inconstitucionalidade assume papel de objeto efetivo da demanda. Costuma-se afirmar que na ação de inconstitucionalidade, por tratar-se de procedimento eminentemente objetivo, não há lide nem há partes.

Quanto ao órgão judicial responsável, apresentam-se duas espécies de controle judicial que culminam na diferenciação entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A modalidade de controle difuso pode ser verificada quando se reconhece a competência de qualquer juiz ou tribunal (superior, inferior, estadual ou federal) para declarar a inconstitucionalidade de uma lei e, por via de consequência, desaplicá-la em determinado caso concreto⁷⁵.

⁷³ MUNGUBA, Felipe Ferreira. Aspectos gerais do controle de constitucionalidade. Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico, [S. l.], 2016.

⁷⁴ MUNGUBA, Felipe Ferreira. Aspectos gerais do controle de constitucionalidade. Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico, [S. l.], 2016.

⁷⁵ MUNGUBA, Felipe Ferreira. Aspectos gerais do controle de constitucionalidade. Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico, [S. l.], 2016.

Assim assinala Barroso⁷⁶ quanto à justificativa para a adoção da forma concentrada de controle de Constitucionalidade:

Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juiz constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema.

A existência do controle de constitucionalidade além de intimamente ligada aos princípios de supremacia da constituição e de rigidez constitucional, exerce a notável função de defesa e concretização dos direitos fundamentais, exercendo sua força de supressão sobre qualquer ato normativo que possa frustrar a máxima aplicabilidade àqueles direitos resguardados, de forma expressa ou implícita, pela Constituição Federal⁷⁷.

Assim, o controle de constitucionalidade é apresentado como um instituto destinado a corrigir e aprimorar as decisões tomadas pelos demais poderes. Essa vocação seria justificada pela convicção de que o instituto de controle de constitucionalidade constante do ordenamento constitucional, pelo menos na defesa dos direitos individuais, produziria melhores resultados quando o Poder Judiciário é dotado de poder para controlar as normas emanadas pelo Legislativo.

Questiona-se até que ponto os atos de controle do Poder Judiciário sobre os demais poderes da República limitam-se ao campo jurídico e se, de fato, não acabam por transformá-lo em ente político. O autor Lênio Streck⁷⁸ reitera que o direito não está à disposição do julgador e, nesse sentido, o papel de relevância assumido pelo Poder Judiciário enseja cuidado.

Luís Roberto Barroso⁷⁹, apresenta uma síntese acerca da dificuldade contramajoritária:

A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...)

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da juris prudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷⁷ MENDES, Thays Cristina Ferreira. O controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. Aspectos distintivos entre o método difuso e o método concentrado. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83. jul./dez. 2009.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da juris prudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

[Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial’.

Porém, os críticos contemporâneos do controle o atacam afirmando que o texto constitucional deve ser “*enforced*” diretamente pelo povo ou por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos. De toda sorte, o instituto do controle de constitucionalidade, para a teoria da democracia, é considerado um “*bete noire*”, haja vista que mesmo os seus mais ardorosos defensores se sentem desconfortáveis quando chamados a defender esse instituto, que parece depender, ou mesmo expressar, um profundo descrédito ou desdém para com os representantes eleitos pelo povo.

3.2 A CRÍTICA AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade, da forma como vem sendo apresentado, acaba por impor “[...] posturas axiologistas e voluntaristas que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e com a discricionariedade judicial”⁸⁰ e nos força a retornar à discussão quanto aos limites imputados ao Poder Judiciário.

A controvérsia central a respeito do controle de constitucionalidade diverge quanto ao papel que esse instituto deve exercer num sistema democrático de governo. Assim, trata-se como cerne da discussão a existência do embate entre dois dos poderes da República, sendo que de um lado da arena encontra-se um Poder Legislativo representativo e composto por membros eleitos, e do outro um Poder Judiciário cuja composição se faz por meio de concurso e indicações do Executivo⁸¹.

A ideia de competição entre os dois poderes acaba por resultar na imagem do controle de constitucionalidade como um guardião capaz de restringir a ação dos demais poderes, em particular do Legislativo, em virtude da noção de que o

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83. jul./dez. 2009.

⁸¹ TORRES, Ademar De Miranda. O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

Judiciária estaria distante de possuir um viés político, sendo suas decisões imparciais e de cunho moderador. “Recentemente, o guardião é visto primordialmente como protetor dos direitos individuais diante da disposição inerente aos legisladores de violá-los”⁸².

Indo de encontro à tese que impõe ao Poder Judiciário a função de “guardião”, o autor Jeremy Waldron construiu uma tese que visa atacar o instrumento de controle de constitucionalidade pelas cortes por diversos argumentos, ressaltando a sua postura nefasta para as sociedades. “Em síntese provocativa, Waldron sugere a abolição por completa do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, reservando as questões constitucionais para serem resolvidas no âmbito exclusivamente político, a partir da redescoberta da dificuldade contramajoritária”⁸³.

3.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE x ATIVISMO JUDICIAL

Dentre os argumentos de Waldron, uma das mais preocupantes consequências participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização de valores constitucionais, bem como da interferência de atuação deste no espaço dos outros dois poderes, é a permissividade que se concede para que as cortes constitucionais passem a decidir por razões diferentes das que pregam os códigos. Assim, o fenômeno do ativismo judiciário vem a se expressar de diversas maneiras e por diferentes conduta, que conforme o que narra Barroso⁸⁴ incluem:

- a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Dentro desse âmbito é possível notar um aspecto positivo do ativismo judicial, o que se expressa na concepção de que o Poder Judiciário “[...] está

⁸² TORRES, Ademar De Miranda. O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

⁸³ TORRES, Ademar De Miranda. O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica a da jurisprudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais⁸⁵. Por outro lado, há também que se considerar o sentido negativo desse fenômeno, que decorre de uma exposição das dificuldades do Poder Legislativo, acabando por enfraquecê-lo.

Assim, ocorre um enfraquecimento sistemático do parlamento, que deixa de ser lugar privilegiado para a solução de demandas importantes da sociedade, e passa a ser sinônimo de ineficiência. Torna-se uma competição injusta entre um Poder Legislativo desmoralizado e a celeridade garantida por meio do ativismo do Judiciário. Jeremy Waldron⁸⁶ assim expõe quanto ao ativismo judicial:

[...] a jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros - na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios.

Nesse sentido, Barroso é cirúrgico ao afirmar que “decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados [...] e não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”⁸⁷. Assim, no momento em que permite que o judiciário controle as decisões legislativas e o faça baseado em razões extrajurídicas, o controle de constitucionalidade pode ser considerado instrumento poderoso para o crescimento do ativismo judicial.

Esse crescimento pode vir a surtir efeitos colaterais indesejáveis e que se traduzem na “elevação de riscos para a legitimidade democrática, o crescimento da politização indevida da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para lidar com determinados temas”.⁸⁸

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

⁸⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 1346-406.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

⁸⁸ TORRES, Ademar De Miranda. *O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron*. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

Assim, a crítica ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário põe em tela os questionamentos quanto à sua legitimidade numa democracia.

3.4 Controle de Constitucionalidade x Tirania da Maioria

Em sua obra "*Law and disagreement*", Jeremy Waldron afirma que o direito e os desacordos andam juntos, sendo a simples existência de desacordos a pura essência da existência dos direitos. "Com tantos desacordos entre os homens, não sendo exagero dizer que se vive mesmo num mundo de desacordos [...] a legitimidade para dispor sobre eles só pode ser da legislação"⁸⁹.

Assim, a teoria waldroniana exalta o direito à participação nas decisões públicas como o "direito dos direitos", sendo o debate público uma imposição da própria democracia. Assim, o pequeno peso de um voto individualmente considerado não aflige o indivíduo, pois este sabe que não goza, sozinho, de um poder decisivo sobre o objeto da deliberação⁹⁰.

Nessa seara, um dos argumentos mais utilizados pelos defensores do controle de constitucionalidade é o de que este instituto surge de modo a assegurar a proteção das minorias em face da "tirania das maiorias". O termo em questão é derivado da organização dos processos legislativos democráticos em bases majoritárias, mas na visão apresentada por Waldron, "tirania é aquela que ocorre quando alguém tem os seus direitos negados"⁹¹.

Nesse sentido, Jeremy Waldron prevê uma situação paradoxal onde se considera inevitável o surgimento das tiranias. Segundo o autor, na existência de um desacordo o lado que defende uma determinada compreensão de um direito sempre pensará que os opositores a essa posição serão potencialmente tirânicos. De forma a elucidar o argumento, Waldron⁹² exemplifica:

Os defensores do direito ao aborto pensam que os defensores da vida do feto respaldam um posicionamento tirânico em relação a mulheres; mas os defensores da vida do feto (considerado pessoa em sua visão) pensam que os defensores do direito ao aborto sustentam uma posição tirânica em relação aos fetos. Alguns

⁸⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 199/9a.

⁹⁰ TORRES, Ademar De Miranda. *O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron*. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

⁹¹ TORRES, Ademar De Miranda. *O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron*. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

⁹² WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 199/9a.

pensam que a ação afirmativa seja tirânica, outros pensam que a não implementação de programas de ação afirmativa seja tirânica.

Essa paradoxalidade é permissiva no sentido de que dá abertura para que as instituições democráticas eventualmente tomem decisões incorretas sobre direitos, dando oportunidade à atuações tirânicas, como se percebe num processo decisório envolvendo desacordos acerca de direitos fundamentais. Questiona-se se essa inevitabilidade de desfecho tirânico é onerada pelo fato de ser decisão imposta por uma maioria, e nessa linha Waldron⁹³ responde que não necessariamente:

[...] o aspecto majoritário realmente atenua a tirania, porque indica que havia pelo menos uma coisa não-tirânica sobre a decisão: ela não foi feita de uma maneira que tiranicamente excluiu certas pessoas da participação como iguais.

Na análise de Waldron, a afirmação de que as majorias oprimem ou subordinam as minorias também é analisada. Nesse sentido, o autor afirma que o “uso dos termos minorias e majorias não estão necessariamente vinculados a processos políticos de decisão”⁹⁴. Assim, ele faz a distinção dos conceitos de maioria e minoria “decisórias”, sendo estes os grupos que ganham ou perdem no processo decisório, os conceitos de maioria e minoria “prevalecentes”, que se referem aos grupos cujos direitos estão em disputa.

Nessa seara, Waldron chama a atenção para a relevância dos casos em que os conceitos se fundem e majorias ou minorias decisórias coincidem com as majorias ou minorias prevalecentes. Assim, a fim de demonstrar as condições onde ocorre de fato uma tirania, o autor⁹⁵ exemplifica:

Suponha que há discordância em uma sociedade sobre o significado dos direitos de uma minoria tópica. Assumindo que essa discordância tenha que ser resolvida, a sociedade terá de deliberar sobre o assunto e aplicar um procedimento decisório para a questão. Suponha também que a sociedade use o instrumento da Decisão Majoritária (DM) para resolver este assunto, sendo que determinado indivíduo participe da tomada de decisão, utilizando o seu voto, e o lado que ele apoia na contenda (discórdia) perde. Nesse contexto, esse cidadão torna-se, portanto, um membro da minoria decisional sobre esse assunto. Contudo, nada de tirânico pode ser demonstrado em relação a esse indivíduo. Para que houvesse tirania, dever-se-ia demonstrar que duas coisas adicionais tivessem ocorrido: (1) que a decisão majoritária fosse realmente errada e

⁹³ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. New York: Oxford University Press, 1999, p.455.

⁹⁴ TORRES, Ademar De Miranda. O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

⁹⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, 115, 2006, p. 1346-406.

tirânica em suas implicações para os direitos das pessoas afetadas; e (2) que o indivíduo era realmente um membro da minoria tópica cujos direitos foram prejudicados por esta decisão errada.

O exemplo de Waldron demonstra com clareza que numa discussão sobre tirania das majorias deve-se ter em mente que não há nada de tirânico ou opressor no simples fato de que a opinião individual pode não ser adotada pela comunidade à qual pertence.

Assim, deve-se levar em consideração que nem sempre as pessoas possuem os direitos que acreditam ter, que por vezes podem estar equivocadas sobre os próprios direitos ou quem sabe as majorias estejam mesmo com a razão, mas que de forma alguma a existência dos fatores citados seja pressuposto de decisão injusta ou tirânica. Pelo contrário, embate de decisões, o cidadão deve compreender que “o pressuposto de que sua opinião não prevaleça não é um por si só uma ameaça aos seus direitos, ou a sua liberdade ou ao seu bem-estar, desde que a sua opinião tenha sido apreciada nas mesmas condições de igualdade das emitidas pelos demais membros da comunidade”⁹⁶.

Por fim, o autor considera que apontar para as imperfeições da democracia em prol da defesa do ativismo judicial é uma forma de limitar o poder de cidadãos sobre questões de grandiosa importância política e moral. Assim expõe Ademar de Miranda Torres⁹⁷ sobre o assunto:

“Desse modo, ao invés de se falar sobre dificuldades contra-majoritárias, dever-se-ia distinguir entre cortes decidindo por voto majoritário e cidadãos ordinários decidindo por voto majoritário pois, ao final, é também desse modo que são decididos casos controversos dentro dos tribunais constitucionais. Então, a questão é quem consegue participar? E não como se decide em caso de desacordo, porque a resposta para como, é sempre, por maioria. (TORRES, 2012)

3.5 REVISÃO JUDICIAL EM SENTIDO FORTE E EM SENTIDO FRACO

Como proposta de harmonização da relação entre democracia, direitos e atuação do poder judiciário, Waldron demanda a recusa do que chama de “revisão judicial em sentido forte” e utilização da “revisão judicial em sentido fraco”.

⁹⁶ TORRES, Ademar De Miranda. O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

⁹⁷ TORRES, Ademar De Miranda. O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

No tangente à revisão judicial em sentido forte, esta é definida como aquela em que:

[...] as cortes possuem autoridade para não aplicar um estatuto a um caso particular ou para modificá-lo (na sua aplicação) a fim de adequá-lo aos direitos individuais; as cortes possuem autoridade para deixar de aplicar um estatuto; c) ou ainda, as cortes possuem autoridade para derrubar leis em sua totalidade ou em parte.⁹⁸

Jeremy Waldron rebate a conexão obrigatória entre revisão judicial e expõe a ausência de averiguação eficaz desta mesma relação. Para o autor esta é uma questão mal colocada, já que a afirmação de que a revisão judicial é capaz de tornar uma sociedade mais justa é algo de difícil verificação.

Assim, elucida-se que há decisões tomadas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade que são de fato capazes de promover um efeito positivo, mas que o ilimitado poder que se entrega às cortes pode surtir o efeito reverso, estando a noção de “justiça” refém da personalidade da corte suprema. Tal efeito pode ser verificado no Direito americano, *pai da judicial review*, em termos que:

(...) se decisões como a de *Brown vs. Board of Education*⁹⁹ foram capazes de promover a igualdade racial e combater a segregação, por outro lado, durante o período conhecido como “Lochner era¹⁰⁰”, entre 1885 e 1930, cortes americanas estaduais e federais revogaram aproximadamente 150 partes de leis que protegiam as relações e condições de trabalho tais como salário mínimo, proibição de trabalho infantil entre outras.¹⁰¹

Assim sendo, ambos os exemplos de justiça e de injustiça podem facilmente ser encontrados na jurisprudência de cortes constitucionais e justamente por isso não se pode permitir que a defesa da revisão judicial seja feita apenas sob o argumento da promoção de justiça. Cabe, portanto, verificar a compatibilidade entre revisão judicial e democracia¹⁰².

⁹⁸ TORRES, Ademar De Miranda. O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron. 2014. Trabalho De Conclusão De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

⁹⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka* (de 1954) foi um caso marcante julgado na Suprema Corte dos Estados Unidos onde foi decidido ser inconstitucional as divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas pelo país.

¹⁰⁰ A Era Lochner é um período na história legal americana que, durante 1905 a 1937, a Suprema Corte dos Estados Unidos tendeu a invalidar a regulação econômica acerca do estabelecimento de certas condições de trabalho ou salários, bem como a limitação da jornada.

¹⁰¹ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

¹⁰² CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

A partir dessa perspectiva, Waldron categoriza duas fragilidades referentes à revisão judicial em sentido forte: primeiramente, este modo de controle não é adequado para a avaliação dos direitos sobre os quais há uma discordância na sociedade; em segundo lugar, é politicamente ilegítima, já que se trata de uma decisão majoritária de um número específico de oficiais não eleitos pelo voto popular e, logo, fere o princípio da representação e da igualdade política. (WALDRON, 2006, p. 1351)

Nesse sentido, Waldron não nega a necessidade de revisão e interpretação judicial, mas se posiciona contrariamente à primazia do Poder Judiciário quanto a este tipo de controle. Assim, “embora a revisão e interpretação judicial seja necessária, não se pode inferir disso que outras instituições não possam também ter o poder de revisar entendimentos oficiais sobre direitos”¹⁰³. Waldron acredita que designar às cortes à decisão única de direitos fundamentais significa colocá-los além do alcance da reinterpretação e revisão democrática.

Portanto, para Waldron, uma sociedade deve assumir a necessidade de emendas constitucionais ou não e, uma vez que as considere necessárias, estas devem ser feitas por instituições representativas democráticas. Dessa forma é possível chegar à conclusão de que as razões capazes de justificar o controle de constitucionalidade não seriam respeitadas pelos cidadãos, haja vista que os procedimentos legislativos e arranjos eleitorais são capazes de garantir com eficiência os valores democráticos em discussão, enquanto o judicial review é um modo de envolvimento do cidadão que é indisciplinado pelos princípios da igualdade política geralmente considerados cruciais para a democracia¹⁰⁴.

Contudo, Waldron¹⁰⁵ admite a prática da revisão judicial em sentido fraco. Para o autor essa “modalidade” de controle de constitucionalidade permite que as cortes inspecionem a legislação no que diz respeito à sua conformidade com os direitos fundamentais, porém não permite que deixem de aplicá-la ou que possam adequar sua aplicação simplesmente porque de outro modo direitos seriam violados.

¹⁰³ CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.2014.

¹⁰⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, 115, 2006, p. 1346-406.

¹⁰⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, 115, 2006, p. 1346-406.

Assim, Waldron propõe um modelo que confere aos juízes autoridade precisa e limitada.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

As modalidades de controle de constitucionalidade dispostas anteriormente dividem esse instrumento jurisdicional em controle difuso e controle em forma concentrada. Entretanto, alguns países acabam por fundir os dois modelos, e nesse sentido a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu um sistema misto de controle de constitucionalidade, onde o controle judicial pode ser efetivado tanto na forma difusa quanto na forma concentrada.

Para melhor elucidar o sistema, explana-se que o controle concentrado se dá através de “um processo objetivo em que se busca a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, de forma abstratamente considerada, contrastando-o com a Carta Magna”¹⁰⁶.

Assim, o processo se dá perante o Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ou através de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A declaração do Supremo Tribunal Federal opera de modo erga omnes, ou seja, atinge a todos.

Ainda, essa modalidade de controle de constitucionalidade em sua forma concentrada é, por vezes, denominada “controle abstrato”, vez que não necessita de caso concreto posto à apreciação do órgão judicial (BARROSO, 2004, p.72). Nesta modalidade, portanto, o Supremo Tribunal não torna a lei inconstitucional, apenas reconhece a inconstitucionalidade, já que “a norma impugnada, na verdade, já estava inquinada do vício da inconstitucionalidade, havendo, naquele momento, apenas a declaração da sua incongruência com a Constituição Federal”¹⁰⁷.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso defende o caráter meramente declaratório da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, não considerando que tal decisão possa ter qualquer peso de caráter constitutivo. Apesar disso, o

¹⁰⁶ MENDES, Thays Cristina Ferreira. O controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. Aspectos distintivos entre o método difuso e o método concentrado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008.

¹⁰⁷ MENDES, Thays Cristina Ferreira. O controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. Aspectos distintivos entre o método difuso e o método concentrado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008.

Supremo Tribunal Federal veio ao longo do tempo mitigando a regra e reconhecendo situações jurídicas consolidadas pela norma julgada inconstitucional.

O controle difuso, por seu turno, refere-se à um caso concreto no qual as partes submetem "uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva" à apreciação do Poder Judiciário. Assim, o controle difuso também é reconhecido como controle incidental, podendo se dar em qualquer processo posto à apreciação de magistrados¹⁰⁸.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes¹⁰⁹ esclarece que:

O controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

O controle difuso de constitucionalidade é, portanto, aquele em que se permite ao judiciário, no âmbito do exercício jurisdicional, fiscalizar a constitucionalidade de determinados atos em face de casos concretos, podendo ser exercido em qualquer tipo de ação¹¹⁰. Assim, a principal característica do controle difuso se descreve no fato de que a inconstitucionalidade é levantada num processo já existente, gerando um procedimento *incedenter tantum* e produzindo efeitos "*inter partes*" e "*ex tunc*".

Nesse sentido, de acordo com Luís Roberto Barroso "o controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios"¹¹¹. Portanto, o controle difuso ou incidental tem como pressuposto a existência de uma ação judicial na qual se tenha suscitado a inconstitucionalidade, abrindo espaço para discussão e posterior fundamentação do acolhimento ou rejeição do pedido.

Além da compreensão do sistema misto, incidental e concentrado de constitucionalidade, para melhor compreender a forma em que o mecanismo é

¹⁰⁸ MENDES, Thays Cristina Ferreira. O controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. Aspectos distintivos entre o método difuso e o método concentrado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

¹¹⁰ MENDES, Thays Cristina Ferreira. O controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. Aspectos distintivos entre o método difuso e o método concentrado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

aplicado no direito constitucional brasileiro, é necessária a compreensão das chamadas ações constitucionais, as quais permitem a realização do controle de constitucionalidade pela via direta.

Assim, as possibilidades de inconstitucionalidade podem ser buscadas através de ação direta de inconstitucionalidade de forma geral, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação declaratória de constitucionalidade e, por fim, argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou ADIn, é a forma comum e a mais utilizada, podendo operar frente à normas federais ou estaduais. Uma ADIn poderá ser invocada por entes legítimos a fazê-lo, sendo os efeitos da decisão “*erga omnes*” e *vinculantes*.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON ou ADC), por sua vez, possui semelhanças com a ADIn, mas tem como objeto justamente o contrário, qual seja, a declaração de que a norma está de acordo com a carta constitucional. A norma em questão deve ser unicamente federal, e a decisão possui efeito vinculante, “*erga omnes*” e “*ex tunc*”. Para o justificar o cabimento de uma ADC deve existir relevante controvérsia judicial, não sendo suficiente a mera divergência doutrinária¹¹².

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade interventiva, esta só poderá se dar mediante à violação de princípios constitucionais sensíveis, momento no qual o Presidente da República determinará a intervenção federal, quando a ordem que suspende a execução do ato impugnado não for suficiente para restabelecer normalidade no ordenamento.

Já tratando de à argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), esta é a única modalidade de ação preceituada em norma constitucional de eficácia limitada. Possui os mesmos legitimados da ADIn e da ADECON, vigorando o princípio da subsidiariedade, sendo vedada a impetração da ADPF quando ainda subsistirem outros meios e remédios jurídicos para sanar a inconstitucionalidade.

Por fim, para os fins do presente trabalho, dá-se maior enfoque para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Numa ADO o objetivo não consiste em

¹¹² MENDES, Thays Cristina Ferreira. O controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. Aspectos distintivos entre o método difuso e o método concentrado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008.

retirar a norma do ordenamento jurídico, pois tal atitude não seria suficiente para restabelecer a integridade do ordenamento. Assim, procura-se regulamentar determinada situação jurídica, para que os indivíduos possam ser alcançados pelos direitos estabelecidos na Constituição¹¹³.

Importante ressaltar que em sede de controle difuso, o instrumento adequado seria o mandado de injunção. A omissão por parte do Poder Público pode ser total ou parcial. Os efeitos são *ex tunc* e *erga omnes*.

Dessa forma, é seguro dizer que a inconstitucionalidade por omissão é o instrumento constitucional que melhor estabelece a relação entre o poder político e o controle de constitucionalidade, podendo aproximá-los ou distanciá-los conforme a sua aplicação. Isso se dá por ser mecanismo que permeia os poderes Legislativo e Judiciário, sendo que por vezes acaba por colocar os dois poderes em disputa pelo controle numa arena jurisdicional.

4.1 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E OMISSÃO

Conforme explanado em tópico anterior, no que tange à inconstitucionalidade, esta se resume na declaração de não admissibilidade da incompatibilidade entre o ato normativo infraconstitucional e a Lei Maior, a qual se dá pautada em regras e princípios. Todavia, um ato pode ser considerado inconstitucional por motivos além da inconformidade com os ditames da carta magna, “devendo ser considerado inconstitucional também aquilo que a doutrina chama de ‘omissão da aplicação de normas constitucionais’, toda vez que a Constituição assim determinar”¹¹⁴.

Tratando de inconstitucionalidade por ação, dada a sugestão do próprio nome, esta vincula-se à ideia de uma ação ou comportamento positivo por parte do Poder Público que vai de encontro aos princípios constitucionais. Nesse sentido, frisa-se segundo José Afonso da Silva¹¹⁵:

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem

¹¹³ MENDES, Thays Cristina Ferreira. O controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. Aspectos distintivos entre o método difuso e o método concentrado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008.

¹¹⁴ DURAN, Renato Baptista Toledo. *O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 fev. 2010.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Vale ressaltar que a inconstitucionalidade por omissão pode se dividir em formal e material. Tratando-se da primeira hipótese, a formalidade pode ser caracterizada quando editada por autoridades competentes ou desrespeitado o processo de formação de leis pré-estabelecido na carta constitucional. Nesse caso, nada poderá ser aproveitado da lei, configurando uma inconstitucionalidade total¹¹⁶.

Já se tratando de inconstitucionalidade por ação em sua forma material, esta pode ser verificada quando a lei, ainda que criada por autoridade competente e procedimento estabelecido, apresenta dispositivos que confrontam a Constituição. Nessa hipótese, a lei permanecerá em vigor, sendo declarada inconstitucional tão-somente a parte que apresenta o vício, configurando assim uma inconstitucionalidade total¹¹⁷.

No âmbito da inconstitucionalidade por omissão, o próprio nome indica vício advindo da omissão do órgão estatal. Assim, a declaração de inconstitucionalidade servirá quando ocorrer um descumprimento de obrigação constitucional por parte do poder público, ou quando o órgão responsável for inerte e/ou se abster de cumprir com suas devidas obrigações constitucionais.

Nesse sentido, se o poder público se abster por completo, configurará a inconstitucionalidade total, e se cumprir as respectivas funções de forma incompleta, e poderá ser constatada a inconstitucionalidade parcial. Assim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) encontra-se indigitada no §2º do artigo 103 da Constituição Federal¹¹⁸.

Oposto ao que se pretende com a inconstitucionalidade por ação, a omissão não causa a expulsão da norma do ordenamento jurídico, mas procura “regulamentar determinada situação jurídica, para que se possa, assim, ver

¹¹⁶ DURAN, Renato Baptista Toledo. *O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 fev. 2010.

¹¹⁷ DURAN, Renato Baptista Toledo. *O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 fev. 2010.

¹¹⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§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.

efetivados os direitos pré-estabelecidos na Constituição Federal. Tal efetivação pode ser aplicada inclusive às normas que não tratam de direitos fundamentais”¹¹⁹.

Desta forma, a constituição exige uma conduta positiva diante da inércia de órgão responsável por tornar efetivo aquele preceito não auto-aplicável da Constituição. Ou seja, o objeto de uma arguição de inconstitucionalidade por omissão procura dar eficácia e seguimento às funções constitucionais pré-estabelecidas, incluindo as funções do Legislativo e órgãos administrativos governamentais¹²⁰.

A doutrina constitucionalista costuma dividir a omissão em total e parcial. Acerca dessa divisão anota-se o entendimento do atual membro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes¹²¹:

A omissão é total quando há ausência de normas, e parcial na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório da obrigação constitucional de cumprir um comando normativo. (MENDES, 1996, p. 289).

Na mesma seara se pronuncia Walber de Moura Agra¹²²:

A ausência de regulamentação que pode ensejar a ação de inconstitucionalidade por omissão não se resume à ausência da produção legislativa necessária. Também pode ser motivo para sua impetração a regulamentação de dispositivo constitucional de forma imperfeita, não atendendo às condições estabelecidas para garantir eficácia normativa ao dispositivo.

Ante o exposto, o §2º do artigo 103 da Constituição Federal¹²³, aponta o caminho de como se deve proceder frente às omissões:

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.

Portanto, o julgamento procedente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode resultar em duas hipóteses: se o objeto da ação for de competência

¹¹⁹ DURAN, Renato Baptista Toledo. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 fev. 2010.

¹²⁰ DURAN, Renato Baptista Toledo. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 fev. 2010.

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

¹²² AGRA, Walber de Moura. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

de órgão administrativo, este deve ser comunicado no prazo de 30 dias para que a omissão seja sanada, sob pena de responsabilidade por descumprimento de ordem judicial; e tratando-se do Poder Legislativo, este deve ser cientificado para tomar as providências imprescindíveis¹²⁴.

4.1.1 ADO x MANDADO DE INJUNÇÃO

Nesse sentido, retoma-se o embate entre os poderes e levanta-se importante questionamento quanto as decisões judiciais que envolvem o Poder Legislativo. Assim, num cenário em que se considere que o Poder Legislativo atua de forma inerte, poderia o Judiciário constranger o legislador a legislar?

Importante registrar que apenas o não fazer do legislativo não configura a inconstitucionalidade por omissão propriamente dita. “Esse vício se manifesta em face do desrespeito a uma ordem constitucional que imponha uma atuação positiva, devendo ser editada normal legal para a consecução de tal mister”¹²⁵.

Assim, a omissão legislativa inconstitucional é proveniente de um comportamento contrário a um mandamento jurídico constitucionalmente positivo. Para assegurar o cumprimento do dever constitucional de emanar provimentos normativos, a própria Constituição criou dois mecanismos de controle: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, já tratada anteriormente, e o Mandado de Injunção.

Diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção surge como uma garantia constitucional concreta, que protege, pela via incidental, os direitos subjetivos¹²⁶. Esse instrumento foi concebido como modo de controle incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato, empenhado na defesa objetiva da Constituição¹²⁷.

¹²⁴ DURAN, Renato Baptista Toledo. *O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 fev. 2010.

¹²⁵ SCHOLZE, Victor. Omissão legislativa na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção. *Revista Jus Brasil*, [S. l.], 2014

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da juris prudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

¹²⁷ RABELO, MARINA VIEIRA. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção: efetividade das normas constitucionais. *Revista Jus Brasil*, [S. l.], 2014.

Desse modo, o mandado de injunção é uma ação constitucional que prevê uma garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional que preza pela garantia da própria Carta Magna¹²⁸. Nas palavras da legislação¹²⁹:

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.

Assim, o Mandado de Injunção é “um meio utilizado para garantir o exercício dos direitos fundamentais, obstados em razão da inércia do Poder competente em regulamentar a norma constitucional”¹³⁰.

Conclui-se, portanto, que deve haver nexo de causalidade entre a ausência da norma e a inviabilidade de direitos protegidos constitucionalmente para que se impetre justificadamente o Mandado de Injunção.

4.2 A JURISPRUDÊNCIA RECENTE: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF

No que tange à inconstitucionalidade por omissão, dentre os mais recentes casos trazidos à suprema corte brasileira está o pedido de classificação da discriminação homoafetiva como crime no ordenamento jurídico.

Diga-se, preliminarmente, que não é o objeto do presente segmento quaisquer considerações sobre a discriminação homoafetiva e as complexas questões morais ligadas ao mérito em questão. O presente ponto se justifica simplesmente como forma de ilustrar o debate até aqui apresentado, mostrando especificamente o caráter vicioso da decisão tomada na Corte em detrimento das deliberações públicas parlamentares.

Assim, busca-se tão somente investigar o problema encontrado no decorrer do presente trabalho quanto à tese de desrespeito da maioria em face das minorias na aprovação de uma lei pelo parlamento, bem como analisa-se os papéis do poder Legislativo e Judiciário e as funções de cada um sob o ponto de vista constitucional.

¹²⁸ RABELO, MARINA VIEIRA. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção: efetividade das normas constitucionais. Revista Jus Brasil, [S. l.], 2014.

¹²⁹ Art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal.

¹³⁰ RABELO, MARINA VIEIRA. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção: efetividade das normas constitucionais. Revista Jus Brasil, [S. l.], 2014.

Conforme fora mencionado anteriormente, um dos principais argumentos para a defesa da revisão judicial da lei pelo Supremo Tribunal é a má qualidade do debate parlamentar, famoso pelas intrigas, jogos de poder e uma desconsideração dos verdadeiros argumentos em discussão. Segundo os defensores do controle de constitucionalidade, esses defeitos não seriam encontrados nas Cortes, e estas, portanto, teriam melhores condições de julgar os direitos fundamentais.

O caso em questão trata alegação de inconstitucionalidade por omissão do Legislativo, impetrada por meio de Mandado de Injunção (MI 4733) e Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) a fim de requerer que a discriminação contra grupos LGBTQ+ seja enquadrada na Lei Antirracismo (Lei 7.716/89).

O Mandado de Injunção em questão possui em seu polo ativo a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), e tem como réu o Congresso Nacional. Segundo as alegações do impetrante, o legislativo estaria em mora por não criminalizar os atos acima referidos.

Nesse sentido, o Procurador Geral da República, bem como os presidentes da Câmara e do Senado, posicionou-se pelo não conhecimento do *mandamus*. O Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski, fulminou o pedido, aduzindo, entre outras questões, que a criminalização de condutas depende de lei, invocando precedentes da corte.

No entanto, a impetrante ingressou com agravo regimental, fato que deu estarte à controvérsia que se discute. Após decisão agravada, o Procurador Geral da República contrariou o parecer anterior:

O Mandado de Injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental.¹³¹

¹³¹ PGR Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental). Parecer 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR).

Assim, a intenção é de que Supremo Tribunal inclua a homofobia juntamente ao rol da lei que prevê prisão e pena inafiançável aos condenados por discriminação contra raça, cor, etnia, religião ou procedência social.

Assim, abriu-se um processo a fim de permitir que a Corte se antecipe ao Congresso e utilize o texto do projeto para estipular a punição a quem cometer crimes resultantes de discriminação motivada por identidade ou orientação sexual. Até que o Congresso Nacional aprove uma lei criminalizando a homofobia e a transfobia, as condutas preconceituosas relacionadas à orientação sexual serão enquadradas na lei antirracismo.

A Corte encerrou o julgamento reconhecendo por 8 votos a 3 a mora no Congresso Nacional e enquadraram as práticas de homofobia e transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989). O enquadramento valerá até que o Poder Legislativo crie lei nesse sentido.

Dentre os votos proferidos, destaca-se o voto da Ministra Carmem Lúcia:

Todo preconceito é violência. Toda discriminação é causa de sofrimento, mas aprendi que alguns preconceitos causam mais sofrimentos que outros, porque alguns são feridas curtidas já em casa, na qual a discriminação castiga a pessoa desde o seu lar, afasta pai de filho, irmãos, amigos, pela só circunstância de tentar viver o que se tem como sua essência e que não cumpre o figurino socio-político determinante e determinado.

O julgamento contou com votos emocionantes e capazes de ensejar a sensação de segurança que procuram as vítimas da discriminação por orientação sexual e gênero. Entretanto, apesar da causa nobre, questiona-se se a decisão pelo STF não ultrapassa os limites impostos aos três poderes da República, já que criminalizar uma conduta é competência exclusiva do Congresso Nacional e não do Poder Judiciário, razão pela qual a decisão do STF, ainda que venha a calhar, pode significar um exemplo crasso e imoderado de ativismo judicial camuflado em controle de constitucionalidade.

4.2.1 DO MANDADO DE INJUNÇÃO MI-4733

Justifica-se a impetração de Mandado de Injunção pela excessiva demora do Legislativo em aprovar uma proposta de criminalização da homofobia, e pede-se para que o Supremo Tribunal Federal atue por conta própria na fixação de regras contra essa conduta.

De acordo com o texto constitucional, caberá Mandado de Injunção quando houver falta de norma regulamentadora e tal ausência tornar inviável o exercício dos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Muito embora o artigo 5º, XLI da Constituição Federal de 1988¹³² possa ser considerado um mandado expresso de punição de toda e qualquer forma de discriminação, bem como um atentado aos direitos e liberdades fundamentais, isso não significa necessariamente que essa punição deve de se dar na esfera criminal. O artigo citado foi propositalmente redigido pelo constituinte originário de forma a submeter as sanções de tais hipóteses à deliberação legislativa infraconstitucional.

O instrumento de Mandado de Injunção, portanto, não pode ser manejado para efeitos de buscar uma criminalização judicial, principalmente se tratando de hipótese onde a Constituição Federal não exige de forma inequívoca a criminalização.

Dessa forma, na medida em que não existe obrigação constitucional para que se criminalize a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção deixaria de ser mero procedimento e tornar-se-ia instrumento capaz de permitir que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus.

Portanto, constata-se que não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia. Assim, se o clamor popular requer pela criminalização e pela punição da prática, tal decisão caberá com exclusividade ao legislador infraconstitucional.

Vale enfatizar que respeitamos o pleito da ABGLT, mas que o que aqui se questiona é o foro adequado para a satisfação de sua pretensão, que não há de ser o Poder Judiciário. Trata-se, fundamentalmente, da discussão acerca dos limites institucionais na relação de Poderes da República.

¹³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

4.2.2 DO ATIVISMO JUDICIAL

Ao entregar tal decisão nas mãos do Poder Judiciário, o Brasil corre o risco de colocar-se na contramão do constitucionalismo, rompendo com todo o sistema de garantias fundamentais estabelecido na Constituição Federal de 1988.

O autor José Afonso da Silva aponta duas dimensões quanto ao Art. 5º, inciso II, da Constituição: a primeira é o princípio da legalidade, garantia individual; a segunda é a da liberdade de ação em geral. Nesse sentido, Silva esclarece que “se considerar a *lei* qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional vale bem pouco”¹³³.

O que se deduz do dispositivo é a ideia de que a liberdade, só pode sofrer restrições por normas jurídicas capazes de impor uma conduta positiva uma abstenção, e que estas são obrigatoriamente provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição¹³⁴.

A posição do Judiciário frente ao Estado Democrático de direito é incontestavelmente proposta no trecho:

O princípio da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Significa dizer que, sem o princípio da legalidade, não há mais Estado de Direito. Nele ‘quer-se o governo das leis, e não dos homens; impera a *rule of law, not of men*’. E é certo que o Poder Judiciário não paira acima dos demais, devendo também manter-se nos confins do Estado de Direito.¹³⁵

Assim, os juízes são entes que carecem de legitimidade democrática e por tal motivo devem estar sujeitos a maiores controles na sua atividade interpretativa, para que por meio dela não distorçam o conteúdo da lei ou até da Constituição. Dar o aval para que os Ministros do STF possam selecionar as regras constitucionais a que se submeterão é confundir “o império da lei pelo governo de homens, o que vai

¹³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da juris prudência. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

de encontro à razão primordial do constitucionalismo, qual seja: a limitação do poder político”¹³⁶.

Deste modo, num Estado Democrático, a Corte Constitucional não pode ser o único órgão cujo poder não se sujeita a nenhuma espécie de controle que não a própria vontade. Assim, a autoridade dos juízes e das Cortes provém da Carta Magna e inexistente fora do que esta impõe. Se os ocupantes de cargos eletivos se sujeitam a esses limites, com muito mais razão devem subordinar-se a eles aqueles que não passam pelo crivo periódico do voto e cuja remoção é extremamente difícil.

A existência de regras preestabelecidas é, portanto, pressuposto da justiça e significa um impedimento de que regras sejam criadas para casos específicos sob a discricionariedade da Corte que os julgar. É também uma expressão do princípio da igualdade, já que se impõe à todos os semelhantes o mesmo julgamento à luz do mesmo conjunto de normas, sem espaço para tratamentos preferenciais ou arbitrariamente prejudiciais. “Ausente essa premissa, abre-se a via para o despotismo”¹³⁷.

Nesse sentido, Lenio Streck¹³⁸ levanta a seguinte questão: “Se nem uma mínima entificação (semânticidade) funciona como limite, o que impede de o STF alterar ‘qualquer preceito constitucional?’” A hipótese, segundo o autor, permite que o Supremo Tribunal adquira “poderes permanentes de alteração da Constituição”, podendo tomar forma de Poder Constituinte. Dessa forma posiciona-se Alice Barbosa¹³⁹:

Uma vez acatada a possibilidade de que o STF edite “lei” cujo conteúdo não se coaduna com dispositivo constitucional, não caberão protestos se porventura Ministros de matiz ideológico diverso fizerem o mesmo. Como impedir que a Corte legisle quando discordamos de seus entendimentos se a deixamos livre para fazê-lo quando aprovamos o resultado?

Portanto, o clamor popular e o circo midiático construído em prol da decisão acabam por criar um monstro: uma Corte que, além de ter a última palavra sobre o

¹³⁶ BARBOSA, Alice Pessoa Aires. Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: considerações acerca do processo democrático. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 19 jun. 2019.

¹³⁷ BARBOSA, Alice Pessoa Aires. Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: considerações acerca do processo democrático. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 19 jun. 2019.

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83. jul./dez. 2009.

¹³⁹ BARBOSA, Alice Pessoa Aires. Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: considerações acerca do processo democrático. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 19 jun. 2019..

sentido da Constituição, não está sujeita a nenhum tipo de controle, nem mesmo à letra da Constituição. Assim, os Ministros se tornam detentores de poder político e suas decisões já não mais poderão se limitar aos limites e exigências da carta constitucional.

Esse processo permite que as escolhas feitas pelos eleitores no pleito legislativo se tornem inferiores diante dos desígnios dos Ministros, deixando a democracia apenas no papel, pois “para termos um regime democrático é preciso que, simultaneamente, ocorram a liberdade das escolhas políticas e a representação dos interesses da maioria”¹⁴⁰.

Assim, a fim de evitar a violação democrática, os limites do poder concedido ao Supremo Tribunal não o permitem criar lei nova, mas tão somente fazer mero acréscimo a já existente.

Tratando-se da Lei 7.716/89, na melhor das hipóteses, o STF não estaria extrapolando a sua função se considerasse que a sua decisão vincula o legislador, de modo que o deixaria obrigado a criminalizar essas condutas como espécies de racismo. Ainda assim significaria uma inferiorização do legislador perante os Ministros do STF como mero cumpridor de suas determinações, sem qualquer margem de discricionariedade, oportunidade, conveniência ou livre convicção.

Portanto, a simples submissão do caso à apreciação do Supremo Tribunal Federal significa a sobreposição e submissão do Poder Legislativo ao Poder Judiciário de uma forma absolutamente inadmissível num regime democrático.

Observe-se que, ao invés de os magistrados terem de se curvar aos limites da lei, estaria ocorrendo o justo oposto, a lei teria de se adequar aos contornos estabelecidos pelos magistrados, a despeito até mesmo das normas constitucionais em contrário. O voluntarismo que se escancara nessa situação é totalmente incompatível com os contornos de um Estado Democrático de Direito, cuja índole deve ser nitidamente normativa.¹⁴¹

Os defensores do forte controle de constitucionalidade defendem o ativismo judicial sob o critério de que este poderá ser legítimo ou ilegítimo, se consagrando o primeiro quando aplicado com fim de garantir a supremacia dos direitos fundamentais. Ocorre que a concepção de defesa de direitos fundamentais, mesmo

¹⁴⁰ CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de. O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006, p. 293.

¹⁴¹ BARBOSA, Alice Pessoa Aires. Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: considerações acerca do processo democrático. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 jun. 2019.

numa Corte composta por 11 ministros, poucas vezes é unânime e acaba por ser expressão das opiniões particulares dos componentes do judiciário.

Sendo assim, sob a ótica da utilização da revisão judicial para a garantia de direitos, a concessão de um direito fundamental a um indivíduo ou grupo pode acarretar a restrição ou mesmo violação do direito de outro, dependendo diretamente das personalidades dos Ministros que compuserem a Corte à época.

Ante o exposto, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal resolveu uma questão política e social a qual vem, por décadas sendo discutida e cujo processo legislativo já estava em andamento, utilizando-se do argumento de que estaria decidindo um impasse jurídico envolvendo os direitos fundamentais à liberdade e dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal maleabilizou a sua justificativa de atuação na política do País e a moldou aos seus interesses e visões particulares. Revestiu-se, portanto, de uma causa nobre para tornar-se inatingível a qualquer tipo de crítica que questione a legitimidade da sua interferência político-social.

Visualiza-se então o problema democrático central resultante dos postulados levantados pelo presente trabalho, já que a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passa a justificar a sua atuação política a partir de argumentos jurídicos, o mesmo torna-se insuscetível a críticas, sendo aclamado pela mídia e comparado à um herói nacional.

Entretanto, a prática traz nas entrelinhas o grande risco de que, cedo ou tarde, não mais existirá qualquer controvérsia política que não se torne passível de controle judicial. Assim, oposto à tão criticada ditadura das majorias traz-se como salvador da pátria um governo regido, em última, instância, por juízes: a Ditadura do Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação expansiva do Judiciário vem recebendo críticas de natureza política que questionam a sua legitimidade democrática e a desmantelam a suposição de que as cortes teriam maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais.

Dentre os principais representantes dessa corrente, Jeremy Waldron busca solucionar o problema central das sociedades democráticas contemporâneas, e explana fazê-lo de forma a retomar a imagem de um Poder Legislativo funcional, de modo a estabelecer que as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo, de forma exaustiva, e não do processo judicial.

A crítica, portanto, está intrinsecamente ligada à democracia, pois a judicialização tende a causar a mudança no foco das discussões públicas, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta (parlamento) à uma Corte Constitucional, onde as decisões são feitas à portas fechadas e dependentes da discricionariedade dos magistrados que a compõe.

Ainda que o autor reconheça que o controle de constitucionalidade de atos normativos seja parte importante do processo democrático, o mesmo critica a forma com a qual se utiliza o instrumento para a promoção do Poder Judiciário como responsável por funções que não os cabe. Na visão Waldroniana, a prática do controle de constitucionalidade só será inofensiva quando praticada de forma enfraquecida e reservada a questões anômalas específicas.

Em âmbito nacional, analisou-se a jurisprudência recente com enfoque no Mandado de Injunção e ADO submetidos à apreciação do STF com o fim de enquadrar a prática discriminatória contra grupos LGBTQ+ na Lei Lei 7.716/89 (Lei Antirracismo). No caso em questão, demonstra-se que por vezes o Poder Judiciário, principalmente se tratando da corte constitucional, pode utilizar-se de casos nobres e de comoção nacional para atribuir à si mesmo funções às quais não é competente para decidir.

Nesse sentido, o autor é enfático ao posicionar-se em favor da expressão do Legislativo na tomada de decisões acerca de direitos fundamentais. Waldron acredita que a Constituição é carta que serve o povo, e não o contrário, devendo as

respectivas interpretações partirem dos representantes democraticamente eleitos pela população.

Expõe-se o controle de constitucionalidade como instrumento utilizado para o enfraquecimento da soberania popular, ao tempo em que auxilia na ascensão do fenômeno do ativismo judicial. Assim, um mecanismo cuja previsão se justifica justamente no equilíbrio entre os entes da República e a vedação ao abuso de poder acaba por fomentar uma grande ameaça ao Estado Democrático: a juristocracia.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ABBOUD, GEORGES. **Lenio Streck e a jurisdição constitucional: o círculo democrático não se fecha!**. Revista Consultor Jurídico, [S. I.], 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-20/georges-abboud-lenio-streck-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 4 jun. 2019.

BARBOSA, Alice Pessoa Aires. **Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: considerações acerca do processo democrático**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 19 jun. <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592136&seo=1>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 293.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)**. Coimbra: Almedina, 2002.

CONSANI, Cristina Foroni. **A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, GIOVANNA; MORBACH, GILBERTO. **Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?**. Revista Consultor Jurídico, [S. I.], 4 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>. Acesso em: 16 jun. 2019.

DURAN, Renato Baptista Toledo. **O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 09 fev. 2010. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25996&seo=1>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

HOLMES, Stephen. **Gag rules or the politics of omission**. In: J. Elster / R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, p. 19-58.

MENDES, Thays Cristina Ferreira. **O Controle Judicial De Constitucionalidade No Direito Brasileiro. Aspectos Distintivos Entre O Método Difuso E O Método Concentrado**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1709, 6 mar. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11025>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade**. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUNGUBA, Felipe Ferreira. **Aspectos Gerais Do Controle De Constitucionalidade**. Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico, [S. l.], 2016. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-gerais-do-controle-de-constitucionalidade,55626.html>. Acesso em: 21 maio 2019.

NASCIMENTO, Luma Neto do. **Dworking Versus Waldron: Os Prós E Os Contras Da Revisão Judicial**. Revista Eletrônica Direito E Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 11 jun. 2019.

OLIVEIRA, Joao D. Correa. **O Princípio Da Separação Dos Poderes E O Controle Judicial Do Motivo Do Ato Administrativo**. Publicado na Revista Jus Navigandi, PIAUI, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60852>. Acesso em: 11 jun. 2019.

RABELO, MARINA VIEIRA. **Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão E Mandado De Injunção: Efetividade Das Normas Constitucionais**. Revista Jus Brasil, 2014. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais-por-marina-vieira-rabelo>. Acesso em: 24 jun. 2019.

SAJÓ, András. **Limiting Government: An Introduction To Constitutionalism**. Budapest, Hungary, New York, USA: Central European University Press, 1999.

SCHOLZE, Victor. **Omissão Legislativa Na Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão E No Mandado De Injunção**. Revista Jus Brasil, [S. l.], 2014. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/146365869/omissao-legislativa->

na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-no-mandado-de-injuncao.
Acesso em: 5 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso De Direito Constitucional Positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses E O Canto Das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais E Os Perigos Da Instauração De Um “Terceiro Turno Da Constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83. jul./dez. 2009.

TRINDADE, André Karam. **Do Protagonismo Ao Ativismo Judicial**. In. REDIN, Giuliana; BRUCH, Kelly Lissandra. Direitos Fundamentais e Espaço Público. Passo Fundo: Editora Imed, 2010.

SANTIAGO, Marcos Firmino. **Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 7, no .2, maio-agosto, 2015, p. 277-297.

TORRES, Ademar De Miranda. **O Controle De Constitucionalidade Sob Ataque: A Visão De Jeremy Waldron**. 2014. Trabalho De Conclusao De Curso (Direito) - Unb, Brasília, 2014.

WALDRON, Jeremy. **Constitutionalism – A Skeptical View**. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). Contemporary debates on political philosophy. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

_____, Jeremy. **Law And Disagreement**. New York: Oxford University Press, 199/9a.

_____, Jeremy. **The Core Of The Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal, 115, 2006, p. 1346-406.