

WILKSON VASCO FRANCISCO LIMA BARROS

# PODER JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO CONCRETIZADOR DA **DEMOCRACIA**

E DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS



Esse estudo objetiva demonstrar a importância do Poder Judiciário para a efetivação da Democracia e dos Direitos Humanos e Fundamentais. A democracia não é construída apenas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Nem se perfaz através somente das eleições. Uma sociedade democrática tem que possuir diversos espaços de debates e de fiscalizações. Nesse sentido, emerge a importância da Corte Constitucional em proteger e fomentar a democracia, através de suas três funções: contramajoritária, representativa e iluminista. O Poder Judiciário é (e sempre será) o equilíbrio no eterno embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Juntamente com outros órgãos de accountability (como o Parquet, a Defensoria Pública e a OAB), é crucial em conduzir a sociedade para avanços civilizatórios. Como bem define Barroso: "empurrar a história".

ISBN 978-65-6006-037-1



9 786560 060371 >

# **PODER JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO CONCRETIZADOR DA DEMOCRACIA**

**E DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**



**Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre**  
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

**Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira**  
Universidade de Brasília - UnB

**Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

**Prof. Dr. César Mauricio Giraldo**  
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

**Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

**Prof. Dr. Francisco Satiro**  
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

**Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza**  
Universidad de Litoral (Argentina)

**Prof. Dr. Henrique Viana Pereira**  
PUC - Minas

**Prof. Dr. Javier Avilez Martínez**  
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

**Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

**Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha**  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

**Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino**  
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

**Prof. Dr. Luciano Timm**  
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

**Prof. Dr. Mário Freud**  
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

**Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra**  
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

**Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues**  
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior**  
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

**Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães**  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

**Prof. Dr. Thiago Penido Martins**  
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

**Direção editorial:** Luciana de Castro Bastos

**Diagramação e Capa:** Editora Expert

**Revisão:** Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>  
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

BARROS, Wilkson Vasco Francisco Lima

Título: Poder Judiciário como órgão concretizador da democracia e dos direitos e garantias fundamentais - Belo Horizonte - Editora Expert - 2023

Autor: Wilkson Vasco Francisco Lima Barros

ISBN: 978-65-6006-037-1

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Constituição Federal 2.Poder Judiciário 3.Garantias Fundamentais

4.Democracia

I. I. Título.

CDD: 341.2

**Pedidos dessa obra:**

**[experteditora.com.br](https://experteditora.com.br)**

**[contato@editoraexpert.com.br](mailto:contato@editoraexpert.com.br)**



**EXPERT**  
EDITORA DIGITAL



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
-------------------------	----------

### **CAPÍTULO 1**

Da possibilidade do controle judicial sobre atos e normas dos demais poderes.....	17
---	----

### **CAPÍTULO 2**

Efeito <i>backlash</i> , reação legislativa e democracia na análise de constitucionalidade .....	27
--	----

### **CAPÍTULO 3**

O neoconstitucionalismo como fundamento da democracia constitucional .....	41
--	----

### **CAPÍTULO 4**

A participação popular efetiva e a democracia como promotora dos Direitos Humanos e da cidadania .....	51
--	----

### **CAPÍTULO 5**

As cortes constitucionais e suas funções iluminista, representativa e contramajoritária .....	61
---	----

## **Capítulo 6**

A Implementação dos direitos fundamentais como uma faceta da democracia .....	83
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>97</b>
<b>REFERÊNCIA .....</b>	<b>103</b>



# INTRODUÇÃO



É pública e notória a dificuldade de a população carente ter os direitos garantidos na Constituição Federal atendidos. Há uma grande erosão constitucional, com normas descumpridas reiterada e largamente.

Os exemplos são os mais diversos, como saúde e educação precárias, salário mínimo muito abaixo do necessário a fim de garantir vida digna, moradias ausentes ou sem estruturas, entre diversos outros pontos.

Há embate entre o direito ao mínimo existencial e a reserva do possível. Esta é definida como a incapacidade de o Estado garantir tudo a todos, diante da relação necessidade popular e (parcos) recursos financeiros públicos. Já o primeiro defende que o mínimo de dignidade tem que ser garantido a todos, sob pena de violar direitos básicos e a Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a maioria da doutrina, cabe ao Poder Judiciário (sendo provocado) garantir o respeito aos direitos, determinando o seu cumprimento à administração pública.

Percebe-se que o STF autoriza o controle judicial, mas sempre de forma excepcional, fundamentada e respeitando a democracia e a participação de todos os setores sociais. Não cabe ao Judiciário atuar como uma “ditadura judiciária”, usurpando a função do Executivo e do Legislativo.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal descreveu os parâmetros norteadores que possibilitam a intervenção judicial em políticas públicas. Essas decisões judiciais buscam efetivar de direitos fundamentais. Ou seja, a possibilidade do controle é pacífica há anos, já tendo avanço em como estabelecer os controles dessas decisões judiciais.

Conforme o STF, uma decisão judicial nesse contexto deve respeitar as opções políticas (dever de deferência - doutrina Chevron), as manifestações e os documentos técnicos (doutrina chenery), a possibilidade de universalizar o direito (a fim de não se criar privilégios com o argumento de garantir direitos, invertendo a lógica e a função

jurídica) e a democratização do processo estruturante (com audiências públicas e *amicus curiae*).

Assim, excepcionalmente, cabe ao Judiciário determinar a implementação de alguns direitos não cumpridos por parcas ou falhas políticas públicas, contudo, deve respeitar o diálogo (democracia) com a administração pública e com a sociedade (através de *amicus curiae* e audiências públicas).

Ao fazer isso, o Judiciário está sendo o concretizador da democracia e dos direitos humanos e fundamentais.

Em relação à democracia, trata-se de regime político que objetiva a participação massiva da população na condução social, seja direta ou indiretamente (elegendo representantes).

Os políticos (representantes do povo – democracia indireta) escolheram os direitos a serem efetivados na Constituição Federal, gerando a necessidade do seu cumprimento, ou seja, o imperativo de efetivar a opção democrática apontada.

Além disso, cabe ressaltar que democracia não é somente respeitar a vontade da maioria, mas, também, a da minoria.

Dworkin é um dos doutrinadores defensores dessa desta vertente jurídica, sendo uma das essências da sua filosofia jurídica a partir do pós positivismo.

O autor aborda duas concepções de democracia: a majoritária (*majoritarian view*) e a comunitária (parceria, *partnership view*).

A primeira traz a ideia de democracia pautada na vontade da maioria, mesmo que viole os direitos da minoria. Pode não ser justo, mas, para esta vertente, é democrático.

Já a comunitária exige a parceira de todos os setores sociais. A vontade majoritária só será democrática quando proteja todos os cidadãos, incluindo as minorias sociais. Neste sentido de democracia, a vontade da maioria que atinja injustamente os interesses da minoria é antidemocrática.

É neste ponto que a Democracia Constitucional é essencial. Impõe limites na vontade majoritária, evitando que as minorias sofram direta e indiretamente com políticas desiguais. É legítimo a

Corte Constitucional declarar inconstitucional políticas públicas de racismo aos transexuais, por exemplo.

O Judiciário é essencial ao processo democrático, evitando marginalizações e perseguições, sempre com o auxílio, obviamente, de outros órgãos e entidades, como Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Conforme será destrinchado ao longo do estudo, as Supremas cortes e tribunais constitucionais têm três grandes papéis: contramajoritário, representativo e iluminista.

O primeiro é o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos (do Legislativo e do Executivo - “dificuldade contramajoritária”). Agem em nome da Constituição, para garantirem e efetivarem os direitos fundamentais e as regras democráticas, mesmo contra a vontade majoritária.

O representativo é o de atender demandas sociais não satisfeitas pelo poder público e o de agir diante de omissão inconstitucional do Legislativo ou do Executivo. Um exemplo clássico foi a proibição do nepotismo com fulcro nos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade (entre outros), resultando na súmula vinculante 13:

Súmula Vinculante 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Publicação - DJe nº 167/2008, p. 1, em 29-8-2008.

Frise-se que os papéis contramajoritário e representativo interferem diretamente na execução de políticas públicas.

O papel iluminista deve ocorrer em situações excepcionais, tendo o Judiciário grande autocontenção e parcimônia. O dever de promover avanços civilizatórios e “empurrar a história”. Fazer a sociedade evoluir. Não é um papel propriamente contramajoritário, já que não envolve a invalidação de normas ou a vontade majoritária, obrigatoriamente.

Essas funções essenciais devem ser estudadas e melhoradas, através do seu entendimento completo. Ao longo desse trabalho, todas as nuances serão avaliadas.

Para entender com perfeição o tema, será exposta a relação entre a atuação do Judiciário com as diversas concepções de democracia, a exemplo da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas e as duas vertentes de democracia de Dworkin.

Somente a democracia participativa permite verdadeiras discussões e mudanças de realidades, atendendo as demandas sociais. A participação deve ocorrer de diversas formas e não só através do voto a cada dois anos (nas eleições). Tem que haver a possibilidade ampla de cobrança dos administrados.

É preciso incentivar a criação e consolidação de espaços públicos de debates que influenciem a “vontade política”, com ganhos em qualidade e diversidade de opiniões, na amplitude de possíveis soluções e no envolvimento das classes sociais.

# **CAPÍTULO 1**





## **DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE ATOS E NORMAS DOS DEMAIS PODERES**

De início, a fim de comprovar a possibilidade do controle judicial sobre atos e normas dos demais poderes, será demonstrada a sólida jurisprudência neste sentido.

Destaque-se que o Controle de Constitucionalidade sobre atos legislativos e administrativos não é uma tese nova no sistema jurídico brasileiro.

Há décadas, o Supremo Tribunal Federal aceita, por exemplo, o controle constitucional preventivo de processos legislativos, desde que haja vícios formais de inconstitucionalidades. Caberia um mandado de segurança em desfavor de proposta de emenda constitucional que viole cláusula pétrea ou desrespeito ao quórum de maioria absoluta para aprovação de lei complementar, a título de exemplo.

Vale ressaltar que esse controle judicial é excepcional, com o STF, ao julgar o mandado de segurança impetrado por parlamentar, exercendo controle de constitucionalidade de projeto que tramita no Congresso Nacional e o declarando inconstitucional, determinando seu arquivamento.

Frise-se que cabe aos parlamentares da Casa Legislativa (Câmara dos Deputados ou Senado Federal, se na órbita federal) onde tramita o projeto legislativo a legitimidade ativa para impetrar o mandado de segurança. A finalidade é coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional.

O parlamentar tem o direito líquido e certo ao devido processo legislativo.

Márcio Calvacante<sup>1</sup> detalha o tema e cita julgados do Supremo:

---

1 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Mandado de segurança contra projeto de lei supostamente inconstitucional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ed0eca3fe2e0>>. Acesso em: 26/02/2023

É possível que o STF, ao julgar MS impetrado por parlamentar, exerça controle de constitucionalidade de projeto que tramita no Congresso Nacional e o declare inconstitucional, determinando seu arquivamento?

Em regra, não. Existem, contudo, duas exceções nas quais o STF pode determinar o arquivamento da propositura:

a) proposta de emenda constitucional que viole cláusula pétreia;

b) proposta de emenda constitucional ou projeto de lei cuja tramitação esteja ocorrendo com violação às regras constitucionais sobre o processo legislativo. STF. Plenário. MS 32033/DF, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 20/6/2013 (Info 711).

(...)

Uma dica de ordem prática: em resumo, podemos concluir que o MS será cabível caso o projeto esteja violando as regras previstas nos arts. 59 a 69 da CF/88 (disposições constitucionais que tratam sobre o processo legislativo).

O tema é novo?

Não. Já havia precedentes antigos no mesmo sentido; no entanto, neste julgado foram definidas, de forma mais clara, as hipóteses em que o Parlamentar pode impetrar o mandado de segurança questionando as proposições legislativas em tramitação no Congresso. Essa foi a grande contribuição do precedente.

Além do Parlamentar, outras pessoas, como os Partidos Políticos também podem impetrar mandado de segurança questionando projeto em tramitação e que seja, em tese, inconstitucional?

NÃO. Somente o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo

constitucional. (MS 24642, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2004).

Vale ressaltar que, se o projeto for aprovado sem que o MS tenha sido julgado, este perderá o objeto, sendo extinto sem resolução do mérito.

Recentemente, o STF consolidou a possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas. O Supremo Tribunal Federal definiu os parâmetros norteadores das decisões judiciais a respeito de políticas públicas. A forma de analisar a necessidade e a aplicação de ordens judiciais voltadas à realização de direitos fundamentais (grifo meu):

a) Em primeiro lugar, é necessário que esteja **devidamente comprovada nos autos a ausência ou grave deficiência** do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público. **Quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprem seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estará autorizado a servir de alerta para que estes exerçam suas atribuições.**

b) Em segundo lugar, no atendimento dos pedidos formulados pelo autor da demanda, **deve-se observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes, que são finitos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades sociais**, impondo ao Estado a toma de decisões difíceis. Assim, o órgão julgador deverá questionar **se é razoável e faticamente viável** que aquela obrigação seja universalizada pelo ente público devedor. Na hipótese em análise, por exemplo, caberia ao Tribunal de Justiça examinar se seria possível ao Município do Rio de Janeiro implementar as obrigações impostas também em outras unidades de saúde que estejam em condição similar à do Hospital Salgado Filho.

c) Em terceiro lugar, **cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada, privilegiando medidas estruturais de resolução de conflito.**

Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. **Trata-se de um modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo.** No exemplo dos autos, constatado o déficit de profissionais de saúde, caberia ao Judiciário determinar que a irregularidade seja sanada. No entanto, cabe ao Poder Executivo Municipal decidir se suprirá tal deficiência, por exemplo, mediante a realização de concurso público, por meio do remanejamento de recursos humanos ou a partir da celebração de contratos de gestão e termos de parceria com organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

d) Em quarto lugar, a que **se considerar a ausência de expertise e capacidade institucional da atuação judicial na implementação de política pública.** O Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, de modo que, para atenuar isso, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual. No caso dos autos, por exemplo, deveria ter sido **pensado em um plano para correção das irregularidades** no Hospital Municipal Salgado Filho, que garantisse um mínimo existencial para o atendimento da população, respeitando, assim, o direito à saúde e à dignidade humana e, ao mesmo tempo, considerasse

a situação das demais unidades de saúde sob responsabilidade do Município, para as quais os recursos orçamentários e esforços administrativos também devem ser orientados. **O plano poderia ser elaborado diretamente pela Administração Pública Municipal – e, posteriormente, homologado pelo Tribunal de Justiça local – ou desenvolvido em conjunto entre os dois Poderes.**

e) Em quinto lugar, sempre que possível, o órgão julgador deverá **abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de amicus curiae e designação de audiências públicas**, permitindo a oitiva não apenas dos destinatários da ordem, mas também de outras instituições e entidades da sociedade civil. Tais providências contribuem não apenas para **a legitimidade democrática da ordem judicial como auxiliam a tomada de decisões**, pois permitem que o órgão julgador seja informado por diferentes pontos de vista sobre determinada matéria, contribuindo para uma visão global do problema. Além disso, uma **construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade**, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de determinações que ele próprio ajudou a construir.

STF. Plenário. RE 684.612/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/7/2023 (Repercussão Geral – Tema 698) (Info 1101).

É a consolidação do entendimento que cabe ao Poder Judiciário intervir em políticas públicas, concretizando direitos fundamentais ignorados. É a efetivação da democracia pela Corte Constitucional. É um avanço em nossa Democracia Constitucional, ficando cada vez mais sólida.

Os requisitos definidos são necessários para possibilitar o controle das decisões judiciais e evitar os abusos pelo Judiciário.

Em suma, o STF definiu os seguintes parâmetros:

- 1 – O Judiciário tem que respeitar as opções políticas (dever de deferência - Doutrina Chevron);
- 2 – Exige fundamento em manifestações e documentos técnicos (Doutrina Chenery), com expertise no assunto em litígio;
- 3 – Só cabe a determinação judicial se for possível universalizar o direito, evitando criar privilégios em vez de garantir direitos fundamentais. Se não couber universalização, só quem tem os melhores advogados (os mais ricos) conseguirão os direitos por via judicial. Violaria a democracia e a justiça social;
- 4 – Deve haver a democratização do debate, com participação social, através, por exemplo, de audiências públicas e *amicus curiae*;
- 5 – Exige-se a efetiva comprovação da ausência ou da grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou da excessiva morosidade do Poder Público.

Entre esses termos, deve se atentar ao princípio da “deferência”. Nas palavras de Fabrício Motta<sup>2</sup>, tal princípio:

Implica em ter um respeito em relação à decisão do gestor, sobretudo quando ela foi tomada diante da discricionariedade existente no caso concreto, evitando-se que o controlador ou juiz troquem decisões legítimas e ponderadas por aquelas que sejam de sua preferência pessoal e subjetiva, gerando invalidações que adentrem ao juízo de conveniência e oportunidade enfrentado pela Administração Pública. Percebe-se, pois, que mais recentemente o eixo de preocupação do ponto de vista da interpretação do Direito Público se deslocou da restrição da discricionariedade para o respeito ao *self-restraint*

---

2 Motta, Fabrício. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

da administração pública, a fim de que os órgãos de controle não exagerem no seu múnus fiscalizatórios. (...)

Nos Estados Unidos, por exemplo, há a adoção da Doutrina Chenery, como limite à invalidação judicial das escolhas políticas da administração pública. A doutrina consagrada de Chevron é um dos casos mais famosos julgados no âmbito do Direito Administrativo, de modo que a apreciação da decisão resultou em um modelo de tese legal com vistas a determinar se deve conferir deferência à interpretação dada por uma agência governamental de um estatuto legal que rege a atividade desta.

Segundo o posicionamento dado pela Suprema Corte norte-americana, caberia ao juiz inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão. Se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; e existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais interpretar diretamente a suposta vagueza da lei, cabendo apenas verificar se a solução posta pela agência regulamentadora é razoável.

Em suma, ao colocar destaque na deferência como um dos norteadores, mais uma vez o Supremo ressalta que a intervenção judicial é exceção.

Deve haver a autocontenção responsável do Poder Judiciário, a fim de não desconstruir o formato do Estado brasileiro da Constituição Federal de 88. O Judiciário não pode abusar e querer tomar as funções do Legislativo e do Executivo.

Todavia, também não cabe a omissão judiciária diante da inefetividade sistêmica dos direitos fundamentais por pura “opção política”, sem fundamentos financeiros e legítimos.





## **CAPÍTULO 2**



## **EFEITO BLACKLASH, REAÇÃO LEGISLATIVA E DEMOCRACIA NA ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Um argumento de quem critica a democracia constitucional efetivada pela Corte Constitucional é o enferrujamento das ideias. Uma decisão judicial travaria os novos pensamentos sobre o tema.

Essa crítica é falha e não merece prosperar. Vale destacar que as decisões judiciais não são eternas e imutáveis, sob pena de criar uma ordem jurídica irracional.

O próprio Supremo não fica vinculado às decisões de controle de constitucionalidade abstrato, por exemplo, apesar de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário.

A decisão terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (não abarcando o próprio STF) e à administração pública direta e indireta (federal, estadual e municipal) em sua função típica.

O STF pode contrariar o entendimento consolidado com decisão em sentido diverso. Do contrário, haveria uma fossilização normativa e jurisprudencial.

Cita-se a explicação do tema por Márcio Cavalcante<sup>3</sup> (grifo meu):

A decisão vincula os julgamentos futuros a serem efetuados monocraticamente pelos Ministros ou pelas Turmas do STF.

**Essa decisão não vincula, contudo, o Plenário do STF. Assim, se o STF decidiu, em controle abstrato, que determinada lei é constitucional, a Corte poderá, mais tarde, mudar seu entendimento e decidir que esta mesma lei é inconstitucional por conta de mudanças no cenário jurídico, político, econômico**

---

<sup>3</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Superação legislativa da jurisprudência (reação legislativa). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f39f8317fbd1988ef4c628eba02591>>. Acesso em: 17/03/2023.

**ou social do país.** Isso se justifica **a fim de evitar a “fossilização da Constituição”.**

Esta mudança de entendimento do STF sobre a constitucionalidade de uma norma pode ser decidida, inclusive, durante o julgamento de uma reclamação constitucional. Nesse sentido: STF. Plenário. Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 18/4/2013 (Info 702).

Outro exemplo a ser destacado, relaciona-se à atividade legislativa. Esta ocorre, em regra, pelo Poder Legislativo, contudo, também cabe ao Poder Executivo, em atividade atípica de legislar - Medidas Provisórias.

A função legislativa também não se vincula às decisões do Supremo no Controle Concentrado de Constitucionalidade. E nem, também, às decisões de controle concreto.

Vejamos a justificativa jurídica pelo olhar do próprio STF<sup>4</sup>:

Entender de forma contrária afetaria a relação de equilíbrio entre o Tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do Judiciário, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição.

Márcio Cavalcante<sup>5</sup> explicita sobre tal entendimento (grifo meu):

O Poder Legislativo, em sua função típica de legislar, não fica vinculado.

4 STF, Recl. 2.617 AgR/MG, Rel. Cezar Peluso, 2005.

5 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Superação legislativa da jurisprudência (reação legislativa). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f39f8317fbd1988ef4c628eba02591>>. Acesso em: 17/03/2023.

**Isso também tem como finalidade evitar a “fossilização da Constituição”.**

Assim, o legislador, em tese, pode editar nova lei com o mesmo conteúdo daquilo que foi declarado inconstitucional pelo STF.

**Se o legislador fizer isso, não é possível que o interessado proponha uma reclamação ao STF pedindo que essa lei seja automaticamente julgada também inconstitucional** (Rcl 13019 AgR, julgado em 19/02/2014).

**Será necessária a propositura de uma nova ADI para que o STF examine essa nova lei e a declare inconstitucional. Vale ressaltar que o STF pode até mesmo mudar de opinião no julgamento dessa segunda ação.**

Permitir que o STF desse uma decisão imutável seria impedir a evolução social pela paralisação jurídica-normativa. A nenhuma instituição cabe esse poder de “palavra final”.

Inclusive, o STF permite a reação legislativa. Garantindo uma Justiça democrática e dialógica, bem distante de uma “ditadura judicial”.

É uma revisão do entendimento que a Corte Constitucional exerce a última análise sobre a constitucionalidade ou não da norma. Busca alcançar diálogo entre as instituições e com a sociedade.

Em suma, é garantir democracia jurídica na análise de constitucionalidade. Trata-se de uma função benéfica e necessária a toda e qualquer sociedade efetivamente democrática.

A reação legislativa permite que o Legislativo proponha (por lei ou emenda constitucional) alteração na jurisprudência da Corte Constitucional.

Não se pode demonizar nenhum dos Poderes, apesar das constantes crises de legitimidade e escândalos (em especial, dos membros do Legislativo e do Executivo, os políticos). Deve se garantir

a execução de suas funções definidas constitucionalmente e o sistema de freios e contrapesos.

Cabe ao Congresso, entretanto, comprovar mudanças de contextos, seja jurídico ou social, para validar a reversão legislativa. Não é válida uma reação por mera “birra”. Cabe análise dos contextos e demonstrar as alterações fáticas e/ou jurídicas ou, ao menos, a necessidade de correção de entendimento.

Márcio Cavalcante<sup>6</sup> explica um julgado da reação legislativa<sup>7</sup> de forma brilhante e traz exemplos brasileiros (grifo meu):

Existem exemplos de “reação legislativa” que foram consideradas exitosas, ou seja, que foram acolhidas pelo STF gerando uma “correção jurisprudencial”? SIM. Um exemplo emblemático diz respeito à chamada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010). Antes dessa Lei, o TSE e o STF possuíam jurisprudência consolidada no sentido de que não era possível reconhecer a inelegibilidade do candidato a não ser que houvesse contra ele uma condenação transitada em julgado. O fundamento para esse entendimento residia no princípio da presunção de inocência. A LC 135/2010 foi editada com o objetivo de superar esse entendimento. Segundo previu essa lei, não é necessário que a decisão condenatória tenha transitado em julgado para que o condenado se torne inelegível. Basta que tenha sido proferida por órgão colegiado (exs: TRE, TJ, TRF). O STF, superando seus antigos precedentes, entendeu que a reação legislativa foi legítima e que a Lei da Ficha Limpa é constitucional e não viola o princípio da presunção de inocência. (STF. Plenário. ADC 29/DF,

---

6 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Superação legislativa da jurisprudência (reação legislativa). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f39f8317fbdb1988ef4c628eba02591>>. Acesso em: 17/03/2023.

7 STF. Plenário. ADI 5105/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º/10/2015 (Info 801).

ADC 30/DF, ADI 4578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 15 e 16/2/2012).

Esse caso, dentre outros, **demonstra que, na teoria, não existe uma supremacia judicial do STF e que é possível, em tese, a existência de um diálogo (abertura dialógica) por meio do qual o Legislativo proponha, por meio de leis, correções à jurisprudência do Supremo, alterando a forma de a Corte interpretar a Constituição.**

Mas sempre se disse que o STF possui a última palavra na interpretação da Constituição...

É verdade. Sempre se afirmou isso. Contudo, esse dogma vem sendo rediscutido pelos constitucionalistas. Entende-se atualmente que a decisão do STF em matéria constitucional deve ser compreendida como “última palavra provisória”, nas palavras do Min. Luiz Fux. Isso porque depois que o STF decidir, reiniciam-se as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil sobre o tema.

Vale frisar que há diferença se a reação legislativa ocorre por lei ou por emenda constitucional. Essa distinção deriva da hierarquia constitucional.

Se a Carta Magna é o centro do ordenamento jurídico, sendo superior às demais normas, com estas devendo compatibilidade àquela, com igual razão são diferentes os efeitos derivados de reação por lei ou por emenda constitucional.

No caso de reversão jurisprudencial por emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas restritas hipóteses de vício formal no processo legislativo ou de violação às cláusulas pétreas. Estas podem ser implícitas ou expressas, vide artigo 60, § 4º, da Constituição Federal:

CF  
Art. 60.

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

Ocorrendo a reação legislativa por lei que se contrapõe ao decidido pelo Supremo, esta nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade. Cabe ao Poder Legislativo comprovar os fundamentos necessários para a mudança de jurisprudência.

No julgado citado, o STF pontua cada caso. Nas palavras de Márcio Calvacante, o Supremo define:

a) **O STF não subtrai *ex ante* a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário.** Em outras palavras, o STF não proíbe que o Poder Legislativo edite leis ou emendas constitucionais em sentido contrário ao que a Corte já decidiu. Não existe uma vedação prévia a tais atos normativos. **O legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência. Trata-se de uma reação legislativa à decisão da Corte Constitucional com o objetivo de reversão jurisprudencial.**

b) **No caso de reversão jurisprudencial (reação legislativa) proposta por meio de emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no art. 60, e seus §§, da CF/88.** Em suma, se o Congresso editar uma emenda constitucional buscando alterar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, essa emenda **somente poderá ser declarada inconstitucional se ofender uma cláusula pétreia ou o processo legislativo para edição de emendas.**



**c) No caso de reversão jurisprudencial proposta por lei ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima.**

A novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete a um **controle de constitucionalidade mais rigoroso.**

Para ser considerada válida, o Congresso Nacional deverá comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou a decisão do STF no passado não mais subsistem. O Poder Legislativo promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa.

Outro exemplo de reação legislativa foi a emenda constitucional 96/2017 (Emenda da Vaquejada).

Com base no artigo 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, o STF entendeu que a Vaquejada é uma atitude cruel. Cita-se o artigo constitucional e a explicação de Márcio Cavalcante<sup>8</sup>:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

**VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.**

<sup>8</sup> [https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da\\_7.html](https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html).

Segundo decidiu o STF, os animais envolvidos nesta prática sofrem tratamento cruel, razão pela qual esta atividade contraria o art. 225, § 1º, VII, da CF/88.

A crueldade provocada pela “vaquejada” faz com que, mesmo sendo esta uma atividade cultural, não possa ser permitida.

A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do § 1º do art. 225 da CF/88, que veda práticas que submetam os animais à crueldade.

STF. Plenário. ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 06/10/2016 (Info 842)

O Congresso Nacional decidiu, então, realizar uma superação legislativa via emenda constitucional, deixando expressa a permissão de práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais.

Art. 225.

(...)

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Tal emenda é um exemplo do “efeito *backlash*”. Este ocorre a partir de uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (em regra, do parlamento) diante de julgados liberais de temas polêmicos.

George Marmelstein<sup>9</sup> detalha o efeito *backlash* do ativismo judicial (grifo meu):

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

---

<sup>9</sup> Marmelstein, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. Disponível em: < <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 26/02/2023.

O STF ainda não analisou a constitucionalidade da emenda 96. Os juristas debatem a possibilidade de sua inconstitucionalidade. Márcio Cavalcante<sup>10</sup> resume:

A EC 96/2017 é inconstitucional?

Este será um belíssimo e imprevisível debate.

No caso de reversão jurisprudencial (reação legislativa) proposta por meio de emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no art. 60, e seus §§, da CF/88. Em suma, se o Congresso editar uma emenda constitucional buscando alterar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, essa emenda somente poderá ser declarada inconstitucional se ofender uma cláusula pétrea ou o processo legislativo para edição de emendas.

Segundo o art. 60, § 4º, da CF/88, não é permitida a edição de emenda constitucional que acabe ou enfraqueça:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Essas são as chamadas “cláusulas pétreas”, ou seja, o núcleo intangível da Constituição Federal.

A grande dúvida será a seguinte: a proibição de que os animais sofram tratamento cruel, prevista no art. 225, § 1º, VII, da CF/88, pode ser considerada como uma garantia individual (art. 60, § 4º, IV)?

Penso que sim. Conforme já explicado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, não podendo ser abolido nem restringido, ainda que por emenda constitucional.

---

10 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Breves comentários à EC 96/2017 (Emenda da Vaquejada). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: < [https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da\\_7.html.378c0b2](https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html.378c0b2)>. Acesso em: 03/11/2023.

Resta saber, no entanto, como o STF entenderá o tema após o *backlash*, considerando que a primeira decisão foi extremamente apertada.

Desta forma, a reação legislativa é legítima e necessária a fim de manter a independência dos poderes e evitar a fossilização do sistema jurídico.

Também é incabível o argumento de ser ilegítimo a democracia constitucional porque travaria as inovações no tema. Conforme demonstrado, todo o arranjo jurídico, dentro e fora do Judiciário, garante a contínua evolução jurídica científica.



# **CAPÍTULO 3**





## O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Apesar da grande celeuma acerca do termo neoconstitucionalismo e suas características, uma conclusão é inevitável: houve uma reformulação na filosofia jurídica global no pós segunda guerra mundial – independente do nome ou de alinhamento doutrinário de todas as nuances.

Este avanço teórico do Direito buscou reaproximar o Direito e a Moral, um dos pilares da Democracia Constitucional. Uma visão do sistema jurídico não puramente formal, com operadores jurídicos cegos em sua obediência às leis. As Constituições passam a ter força de impedir regressões em direitos com fulcros em princípios sólidos.

Este ponto é bem detalhado por Barroso<sup>11</sup>:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (...)

De outra banda, não creio que ainda hoje seja possível falar em direito natural ou jusnaturalismo. Penso que não há espaço para o jusnaturalismo nos contemporâneos paradigmas filosóficos. Vale dizer: acreditar na dicotomia jusnaturalismo-positivismo implica professar um tipo de objetivismo filosófico.

---

11 BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005, p. 26. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 3 nov. 2023.

Outro problema que me afasta das concepções que vêm o positivismo desse modo estrito ou restritivo é a visão que muitos jusfilósofos tem acerca de Dworkin, colocando-o como um autor jusnaturalista ou ético-cognotivista. Para mim, isso representa um equívoco. O jusfilósofo americano gastou páginas e páginas para demonstrar sua posição que afirma ser o direito um conceito interpretativo. Ora, se assim o é, como pode o direito ser interpretativo e natural ao mesmo tempo? Por certo, não pode. Aliás, existem contemporaneamente, de Castanheira Neves a Arthur Kaufmann, posições teóricas que procuram posicionar-se criticamente diante dessa vetusta dicotomia positivismo vs. jusnaturalismo.

Esta é a vertente do neoconstitucionalismo trabalhado neste estudo. Vale ressaltar ser um termo com várias definições, vide Lenio Streck<sup>12</sup>:

É nesse sentido que, já de pronto, é preciso ter presente que o termo neoconstitucionalismo incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido. A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalismos* processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros. Já no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, para se referir

---

12 STRECK, L. L. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [S. l.], n. 2, 2014, p. 26. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1043>. Acesso em: 3 nov. 2023.

a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) coloca a Constituição no centro do sistema. Analisa o ordenamento jurídico a partir dos Direitos Fundamentais. Por isso, seu estudo é tão essencial neste trabalho.

Essa corrente se contrapõe ao constitucionalismo positivista, sendo excessivamente formal e relegando a função constitucional a apenas organizar os Poderes.

Observa-se assim que, com a necessidade de aprimorar os ideais jusnaturalistas transformando leis naturais em leis positivas, o jusnaturalismo foi perdendo espaço para o positivismo no que concerne aos direitos fundamentais.

Sobre esta superação da visão jusnaturalista<sup>13</sup>, afirma Luis Roberto Barroso, que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

---

13 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. 2002. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 22/10/23.

O constitucionalismo tradicional tem origem na Revolução Francesa e na independência norte americana. Os dois países criaram constituições federais a fim de regular o Estado em sua atuação, evitando abusos e protegendo os cidadãos.

O neoconstitucionalismo (pós positivismo) surge ao fim da segunda guerra mundial, com o fracasso do constitucionalismo em impedir os horrores perpetrados – a exemplo dos holocaustos dos judeus e dos ciganos.

Emerge para proteger valores universais, garantindo e promovendo os Direitos Fundamentais dos indivíduos.

O sistema jurídico é alterado, refundando as ideias de Estado, saindo de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito. Evita alegações como as dos nazistas, que estavam “apenas cumprindo as leis e seguindo as ordens superiores”.

Barroso<sup>14</sup> destrincha sobre o marco histórico:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado

---

14 BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. L.], v. 240, p. 1-42, 2005, p. 26. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 3 nov. 2023.

constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

A partir do neoconstitucionalismo, o Direito se transformou. Em suma, suas características são as seguintes:

- 1 - A constituição passa a ser o centro do ordenamento;
- 2 - Supremacia constitucional sobre as demais normas;
- 3 - Os precedentes jurisprudenciais ganharam bastante relevância;
- 4 - Os princípios são considerados normas (e não apenas técnicas de supressão de lacunas);
- 5 - Garantia, promoção e preservação dos Direitos Humanos ou Fundamentais.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>15</sup> definem neoconstitucionalismo como a superação da supremacia do Poder Legislativo para a supremacia constitucional (grifo meu):

Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela **superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição**, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus

---

15 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - Gilmar Mendes. 9ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.

Barroso<sup>16</sup> elenca as características do neoconstitucionalismo, imperativo após a segunda guerra mundial na Europa e após a Ditadura Militar no Brasil

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

---

16 BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005, p. 26. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 3 nov. 2023.

É inegável as diversas críticas que o neoconstitucionalismo (incluindo sua nomenclatura) sofre.

Lenio Streck<sup>17</sup>, apesar de algumas críticas ao Neoconstitucionalismo exacerbado e até a sua nomenclatura, definiu como essencial a superação do positivismo nos moldes que historicamente se desenvolveu:

Numa palavra final, há uma angústia que perpassa o imaginário dos juristas preocupados com o direito para além de suas clássicas funções. O constitucionalismo engendrado a partir do segundo pós-guerra deu azo ao surgimento de uma teoria cuja função é a de propiciar as condições para a efetiva realização dos conteúdos materiais dos textos normativos (Constituições). Com os qualificativos ou caracterizações que a ela se dê, pode-se dizer, antes de qualquer discussão, que a superação do positivismo – seus problemas, suas insuficiências e suas indiferenças – exigiu, e ainda exige, uma teoria que albergue as diversas posturas que pretendem dar significação e concretização ao novo paradigma constitucional.

Assim, o sistema jurídico brasileiro fundamenta-se no neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo (constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo), movimento teórico imbuído na busca de sistemas jurídicos fortes e lógicos.

Ante o exposto, conclui-se que a mudança na filosofia constitucional era necessária, independente de nomenclatura adotada. Além disso, o neoconstitucionalismo permitiu o surgimento de uma nova e necessária visão de democracia: a Democracia Constitucional. Processos democráticos não apenas pela vontade da maioria, mas

---

17 STRECK, L. L. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [S. l.], n. 2, 2014, p. 47. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1043>. Acesso em: 3 nov. 2023.

também pelo respeito aos valores constitucionais e universais e aos direitos das minorias.



# **CAPÍTULO 4**



## **A PARTICIPAÇÃO POPULAR EFETIVA E A DEMOCRACIA COMO PROMOTORA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA**

A democracia é o regime político que, historicamente, melhor promoveu os Direitos Humanos e Fundamentais. Até mesmo porque, sendo um regime de diálogo e alternância de poder, sem imposição de ideias (em regra e em condições normais), há cobranças e fiscalizações de diversos setores sociais.

Cidadania e democracia se baseiam em princípios éticos e, por isso, têm infinitos alcances. Não há como se restringir liberdade, igualdade, diversidade, participação sociais, entre outros.

Neste ínterim, Herbert de Souza<sup>18</sup> detalha (grifo meu):

São cinco os princípios da democracia. São cinco e, juntos, totalmente suficientes. Cada um separado já é uma revolução. Pensar a liberdade, o que acontece em sua falta e o que se pode fazer com sua presença. A igualdade, o direito de absolutamente todos e a luta sem fim para que seja realidade. E assim o poder da solidariedade, a riqueza da diversidade e a força da participação. E quanta mudança ocorre por meio deles.

Se cada um separado quase daria para transformar o mundo, imagine todos eles juntos. O desafio de juntar igualdade com diversidade; de temperar com solidariedade conseguida pela participação. **Essa é a questão da democracia: a simultaneidade na realização concreta dos cinco princípios, meta sempre irrealizável, e ao mesmo tempo, possível de se tentar a cada passo, em cada relação, em cada aspecto da vida [...].**

Pela compreensão do autor, os princípios-direitos estabelecidos da democracia e do exercício da cidadania são os

---

18 Herbert de Souza (Betinho), Sociólogo, Democracia, Viva n° 28, Fevereiro de 1997.

mesmos fundamentadores dos Direitos Humanos. Essa aproximação é fundamental para o entendimento de que os Direitos Humanos se concretizam em espaços, tempos e condições concretas da vida das pessoas, das sociedades e, principalmente, na relação com o Estado.

Quanto a isso, diante da realidade, sabe-se que a existência da lei não é o suficiente para garantir a existência de novas conjunturas sociais, mas é fundamental para promover e garantir novas condutas.

Issacharoff<sup>19</sup>, através de exemplos recentes de democracias fracassadas, afirma a dificuldade de se implementar sistemas democráticos duradouros:

Eventos que se verificaram no Iraque e no Afeganistão, por exemplo, mostraram que realizar uma eleição não é o mesmo que criar um sistema duradouro de governança democrática. A experiência coletiva derivada da máxima: “um homem, um voto, uma vez”, em regimes pós-coloniais, exige muita cautela ao assumir que eleições e governança democrática estável são necessariamente coercitivas. Enfatizar a renovação do consentimento também ilumina as restrições substantivas que orientam os tribunais em disputas confusas sobre os limites da participação democrática.

Assim, não adianta ter um sistema jurídico democrático se a sociedade não incorporar a democracia como um valor basilar.

Em contrapartida, a lei funciona, por diversas vezes, como catalizador de direitos.

Na Democracia Constitucional, a ordem jurídica regula a democracia. Contudo, essa regulação não restringe a democracia, pelo contrário, estende, efetiva e a catalisa.

---

19 ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. Harvard Law Review, Cambridge, v. 120, n. 6, abr. 2007, p. 1411.

Issacharoff<sup>20</sup> bem explicita que as democracias modernas passam pela regulação constitucional do sistema eleitoral:

Ao mesmo tempo, limitar o escopo da deliberação democrática necessariamente põe em causa a legitimidade do processo político. Quando despojadas do essencial, todas as definições de democracia repousam, em última análise, no primado da escolha eleitoral e na pretensão presumida da maioria de governar. Naturalmente, é verdade que essa definição tênue de democracia não pode ser autônoma, pois todos os sistemas eleitorais devem assumir um conjunto de regras, instituições e definições de cidadania elegível, que servem como pré-condições para o exercício de qualquer escolha popular significativa. Além disso, todas as democracias da era moderna têm restrições constitucionais que condicionam, por meio de limites substantivos e obstáculos processuais, o que a maioria pode fazer a qualquer momento. No entanto, um conjunto distinto de problemas surge sempre que uma sociedade decide que certos pontos de vista podem não encontrar expressão na arena política e nunca podem ser considerados candidatos ao apoio popular.

Por isso, urge a necessidade de políticas, práticas, pessoas e instituições comprometidas com a promoção de novas perspectivas políticas quando a temática é o bem-estar de todos.

Diante dessa realidade, pensar e fazer a democracia acontecer inteiramente seja talvez uma das maiores barreiras enfrentadas pela sociedade moderna. Está em empate de importância de outras pautas governamentais, como o desenvolvimento sustentável, a justiça social, as relações internacionais e a cultura da paz.

---

20 ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. Harvard Law Review, Cambridge, v. 120, n. 6, abr. 2007.

Issacharoff<sup>21</sup> defende a necessidade de se adequar a democracia à sociedade, sendo mais flexível, sob pena de se criar uma democracia inócua e breve:

Outro resultado do foco na renovação do consentimento é incentivar uma gama mais ampla de arranjos constitucionais iniciais, particularmente nas citadas sociedades profundamente divididas. Visualizar constituições como documentos que facilitam a tomada de decisões democráticas reversíveis, e não como matrizes fixas de direitos, permite mais flexibilidade no desenho constitucional. Uma preocupação processual pela renovação do consentimento permite que democracias frágeis atendam mais aos arranjos institucionais que melhor policiam as fronteiras da participação democrática do que ao terreno não menos contestado em que os direitos devem estar disponíveis em uma sociedade democrática.

Não obstante, a questão da instituição de uma verdadeira democracia parece ser o eixo que dá sustentação a agendas mais promissoras e avançadas do ponto de vista da viabilidade e do fortalecimento da relação entre Estado e sociedade civil na perspectiva da cidadania ativa. Para isso, exige-se que os processos de participação sejam efetivos, capazes de enfrentar e superar as imensas desigualdades existentes.

Nesse sentido, Issacharoff<sup>22</sup> afirma que a ativação de fiscalização da sociedade civil exige garantidores institucionais, com confiança no cumprimento do regular Estado de Direito:

---

21 ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. Harvard Law Review, Cambridge, v. 120, n. 6, abr. 2007, p. 1465.

22 ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 1-14.

O Estado de Direito exige, para a sua preservação, bem mais do que um texto fundacional: são necessários garantidores institucionais. É preciso uma confiança de que as regras do jogo sejam razoavelmente justas, e de que os perdedores de hoje possam ressurgir como os vencedores potenciais do amanhã. Deve estar garantida, acima de tudo, alguma segurança de que as decisões políticas possam ser reconsideradas, e de que os vencedores de hoje estarão dispostos a deixar suas posições no governo ao passo que mudem as marés eleitorais.

De olho nessas questões, a Constituição Federal de 1988 formalizou, no campo da lei, a demanda por modelos mais qualitativos de participação da sociedade civil nos processos de proposição, implantação e acompanhamento das políticas públicas. Vários mecanismos e espaços de participação foram criados: conselhos, fóruns, conferências, audiências públicas, orçamentos participativos e ouvidorias. Cada um deles tendo a legislação como um dos aportes para a estruturação de grupos de trabalho e rotinas voltadas a processos participativos.

Enquanto, a constituição tenta alcançar a demanda por melhores modelos de qualidade no universo das práticas democráticas, há o almejo de se avançar do modelo de democracia de baixa intensidade – caracterizado por mecanismos de representação (eleições, voto) – para o modelo de democracia de alta intensidade – articulando mecanismos de representação e participação.

Este avanço tende a potencializar a qualificação do regime democrático naquilo que diz respeito não somente à representatividade, mas também à diversidade, ao alcance e à transparência dos governos e da gestão das políticas públicas.

Avançar na democracia de participação popular é alimentar discussões, mudanças de realidades e demandas dos segmentos da população. E isso tem que ser incorporado por todos os agentes públicos: a possibilidade ampla de cobrança dos administrados, os

seus “clientes”. Opondo-se aos cenários de autoritarismo, clientelismo e violência. Afastando a sociedade desta tônica no serviço público, na política e no convívio social.

Diante desse quadro, tem-se muito em que avançar na democracia brasileira. Contudo, essa projeção deve seguir contornos inovadores. Cenários em que o valor da argumentação e da diversidade das experiências de vida ganhem destaque e passem a ser referência para a construção de uma realidade social mais democrática, justa e solidária.

A governabilidade política se estabelece, tradicionalmente, pela boa relação do Poder Executivo com o Legislativo – democracia representativa. Contudo, ganha importância a relação do estado com a sociedade participativa. Ambas se complementam, fortalecendo a democracia de um modo geral.

Neste ponto, descreve Lambertucci<sup>23</sup>:

(...) não existe contradição entre modalidades de representação participativa (conferências, conselhos, mesas de diálogos, ouvidorias e precursoras) e representativa. Elas são absolutamente complementares. As demandas sociais, que muitas vezes são dinâmicas e mudam rapidamente, exigem debate contínuo. Neste contexto, a participação social assume lugar de importância, porque possibilita o diálogo cotidiano, permanente e dinâmico entre a sociedade e os vários representantes, estejam eles no Executivo ou no Legislativo, e permite canais de influência consistente.

A participação social assume um papel de destaque na promoção da cultura de paz, dos Direitos Humanos. Em função dela, os profissionais e cidadãos vão se formando representantes da democracia e sujeitos de direitos.

---

23 LAMBERTUCCI, A. R. A participação social no governo Lula. In: AVRITZER, L. Experiências nacionais de participação social. São Paulo: Cortez. 2009, p. 70-89.



Ante todo o exposto, somente a participação popular efetiva concretiza a democracia. E essa só existe realmente com a Democracia Constitucional, tendo o Poder Judiciário importância fulcral no equilíbrio das vontades majoritárias e minoritárias e na promoção dos direitos humanos e da cidadania.



# **CAPÍTULO 5**



## **AS CORTES CONSTITUCIONAIS E SUAS FUNÇÕES ILUMINISTA, REPRESENTATIVA E CONTRAMAJORITÁRIA**

Conforme retro destrinchado, o neoconstitucionalismo inovou os sistemas jurídicos, colocando as Constituições Federais como o centro das ordens jurídicas.

Em consequência dessa guinada histórica, houve uma ascensão da importância do Poder Judiciário e de suas decisões. Gerou o ativismo judicial, a jurisdição constitucional democrática (Democracia Constitucional) e a judicialização de políticas públicas e de outros temas sensíveis à sociedade (a exemplo de aborto, processos de *impeachment*, emendas parlamentares impositivas e nomeação de políticos a ministro de estado).

Ou seja, gerou fortes embates entre o Poder Judiciário e os demais Poderes, com uma mudança no sistema de freios e contrapesos.

Isso é potencializado pelo aumento da demanda judicial pelas questões políticas e sociais. Vejamos alguns exemplos importantes<sup>24</sup>:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

---

24 BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005, p. 51-52. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 3 nov. 2023.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final<sup>105</sup>. Vejam-se abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

As Cortes Constitucionais desempenham três grandes funções: a contramajoritária, a representativa e a iluminista,

A primeira se relaciona ao papel da Corte Constitucional em invalidar leis e atos normativos do Legislativo e do Executivo (este em sua função atípica de legislar, como as medidas provisórias).

A dificuldade contramajoritária é a atuação do Judiciário como “legislador negativo”, retirando atos normativos da ordem jurídica. Alexander Bickel foi o idealizador dessa expressão, sendo um crítico a essa função judicial.

Sarmiento<sup>25</sup> define a dificuldade majoritária, com os juízes anulando atos normativos de representantes eleitos pela vontade majoritária:

A dificuldade contramajoritária decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade.

Contudo, a doutrina majoritária entende o inverso de Bickel, entendendo legítima tal atuação judicial, tendo legitimidade a partir da Constituição Federal e do sistema de freios e contrapesos. Cita-se:

CF

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;  
(...)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos

---

25 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 35.

do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O marco histórico do controle judicial de leis e atos normativos é o caso *Marbury v. Madison* de 1803, pela Suprema Corte americana. Ou seja, são mais de dois séculos de consolidação deste papel judicial.

Tal função tem como base a necessária proteção aos direitos fundamentais e ao próprio processo democrático e político. Evita que o Legislativo ou o Executivo usem representações políticas majoritárias no Parlamento para criarem dispositivos normativos que os favoreçam e, por consequência, antidemocráticos.

O papel representativo é o dever da Suprema Corte em atender demandas sociais e atuar nas omissões inconstitucionais legislativas.

Ora, se os demais Poderes são omissos, o Judiciário tem a função de legitimar os pleitos populares e ordenar o cumprimento dos deveres impostos constitucionalmente.

A função iluminista exige autocontenção e parcimônia. Trata-se da promoção de valores universais, guiando a sociedade para um futuro melhor, mais justo e adequado.

Possibilita, por exemplo, decisões para uma sociedade sem discriminações e preconceitos.

Barroso<sup>26</sup> é um dos grandes expoentes do tema (grifo meu):

2. Os três papéis do Supremo Tribunal Federal  
**Supremas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis: contramajoritário, representativo e iluminista.** Também assim o Supremo Tribunal Federal. **O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto**

---

26 BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 22/10/23.



**do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobrepor a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos foi apelidada por Alexander Bickel como “dificuldade contramajoritária”.** Como assinalado, este é um dos temas mais estudados na teoria constitucional. **A despeito da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias.** Em segundo lugar, cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, em diversas situações, um **papel representativo**. Isso ocorre quando atuam **(i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.** No texto, citei os exemplos da proibição do nepotismo, da imposição da fidelidade partidária e da regulamentação da greve no serviço público. **Numa situação um tanto intermediária em relação ao papel contramajoritário e representativo posicionam-se as decisões que interferem com a execução de políticas públicas.** Nessa linha, há julgados envolvendo o tema da **concretização de direitos sociais**, nas quais se determinam providências como fornecimento de medicamentos, melhoria das condições de hospitais e escolas, realização de obras de saneamento e reformas de presídios, entre outras.

Vale ressaltar a importância do papel contramajoritário do Judiciário. Como se sabe, os políticos são eleitos pelo voto popular, tanto no formato majoritário, quando proporcional. Mesmo neste, o número de votos dado ao partido é essencial para a eleição do político. Ou seja, ganha quem a maioria popular deseja.

Tal constatação é benéfica em muitos pontos, como forçar o político a realizar atos que favoreçam o bem da população. Em outro giro, tem um efeito ruim, sendo a possibilidade de gerar a “ditadura da maioria”, ou seja, o Estado realizar apenas atos favorecendo a maioria, estigmatizando e ignorando minorias ou, até mesmo, perseguindo-as.

Barroso, em artigo jurídico de 2022<sup>27</sup>, descreve os embates que surgem entre políticos (eleitos majoritariamente) e Judiciário (e o papel contramajoritário). Cita-se a exposição (grifo meu):

**O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século 20.** Nesse arranjo institucional **fundiram-se duas ideias que não se confundem, quer nas suas origens, quer no seu conteúdo: constitucionalismo e democracia.** Constitucionalismo remonta às revoluções liberais dos séculos 17 e 18 e significa, essencialmente, Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Sua consolidação nos países da Europa e nos Estados Unidos se deu ao longo do século 19. No Brasil, a Constituição de 1824 possuía alguns traços liberais, mas, na sua essência, trazia a marca da origem absolutista imprimida por dom Pedro 1º, ainda que atenuada, substancialmente, ao longo do segundo reinado. **Democracia, por sua vez, desde suas origens gregas, significa participação popular no exercício do poder, soberania do povo, governo da maioria.** O ideal democrático apenas se consolida, verdadeiramente, quando já avançado o século 20, com a consagração do sufrágio universal. Somente então viram-se inteiramente superadas as restrições à participação de todos no processo eleitoral, como as de renda, religião, raça e gênero. Nada obstante, **a maior parte das democracias do mundo reserva uma parcela de poder político**

27 BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência: cortes constitucionais no jogo do poder (1). <https://www.conjur.com.br/2022-ago-03/roberto-barroso-populismo-autoritarismo-resistencia>. 2022. Acesso em: 22/10/23.

**para um órgão que não é eleito, mas que extrai sua legitimidade da competência técnica e da imparcialidade. Trata-se do Poder Judiciário, em cujo topo, no caso brasileiro, está o Supremo Tribunal Federal. Desde o final da 2ª Guerra Mundial, praticamente todos os Estados democráticos adotaram um modelo de supremacia da Constituição, tal com interpretada por uma suprema corte ou por um tribunal constitucional, encarregados do controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Executivo. Foi a prevalência do modelo americano de constitucionalismo, com a superação da fórmula que predominara na Europa, até então, que era a supremacia do Parlamento. **Tais cortes e tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo, tendo como um de seus principais papéis arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre constitucionalismo e democracia — i.e., entre direitos fundamentais e soberania popular.** Cabe a essas cortes e tribunais protegerem as regras do jogo democrático e os direitos de todos contra eventuais abusos de poder por parte da maioria, bem como resolver impasses entre os Poderes. Em muitas partes do planeta, elas têm sido um importante antídoto contra o autoritarismo.**

Barroso<sup>28</sup> também define brilhantemente o papel iluminista, trazendo exemplos externos e brasileiros (grifo meu):

#### IV. O PAPEL ILUMINISTA

Por fim, **em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista.** Vale dizer: devem **promover, em nome**

---

28 BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 22/10/23.

**de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história.** São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população.

Ainda assim, **são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos.** Situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. **No Brasil, foi este o caso do julgamento do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo.**

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal começou a julgar um caso envolvendo o direito de transexuais serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero. O que inclui nome social, pronome de tratamento e uso de banheiros de acesso público, para citar algumas das questões relevantes. **Quem pode proteger os direitos de uma minoria assim estigmatizada se não a Suprema Corte?** Neste caso, de que sou relator, também houve um pedido de vista e o julgamento está suspenso.

Além do entendimento doutrinário majoritário da possibilidade das três funções pelo Supremo Tribunal Federal, a própria Corte Constitucional já realizou os três papéis diversas vezes.

O contramajoritário ocorreu muitas vezes ao longo da história jurídica brasileira, com decisões de inconstitucionalidades de leis e

atos normativos. Um exemplo foi a decretação de inconstitucionalidade de medidas provisórias maléficas ao meio ambientes pelo STF<sup>29</sup>:

É possível a edição de medidas provisórias tratando sobre matéria ambiental, mas sempre veiculando normas favoráveis ao meio ambiente.

Normas que importem diminuição da proteção ao meio ambiente equilibrado só podem ser editadas por meio de lei formal, com amplo debate parlamentar e participação da sociedade civil e dos órgão e instituições de proteção ambiental, como forma de assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, é inconstitucional a edição de MP que importe em diminuição da proteção ao meio ambiente equilibrado, especialmente em se tratando de diminuição ou supressão de unidades de conservação, com consequências potencialmente danosas e graves ao ecossistema protegido.

A proteção ao meio ambiente é um limite material implícito à edição de medida provisória, ainda que não conste expressamente do elenco das limitações previstas no art. 62, § 1º, da CF/88.

A título de exemplo da função representativa pelo STF, há o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Combateu as omissões estatais em garantir os direitos fundamentais dos presos.

O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais. Sua origem é a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. Diante deste quadro, apenas transformações estruturais da atuação

---

29 STF. Plenário. ADI 4717/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 5/4/2018 (Info 896).

do Poder Público e de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

A Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada “Sentencia de Unificación (SU)”, foi a primeira Suprema Corte a defender a ideia do Estado de Coisas Inconstitucional, com a possibilidade de uma atuação judicial (ativismo judicial) para melhorar a realidade social.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>30</sup>, doutrinador citado na petição da ADPF 347, descreve os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional (grifo meu):

- A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de **violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;**
- A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira **“falha estatal estrutural”**, que gera **tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;**
- A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas **não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes** – são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

O Estado de Coisas Inconstitucional tem como consequência um “litígio estrutural”. Um quantitativo enorme de pessoas que estão vulneráveis pelas violações de direitos.

---

30 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. 2015. <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 22/10/23.

As decisões mais tradicionais não são suficientes para sua superação. A Suprema Corte deve fixar “remédios estruturais” voltados à formulação e execução de políticas públicas.

Normalmente, o Estado de Coisas Inconstitucional deriva da falta de vontade política em realizar comportamento proativos na solução da problemática, afastando a possibilidade de alegar a Reserva do Possível perante a ausência do mínimo existencial da Dignidade da Pessoa Humana.

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica não prevista expressamente na Carta Magna, mas derivada dos valores constitucionais, a exemplo da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CF).

Cita-se um trecho da petição inicial da ADPF 347 que expõe sobre o Estado de Coisas Inconstitucional de forma ímpar (grifo meu):

**“confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.”.**

Acatando a ADPF, o STF deu provimento parcial aos pleitos, decidindo nos seguintes moldes (grifo meu):

O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e

persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que **apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional.**

**Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.** A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

**(...) cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados.**

Diante disso, o STF, em ADPF, concedeu parcialmente medida cautelar determinando que:

- juízes e Tribunais de todo o país implementem, no prazo máximo de 90 dias, a audiência de custódia;
  - a União libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.
- STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

Ou seja, é um exemplo perfeito do Judiciário exercendo sua função representativa.

Em relação ao papel iluminista, temos dois casos recentes e didáticos.

O primeiro<sup>31</sup> é o enquadramento de condutas homofóbicas e transfóbicas como racismo e homicídio qualificado por motivo torpe:

---

31 STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em em 13/6/2019 (Info 944).



1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos

estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

O segundo é a possibilidade do transgênero em alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer cirurgia de transgenitalização:

O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”.

Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos

públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

STF. Plenário. RE 670422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/8/2018 (repercussão geral) (Info 911).

Os transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, possuem o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil.

O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.

A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

STF. Plenário. ADI 4275/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 28/2 e 1º/3/2018 (Info 892).

Ambos os casos são a concretização da função iluminista, com o Supremo promovendo avanços civilizatórios em proteger as minorias, combatendo a discriminação e o racismo em desfavor minorias.

Vale ressaltar a necessidade de autocontenção judicial, conforme bem definiu Barroso. Não pode ser uma atuação ordinária das Cortes, mas apenas em situações excepcionais, como no caso do

sistema carcerário brasileiro ou de uniões homossexuais (minorias estigmatizadas).

É preciso existir uma relação amistosa entre os Poderes. O contrário, com uma atuação rotineira do Judiciário neste sentido, violaria a Separação dos Poderes e a própria estrutura estatal previsto na Constituição Federal.

Chegaríamos à não desejada “Ditadura do Judiciário”, como Rui Barbosa brilhantemente resumiu: “A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”.

O próprio Barroso<sup>32</sup> afirmou a necessidade de respeitar a Separação dos Poderes (grifo meu):

Um último ponto antes de enunciar minha conclusão. Desde que cheguei ao Tribunal, em junho de 2013, tenho procurado, em certos casos, **estabelecer um diálogo institucional com o Congresso. Embora, do ponto de vista formal, caiba à Suprema Corte a última palavra sobre a interpretação da Constituição, tal competência não deve significar supremacia nem muito menos arrogância judicial.** Em mais de um caso em que havia omissão do legislador ou vácuo decorrente da declaração de inconstitucionalidade de alguma lei, propus uma solução que deveria ser aplicada a partir de 180 dias ou um ano, para que o Congresso pudesse dispor sobre a matéria durante este tempo, se assim desejasse. A ideia ainda não se tornou dominante, mas acho que tem uma chance razoável de ser adotada em algumas situações.

Há doutrinadores em sentido contrário as ideias de Barroso, a exemplo de Habermas e sua teoria do Agir comunicativo.

Como regra, a teoria de Habermas é altamente benéfica e sólida. Contudo, muitos discordam de Habermas por restringir

---

32 BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 22/10/23.

excessivamente a atuação judicial. Nem sempre o Executivo e o Legislativo (eleitos majoritariamente) defenderão às minorias em sentido contrário ao clamor popular majoritário – em especial, nas democracias recentes como a brasileira.

Para Habermas, quando a lei escolhe um lado moral e político, tendo sido realizada com discussão popular apropriada, seria uma violação à autonomia pública se o juiz substituir a vontade da lei com valores abstratos e princípios.

Bebendo-se em fontes doutrinárias sobre a participação popular, como o Agir Comunicativo de Habermas, verifica-se o imperativo de incentivar as criações e consolidações de espaços públicos alternativos, nos quais é possível pensar e fazer política na perspectiva da qualidade e da diversidade.

Habermas entende que dois tipos de direitos são co originários e essenciais para uma efetiva participação popular na democracia e na fiscalização estatal: os de participação popular nos processos eleitorais e os individuais, garantindo a liberdade do cidadão perante o Estado.

Segundo o autor, os direitos citados fazem referência um ao outro, são co originários, só existem se estiverem juntos. Para ter participação política, tem que ter direitos individuais. E tendo estes, são os direitos políticos que os garantem. São funções circulares.

Para Habermas, deve existir audiências públicas no Legislativo, no Judiciário, no Executivo – em todas as esferas. Ação comunicativa é a efetiva participação popular.

Utilizo-me da explicitação de Clayton Ritnel Nogueira<sup>33</sup> sobre a teoria do Agir Comunicativo (grifo meu):

**É possível perceber que Habermas reiteradamente defende a relevância da comunicação na sociedade ao acastelar que o cerne da justiça e, ao mesmo tempo, da democracia, depende, precipuamente, da**

---

33 NOGUEIRA, Clayton Ritnel. A teoria discursiva de Jürgen Habermas. 2006. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2715/A-teoria-discursiva-de-Jurgen-Habermas>. Acesso em 21/10/2023.

**comunicação.** Situação antagônica se veria esmerar em um regime arbitrário.

(...)

O genial da teoria de Habermas reside na **substituição de uma razão prática (agir orientado por fins próprios), baseada num indivíduo que através de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que orientando sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma.** Assim, a fundamentação do Direito, sua medida de legitimidade, é definida pela razão do melhor argumento. Como emanção da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, o Direito é capaz de realizar a grande aspiração da realidade, isto é, a efetivação da justiça.

(...)

É possível notar que há duas formas distintas de interação comunicativa: Por um lado temos a ação comunicativa, onde há apenas a presença das pretensões de validade não-problematizadas inerentes aos atos de fala; de outro lado temos o discurso, onde pretensões de validade tornadas problemáticas podem ser dirimidas através de um consenso com fulcro na argumentação. Essa diferença, segundo Toulmin (2001), “pode ser considerada uma distinção entre o uso instrumental da linguagem (ação comunicativa) e o uso argumentativo da linguagem (discurso).” Como diz Habermas, **a ação comunicativa ocorre sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos de alcançar o entendimento.** Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento

essencial do complemento interpretativo requerido pela ação comunicativa.

Habermas é um doutrinador procedimentalista, entendendo que a Democracia é baseada no respeito aos procedimentos democráticos definidos. Assim, cabe ao Congresso Nacional, desde que respeite os requisitos formais, debater as grandes questões sociais.

Neste ponto em específico, deve existir temperamentos excepcionais, como ensina Barroso. Esta é a crítica da teoria do Agir Comunicativo, com excessivo afastamento do Judiciário da Democracia.

No caso brasileiro, com o aumento das avenidas institucionais para a Judicialização de temas relevantes, como a política, possibilita-se, excepcionalmente, este ativismo judicial, buscando o melhor social a fim de combater violações graves e de soluções urgentes.

Em resumo, a preocupação da nossa Bíblia Política em dar a devida importância à matéria é nítida e pode ser percebida logo no preâmbulo - que demonstra o propósito de se instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Além disso, a Constituição Federal define, nas demais normas, os direitos fundamentais como condições necessárias para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico.

Assim, apesar das grandes contribuições da teoria do Agir Comunicativo, deve-se fazer um sopesamento, seguindo a linha da Democracia Constitucional, sendo o Judiciário um órgão concretizador da Democracia e dos direitos fundamentais e humanos, conforme defende os demais doutrinadores citados.



# **CAPITULO 6**



## A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UMA FACETA DA DEMOCRACIA

Primeiramente, vale dizer que Democracia é um regime de governo baseado no voto popular, na vontade da maioria. Ocorre que cabe ao Judiciário fazer o balanço entre a vontade da maioria e da minoria, evitando segregações absurdas.

Em outro giro, os direitos fundamentais garantem uma sociedade justa e evoluída. Sem eles, reinam o caos e a desordem social. Além de deles serem a essência de uma boa convivência, são fundamentais para a própria sobrevivência do indivíduo.

Sendo a Democracia Constitucional a realidade brasileira, a implementação dos direitos fundamentais é a efetividade da democracia, inclusive pelo Poder Judiciário.

No livro “A razão e o voto - Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso”<sup>34</sup>, o ministro apresenta as dimensões da democracia contemporânea.

Barroso defende a ideia de que as democracias contemporâneas são fundamentadas em votos, direitos e razões. Divide-a em democracia representativa, democracia constitucional e democracia deliberativa. Descreve a essencialidade da democracia ter diálogos entre Congresso Nacional, Chefe do Executivo (os dois primeiros sendo eleitos por votos), Judiciário (e seu papel contramajoritário) e a sociedade civil. Cita-se (grifo meu):

“A democracia contemporânea apresenta três dimensões. Na sua dimensão de **democracia representativa**, o elemento essencial é o voto e os protagonistas são o **Congresso Nacional e o Presidente da República**. A segunda dimensão é a da **democracia constitucional**. Para além do componente puramente representativo/majoritário, a democracia é feita

---

<sup>34</sup> A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. VIEIRA, Oscar Vilhena (Editor), GLEZER, Rubens (Editor). São Paulo: FGV, 2017.

também, e sobretudo, do respeito aos **direitos fundamentais**. O protagonista dessa dimensão da democracia é o **Judiciário e, particularmente, o Supremo Tribunal Federal**. A terceira dimensão da democracia contemporânea identifica a **democracia deliberativa**, cujo componente essencial é a apresentação de razões, tendo por protagonista a **sociedade civil**. A democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas.”

Como a segunda dimensão é a que fundamenta o papel do Judiciário em implementar os direitos fundamentais, tese debatida neste estudo, aprofunda-se nesta tese de Barroso (grifo meu):

A segunda dimensão é a da democracia constitucional. **Para além do componente puramente representativo/majoritário, a democracia é feita também, e sobretudo, do respeito aos direitos fundamentais**. São eles **pré-condições para que as pessoas sejam livres e iguais**, e possam participar como parceiros em um projeto de autogoverno coletivo. Tivemos muitos avanços nessa área: liberdade de expressão, de associação e de reunião assinalam a paisagem institucional brasileira. Ao lado delas, foram agregadas conquistas importantes em temas de direitos sociais, como educação e saúde, e avanços nas liberdades existenciais, com o reforço na proteção dos direitos de mulheres, negros e homossexuais. **O protagonista dessa dimensão da democracia é o Judiciário e, particularmente, o Supremo Tribunal Federal**.

Ou seja, modernamente, Democracia não é apenas respeitar o voto da maioria, mas, também, respeitar os direitos da minoria, tendo o Judiciário papel essencial, evitando marginalizações e perseguições.

São fundamentais, neste combate de imposições majoritárias, os demais órgãos autônomos, independentes e de *accountability*, a exemplo do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

No estudo da necessidade de uma democracia justa, Dworkin<sup>35</sup> explica as duas vertentes democráticas: a majoritária (*majoritarian view*) e a comunitária (ou em parceria, *partnership view*). O autor afirma que a democracia majoritária muitas vezes é injusta, mesmo sem perder seu aspecto democrático para esta vertente:

Segundo a visão majoritária, a democracia é o governo que se pauta pela vontade da maioria, ou seja, que age de acordo com a vontade do maior número de pessoas sob o seu domínio, expressa em eleições com sufrágio universal ou quase universal. Não há garantias de que a maioria vá decidir de modo justo; suas decisões podem bem ser injustas com as minorias, cujos interesses podem ser ignorados. Nesse caso, a democracia pode até ser qualificada como injusta, mas não será menos democrática apenas por essa razão. Por outro lado, uma visão de democracia em parceria implica que o povo governe a si próprio considerando-se, cada um de seus integrantes, como um parceiro integral (*full partner*) num empreendimento político coletivo. A ideia é que a decisão da maioria somente pode ser considerada democrática quando determinadas condições são atendidas – condições que protejam o status e os interesses de cada cidadão como um parceiro integral nesse empreendimento. Nessa concepção, uma comunidade que ignore os interesses de alguma minoria ou de algum grupo específico é, exatamente por essa razão, não democrática.

---

35 DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.131.

Lênio Streck e Francisco Motta destrinçam e analisam a visão de Dworking sobre a democracia. Afirmam que só existe Estado Democrático quando a vontade da maioria se submete aos direitos individuais, sob pena de inconstitucionalidade. As instituições somente são democráticas quando respeitam igualmente todos os indivíduos da sociedade. Os métodos contramajoritários não violam a democracia, pelo contrário, são o âmago dela. Cita-se:

Com efeito, o jusfilósofo norte-americano acredita que um Estado democrático somente encontra justificativa moral e política se garantir (e, para isso, conta-se com o Direito, vale dizer) igual consideração e respeito pelas pessoas que estão sob seu domínio.<sup>7</sup> Assim, a maioria não deve ser a juíza suprema de quando seu próprio poder deve ser limitado para se protegerem direitos individuais. O fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomariam, caso plenamente informados ou racionais, não é uma meta, nem uma definição de democracia. Para o autor, o objetivo da democracia é que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2006b, p. 24-26), o que não impede que as decisões políticas do dia a dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares, mas esses procedimentos majoritários são exigidos “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”. Perceba-se que, aqui, a eventual adoção de procedimentos não majoritários não é, em si, uma causa de arrependimento moral: é possível que estes encontrem justificativa na proteção ou promoção da igualdade – o que, segundo essa visão, é a própria essência da democracia.

Desse modo, Dworkin passa a sustentar uma concepção constitucional da democracia, que assume a seguinte postura diante do governo majoritário: a democracia é um governo sujeito às condições (chamadas condições democráticas) de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, suas decisões devem ser aceitas por todos. Quando não o fazem, ou quando o fazem de modo insuficiente, suas decisões devem ser consideradas inconstitucionais. E não há qualquer objeção a ser feita, em nome da democracia, a que um tribunal, com poderes constitucionais para tanto, seja o encarregado de declarar essa inconstitucionalidade (DWORKIN, 2006b, p. 26-27).

Assim, conforme os entendimentos doutrinários qualificados expostos, as Cortes Constitucionais devem implementar a democracia, buscando qualificar o debate e protegendo a democracia dela mesma (em seu aspecto puramente majoritário).

Issacharoff<sup>36</sup> apresenta uma conclusão precisa do problema do sistema eleitoral majoritário: justamente as eleições populares. Estas não garantem estabilidade política duradoura, tolerância, estabilidade política e nem, de forma satisfatória as minorias vulneráveis:

O problema de criar instituições e cultura democráticas, desde as cinzas do autoritarismo, numa sociedade fraturada, é o de que essas jovens democracias têm de resolver o enigma que reside no coração de todas as democracias liberais consolidadas: elas precisam permitir que a maioria governe, enquanto simultânea e institucionalmente limitam seu poder. O poder majoritário é haurido, invariavelmente, de eleições populares. Mas, ao longo

---

36 ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies: contested power in the era of Constitutional Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015, p.5.

do tempo, eleições, tão somente, não são o bastante. Elas não asseguram estabilidade política duradoura, não protegem de modo satisfatório minorias vulneráveis em face das maiorias políticas poderosas, não asseguram tolerância, nem, portanto, garantem legitimidade política. Aliás, em democracias instáveis, o choque de adrenalina nas paixões políticas da sociedade, provocado pelas eleições, pode ter o efeito contrário, a saber: o de aguçar a polarização e o ressentimento. Assim como acontece com um indivíduo doente, observa Issacharoff, o mesmo exercício que mantém o saudável energizado pode acabar levando à morte daquele que está com a saúde fragilizada. Não é descartável o risco de que eleições regulares sejam convertidas num mecanismo formal de viabilizar a tirania da maioria.

Tendo em vista o contexto brasileiro, com democracia recente, diversas falhas de representatividade dos políticos perante a sociedade e com muitas carências em implementações de direitos básicos, faz-se necessária a atuação do STF nas três dimensões destacadas no capítulo anterior (contramajoritária, representativa e iluminista).

Lenio Streck e Francisco Motta<sup>37</sup> entendem que é necessário o controle judicial nas democracias, em especial, nas democracias jovens (como a brasileira). Nestas, a sociedade é bastante dividida, sendo insuficiente apenas os arranjos políticos e sociais para a pacificação:

Daí a necessidade de limitar, ou conter, o poder majoritário. E, para fazê-lo, as últimas ondas de democratização têm adotado a estratégia bastante familiar de restringir os poderes da maioria por meio de limitações constitucionais. Em outras palavras, o

---

37 STRECK, Lenio Luiz e MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. 2020. Disponível em: < file:///C:/Users/Wk%20Vasco/Downloads/11284-Texto%20do%20Artigo-45425-44885-10-20201211.pdf>. Acesso em: 03/11/2023.



modelo de democracias constitucionais é o que tem sido adotado, como regra, na formação das jovens democracias.

(...)

De fato, democracias mais recentes têm apostado na criação de um sistema de cortes encarregadas da tarefa de vigilância constitucional do exercício do poder político.

(...)

Daí a referência à fragilidade desses arranjos. São frágeis as democracias constitucionais cujas instituições políticas e grupos de apoio da sociedade civil são insuficientes para gerenciar conflitos. Tipicamente, democracias frágeis herdaram a autoridade política do colapso de um regime autoritário, e então têm de enfrentar o recrudescimento da divisão social que vinha sendo suprimida pelo regime de força. Essas democracias devem gerenciar conflitos, estabilizar a governança e inculcar os valores da soberania popular, tudo ao mesmo tempo. E essa tarefa é conduzida com uma população que pouco compartilha, entre si, concepções de cidadania ou de comunidade. Mais: isso tudo é feito em face de determinados inimigos ou ameaças, de dentro e de fora do regime, para quem essa divergência inerente ao governo democrático é um convidativo sinal de fraqueza.

Issacharoff<sup>38</sup> afirma que o Poder Judiciário é justamente o órgão mediador do embate entre a política democrática e as restrições constitucionais:

Constituições fazem mais do que fixar procedimentos para o funcionamento de rotinas democráticas. Elas impõem uma visão normativa a respeito de direitos

---

38 ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies: contested power in the era of Constitutional Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 8-10.

e de arranjos estruturais que resistem à intrusão das preferências políticas comuns. Ainda que de modo aspiracional, elas determinam que o poder político seja exercido em conformidade com uma série de padrões elevados de obrigações para com a sociedade. E essa tensão entre a política democrática e as restrições constitucionais exige a presença de uma instituição mediadora, com a capacidade institucional de impor essas restrições.

(...)

Constituições servem como uma limitação à ação de grupos antidemocráticos e de governantes com propensão à autocracia, por meio da imposição de amarras institucionais cuja observância deve poder ser obtida perante as cortes. Essa capacidade constitucional de impor esse tipo de restrições pressupõe, portanto, a habilidade das cortes de funcionarem como uma força confiável tanto na legitimação da construção de fronteiras democráticas quanto na intervenção para a contenção de poderes governamentais. Issacharoff dedica-se a investigar precisamente esse aspecto da democratização, qual seja, o de dimensionar a importância que a introdução de uma autoridade judiciária constitucional independente tem para a estabilização da democracia em sociedades divididas. Qual o papel do Direito na estrutura de uma democracia constitucional? Como o uso do constitucionalismo e o estabelecimento de cortes constitucionais opera em sociedades profundamente fraturadas?

Na mesma toada, Barroso<sup>39</sup> afirma que o Judiciário tem que garantir a estabilidade institucional, sendo o ponto de equilíbrio nos conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil:

---

39 BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 3 nov. 2023.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais<sup>122</sup>. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Ressalte-se que a democracia constitucional deve ser exercida sempre de forma equilibrada e de autocontenção, a fim do Judiciário não querer substituir o Executivo ou o Legislativo abusivamente.

Barroso<sup>40</sup> explana sobre a atuação do Legislativo, com esta afastando o controle judicial quando realizada regularmente:

Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu.

---

40 BARROSO, Luís Roberto. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. In: Temas de direito constitucional, t. III, 2005, p.314-315.

Vale ressaltar, que o próprio STF e STJ possuem o entendimento de que o Poder Judiciário é um concretizador dos direitos e garantias fundamentais e da própria democracia (grifo meu):

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – **RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA** – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – **PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL** – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – **PRECEDENTES DO STF E STJ.**

1. **A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida** (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, **a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.**

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. **Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão.** Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. **A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência**

**de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.**

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento **a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas.** Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, **porque a democracia não se restringe na vontade da maioria.** O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. **Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais.** Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. **Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a Democracia.**

5. Com isso, **observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.** Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. **O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver.** O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o

direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstrato, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, **o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.**

10. **Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas.** Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. **Em situações limítrofes**

**como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.**

11. **Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.**

STJ. Resp Nº 1.185.474 – SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/04/2010.

Diante de toda a doutrina exposta e da jurisprudência do STF, fica nítido que o Poder Judiciário é um legítimo protetor do processo democrático e da promoção dos valores constitucionais, superando, inclusive, o déficit de legitimidade dos demais Poderes – em especial, pela corrupção e deslocamento da realidade social brasileira.

Barroso conclui que o Brasil está atrasado no avanço social, sendo imperativas novas soluções aos problemas, defendendo um maior ativismo judicial (grifo meu):

O Brasil enfrenta muitos problemas que vêm de longe. Conseguimos avançar muito, mas ainda **estamos atrasados e com pressa**. Por essa razão, é preciso ir buscar soluções e respostas originais, fora da caixa. O debate de ideias deve ser universal, mas as soluções devem ser particulares. Nem tudo o que eu penso e disse pode ser universalizado. Cada povo carrega a sua própria história, as suas circunstâncias e os seus desafios. Porém, na frase feliz de Albert Einstein, “não podemos resolver nossos problemas pensando do mesmo modo como pensávamos quando os criamos”.

Desta forma, percebe-se a necessidade da atuação (sempre excepcional) do Poder Judiciário em cumprir a sua legítima função democrática (a Democracia Constitucional), a fim de auxiliar a sociedade a buscar um caminho melhor, efetivando a verdadeira democracia e implementando os Direitos Fundamentais.



# CONCLUSÃO



Diante de todo o exposto, é necessário se aprofundar nas funções do Poder Judiciário. Este deve exercê-las sempre se pautando em autocontenção, a fim de não inverter a lógica jurídica e a separação dos Poderes.

Cabe também ressaltar que o Judiciário não atua sozinho em tais funções, sendo essenciais a OAB, o *Parquet* e a Defensoria Pública. São órgãos que atuam como *accountability* social, sendo instrumentos garantidores do dever de prestação de contas pelo administrador público, com transparência do governo e permitindo a responsabilização dos gestores pelos resultados entregues à sociedade. Atuam para garantir a boa governança e a sustentável governabilidade.

Um exemplo claro é a nova vertente do Ministério Público, deixando de ser excessivamente demandador (sempre buscando a judicialização) e assumindo um caráter resolutivo (a exemplo de Recomendações, TAC, Compromisso de Ajustamento de Conduta, Acordo de Não Persecução Penal e Cível, entre outros).

Essas atuações não violam a democracia, pelo inverso, a concretizam. A participação de órgão autônomos e independentes é a pedra angular da democracia.

Frise-se que, por vezes, os Poderes Executivo e Legislativo não aprovam normas e atos públicos pelo melhor social, mas pelo melhor “eleitoral”. Comportamentos que garantem voto da maioria e não o necessário para políticas públicas melhores – respeitando às minorias, por exemplo.

É neste aspecto que urge a Democracia Constitucional. Lênio Streck e Francisco Motta<sup>41</sup> definem a legitimidade de exclusão de grupos antidemocráticos e a *accountability* como os requisitos qualitativos do constitucionalismo:

---

41 STRECK, Lenio Luiz e MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. 2020. Disponível em: < file:///C:/Users/Wk%20Vasco/Downloads/11284-Texto%20do%20Artigo-45425-44885-10-20201211.pdf>. Acesso em: 03/11/2023.

Legitimar a exclusão de grupos antidemocráticos e submeter os governantes à accountability. Essas limitações ao majoritarianismo (ou à democracia) são, precisamente, os qualificativos do constitucionalismo.

Assim, o Poder judiciário, ao lado do MP, da OAB e da Defensoria Pública (e dos demais órgãos protetores dos direitos fundamentais e humanos) deve agir em nome da Constituição e dos requisitos qualitativos do constitucionalismo, para garantir e efetivar os direitos, mesmo contra a vontade da maior parte da população e dos seus representantes eleitos.

Ou seja, a Democracia Constitucional busca afastar métodos antidemocráticos e fiscalizar legitimamente os governantes, a fim de coibir abusos e efetivar a democracia, sempre com o foco na implementação os direitos fundamentais.

É importante observar que esta vertente democrática não mitiga a democracia, pelo contrário, assegura-se de sua mais perfeita forma, tornando-a efetiva e dando ao caso concreto efeitos concretizadores.

Vê-se, de pronto, que a Democracia Constitucional não vai de encontro aos preceitos basilares democráticos. Pelo contrário, garante processos democráticos respeitadores da segurança jurídica, da previsibilidade e da estabilidade das relações sociais (e seus eternos conflitos).

A fim de se estabelecer uma boa aplicabilidade da Democracia Constitucional, devem ser bem analisadas as três funções da Corte Constitucional, com seu bom uso, para uma melhor contribuição em sua efetividade.

Afinal, vale mencionar que os três papéis das Supremas Cortes existem para que o Judiciário atenda à sociedade de forma eficaz, equilibrada e sábia. Observando-se, ainda, a completeza da situação e enxergando, além dos argumentos jurídicos e fáticos, as suas consequências. Evitando que sua aplicação gere uma maior instabilidade e provoque consequências danosas – justamente o contrário de seu objetivo.

Nota-se de forma bem expressiva que, a linha limítrofe entre o uso benéfico e maléfico da técnica, é bem tênue. Por essa razão, torna-se de suma importância atentar-se aos requisitos para sua aplicação – conforme expostos ao longo do estudo.

Visto desta forma, o direito brasileiro caminha em direção a um futuro dinâmico, afastando-se de uma acepção mecânica e extremamente formal da democracia para uma racional, de efetividade concreta dos processos democráticos.

Com fulcro na nova visão de atuação da Corte Constitucional, cada vez mais sólida e fundamentada, com uso das três funções estudadas (contramajoritária, representativa e iluminista).

Essas funções essenciais devem ser cada vez mais estudadas e aperfeiçoadas. Conforme debatido no estudo, o STF já avançou em todas, com decisões em todas as vertentes.

O mestre Barroso<sup>42</sup>, em seus estudos, sempre decreta a necessidade de aprofundarmos no tema debatido neste estudo, a fim de sabermos qual é o ponto de equilíbrio entre a supremacia da Constituição, a interpretação constitucional pelo Judiciário e o processo político majoritário. Em especial, com a crise de legitimidade da população perante o Executivo e o Legislativo. Cita-se:

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem

---

42 BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005, p. 51-52. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 3 nov. 2023.

sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

A Democracia Constitucional, com o Judiciário sendo um concretizador da Democracia e implementando os direitos fundamentais, não é ambição de um futuro social melhor, é a única forma de uma sociedade melhor, justa e democrática.

Lênio Streck e Francisco Motta<sup>43</sup> são diretos e objetivos na necessidade de uma democracia amplamente fiscalizada por todos os Poderes e pela sociedade:

Permitir que a maioria governe, enquanto, simultânea e institucionalmente, limita o seu poder. Eis a coisa certa a fazer.

Assim, somente um caminho pode ser o correto e o democrático: o avanço da Democracia Constitucional e Comunitária, sendo a legítima busca por uma sociedade melhor e por uma democracia efetiva.

Quem sabe, enfim, o Brasil será o país do presente e não, eternamente, o “país do futuro”.

---

43 STRECK, Lenio Luiz e MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. 2020. P. 11. Disponível em: < file:///C:/Users/Wk%20Vasco/Downloads/11284-Texto%20do%20Artigo-45425-44885-10-20201211.pdf>. Acesso em: 03/11/2023.

# REFERÊNCIA





NOGUEIRA, Clayton Ritnel. A teoria discursiva de Jürgen Habermas. 2006. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2715/A-teoria-discursiva-de-Jurgen-Habermas>. Acesso em 21/10/2023.

JÚNIOR, José Gutemberg de Sousa Rodrigues Júnior e Araújo, Clara Skarleth Lopes. Da deferência ao ato administrativo e das capacidades institucionais, 2023. <https://www.conjur.com.br/2023-jul-31/rodrigues-jr-araujo-deferencia-ato-administrativo>. Acesso em 21/10/2023.

LAMBERTUCCI, A. R. A participação social no governo Lula. In: AVRITZER, L. Experiências nacionais de participação social. São Paulo: Cortez. 2009.

BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2012.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - Gilmar Mendes. 9ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, PEDRO, Direito Constitucional Esquematizado. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Método, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2013.

MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives; VALDER, Carlos. Tratado de Direito Constitucional. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 1995.

LAMBERTUCCI, A. R. A participação social no governo Lula. In: AVRITZER, L. Experiências nacionais de participação social. São Paulo: Cortez. 2009.

A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. VIEIRA, Oscar Vilhena (Editor), GLEZER, Rubens (Editor). São Paulo: FGV, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Superação legislativa da jurisprudência (reação legislativa). Buscador Dizer o Direito, Manaus.

Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f39f8317fbd1988ef4c628eba02591>>. Acesso em: 17/03/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Superação legislativa da jurisprudência (reação legislativa). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f39f8317fbd1988ef4c628eba02591>>. Acesso em: 17/03/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Superação legislativa da jurisprudência (reação legislativa). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7f39f8317fbd1988ef4c628eba02591>>. Acesso em: 17/03/2023.

Marmelstein, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 26/02/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Mandado de segurança contra projeto de lei supostamente inconstitucional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d645920e395fedad7bbb0eca3fe2e0>>. Acesso em: 26/02/2023.

NOGUEIRA, Clayton Ritnel. A teoria discursiva de Jürgen Habermas. 2006. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2715/A-teoria-discursiva-de-Jurgen-Habermas>. Acesso em 21/10/2023.?. Acesso em: 22/10/23.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. 2002. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 22/10/23.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. 2015. <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 22/10/23.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 22/10/23.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies: contested power in the era of Constitutional Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 120, n. 6, abr. 2007.

STRECK, Lenio Luiz e MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. 2020. Disponível em: < file:///C:/Users/Wk%20Vasco/Downloads/11284-Texto%20do%20Artigo-45425-44885-10-20201211.pdf >. Acesso em: 03/11/2023.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Saraiva, 2014d, *passim*.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [S. l.], n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1043>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. In: Temas de direito constitucional, t. III, 2005.

DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

Motta, Fabrício. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.