

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL APLICADO

Anderson Danillo Pereira Lima

OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
entre o Estado de Direito e a Democracia

Campina Grande/PB

2016

Anderson Danillo Pereira Lima

**OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
entre o Estado de Direito e a Democracia**

Monografia apresentada perante Programa de Especialização da Faculdade Damásio de Jesus como cumprimento parcial para conclusão do Curso de Pós Graduação *Latu sensu* e obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Orientador: Professora Fabiola Cassel Ferri.

Campina Grande/PB

2016

Anderson Danillo Pereira Lima

**OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
entre o Estado de Direito e a Democracia**

**Monografia apresentada perante Programa de
Especialização da Faculdade Damásio de Jesus
como cumprimento parcial para conclusão do
Curso de Pós Graduação *Latu sensu* e obtenção
do título de Especialista em Direito
Constitucional Aplicado. Orientador:
Professora Fabiola Cassel Ferri.**

Banca Examinadora:

Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus:

Professora Fabiola Cassel Ferri

Orientadora

Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus:

Professor(a)

Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus:

Professor(a)

Aprovação: _____

Campina Grande/PB

2016

RESUMO

No presente trabalho analisou-se o cariz eminentemente contramajoritário da jurisdição constitucional, na sua tarefa de garantir a efetividade e a supremacia do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, e as suas implicações no âmbito do princípio democrático, caracterizado pelo governo das maiorias. Teve-se por finalidade a investigação e o conhecimento acerca das inúmeras teorias construídas em torno do necessário equilíbrio entre os valores constitucionais do estado de direito e o princípio democrático no âmago da jurisdição constitucional, expondo as críticas existentes e colhendo a contribuição de cada uma delas para a superação das deficiências identificadas e o fortalecimento de um sistema de controle de constitucionalidade legítimo. O método dedutivo e o método histórico permearam o desenvolvimento da pesquisa, que se desenlaçou, de modo investigativo, com o levantamento dos fenômenos históricos e sociais que deram ensejo à instalação de um novo paradigma jurídico no que tange à força normativa da Constituição e ao robustecimento da jurisdição constitucional. Em seguida, avançou-se para o exame das premissas teóricas que dão sustentação ao modelo de controle de constitucionalidade vigente, passando-se também pela análise dos fundamentos das teses que o contrariam, com um destaque especial para relação conflituosa entre democracia/estado de direito. Seguiu-se com a observação da atuação do Supremo Tribunal Federal em alguns casos, concluindo-se, finalmente, com o intento de delimitação de um espaço de atuação e de um padrão de conduta minimamente legítimos no desempenho da jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. ESTADO DE DIREITO. DEMOCRACIA. CONTRAMAJORITÁRIO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

ABSTRACT

In this paper we analyzed the eminently contramajoritário nature of constitutional jurisdiction in its task of ensuring the effectiveness and the supremacy of the catalog of fundamental rights of the Constitution and its implications in the context of the democratic principle, characterized by the government of the majority. We had it intended to research and knowledge about the numerous theories built around the necessary balance between the constitutional values of the rule of law and the democratic principle at the heart of constitutional jurisdiction, exposing the existing criticism and reaping the contribution of each to overcome the weaknesses identified and the strengthening of a legitimate constitutional control system. The deductive method and the historical method permeated the development of the research, which was unlaced, investigative mode, with the survey of historical and social phenomena that gave rise to the installation of a new legal paradigm regarding the normative force of the Constitution and toughening the constitutional jurisdiction. Then moved to the examination of the theoretical assumptions that support the current constitutional control model, going also by analyzing the fundamentals of the thesis that the counter, with a special emphasis on adversarial relationship between democracy / rule of law . This was followed by observing the actions of the Supreme Court in some cases, concluding finally with the intent of defining a performance space and a standard minimally legitimate conduct in the performance of constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION. RULE OF LAW. DEMOCRACY. CONTRAMAJORITÁRIO. CONSTITUTIONALITY CONTROL.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1 – BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	09
1.1 O MODELO AMERICANO DO JUDICIAL REVIEW.....	09
1.2 O MODELO AUSTRÍACO OU KELSENIANO.....	11
1.3 A EXPERIÊNCIA MISTA BRASILEIRA.....	12
CAPÍTULO 2 – O PENSAMENTO JURÍDICO AO LONGO DO TEMPO: PRINCIPAIS ESCOLAS.....	15
2.1 O POSITIVISMO FORMALISTA: A ESCOLA DA EXEGESE E A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS.....	15
2.2 O POSITIVISMO CIENTÍFICO DE HANS KELSEN.....	17
2.3 O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL E SEUS PARADIGMAS.....	21
2.4 O BRASIL NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	26
CAPÍTULO 3 – ALGUMAS DISCUSSÕES TEÓRICAS E FOLOSÓFICAS CONTEMPORÂNEAS E SUAS INFLUÊNCIAS SOBRE A TEORIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	30
3.1 O PENSAMENTO PÓS-MODERNO E A ERA DOS RELATIVISMOS.....	30
3.2 COMUNITARISMO X LIBERALISMO.....	34
3.3 SUBSTANCIALISMO X PROCEDIMENTALISMO.....	40
3.4 O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SEU CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO.....	43
3.5 A ATUAÇÃO DO SUPERMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	48
3.6 PROPOSTAS PARA UMA ATUAÇÃO EQUILIBRADA.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

Os acontecimentos históricos do século passado, sobretudo as barbaridades cometidas pela política de estado desenvolvida pela Alemanha Nazista no contexto da Segunda Guerra, evidenciaram a incapacidade do direito para refrear a ascensão de ditadores ao poder e obstar a instalação de modelos totalitários de estado, desencadeando o surgimento de diversas teorias no âmbito jurídico destinadas a coibir e impedir que catástrofes humanitárias daquele jaez tornassem a ocorrer sob o pálio do direito.

Nessa senda, ganharam ressonância teorias que defendiam um novo paradigma jurídico fundado no reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição, na necessidade do estabelecimento de um extenso catálogo de direitos fundamentais nos textos constitucionais, na normatividade e na superioridade das normas principiológicas e no fortalecimento do controle de constitucionalidade.

No âmbito do conhecimento filosófico, a reação também foi imediata e intensa, com o resgate das lições do filósofo moderno Immanuel Kant, notadamente no que toca ao reconhecimento do homem como um fim em si mesmo e a negação de qualquer doutrina de cunho utilitarista ou pragmático, que admita a utilização do ser humano como um mero instrumento voltado à consecução de uma finalidade coletiva que seja. A esse momento do conhecimento filosófico se convencionou chamar de virada kantiana ou neokantismo, com notáveis e profundas influências sobre outros ramos do conhecimento, como o direito e as ciências políticas.

Todos esses valores, voltados à imposição de rígidos limites às maiorias de ocasião, foram albergados pelas doutrinas pós-positivistas, especialmente pela vertente neoconstitucionalista, que passou a ser predominante no meio jurídico e a influenciar tanto o conteúdo das constituições do segundo pós-guerra quanto a metodologia empregada na interpretação e na aplicação dos textos normativos, principalmente das regras e princípios constitucionais, possibilitando a assunção de um papel de protagonismo pelo poder judiciário, responsável pela sua efetivação, não sem críticas pertinentes, como se verá a seguir.

No caso brasileiro, em decorrência de uma nova postura adotada pela atual composição do Supremo Tribunal Federal no exercício do *mister* de guardião da Constituição, com a decisão de casos polêmicos, com grande repercussão nacional e forte apelo perante a

opinião pública, a exemplo do aborto de anencefálicos, da união estável entre pessoas do mesmo sexo, da pesquisa com células tronco embrionárias etc, observa-se que a jurisdição constitucional alcançou uma notoriedade e despertou o interesse da opinião pública jamais vistos em momentos anteriores da história constitucional pátria.

Com efeito, a postura claramente contramajoritária adotada pela Corte em muitos desses casos, embora festejada por uma parcela da sociedade, deflagrou celeumas no seio social e algum desconforto no meio político, com o levantamento de questionamentos acerca da legitimidade e da observância dos limites constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, alguns com fundamentos plausíveis e outros com o singelo e manifesto propósito de desqualificar o trabalho da Corte em razão de interesses contrariados.

A análise e a delimitação das funções e dos desafios da Corte Constitucional no exercício da jurisdição constitucional, em consonância com o regime democrático e o Estado de Direito, é objeto constante dos estudos dos filósofos modernos e pós-modernos, da área jurídica ou não, e revela-se especialmente pertinente no cenário brasileiro hodierno, razão pela qual será objeto de abordagem ao longo dos capítulos desse trabalho com o rigor científico que merece, mas sem pretensões de exaurimento da discussão, seja pela impossibilidade fática, seja pelas limitações desse meio.

Enfim, o que se objetiva é demonstrar que a atividade jurisdicional, sobremaneira no âmbito do controle de constitucionalidade, tornou-se uma tarefa especialmente delicada, haja vista os constantes entrechoques entre os valores limitativos do poder estatal decorrentes do Estado de Direito e as exigências de legitimidade do poder reclamadas pelo regime democrático, o que exige dos órgãos jurisdicionais uma atuação eminentemente técnica e metodológica, com a fixação de critérios científicos claros e sindicáveis pela sociedade, sob pena de se navegar pelo pântano da ilegitimidade e do arbítrio judicial.

CAPÍTULO 1 – BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para efeito de contextualização e entendimento do processo de construção de uma teoria de legitimação do exercício do controle de constitucionalidade pelos órgãos do poder judiciário, faz-se necessária a exposição das principais correntes desenvolvidas ao longo dos anos e dos fundamentos em que se baseiam.

Nessa tarefa, não serão abordados os períodos antecedentes à existência do controle de constitucionalidade, ou mesmo às constituições na feição moderna ou pós-revoluções liberais do século XVIII, haja vista que tal empreitada escaparia por demais do objeto do presente trabalho e não haveria como comportá-la nos limites dessa proposta acadêmica.

Assim sendo, registraremos apenas a existência e os contornos teóricos dos modelos de jurisdição constitucional mais expoentes, que inspiram, até os dias de hoje, grande parte dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, pelo menos, excepcionando-se somente as experiências inglesa e francesa, pelas idiossincrasias dos elementos históricos envolvidos e pela falta de influência além dos lindes territoriais desses países.

1.1 O MODELO AMERICANO DO *JUDICIAL REVIEW*

Os Estados Unidos da América promulgaram a sua primeira e única constituição em 1787, onze anos após a declaração de independência das treze colônias americanas do jugo da Coroa Britânica. Caracterizada pelo sintetismo, próprio do modelo ideal de constituição forjado pelas ideologias liberais que inspiraram as revoluções do século XVIII, a Carta Magna americana não dispôs, em um só artigo, acerca da possibilidade ou dos contornos do exercício de um controle de constitucionalidade, nem mesmo, por óbvio, sobre qual seria o poder ou instância com incumbência para fazê-lo.

Com efeito, a jurisdição constitucional, nos Estados Unidos, é fruto de uma construção jurisprudencial, especificamente da lavra do *Chief Justice John Marshall*, em decisão proferida no famigerado caso *Marbury vs Madison*, submetido à apreciação da Suprema Corte em 1803. Naquela assentada, o Juiz *Marshall*, fundado na lógica de supremacia da Constituição sobre os demais textos legais do ordenamento jurídico americano, na necessária separação dos poderes e no fato de que cabe ao judiciário interpretar as leis, concluiu, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Ora, como a Constituição constitui a lei fundamental e suprema, e incumbe ao judiciário interpretar as leis para julgar os casos, cabe-lhe, quando a lei afronta a Constituição, deixar de aplicá-la ao caso concreto. Admitiu-se, assim, que o judiciário é o intérprete último da Constituição.¹

A grande contribuição do caso *Marbury vs Madison* para a viabilização de um controle de constitucionalidade decorre do estabelecimento de duas premissas básicas para que este ocorra, quais sejam o reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição, como documento legal de observância compulsória por parte dos poderes constituídos, e não como simples carta de intenções sem qualquer imperatividade.

Esses fundamentos constituem a pedra de toque do controle de constitucionalidade, independentemente do modelo que venha a ser adotado. Mas, além disso, a jurisprudência americana desenvolveu outros pressupostos que são peculiares da jurisdição constitucional estadunidense, como, por exemplo, a adoção de um sistema de nulidades das leis inconstitucionais, atribuindo um vício de origem a estas que as impede de produzir efeitos no ordenamento jurídico, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*.

Além dessa característica, o sistema americano ainda se notabiliza por seu caráter difuso, atribuindo ao universo dos órgãos do poder judiciário, e somente a este poder (*judicial review*), a missão de promover o controle de constitucionalidade, sem a concentração em um tribunal específico, bem como pela realização desse controle de forma incidental, ou seja, no âmbito de um caso concreto submetido à apreciação judicial, não havendo a possibilidade de controle abstrato de leis em face da Constituição.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 728.

Em linhas gerais, como proposto, esses são os contornos da jurisdição constitucional americana.

1.2 O MODELO AUSTRIACO OU KELSENIANO

Após a vanguarda do sistema americano, que, pela primeira vez, admitiu a possibilidade da realização de um controle de constitucionalidade de leis infraconstitucionais, surge, no continente europeu, por obra do jusfilósofo austríaco Hans Kelsen, uma alternativa ao *judicial review* estadunidense, mais consentânea com a ideologia política e jurídica vicejante no velho continente.

As revoluções liberais no continente europeu tiveram como resultado uma relação entre os poderes caracterizada pela proeminência do parlamento – legislativo – sobre os demais. Isso ocorreu, notadamente, em razão da necessidade de superação de um paradigma de estado absolutista, que concentrava todo o poder na figura do monarca. No caso da França, ainda, além do executivo, também o poder judiciário saiu desprestigiado no modelo de estado originado da revolução jacobina, haja vista que este poder foi visto pelos vitoriosos como um cúmplice da monarquia do *ancien régime*.

Por essa razão, principalmente, o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela maior parte dos países da Europa possuiu contornos próprios, com destaque especial para a concentração da competência para a sua realização em um órgão específico, não integrante da estrutura do poder judiciário. Nas lições de Kelsen, essa missão deveria ser deferida com exclusividade às chamadas cortes constitucionais.

Além disso, as impugnações às leis infraconstitucionais em face da Constituição não poderiam ocorrer no âmbito de relações jurídicas concretamente submetidas à Corte Constitucional, devendo decorrer de um confronto em abstrato entre o texto impugnado e o paradigma constitucional supostamente violado.

Outra característica marcante do modelo kelseniano é a adoção de um sistema de anulabilidade das normas inconstitucionais, a significar que o reconhecimento da inconstitucionalidade de um texto legal atua sobre o plano da eficácia da referida disposição,

não na esfera da validade, produzindo efeitos constitutivos negativos ou *ex nunc*. Disso decorre a admissão da produção de efeitos pela lei até a data em que seja declarada inconstitucional, além da impossibilidade de produção do efeito repristinatório da lei revogada em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da lei revogadora.

Sobre a teoria da anulabilidade das normas inconstitucionais de Kelsen, destaque-se o magistério de Luis Roberto Barroso:

Por essa linha de entendimento, a lei inconstitucional não seria nula, mas meramente anulável. Vale dizer: a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão somente a anulabilidade do ato. Como consequência, a decisão que a reconhecesse teria natureza constitutiva negativa e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei. Citando Volpe, García de Enterría procura demonstrar uma razão histórica para a posição restritiva da atuação do Judiciário: Kelsen queria com isso evitar um governo de juízes, numa época em que havia certa revolta dos juízes contra a lei. O mundo germânico vivia a influência de algumas posições românticas, como as da Escola livre do direito e da Jurisprudência livre. Proibindo os juízes de deixar de aplicar as leis, procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento.²

O primeiro país a adotar esse modelo, e o único a absorver a doutrina da anulabilidade das normas constitucionais, foi a Áustria – nacionalidade do jurista que o concebeu –, que o fez na sua Constituição de 1920.

1.3 A EXPERIÊNCIA MISTA BRASILEIRA

A jurisdição constitucional brasileira foi inaugurada com o Decreto n.º 848 – antecedido pelo Decreto n.º 510, que criou o Supremo Tribunal Federal –, baixado pelo Governo Provisório após a proclamação da República, e, posteriormente, passou a ter previsão na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Por influência de Rui Barbosa, jurista brasileiro de destaque no cenário nacional da época, foi adotado um sistema baseado na experiência dos Estados Unidos da América, absorvendo todas as características do modelo *Ianque* de jurisdição constitucional, como a competência difusa, cometida a todos

² BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

os membros do poder judiciário, a realização do controle de forma incidental e a adoção de um sistema de nulidades. Nesse sentido, confira-se a lição de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

Outro ponto importante foi a previsão do controle de constitucionalidade das leis, que acabara de ser instituído pelo Decreto nº 848 do Governo Provisório, e passou a ter assento constitucional. O modelo adotado foi o norte-americano, do controle difuso e concreto: todos os juízes e tribunais exerciam o controle e podiam deixar de aplicar leis e outros atos normativos a casos concretos que lhes fossem submetidos, quando as normas contrariassem a Constituição. Comentando o art. 59, §1º, da Constituição de 1891, Ruy Barbosa sintetizava o “princípio fundamental” que informa o modelo: “a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desapplicá-las, segundo esse critério”.³

Embora se afirme que o nosso sistema conheceu um embrião do controle concentrado em 1934, com a previsão na Constituição daquele ano da representação interventiva – semelhante à atual ADI interventiva, aplicável aos casos de violação dos chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, CF) –, apenas em 1965, com a Emenda Constitucional n.º 16/65, que alterou a Constituição de 1946, foi que o nosso ordenamento jurídico passou a albergar a figura do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, com a criação da representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, para a qual era competente, privativamente, o Supremo Tribunal Federal. Vejamos o escólio de Daniel Sarmento:

Tal representação corresponde hoje à Ação Direta de Inconstitucionalidade. A sua introdução tornou o sistema de jurisdição constitucional brasileiro misto, pois temos aqui, desde então, tanto o controle abstrato e concentrado, exercitado pelo STF sobre as normas em tese, como o controle difuso e concreto, à disposição de qualquer juiz e tribunal no exame das lides a eles submetidas.⁴

Essa inovação, no entanto, não significou a superação do modelo de controle difuso e incidental, que continuou a existir, desta feita acompanhado desse novo instrumento trasladado da experiência europeia de jurisdição constitucional. Nos anos seguintes, o que se observou foi o robustecimento do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade,

³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 150.

⁴ Idem. Nota de rodapé nº 142.

notadamente com promulgação da Constituição Cidadã de 1988, que contemplou, em seu texto, outros dois importantes instrumentos de acionamento direito da Corte Constitucional, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF).

Não sendo bastante, no ano de 1993 foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 03, que inseriu na Carta da República a ação declaratória de constitucionalidade, a qual, juntamente com as outras ações já anunciadas, além da ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, CF), compõe o sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo da sempre presente possibilidade todo e qualquer juiz, no território nacional, declarar a inconstitucionalidade e, portanto, a nulidade de um texto normativo, sempre que necessário para a decisão de um caso concreto que lhe seja submetido (controle difuso e incidental).

A única peculiaridade do sistema americano a que o Brasil permaneceu fiel com exclusividade foi ao regime de nulidades das leis inconstitucionais, não tendo havido ressonância, no direito brasileiro, a tese da revogabilidade preconizada por Hans Kelsen. Sendo assim, em território Tupiniquim, declarada a inconstitucionalidade de determinado texto normativo, não se lhe reconhece a produção de qualquer efeito, salvo na hipótese de modulação de efeitos, por razões de segurança jurídica, das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, seja na via difusa, seja na concentrada, na locução do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e do art. 11 da Lei n.º 9.882/99.

Com esse breve esboço, percebe-se que o Brasil adotou, desde 1965, um modelo híbrido ou misto de controle de constitucionalidade, com um evidente fortalecimento, nos últimos anos, do sistema concentrado, tanto em virtude da profusão dos veículos de ativação dessa via quanto em razão da ampliação do rol de legitimados para a propositura das principais ações (art. 103, CF, com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 45/04), o que, aliado à guinada na cultura jurídica nacional, elevou o Supremo Tribunal Federal a um patamar de protagonista na cena jurídica brasileira.

CAPÍTULO 2 – CONCEPÇÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS E SUAS INFLUÊNCIAS

Como observado no capítulo anterior, a germinação e a sedimentação da ideia de supremacia da constituição e, por conseguinte, da necessidade de realização de uma filtragem do ordenamento jurídico à luz da Carta Magna, além da atribuição dessa competência ao Poder Judiciário, especialmente no magistério jurídico estadunidense, lançaram as bases para uma atuação mais expressiva deste poder sobre o espaço das decisões políticas fundamentais do Estado, já que àquele foi cometida a missão de fiscalizar e promover a adequação dos atos dos demais poderes às disposições constitucionais.

Mas esses fatores, por si sós, não seriam suficientes para viabilizar o destaque alcançado pelo poder judiciário, por exemplo, no cenário brasileiro da atualidade, notadamente do Supremo Tribunal Federal. Outros ingredientes, de ordem filosófica, contribuíram, talvez até de forma mais determinante, para uma atuação mais proativa por parte do poder judiciário. Trata-se da evolução da cultura jurídica predominante em diversos momentos históricos, sempre influenciada pelas concepções morais e filosóficas do seu tempo.

2.1 O POSITIVISMO FORMALISTA: A ESCOLA DA EXEGESE E A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS

O positivismo foi uma vertente do pensamento filosófico de grande adesão na Europa do século XIX. Construção do pensamento do filósofo francês Auguste Comte, a escola positivista tinha por característica basilar a negação da existência ou interferência de aspectos metafísicos, como explicações de ordem moral ou espiritual, sobre a realidade material. Afirmava ser o conhecimento científico exclusivamente empírico, resultado da

observação dos acontecimentos naturais, segundo uma lógica formal, conforme se depreende do magistério de Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins:

A Revolução Industrial no século XVIII, expressão do poder da burguesia em expansão, demonstrou a eficácia do novo saber inaugurado pela ciência moderna no século anterior. Ciência e técnica tornam-se aliadas, provocando modificações no ambiente humano jamais suspeitadas.

(...)

A exaltação diante desse novo saber e novo poder leva à concepção do cientificismo, segundo a qual a ciência é considerada o único conhecimento possível e o método das ciências da natureza o único válido, devendo, portanto, ser estendido a todos os campos da indagação e atividade humanas. Nesse clima, desenvolve-se no século XIX o pensamento positivista, que tem Auguste Comte (1798-1857) como principal representante.⁵

Na esteira do pensamento filosófico de então, e na busca de atribuir um caráter científico ao direito, os teóricos jurídicos trasladaram os ideais do positivismo para o âmbito do direito, afastando-se das prescrições jusnaturalistas até pouco aceitas – como a existência de um direito natural anterior, seja decorrente das leis divinas, seja oriundo da própria condição humana –, para se aferrar à suficiência dos diplomas normativos e à adoção do método lógico-dedutivo das ciências naturais no processo de interpretação e aplicação das leis, consagrando, no meio jurídico, o positivismo formalista.

Essa concepção jurídica se expressa, primeiramente, e de forma emblemática, na experiência francesa do início do século XIX, na chamada era das codificações, que teve por principal diploma normativo o Código de Napoleão de 1804, que se seguiu de outros importantes documentos legais. O substrato teórico foi conferido pela Escola da Exegese, negacionista de qualquer influxo de ordem filosófica ou moral no exame e na aplicação do direito. O juiz seria a mera boa que pronuncia as palavras da lei, na famigerada colocação de Montesquieu.

Veja-se, nessa direção, o escólio de Jean-Cassien e Aglaé Maryioli:

Em primeiro lugar, é preciso, sem dúvida, evocar a escola da exegese que teve seu momento de glória na França entre 1830 e 1880. O plano de fundo desta escola é a codificação francesa: o código civil de 1804, rapidamente denominado código de Napoleão, depois o código de processo civil de 1807, os código de comércio e processo penal de 1808, o código penal de 1810. A escola da exegese pretende

⁵ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1993, pp. 115/116.

excluir do direito qualquer filosofia: ela quer para si a garantia de um estudo da ordem jurídica positiva e codificada.⁶

Outra importante manifestação do positivismo formalista ocorreu na Alemanha do século XIX, com a conhecida “Jurisprudência dos Conceitos”, que, segundo Daniel Sarmento, se aproxima da Escola da Exegese na medida em que entende o direito como um sistema unitário e fechado, sem a possibilidade aportes estranhos à própria ciência jurídica e sem admitir a possibilidade de criação do direito pelo poder judiciário. No mais, não guarda maiores semelhanças, haja vista que, para esta, o sistema jurídico não estaria presente nos códigos, mas em conceitos jurídicos altamente abstratos estabelecidos pelos estudiosos do direito⁷.

Em síntese, percebe-se que, sob um paradigma positivista formalista, o poder judiciário ocupava uma posição de notável desprestígio em relação aos demais poderes da clássica fórmula tripartite de Montesquieu, incumbindo-lhe a tarefa mecanicista de aplicar o direito segundo a lógica formal da subsunção e os métodos empíricos das ciências naturais, sem nenhuma margem de apreciação, de modo que não havia terreno fértil para uma atuação mais ousada por parte desse poder.

2.2 O POSITIVISMO CIENTÍFICO DE HANS KELSEN

As concepções ortodoxas do positivismo formalista, no final do século XIX, início do século XX, passaram a ser objeto de constantes e severas críticas das mais variadas matizes do pensamento jurídico, filosófico e sociológico.

Na filosofia, tivemos as objeções formuladas pelo marxismo, para o qual a neutralidade no processo de interpretação e aplicação das leis era um mito, e a negação do componente político na interpretação servia apenas para escamotear o propósito maior de manutenção da estrutura social existente.

⁶ BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Tradução de Mauricio de Andrade. Barueri/SP: Manole, 2005, p. 187.

⁷ Ibidem, p. 574.

No pensamento jurídico, surgiram críticas de todos os lados, radicalizando, no extremo oposto, a forma de entender o direito, ao propugnar, por exemplo, a completa ausência de subordinação do intérprete ao direito positivo, como o fizeram a Escola da Livre Pesquisa do Direito, de François Gény, na França, e o Movimento do Direito Livre, na Alemanha. No mesmo sentido, nos Estados Unidos, tem-se a eclosão do chamado realismo jurídico, de Oliver Holmes, para quem o direito seria aquilo que dizem os juízes, além da Jurisprudência dos interesses, também na Alemanha, com a sua advertência acerca da necessidade de se levar em conta os interesses subjacentes às leis.

Adotando o caminho do meio entre os extremos formalistas e antiformalistas, veio a lume, pelas penas de Hans Kelsen, o positivismo científico.

A formulação do direito realizada por Kelsen se tornou clássica com a publicação da sua Teoria Pura do Direito em 1934. De nome sugestivo, a teoria de Kelsen vaticina que direito é tudo aquilo que seja produto exclusivo da construção jurídica, não sendo reconhecido como tal o que se origine de intervenções exógenas, como conclusões permeadas por conceitos naturais, morais, filosóficos, sociológicos ou subjetivismos de qualquer ordem. Pauta-se, portanto, pela objetividade nas reflexões sobre o direito, buscando, por conseguinte, dotá-lo de cientificidade.

Kelsen concebeu o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas, que buscam seu fundamento de validade umas nas outras, tendo, no ápice da pirâmide, a Constituição, norma dotada de supremacia formal e fonte de validade de todo o ordenamento jurídico, submetida, somente, à chamada norma hipotética fundamental, que seria um comando não escrito que determinaria o cumprimento de todo o sistema jurídico, principalmente da Constituição, à qual se sobrepõe imediatamente. Sustentasse que o conteúdo da norma hipotética fundamental se restringiria à cláusula “cumpra-se”.

Dessa forma, uma lei será válida se estiver em conformidade com a norma que lhe seja superior, e assim sucessivamente, não havendo qualquer exigência quanto ao conteúdo da norma, inclusive da Constituição, para a determinação da sua validade.

Nesse sentido, conforme preleciona Daniel Sarmiento, a Constituição de Kelsen se define apenas pela sua precedência formal; independentemente de instituir um Estado democrático ou uma ditadura, a Constituição se notabiliza por ocupar o ápice do ordenamento jurídico, prescindindo da organização do exercício do poder em termos liberais⁸.

⁸ Ibidem, p. 270

Kelsen até admitia a existência de um conteúdo próprio das constituições, como a definição da competência e do modo de produção das leis no Estado, mas se atinha a esse aspecto mínimo, sem opções ideológicas quanto ao modelo de Estado adotado ou mesmo em relação ao necessário respeito a direitos fundamentais.

Em suma, a pureza do direito prescrita por Kelsen nega o caráter jurídico de todo tipo de investigação ou consideração que não se atenha à análise das normas como elas são, salvo no que toca à observância do procedimento de elaboração das normas estabelecido pela norma que lhe seja superior, de modo que, para ele, os estudos relacionados aos fatores sociais de poder de uma dada sociedade, ou as ponderações no sentido de que seja indispensável a presença de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição para que esta exista como tal, por exemplo, escapam do objeto do direito e se localizam no campo de outras ciências.

Apesar de todo esse hermetismo da teoria do direito Kelseniana, não se repete, com ela, a castração da margem de atividade criativa por parte do poder judiciário, como ocorrera com as teorias formalistas. Na verdade, a limitação do direito enquanto ciência meramente descritiva se reporta exclusivamente ao campo científico propriamente dito, que se resume a exercer juízos de conhecimento acerca do conteúdo da norma interpretada. A tarefa de aplicação das normas pelo Poder Judiciário, no entanto, não se situa no âmbito da ciência jurídica, mas, segundo o autor, na seara da política jurídica, que comporta, além de juízos de conhecimento sobre a significação dos textos legais, um ato de vontade consubstanciado na escolha de um dos sentidos possíveis resultantes da interpretação.

É o que se colhe do magistério de Jean-Cassien e Aglaé Maryioli, ao se reportar à tese de Kelsen:

A possibilidade de encontrar o sentido exato ou correto de uma norma jurídica é excluída pelo autor. Entre várias significações possíveis, a ciência do direito se contenta em estabelecer as significações possíveis da norma em questão. Escolher uma delas não depende da teoria (ciência) do direito, mas da política jurídica. Em contrapartida, quando a interpretação é efetuada pelo órgão de aplicação jurídica, como a jurisdição que aplica uma norma legislativa a um caso particular, a interpretação será autêntica. O órgão de aplicação das normas jurídicas, jurisdição ou administração escolherá o significado mais “pertinente” entre aqueles que pode distinguir, e assim vai criar o novo direito na medida em que a norma individual emitida pelo órgão de aplicação determinará, para o futuro, o campo de aplicação da norma jurídica interpretada. Em outros casos semelhantes a este que acaba de ser julgado, a norma geral será igualmente aplicável. Neste último caso, admite Kelsen, a interpretação constitui tanto um ato de conhecimento, que consiste na determinação do sentido de uma norma jurídica, quanto um ato de vontade, pelo qual uma nova forma jurídica é assim criada. Por outro lado, a interpretação efetuada

pela ciência do direito não constitui um ato de vontade, mas simplesmente um ato de conhecimento que estabelece os significados possíveis de um texto jurídico, sem ter de escolher nenhum.⁹

Nessa esteira, a admissão da obtenção de mais de um resultado possível no processo de interpretação dos textos legais, assim como de que, diante desses resultados, possa o magistrado, em um ato de volição, eleger a significação que lhe pareça mais adequada para a resolução do caso concreto, faz do positivismo científico de Kelsen uma ciência que reconhece a legitimidade da atuação criativa por parte do poder judiciário, dentro de uma margem de conformação conferida pela moldura do texto legal, que não se confunde com uma postura mecanicista cometida a este poder pelo positivismo formalista.

Com isso, percebe-se que muito das críticas dirigidas a Kelsen, ainda nos dias de hoje, pelos adeptos de correntes pós-positivistas, deve-se mais à incompreensão, ou conhecimento incompleto, da sua teoria, do que precisamente às suas formulações.

O grave pecado do positivismo Kelseniano, se é que se pode assim afirmar, é que, ao não exigir um conteúdo minimamente ético e afinado com a garantia dos direitos humanos e do regime democrático, serviu de legitimação para os regimes de exceção que floresceram na primeira metade do século XX.

Por oportuno, apenas para ilustrar essa percepção, nunca é demais lembrar que a principal tese que afiançou as defesas dos agentes de estado da Alemanha nazista nos julgamentos levados a cabo pelo Tribunal de Nuremberg foi a de que todos teriam agido em conformidade com as leis do país patrial, rechaçando, assim, que tivessem cometido algum ilícito passível de punição. Esse, por sinal, é um roteiro que é seguido à risca por violadores de direitos humanos em cenários autoritários quando, ao final dos regimes de exceção, são chamados à responsabilidade, ou seja, a cantilena de cumprimento estrito da lei é nota constante e isolada nos discursos de justificação de crimes cometidos com o aval do aparato oficial.

⁹ Idem, p. 222.

2.3 O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL E SEUS PARADIGMAS

A pedra de toque da virada ocorrida na teoria do direito na segunda metade do século XX, sem dúvidas, foi o estarrecimento diante das atrocidades cometidas pelos regimes nazi-fascistas que dominaram a cena política mundial entre as décadas de 1930 e 1940, especificamente no Velho Continente, aliada à percepção de que a concepção positivista do direito, até então hegemônica, não deu conta de impor limites jurídicos às mais aviltantes e extensas violações de direitos humanos implementadas por aparatos oficiais de poder de que já se teve notícia na história da humanidade.

O final da segunda guerra mundial, com a derrota dos regimes fascistas da Europa e o triunfo das democracias europeias e Norte-americana, representa o marco histórico do processo de reconstitucionalização e redemocratização dos estados observado do final da década de 1940 em diante, mais precisamente com a promulgação da Constituição italiana, de 1947, e da Constituição alemã de Bonn, de 1949, seguidas pela instalação de cortes constitucionais nesses países, em 1956 e 1951, respectivamente. Trata-se do surgimento dos chamados estados democráticos de direito, ou estados constitucionais de direito, como queiram.

Para Luís Roberto Barroso, ao lado do marco histórico, existem, ainda, um marco filosófico e um marco teórico, os quais, juntos, dão substrato ao novo direito constitucional que aflora naquele instante e que passará, nas décadas seguintes, a ser hegemônico no pensamento jurídico dos países democráticos ocidentais, modelando os seus ordenamentos jurídicos e determinando a forma de interpretação e aplicação das normas. Eis as palavras de Barroso:

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.¹⁰

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 3. In http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf.

No artigo citado, o Ministro Luís Roberto Barroso qualifica como marco filosófico do novo direito constitucional o pós-positivismo, assim entendida a corrente de pensamento que se notabiliza por se situar no limiar entre outras duas correntes isoladamente opostas, que seriam o naturalismo e o positivismo.

No entanto, o pós-positivismo, diga-se, não é um todo homogêneo, mas uma multiplicidade de teorias que possuem pontos de confluência que permitem sejam elas inseridas no gênero do pensamento pós-positivista, mas também aspectos dissonantes que as tornam autônomas entre si .

No que têm de comum, as correntes pós-positivistas provocaram uma verdadeira reviravolta na teoria do direito ao propugnar um *tertius* entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, promovendo a reaproximação entre o direito e a moral ao exigir que as normas jurídicas, para que sejam válidas, possuam um conteúdo minimamente ético, com o respeito e a promoção de valores essenciais à dignidade da pessoa humana.

Como expressão da reaproximação entre o direito e a moral nesse contexto, é célebre a conhecida fórmula de Radbruch, segundo a qual a lei injusta é direito, mas a lei radicalmente injusta é um não-direito, de autoria do filósofo alemão Gustav Radbruch. A mencionada asserção revela um respeito à lei – portanto, uma visão positivista –, mas dentro dos limites dos princípios básicos de justiça, já que nega validade às leis que violem o núcleo essencial desse princípio.

Essa centralidade da pessoa humana como sujeito de direitos, e não como instrumento voltado à consecução de uma finalidade coletiva que seja, verificada tanto no plano internacional, mediante a edição de documentos internacionais de proclamação de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, quanto no âmbito doméstico dos estados nacionais, pela previsão de um catálogo de direitos fundamentais nas constituições do pós-segunda guerra, representou a chamada virada kantiana do direito.

O resgate da moral pelo direito, no entanto, não foi a única mudança – embora tenha sido, quiçá, a mais importante – implementada pelas doutrinas pós-positivistas. Vários outros aspectos relacionados à teoria e ao funcionamento dos mecanismos estatais de aplicação do direito sofreram uma remodelagem ou ressignificação. Como obra dos influxos neoconstitucionalistas, Daniel Sarmento elenca os seguintes fenômenos:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e
- e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.¹¹

Alguns dos fenômenos arrolados por Sarmento como resultado das lições neoconstitucionalistas, Luís Roberto Barroso aloca dentro do marco teórico do novo direito constitucional, ao qual atribui três grandes transformações que entende terem subvertido o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional, que seriam o reconhecimento de força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹²

Além desses aspetos, outra importante inovação verificada no mesmo contexto desse novo direito constitucional diz respeito ao modelo de constituição dirigente – em oposição às chamadas constituições-garantia –, da qual o maior entusiasta foi o jurista português Joaquim José Gomes Canotilho – embora tenha recuado décadas à frente –, adotado em profusão pelos estados na segunda metade do século XX.

A constituição dirigente, por influência da versão do estado de bem-estar social que teve lugar no pós-segunda guerra mundial no continente europeu, se notabiliza por incorporar uma ampla gama de direitos sociais e fixar pautas de atuação para os poderes executivo e legislativo, fixando um verdadeiro programa a ser seguido por estes poderes e, conseqüentemente, reduzindo a margem de conformação de ambos. Nesse sentido, a definição de Bernardo Gonçalves Fernandes:

Constituição Dirigente: tem viés de futuro. É uma constituição típica de Estado social e de seu pano de fundo paradigmático (democracias-sociais, sobretudo do pós-Segunda Guerra Mundial). Constituições dirigentes são planificadoras e visam a predefinir uma pauta de vida para a sociedade e estabelecer uma ordem concreta de valores para o Estado e para a sociedade. Ou seja, programas e fins para serem cumpridos pelo Estado e também pela sociedade. Uma das características dessas Constituições, não raro, é a presença de normas programáticas em seu bojo.¹³

¹¹ Idem, p. 285.

¹² Idem, p. 6.

¹³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29

As constituições promulgadas à época sob exame se caracterizam, também, por seu caráter compromissório, no sentido em que, inspiradas nos valores democráticos do respeito ao pluralismo étnico, cultural e ideológico – até como uma resposta às pretensões totalitárias do nazi-facismo – albergam normas representativas das mais variadas concepções ideológicas, muitas vezes antagônicas entre si, mas que devem ser harmonizadas para garantir a integridade da constituição, tarefa que incumbirá ao judiciário quando da apreciação do caso concreto em que elas eventualmente se oponham, o que milita em favor de uma maior imprevisibilidade das decisões e de um espectro mais amplo de discricionariedade do poder judiciário. Sobre as constituições compromissórias, Pedro Lenza, citando Canotilho, vaticina:

Nas palavras de Canotilho, “numa sociedade plural e complexa, a Constituição é sempre um produto do ‘pacto’ entre forças políticas e sociais. Através de ‘barganha’ e de ‘argumentação’, de ‘convergência’ e ‘diferenças’, de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferirmos, a vários ‘compromissos constitucionais’. O caráter compromissório da Constituição de 1976 representa uma força e não uma debilidade. Mesmo quando se tratava de ‘conflitos profundos’ (deep conflict), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis. Basta referir o compromisso entre o princípio liberal e o princípio socialista, o compromisso entre uma visão personalista-individual dos direitos, liberdades e garantias e uma perspectiva dialéctico-social dos direitos econômicos, sociais e culturais, o compromisso entre ‘legitimidade eleitoral’ e ‘legitimidade revolucionária’, o compromisso entre princípio da unidade do Estado e o princípio da autonomia regional e local, o compromisso entre democracia representativa e democracia participativa”.¹⁴

Esses novos paradigmas filosóficos, dogmáticos e metodológicos, notadamente o reconhecimento da constituição como uma ordem aberta de regras e princípios que espelham valores éticos e da força normativa da constituição e dos princípios, bem como a substituição do método silogístico de interpretação e aplicação leis por fórmulas mais complexas e menos objetivas como a ponderação e a argumentação jurídica, possibilitaram ao poder judiciário a assunção de um protagonismo jamais visto desde quando se concebeu a tripartição do poder entre as funções executiva, legislativa e judiciária.

Com efeito, sendo o poder judiciário aquele incumbido de dizer o direito nos casos concretos que lhe são submetidos, e tendo a constituição o conteúdo e a imperatividade acima delineadas, devendo os atos executivos e legislativos guardar compatibilidade com esta, sob pena de invalidação, outra não seria a consequência senão o robustecimento daquele

¹⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110.

poder e a sua proeminência frente aos demais, já que ele passaria caber a última palavra nos conflitos que surgissem na sociedade.

Some-se a isso, ainda, a implantação definitiva, no continente europeu – já que os Estados Unidos já o faziam desde 1803 –, das cortes constitucionais e do controle de constitucionalidade, com a predominância do modelo austríaco de controle abstrato, o que atribuiu ao judiciário europeu um poder ainda maior que aquele detido pela Suprema Corte americana, uma vez que se possibilitou a impugnação direta de leis editadas pelo parlamento em face da constituição, e a sua revogação, quando com esta incompatíveis no entendimento das cortes constitucionais.

É nesse ambiente propício que se desenvolve a jurisdição constitucional, mediante a qual o judiciário passa a exercer um papel decisivo na esfera política dos estados nacionais, chamado que é a se pronunciar, em última instância, sobre temas controversos e que despertam paixões na sociedade, uma vez que presentes na ordem de valores encartada nas constituições enquanto normas dotadas de imperatividade e superioridade normativa. Esses caracteres das normas constitucionais também provoca uma ampliação do controle desempenhado pelo judiciário sobre os demais poderes, os quais, conforme já salientado, passam a ter uma atuação pautada pelos ditames constitucionais, e a compatibilidade dos seus atos em estes, aferida, ao fim e ao cabo, pelo poder judiciário.

Não se pode olvidar que contribuíram para a legitimação dessa posição de destaque atualmente ocupada pelo poder judiciário, além da absorção da filosofia jurídica das doutrinas pós-positivistas, outros inúmeros acontecimentos no âmbito da teoria do estado, da ciência política, das ciências sociais e da própria forma de compreender o processo de produção do conhecimento, que deixou de ser entendido como obra de um pensar solipsista para ser aceito como produto de uma interação argumentativa entre as pessoas, ao que ficou conhecido como o giro linguístico nas ciências humanas e sociais, capitaneado por Ludwig Wittgenstein.

A relevância do giro linguístico para as ciências humanas e, por conseguinte, para o direito, é imensurável, não sendo este trabalho capaz de comportar uma abordagem minimamente precisa do seu conteúdo e das suas consequências, até porque não tem isso por objeto. De passagem, importa apenas dizer que o giro linguístico foi determinante para uma verdadeira virada na hermenêutica jurídica, incorporado que foi pelas teorias da argumentação jurídica, as quais, dentre outras coisas, atribuíram à fundamentação argumentativa um cariz de legitimação das decisões judiciais.

À guisa de conclusão, cite-se, ainda, a atualização do conteúdo de conceitos clássicos como a separação dos poderes, que, de uma conformação inicialmente estática, passou a adotar uma feição dinâmica, com o aporte da doutrina Ianque dos freios e contrapesos, e a democracia, que abandonou uma concepção meramente formal, fundada no princípio majoritário – ou o governo das maiorias –, para se realizar enquanto conceito substancial ou material, adicionando ao aspecto majoritário o indispensável respeito aos direitos fundamentais das minorias.

2.4 O BRASIL NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Os ventos do neoconstitucionalismo só começaram a soprar no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro 1988. Até então, vivendo sob a égide de um regime ditatorial até 1985, e, daí até a Constituição cidadã, governado segundo a ordem estabelecida pela EC 01/69, outorgada nos anos de chumbo, e ainda sob a influência de uma forte cultura positivista, no direito, e conservadora, nos costumes, o Brasil não sentiu qualquer alteração no seu cenário jurídico, sobretudo na postura tímida e deferente dos tribunais no exercício da jurisdição.

Não que já não existissem vozes críticas no âmbito acadêmico em face do caráter ideologicamente conservador do direito brasileiro e do déficit de normatividade das normas constitucionais antes da Constituição de 1988, porque existiam, mas em razão de não encontrarem ressonância no pensamento jurídico majoritário e penetração no modelo de estado forjado pela ditadura militar.

Na teoria constitucional, por exemplo, já se observavam as advertências lançadas pela assim chamada doutrina da efetividade, caracterizada pelo magistério apologético da normatividade da constituição, superando a ideia vicejante de que a constituição seria um documento mais retórico do que normativo.

A primeira geração de constitucionalistas da efetividade teve em José Afonso da Silva o seu principal expoente, que, com a sua famigerada classificação das normas constitucionais, buscou superar o déficit de normatividade da constituição mediante a

reclassificação das normas antes concebidas como não autoaplicáveis, passando a adjetiva-las de normas de eficácia limitada, em relação às quais, embora se necessitasse de interposição legislativa para a produção de efeitos em plenitude, já se reconhecia efeitos imediatos, como, por exemplo, a restrição da liberdade de conformação do legislador e efeitos negativos sobre a conduta da administração pública ou mesmo dos particulares.

Outros nomes que prestaram um grande contributo acadêmico para o reconhecimento da efetividade das normas constitucionais na quadra brasileira foram o hoje ministro do STF, Luís Roberto Barroso, Clèmerson Merlin Clève e Luis Alberto Warat, entre outros.

A promulgação da Constituição de 1988, entretanto, cria um fato político e jurídico que faz com que a advocacia da efetividade das normas constitucionais deixe de pertencer ao exclusivo domínio de linhas acadêmicas de pensamento, uma vez que ali foi inaugurada uma nova ordem jurídica no país, inteiramente alinhada com os valores do constitucionalismo democrático europeu do segundo pós-guerra.

Com evidente inspiração na Constituição portuguesa de 1976, a Constituição Cidadã incorporou um amplo catálogo de direitos fundamentais de viés notadamente emancipatório logo nos seus artigos iniciais, revelando a primazia que aquelas garantias deveriam possuir na ordem jurídica recém-implantada. Adotou, ainda, à semelhança da Carta lusitana, um modelo de constituição dirigente, com a fixação de uma pauta programática extensa e ambiciosa, a que vinculou o Estado brasileiro.

Seguiu, no mais, todo o figurino de uma constituição informada pelas lições pós-positivistas, incorporando normas com alta densidade valorativa, muitas delas sob a forma de princípios, adotando a técnica legislativa das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados, absorvendo orientações ideológicas de toda sorte – constituição compromissória –, como os valores liberais da propriedade privada e da livre iniciativa, de um lado, e as concepções sociais dos ditames da justiça social e da função social da propriedade, de outro, entre outras coisas.

Não se pode esquecer, contudo, do ingrediente nacional – a jabuticaba do constitucionalismo brasileiro – que influenciou o conteúdo da Carta de 1988, principalmente no que toca à generosa previsão de direitos fundamentais, qual seja o trauma causado pela violência do regime de exceção instalado entre 1964 e 1985, o que conduziu ao desejo de se

resguardar de eventuais e futuras investidas autoritárias sobre os direitos humanos básicos do povo brasileiro.

Outra característica marcante foi a expansão significativa do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, conforme já abordado antecipadamente no capítulo 2 deste ensaio monográfico.

Daniel Sarmiento, em artigo publicado sobre o neoconstitucionalismo no Brasil, destaca a doutrina dos constitucionalistas da efetividade já sob o império da Constituição de 1988, afirmando que a grande contribuição desse movimento foi afirmar a tese de que a Constituição, enquanto norma jurídica, deveria ser sempre aplicada pelos juízes, assim como qualquer outra norma, e sem a necessidade de qualquer intermediação legislativa, pensamento que se mostrou bastante vanguardista numa quadra histórica em que a Constituição não era vista senão como um generoso repositório de promessas cuja efetivação dependia da voluntariedade do legislador e dos governantes de plantão. Sarmiento afirma que, para os constitucionalistas da efetividade, a incidência imediata das normas constitucionais contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas da Carta de 1988 e promover justiça, igualdade e liberdade¹⁵.

Proclamava-se, com isso, a força normativa e a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, afastando a teoria constitucional do âmbito da teoria do Estado e aproximando-a do direito processual, dada a nova vocação pragmática da Constituição.

Nesse cenário, ainda que não se desejasse, estavam colocadas as premissas para uma readequação da dogmática jurídica – visto que o modelo anteriormente adotado não dava mais conta de solucionar as questões que advieram da necessidade de aplicação imediata das normas principiológicas, e dos conflitos aparentes entre elas, por exemplo - e uma reorganização da relação entre os poderes constituídos, sobretudo pelo novo papel que passou a ser imperioso ao poder judiciário assumir.

Mas pode-se dizer que foi apenas do início do século XXI em diante, especialmente nos últimos 10 (dez) anos, que o Supremo Tribunal Federal finalmente passou a se desincumbir efetivamente do encargo constitucional que lhe foi cometido, assumindo uma postura mais proativa e criativa nas suas decisões, e se imiscuindo em assuntos antes

¹⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In* Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 125/126.

reservados ao domínio do jogo político majoritário, até mesmo exorbitando dos limites da sua missão constitucional em determinadas ocasiões, para alguns.

A atuação do Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição de 1988, e em consonância com os ditames da nova hermenêutica constitucional, será objeto de um capítulo próprio mais adiante, de forma que esse registro é suficiente por ora.

CAPÍTULO 3 – ALGUMAS DISCUSSÕES TEÓRICAS E FILOSÓFICAS CONTEMPORÂNEAS E SUAS INFLUÊNCIAS SOBRE A TEORIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como visto no capítulo anterior, os valores do neoconstitucionalismo se impregnaram na teoria jurídica e na própria organização política dos países democráticos ocidentais desde o final da segunda guerra mundial e prevalecem até os dias atuais, mas não sem pertinentes objeções construídas tanto na esfera do pensamento filosófico, quanto na seara jurídica.

Os debates entre os pensadores da pós-modernidade têm se tornado cada vez mais complexos, veiculando legítimas advertências sobre o caráter afirmado autoritário da base filosófica neokantiana que informa todo um sistema fundado na proteção dos direitos humanos e fundamentais, e apontando, ainda, a falta de legitimidade da jurisdição constitucional como *locus* de discussão e decisão de casos delicados que envolvem juízos morais controvertidos na sociedade.

A seguir, far-se-á um apanhado geral das principais celeumas surgidas no ambiente teórico, com e exposição de posições que se antagonizam na defesa da superação e da manutenção do paradigma jurídico predominante.

3.1 O PENSAMENTO PÓS-MODERNO E A ERA DOS RELATIVISMOS

As bases de realização do constitucionalismo são todas dadas pelas perspectivas universalizantes da modernidade, seja do ponto de vista da configuração do Estado tal qual conhecido por nós, ou seja, o Estado Nacional – organismo produtor das constituições e espaço territorial de incidência destas –, nos termos da doutrina do abade Emmanuel Joseph Sieyès, seja no que tange à necessidade do estabelecimento de uma pauta mínima de direitos fundamentais universalmente aceitos, inerentes à própria natureza do ser humano, no

sentido do pensamento kantiano, e esboçada, primeiramente, em documentos oficiais, na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Sobre esse viés homogeneizante do pensamento moderno, confira-se a profunda análise de Deborah Duprat:

Com Kant, inaugura-se a filosofia do sujeito, o sujeito transcendental, que constitui esse mundo como o conjunto dos objetos da experiência possível. A sua razão opera através do conceito, subsumindo o real às suas próprias categorias, que lhe são dadas aprioristicamente. Assim, é inerente à dinâmica dessa razão a identidade, que possibilita a unidade, as grandes sínteses homogeneizadoras.

(...)

O racionalismo construtor kantiano inspira, ainda, o Estado-nação. O conceito de nação é celebrado e reconfigurado pela Revolução Francesa, cujos elementos fundamentais encontram-se na obra *O que é o Terceiro Estado?*, de Sieyès, consubstanciados em uma identidade cultural e integradora, fundada numa continuidade biológica de relações de sangue, numa abrangência espacial de território, e em comunidade linguística (Hardt e Negri, 2001:113).¹⁶

O pensamento pós-moderno surge, justamente, como um contraponto às grandes sínteses narrativas da modernidade, e as suas pretensões de universalização de conceitos e valores, como se a humanidade fosse um todo indissociável com características comuns, de forma que o que se aplica a uns, deveria caber para todos.

Aponta-se o fracasso e a insuficiência das lições da modernidade para a resolução dos problemas da sociedade contemporânea globalizada, extremamente heterogênea nos aspectos étnico, cultural e ideológico, e inserida em uma rede de interações sociais múltiplas e complexas.

Outro ponto importante da crítica pós-moderna ao discurso iluminista da modernidade reside no seu caráter autoritário, considerando que o estabelecimento de padrões de pensamento e de bem viver, fazer e pensar constitui elemento de exclusão e estigmatização de grupos e práticas culturais e ideológicas que não se enquadrem na moldura do discurso aceito pela sociedade de grande formato.

O movimento pós-moderno, pois, combate as estruturas sobre as quais foram erigidas as relações sociais, o exercício do poder e a produção do conhecimento na sociedade pós-iluminista, de modo que não existe uma linha filosófica específica ou um campo restrito de incidência das lições da pós-modernidade. Por essa razão, várias são as correntes de

¹⁶ DUPRAT, Deborah. O Direito sob o Marco da Pluriétnicidade/multiculturalidade. In http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentosepublicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriétnicidade_multiculturalidade.pdf/view, acesso em 09/04/2016.

pensamento pós-moderno e diversas as áreas de influência deste. Apenas para citar uma vertente desse pensamento, podemos destacar o pós-estruturalismo de Michael Foucault.

Mas mesmo diante dessa diversidade, é possível sintetizar o pensamento pós-moderno como aquele que desconfia da razão como fonte exclusiva do conhecimento, que vê nesta um instrumento de opressão e como uma corrente que objetiva deslegitimar os dogmas mais comezinhos da modernidade, como os conceitos de verdade e de justiça.

Nessa esteira, atentando para a diversidade do acontecimento humano, o pós-modernismo foca-se no específico em detrimento do universal, negando o caráter intercambiável das coisas e do comportamento humano e, por via de consequência, toda e qualquer doutrina fundada em generalizações e verdades absolutas.

Dessa descrença no discurso absoluto da modernidade, ressaí uma filosofia fundada na relatividade das coisas, sem pretensões de verdade e de definitividade – ao melhor estilo Raul Seixas de preferir ser uma metamorfose ambulante, a ter uma velha opinião formada sobre tudo –.

A preferência pelo relativo atua também sobre a ciência do direito, desconstruindo verdadeiros dogmas que dão lastro à ordenação jurídica dos estados e da própria comunidade internacional do pós-segunda guerra, personificada na Organização das Nações Unidas, como, por exemplo, o caráter universal dos direitos humanos.

No direito, as influências do pós-modernismo rompem com o monismo jurídico, que tem o Estado como detentor do monopólio da produção normativa, para aderir ao pluralismo jurídico, dando ênfase aos subsistemas jurídicos originários até mesmo de instituições particulares transnacionais, como as normas de comércio internacional adotadas em diversos ramos da atividade econômica. O Estado passa a ser visualizado como um agente exógeno que atrapalha o funcionamento normal dos organismos sociais, que possuem códigos, posturas e lógica específicos, razão pela qual devem se autorregular em conformidade com as suas necessidades próprias.

Mesmo na solução de eventuais controvérsias, advoga-se a superação do modelo de heterocomposição, patrocinado pelo Estado, para prestigiar os chamados equivalentes jurisdicionais, como a mediação e a arbitragem, sempre promovidos por atores não-estatais de livre escolha dos contendores.

Afora algumas repercussões pontuais já sentidas, mas ainda sem grande adesão no âmbito da doutrina jurídica, as objeções e advertências do pensamento pós-moderno têm significado um importante contraponto à versão iluminista da realidade, contribuindo bastante para a reflexão acerca de determinados comportamentos totalizantes até pouco tidos por legítimos e adequados, merecendo destaque, por exemplo, a substituição da perspectiva assimilacionista de culturas minoritárias pelas culturas das sociedades de grande formato por uma visão fundada no reconhecimento de identidades enquanto direito humano das minorias étnicas e culturais.

Emblemática, nesse ponto, é a construção de Nancy Fraser do conceito de justiça como reconhecimento de identidades, denunciando que também se comete injustiça ao não reconhecer a dignidade das idiossincrasias de padrões culturais minoritários. Veja-se:

A segunda maneira de compreender a injustiça é cultural ou simbólica. Aqui a injustiça se radica nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. Seus exemplos incluem a dominação cultural (ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria); o ocultamento (tornar-se invisível por efeito das práticas comunicativas, interpretativas e representacionais autorizadas da própria cultura); e o desrespeito (ser difamado ou desqualificado rotineiramente nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações da vida cotidiana).¹⁷

Simbólica dessa virada no direito de minorias no plano internacional é a substituição do paradigma de assimilação de povos indígenas e tribais, plasmado na superada Convenção n.º 107 da OIT, de 1957, por uma perspectiva de reconhecimento e proteção dos modos de ser, criar e fazer desses povos como direitos humanos culturais, titularizados tanto por eles próprios quanto pela comunidade internacional, na forma da Convenção n.º 169, de 1989, também da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status supralegal.

Essas mudanças já podem ser visualizadas como uma reação às objeções do relativismo cultural à legitimidade da pretensão de universalização dos direitos humanos. Para os relativistas, o direito constitui o reflexo dos sistemas político, econômico, moral e cultural de uma dada sociedade, de forma que cada cultura possui o seu discurso sobre direitos humanos, não sendo senão autoritária a adoção de uma perspectiva universalizante dos direitos essenciais da pessoa sob a ótica das culturas ocidentais. Como resposta às inflexões

¹⁷ FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era “Pós-socialista”. Tradução de Júlio Assis Simões. <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/viewFile/50109/54229>, acesso em 09/04/2016.

relativistas, surgiram doutrinas conciliatórias no sentido de que o universalismo deveria dialogar com as peculiaridades culturais locais, considerando os direitos culturais como modalidade específica de direitos humanos, merecedora de proteção e sujeita à ponderação quando em conflito com outros direitos humanos. Trata-se do chamado universalismo multicultural ou de confluência.

Posto isso, a despeito da pertinência de muitas das críticas declinadas pelo pensamento pós-moderno, não se deve simplesmente aderir a estas na sua integralidade e menosprezar os avanços civilizatórios proporcionados pelas doutrinas da modernidade, especialmente no que toca ao desenvolvimento de uma gramática dos direitos humanos que possibilitou o combate a intensas arbitrariedades perpetradas por governos de todas as orientações e o estabelecimento de um padrão ético mínimo de dignidade aplicável a todos os seres humanos, independentemente de nacionalidade, raça, sexo ou religião, conforme previsto em diversos tratados internacionais.

Nesse sentido, a doutrina majoritária reafirma a centralidade dos direitos humanos, no plano internacional, e dos direitos fundamentais, na quadra interna, justificando-se, por conseguinte, a legitimidade de uma atuação firme e proativa do poder judiciário sempre que provocado para garantir a sua observância pelo poder público ou mesmo por particulares – eficácia horizontal dos direitos fundamentais –, não havendo maiores repercussões das advertências relativistas sobre a postura do poder judiciário, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional.

3.2 COMUNITARISMO X LIBERALISMO

No âmbito da ciência política, com inúmeros reflexos sobre a filosofia constitucional contemporânea, outro palco de competentes e frutíferas discussões é aquele em que se opõem liberais e comunitaristas.

Em linhas gerais, para os liberais, não cabe ao Estado assumir uma postura paternalista da sociedade, com a determinação de pautas de condutas aos cidadãos por meio de normas, mas garantir amplas liberdades a estes, que devem possuir autonomia para definir

os seus projetos de vida a partir de uma deliberação individual e soberana. Respeitar a dignidade humana não seria senão prestigiar a autonomia privada dos indivíduos, reconhecendo em cada cidadão a capacidade de se autodeterminar em conformidade com as suas próprias crenças e juízos de valor, não sendo legítimo substituí-los por opções políticas adotadas por uma maioria como modelo de bem viver para todos.

A visão liberal, portanto, desautoriza um modelo de Constituição pródigo na garantia de direitos – salvo no caso dos direitos básicos de liberdade, como os civis e políticos –, sobretudo aqueles que envolvem questões culturais ou ideológicas, bem como, na área econômica e social, advoga uma posição estatal absenteísta, que permita que os rumos da economia seja ditado pela relação natural entre os agentes econômicos, não havendo que se falar no desenvolvimento de atividade econômica por parte do estado, na fixação de programas e objetivos a serem perseguidos nos textos constitucionais, nem na existência de mercados regulados.

Embora sejam essas as linhas gerais do pensamento liberal, não se pode tratá-lo como um todo monolítico, porque não o é. Dentre do liberalismo existem vertentes que, talvez, tenham mais divergências que convergências entre si. A título ilustrativo, é possível citar a existência dos chamados liberais conservadores, liberais progressistas, ultraliberais ou libertarianos e, ainda, dos liberais igualitários.

Em comum, o fato de adotarem as lições liberais ainda que seja em apenas um dos aspectos aos quais se aplicam, a saber: o econômico e o político.

Grosso modo, conservadores seriam aqueles que aderem ao liberalismo na esfera econômica, fazendo-o com importantes restrições no campo dos direitos civis e políticos. No cenário partidário estadunidense, por exemplo, é nessa vertente que se situa o Partido Republicano. Progressistas, de sua parte, são extremamente liberais no que toca aos direitos civis e políticos, defendendo, no entanto uma postura estatal mais intensa na seara econômica. Aqui se colocaria o Partido Democrático dos Estados Unidos.

O libertarianismo, por sua vez, é a corrente de pensamento classificada como ultraliberal, uma vez que defensora tanto do liberalismo político quanto do econômico. Teve por principais expoentes Robert Nozick e Friedrich August Von Hayek. Nas palavras de Rodrigo Brandão, em profunda análise sobre o tema:

Os libertarianistas se auto-intitulam os legítimos representantes da tradição liberal, na medida em que sustentam aplicar, consistentemente, os conceitos básicos do liberalismo clássico, extraindo conclusões que limitam a atuação coercitiva do Estado mais estritamente do que as demais correntes do liberalismo. Cuida-se, a bem da verdade, de doutrina política ultraliberal, à vista de reunir as características básicas dos liberalismos político e econômico.¹⁸

Por fim, o liberalismo igualitário se funda nas complexas formulações de John Rawls, com a sua conhecida teoria da justiça, e de Ronald Dworkin, nos quais encontra os seus mais destacados autores.

Neste momento, para ficarmos apenas com Rawls, temos que a sua teoria se assenta em dois grandes princípios de justiça, os quais, segundo o autor, seriam o produto da escolha de todas as pessoas em um ambiente de deliberação ideal, assim entendido aquele em todos se encontrassem recobertos pelo véu da ignorância, ou seja, sem conhecer, de antemão, o seu lugar na sociedade, como a sua posição social, bem como a que raça pertenceriam, qual o credo que professariam, quais as suas habilidades, qual a sua orientação sexual etc.

Desse ambiente ideal, para Rawls, surgiriam os seguintes princípios:

(a) Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).¹⁹

Rawls complementa a sua formulação afirmando que o primeiro princípio precederia o segundo, e, dentro do segundo, a primeira condição se anteciparia à seguinte, para dizer que apenas quando satisfeitos os primeiros, teriam lugar os segundos.

Nesse sentido, observa-se um evidente elemento de justiça social no liberalismo igualitário quando legitima as desigualdades econômicas e sociais decorrentes da ocupação de determinadas posições e cargos na sociedade, desde que asseguradas a todos condições iguais

¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 532.

¹⁹ Apud DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Uma Teoria da Justiça para os Dilemas da Sociedade Contemporânea: Anotações em torno da resposta liberal de John Rawls. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 591.

de acessibilidade a estes, além de estarem voltados ao benefício máximo dos menos favorecidos da sociedade.

Dessa forma, embora não se possa afirmar que a teoria de Rawls se confunda com um liberalismo de esquerda ou com doutrinas sociais de estado, já que, no liberalismo igualitário, ainda se reserva uma primazia às liberdades básicas dos cidadãos sobre o aspecto social da teoria, é possível dizer que esta legítima ações afirmativas dirigidas a minimizar as diferenças que inferiorizam alguns, possibilitando que os melhores postos sejam disputados em igualdades de condições.

Isso demonstra que é possível aderir a uma ideologia liberal na seara dos direitos civis e políticos sem necessariamente abonar um modelo de estado mínimo e absentéista, em conformidade com o figurino liberal clássico ou puro que floresceu com o advento das revoluções burguesas do século XVIII. A doutrina de Rawls e Dworkin, portanto, não deixa de expressar uma desconfiança na mão invisível do mercado como instrumento regulador natural e que produz resultados ótimos no que toca à circulação e distribuição de bens riquezas, constituindo, assim, uma verdadeira concessão liberal às objeções das doutrinas sociais em relação às falhas do sistema capitalista puro.

Em completa oposição às doutrinas liberais, sobretudo no campo das liberdades públicas, se situa o pensamento comunitarista, que tem, entre seus próceres, a figura de Charles Taylor e, na contemporaneidade, um destacado defensor no professor de Harvard, Michael Sandel.

O pensamento comunitário se desenvolve nos Estados Unidos como uma resposta às colocações liberais de Nozick e Rawls, tendo como fundamento a concepção de que o ser humano é essencialmente relacional, que nasce e cresce em um determinado ambiente comunitário, que pode ser uma tribo, uma cidade, um estado ou um país, absorvendo os valores éticos, morais, culturais e religiosos da comunidade a que pertence, razão pela qual não parece natural o indivíduo atomizado, autossuficiente, desenraizado, nas palavras de Michael Sandel, construído pelo pensamento liberal.

José Adércio Leite Sampaio, citando Charles Taylor, afirma:

A moralidade, em Taylor, por exemplo, não se resume às ideias de justiça e de respeito à dignidade alheia, mas engloba o sentimento de dignidade própria ou de auto-reconhecimento, seja pelo culto dos instintos, seja pelos vínculos de pertencimento a uma comunidade ética, que se associam intimamente. A leitura aristotélica, segundo Taylor, nos ensina que o homem é um animal social, na

verdade, um animal político, de modo que não é auto-suficiente ou não o é fora da polis.²⁰

Observa-se, no comunitarismo, um retorno às perspectivas organicistas, uma vez que entende o indivíduo como parte de um todo organizado, com quem mantém uma relação de pertencimento e de deveres e obrigações, fundados nas tradições e nos costumes partilhados, que devem ser conservados e praticados.

Nesse sentido, o comunitarismo justifica, portanto, uma atuação estatal – o que engloba os três poderes – mais intervencionista no âmbito das liberdades individuais como forma de preservar e promover os valores básicos da comunidade.

Conservador em determinado aspecto, já que aferrado à moralidade positiva – aquela que é produzida e reproduzida pela tradição, em oposição à moralidade crítica, resultado de uma análise crítica dos costumes e da identificação de elementos de opressão e exclusão em determinadas práticas –, o discurso comunitarista, no entanto, conferiu fundamento teórico a doutrinas emancipatórias de minorias étnicas e culturais inseridas em sociedades maiores, como o multiculturalismo.

Com efeito, embora a doutrina comunitária tencione a preservação e a disseminação dos valores socialmente compartilhados, adotando um viés, em certa medida, autoritário, já que, assim agindo, não deixa de estabelecer limites e obstáculos à profusão de pensamentos e práticas progressistas em matéria de costumes e de direito, o que poderia constituir um instrumento de sufocamento de minorias étnicas e culturais, por outro lado, em uma perspectiva mais atomizada, a defesa da manutenção das práticas tradicionais no âmbito de comunidades menores, como são as populações tradicionais em geral – a exemplo dos indígenas, quilombolas, ciganos, faxinalentes, quebradeiras de coco babaçu etc –, foi responsável pela construção de um pensamento voltado à preservação do modo de ser, criar e fazer dessas minorias culturais, dando ensejo ao reconhecimento do multiculturalismo e da pluriétnicidade das sociedades modernas.

Enfim, o conhecimento e a análise dessas correntes de pensamento são importantes para identificar se a ordem normativa brasileira se inclinou para um ou para outro lado, haja vista que a posição pessoal do intérprete e aplicador do direito, apartada de uma

²⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Tradição Comunitária. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 125/126.

normatividade constitucional, não constitui instrumento legítimo de incorporação dos ditames de determinada orientação filosófica.

Nessa senda, acerca da compatibilidade das lições libertárias com a Constituição de 1988, Rodrigo Brandão vaticina:

Pode-se afirmar, à guisa de conclusão, que, embora algumas noções expostas pelo libertarianismo possam desempenhar um efeito que, para além de salutar, se compatibiliza com a Constituição de 1988 – i.e. a contundente crítica ao uso discricionário da coerção estatal estimula a consensualidade no agir administrativo em detrimento do poder de império –, o seu projeto principal de implantar um Estado Mínimo que santifique as leis “impessoais” do mercado e demonize a intervenção estatal na economia, de molde a demitir-se o Estado da satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, parece incompatível com o núcleo intangível da Constituição de 1988.²¹

Abordando a mesma questão quanto ao comunitarismo e, de passagem, aos valores do liberalismo, assevera Sarmento:

Na literatura brasileira, Gisele Cittadino traçou ligação entre comunitarismo e o constitucionalismo social e dirigente adotado pela Constituição de 1988. Para Cittadino, nossa ênfase constitucional em direitos positivos e a preocupação da Carta de 88 com os mecanismos jurisdicionais de correção da inconstitucionalidade por omissão revelariam o teor comunitarista da Constituição. Não comungamos da mesma opinião. O comunitarismo, ao nosso ver, não pode ser confundido com o constitucionalismo social, até porque várias outras correntes da filosofia política, como o próprio liberalismo igualitário, são também compatíveis com o Estado Social. A Constituição de 88 é certamente uma Constituição social, o que não significa dizer que seja também uma Constituição “comunitária”. Nossa Constituição até possui aberturas para o comunitarismo, na medida em que, por exemplo, se ocupa da proteção e promoção da cultura nacional (arts. 215 e 216 da CF) e consagra direitos transindividuais, de titularidade coletiva. Mas a ênfase na proteção das liberdades públicas e existenciais que se extrai da Constituição, bem como a sua clara preocupação com a proteção e promoção da autonomia individual não autorizam que se conclua no sentido da adesão da Constituição de 88 à filosofia política do comunitarismo.²²

Portanto, a despeito de ser possível identificar alguns institutos que consagram valores que se alinham a uma ou outra orientação do pensamento filosófico político, não se pode concluir pela adesão integral do nosso modelo constitucional a nenhum desses espectros, motivo pelo qual eventuais preferências pessoais de quem quer que seja devem ser levadas ao ambiente próprio de deliberação política, para que, após a observância do legítimo processo democrático, possa ou não ser incorporada à ordem normativa interna, adquirindo a nota da

²¹ Idem, p. 576.

²² Ibidem, p. 298.

imperatividade, não se afigurando legítima a imposição desses postulados mediante o recurso a mecanismos retóricos de decisão judicial.

3.3 SUBSTANCIALISMO X PROCEDIMENTALISMO

Não com menos relevância e complexidade, a filosofia política e constitucional contemporânea opõe substancialistas e procedimentalistas no debate que envolve a determinação do modelo de democracia e de constitucionalismo mais legítimo e adequado às sociedades reconhecidamente plurais da atualidade.

Conforme bem ressaltado por Cláudio Pereira de Souza, as concepções substantivas e procedimentais têm em comum o fato de terem por pressuposto a adoção de um conceito deliberativo de democracia, em oposição à superada acepção meramente agregativa do fato democrático. Confira-se:

A democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do século XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes. Em oposição a essas teorias “agregativas” e “elitistas”, a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. A experiência histórica demonstra que, assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada. A democracia deve envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da res pública. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada, pelo menos *prima facie*, legítima e racional.²³

Entendendo, pois, a democracia como produto de uma deliberação pública encetada entre todos os agentes representativos da sociedade, segundo os pressupostos democráticos básicos de participação em igualdade de condições e com igual respeito e consideração entre os debatedores, é que são desenvolvidos os modelos substantivo e procedimental de democracia deliberativa.

²³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. *In* Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79.

Mas as semelhanças entre ambos param por aí. A divergência se instaura e é determinante no que tange às condições que devem ser respeitadas e ao conteúdo do resultado da deliberação, para que este seja aceito como legítimo.

Na versão substancialista, baseada em uma concepção de justiça segundo o liberalismo igualitário de Dworkin e Rawls, além do respeito às condições procedimentais, a deliberação deve produzir resultados em conformidade com princípios de justiça previamente justificados, que podem estar encartados, por exemplo, no catálogo de direitos fundamentais das constituições. Nesse sentido, Pereira de Souza:

Essa vinculação da deliberação a princípios de justiça previamente justificados é o aspecto distintivo do modelo substantivo de democracia deliberativa. Os defensores do modelo substantivo entendem que é possível criticar os resultados da deliberação mesmo em uma sociedade “procedimentalmente perfeita”. A deliberação seria capaz de chegar a resultados inaceitáveis mesmo se plenamente respeitadas as condições procedimentais. Tais argumentos, formulados no campo da filosofia política, se identificam, no âmbito da teoria constitucional, com a concepção dirigente de constituição. Para a teoria da constituição dirigente, são legítimos os atos que, além de praticados de acordo com os procedimentos constitucionais, consistirem na concretização do projeto social fixado na constituição. Sob esse prisma, a teoria constitucional deve se preocupar “com a ‘justeza’ das decisões, com a ‘identidade material’ de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político”.²⁴

A vertente procedimentalista, de sua parte, sustentada com brilho por Jürgen Habermas e John Hart Ely, não compactua com a existência de limites materiais aplicáveis ao resultado das deliberações. Atentos ao fato do pluralismo, os procedimentalistas asseveram que a admissão destes limites constitui limitação indevida da soberania popular, advogando, com isso, que a única exigência presente na deliberação é que esta observe as próprias condições procedimentais que a legitimam.

Essas condições procedimentais seriam justamente os pressupostos necessários para que as pessoas possam tomar parte na deliberação de forma livre e igual, ou seja, as regras do jogo democrático em bases justas. Esse seria o núcleo material da constituição democrático-deliberativa, sobre o qual incidiria, com exclusividade, a jurisdição constitucional. Assim afirma Cláudio Pereira de Souza Neto:

Para Ely, somente os direitos que exercem uma função imediata na formação democrática da vontade coletiva devem ser protegidos pelo controle de

²⁴ Idem, pp. 81/82.

constitucionalidade das decisões majoritárias. O conceito de constituição que deriva do modelo do autor é um conceito “democrático-funcional”.²⁵

Mais adiante, Pereira de Souza adverte que Habermas entende as condições procedimentais de forma mais ampla que Hart Ely, haja vista que, além daqueles direitos imediatamente relacionados ao princípio democrático, Habermas, embora sem especificar, entende como materialmente fundamentais direitos outros que, de uma forma ou de outra, motivam as pessoas a participarem do debate público, fazendo com que o maior número de pessoas e as mais diversas concepções de vida tomem parte nas discussões, o que conspira para que o resultado da deliberação seja o melhor e mais reflexivo possível, além de mais legítimo.

A despeito dessa diferença de grau entre as perspectivas de Habermas e Ely, fato é que, em geral, as teorias deliberativas procedimentais preconizam um modelo de constituição despido de concepções materiais de vida boa e de opções filosóficas ou ideológicas, na forma de princípios de justiça preaprovados como limites às deliberações originadas do processo político majoritário, haja vista que entendem ser impossível concebê-los de forma democrática e imparcial em uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo étnico, cultural e ideológico.

Como decorrência disso, pregam uma atuação judicial mais deferente à decisões adotadas no âmbito processo legislativo, salvo quando estas violarem os próprios pressupostos democráticos, negando legitimidade ao ativismo judicial voltado à invalidação de leis aprovadas pelas instâncias representativas da sociedade, em uma franca e subsistente crítica ao protagonismo que exercem as cortes constitucionais das democracias ocidentais da atualidade na esfera do político.

As lições procedimentais são bastante eloquentes e servem a uma reflexão séria acerca dos limites impostos à atuação do poder judiciário pelo princípio democrático, servem de subsídio para se investigar até que ponto uma postura ativista ou uma decisão aditiva em sede de controle de constitucionalidade, sob o argumento de que se está a cumprir a constituição e garantir os direitos fundamentais que estas albergam, não infringe a cláusula democrática, premissa basilar de um estado de direito, pautado no estabelecimento de garantias e direitos em favor de todos os serem humanos que por ele trafeguem. Lança-se a

²⁵ Ibidem, p. 83.

dúvida se não seria possível também ao judiciário violar a constituição ao invadir a esfera de atuação própria dos poderes representativos.

Nesse sentido, grande é a contribuição das teorias procedimentais.

Por outro lado, não se pode perder de vista que uma adesão irrestrita às prescrições procedimentalistas por parte da teoria e da prática constitucional brasileiras encontra barreira normativa intransponível na própria Constituição, haja vista que, queira-se ou não, a nossa Carta Magna possui um caráter inegavelmente substantivo, evidenciado na generosa previsão de direitos individuais, sociais e coletivos em sentido amplo e na adoção de um de um modelo de constituição dirigente, com a fixação de programas claros e de observância obrigatório por parte das instituições estatais.

Dessarte, jungido que se encontra à normatividade do texto constitucional, o judiciário não pode simplesmente abster-se de decidir as questões lhe são submetidas, em deferência às instâncias representativas do poder, quando se deparar com situações de inobservância e menosprezo das disposições constitucionais pelos demais poderes, sob consequência de ele, judiciário, não se desincumbindo do seu *mínus* constitucional, incidir em violação da Constituição por conduta omissiva.

Mais uma vez, a prudência e a sensatez se sobressaem como aptidões indispensáveis ao exercício da magistratura, como elementos necessários para apontar o momento exato em que agir é imperioso e, de outro modo, o instante em que autocontenção é que representa o respeito à constituição.

3.4 O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SEU CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO

Muito se fala sobre a ausência de legitimidade democrática do poder judiciário como óbice a uma atuação mais criativa e ativista deste poder no desenvolvimento das suas funções.

A circunstância de os juízes não serem escolhidos pelo voto popular, à semelhança do que ocorre com os demais poderes republicanos, retiraria daqueles o componente democrático necessário para uma atuação que não seja simplesmente técnica ou que possa resultar na invalidação das decisões majoritariamente adotadas pelos representantes do povo, seja na forma de atos normativos, seja por meio de atos administrativos.

Em resumo, os críticos de um maior ativismo por parte do poder judiciário, principalmente quando este se revela em decisões impopulares e que se revestem de um caráter aditivo na seara da jurisdição constitucional, se aferram a esta falta de responsividade popular deste poder, que se diferencia dos demais por um agir de caráter técnico, para denegar-lhe a interferência no ambiente próprio da política, a quem caberia, soberanamente, determinar os rumos da sociedade ao sabor do governo e da preferência das maiorias de ocasião.

Ao não observar os lindes estritos da função judicante, invalidando ou determinando comportamentos dos demais poderes, o judiciário, além de violar o princípio democrático, incorreria em inconstitucional quebra da base do sistema republicano que é a separação dos poderes.

Todas essas objeções, no entanto, revelam desconhecimento da significação contemporânea de alguns institutos político-jurídicos clássicos, se mostram apartadas da real representatividade dos poderes eleitos pelo povo nas democracias hodiernas e, ainda, uma incompreensão do verdadeiro papel do judiciário em um estado que se pretende democrático e de direito.

Primeiramente, no tange à separação dos poderes, nunca é demais ressaltar que, sob os influxos da doutrina norte-americana dos *check and balances*, não mais se concebe uma separação estática, tal qual teorizado originalmente por Montesquieu, mas uma visão pautada em uma relação dinâmica entre os poderes, que devem atuar, dentro das funções constitucionais que lhe são cometidas, limitando os atos uns dos outros, para que, entre eles, exista uma convivência independente, mas harmônica, na forma positivada, inclusive, no art. 2º da Constituição de 1988.

Desse modo, um certo grau de interferência de um poder sobre as decisões de outro, sobretudo quando este não cumpre ou exorbita das suas competências constitucionais, não constitui senão a aplicação da cláusula da separação dos poderes.

Por outro lado, é preciso ficar claro que, assim como não há como se falar em estado de direito sem democracia, a recíproca é igualmente verdadeira. Trata-se de conceitos com conteúdos diversos, mas intimamente relacionados.

Isso porque, enquanto que a democracia pode ser grosseiramente definida como o regime em que se permite ao povo autogovernar-se, adotando soberanamente as decisões que lhe pareçam voltadas ao bem comum, sem constrangimentos externos de qualquer ordem, e, por isso, constitui o único ambiente político propício ao pleno gozo e fruição das liberdades públicas, negativas ou positivas, reconhecidas em forma de direitos – pelo que já se define, também, ainda que sucintamente, estado de direito –, este cenário permeado por garantias e direitos fundamentais funciona, do mesmo modo, como o único em que se torna possível a sobrevivência e o desenvolvimento da democracia, uma vez que, sem uma carta mínima de direitos, as pessoas não se tornam autorizadas e capacitadas a tomar parte nas decisões políticas.

Assim sendo, em uma estrutura estatal republicana, predominante nos estados modernos e fundada na separação das funções estatais em executiva, legislativa e judiciária, cada uma deferida ao correspondente poder, a tarefa de garantir o respeito aos direitos fundamentais estabelecidos em benefício dos cidadãos encontra-se inserida no âmbito da função judiciária, atribuída, tipicamente, ao poder judiciário, de modo que sempre que este atua na busca da efetivação destes direitos, seja em face de atos comissos, seja diante da omissão estatal, age em defesa do estado de direito, ainda que contrariando, episodicamente, os interesses de uma maioria de ocasião.

E quando assim o faz não se pode dizer que conspurca o princípio democrático, haja vista que os direitos fundamentais são instituídos justamente para impedir que maiorias circunstanciais aniquilem as minorias de momento, impedindo que estas participem do debate democrático e, por meio deste, tenham a possibilidade de se tornar a maioria do futuro, ou seja, os direitos fundamentais possuem um caráter essencialmente contramajoritário, na medida em que protegem, diretamente, os perdedores do jogo democrático da sanha avassaladora dos vencedores, e, indiretamente, a própria democracia dela mesma, garantido a sua sobrevivência.

Nessa mesma linha:

Por meio da função contramajoritária, os direitos fundamentais servem justamente como um “escudo protetor” em face da vontade da dita maioria, isto é, existem

justamente para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Carta Magna estabelece meios para se evitar a imposição da “vontade majoritária” a qualquer custo. Assim, os direitos fundamentais têm como característica o fato de conformarem a atuação do legislador ordinário, em um fenômeno denominado de “paradoxo da democracia”, que, nas palavras de Robert Alexy, “se refere ao antigo problema da abolição democrática da democracia”.²⁶

Reconhecendo esse aspecto dos direitos fundamentais, e sendo a jurisdição constitucional o foro de realização desses direitos por excelência, não merece prosperar o argumento que pretende deslegitimar a função jurisdicional apenas e tão somente pela impopularidade de algumas das suas decisões, pois, quando assim o faz, o poder judiciário está cumprindo com a sua missão de velar pela aplicação dos direitos fundamentais e de garantir os pressupostos da própria democracia.

Nesse sentido, até mesmo concepções procedimentais mais restritivas da jurisdição constitucional, como sói acontecer com a teoria de John Hart Ely, admitem uma atuação mais enérgica do judiciário quando se trata de proteger o direito de minorias estigmatizadas, tradicionalmente excluídas do espaço público do debate político majoritário.

É o que se infere do magistério de Daniel Sarmento:

Ely justifica uma atuação judicial mais enérgica em duas situações: para manter abertos os “canais de participação política” e para proteger minorias estigmatizadas, que são as eternas perdedoras no processo político majoritário.¹⁴² No primeiro caso, justifica-se o ativismo judicial em favor de liberdades públicas relacionadas à participação política — como liberdade de expressão e direito ao voto. No segundo, busca-se corrigir o processo político quando esse não for suficientemente inclusivo em relação às minorias que são vítimas de preconceito. Atuando dessa forma, a jurisdição constitucional fortalecerá a democracia, assegurando o caráter efetivamente democrático do processo político.²⁷

Não sendo suficiente, e ainda que assim não fosse, o cariz democrático da jurisdição constitucional contramajoritária estaria presente em função da releitura por que passou o próprio conceito de democracia, não mais visto sob uma perspectiva exclusivamente formal do governo das maiorias, mas também, e sobretudo, no seu aspecto material, como o regime em que se respeitam os direitos das minorias e se garantem a estas as condições de participação e oitiva no processo de formação da vontade política do estado.

²⁶ VINCI, Luciana Vieira Dallaqua; JUNIOR, Wilson José Vinci. A Função Contramajoritária dos direitos Fundamentais. *In* <http://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais>, acesso em 14/04/2016.

²⁷ *Ibidem*, p. 308

De outro pÓrtico, e por fim, em relação à objeção quanto à falta de representatividade popular do membros do poder judiciário, em oposição ao processo de escolha dos membros dos poderes executivo e legislativo mediante o sufrágio universal, Mauro Cappelletti, citado por Edilson Pereira Nobre, desnuda cinco razes pelas quais não procedem as referidas críticas:

- a) Acha-se dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados;
- b) Não se pode negar o esforo dos tribunais em modelar suas decises, não com arrimo nas idiossincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justia e de equidade da comunidade;
- c) A justia constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo);
- d) Seja pela possibilidade de seleção dos juízes dentre as diversas camadas da população, seja pelas facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, a jurisdição constitui, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e máquina burocrática distantes;
- e) Em se considerando que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura na qual os direitos e liberdades dos cidadãos caream de proteção eficaz, apresentase como essencial daquela o controle judicial dos ramos políticos, porquanto a ideia democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância.²⁸

A despeito de algumas das justificativas apresentadas pelo jurista italiano não merecer a adesão acrítica da nossa parte, como, por exemplo, a afirmação de que a jurisdição constitui um forte sentimento de participação da sociedade em razão de uma suposta possibilidade de seleção dos juízes dentre as diversas camadas da sociedade – o que não acontece de forma alguma, notadamente em um país profundamente desigual como o Brasil –, muitas das razes elencadas, de fato, buscam na realidade social, mais que na teoria afastada de qualquer elemento empírico, o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.

É o que se verifica com a constatação de que é ilusria a construção terica no sentido de que ramos políticos do poder materializam a vontade dos governados, visto que, nem sempre, executivo e legislativo atuam em conformidade com o sentimento da maioria da população, notadamente nas sociedades atuais, em que se vive uma verdadeira crise de representatividade dos parlamentos nacionais, o que se refora ainda mais no Brasil diante da capitulação do sistema político eleitoral em face do poder econmico do capital, mediante o financiamento privado de campanhas eleitorais, que torna os parlamentares eleitos

²⁸ CAPPELLETTI *apud* NOBRE, Edilson Pereira. *Jurisdição Constitucional: Aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 221/222.

representantes exclusivos dos interesses de castas e grupos econômicos financiados, em detrimento dos reclamos da população.

Nessa situação, não são raras as vezes em que as decisões das cortes constitucionais encontram imensa ressonância na sociedade civil, mesmo quando infirmam decisões adotadas pela maioria dos representantes do povo, que atuam contra a vontade da maioria. Nessas ocasiões, pois, contramajoritários se mostram os poderes políticos, enquanto o judiciário atua como instância representativa da vontade popular.

Em face de todas essas considerações, o que se conclui é que muito do que se afirma quanto ao déficit democrático da jurisdição constitucional como óbice a uma atuação mais proativa do poder judiciário nessa seara não se sustenta diante de uma análise mais ampla e profunda da sistemática do estado democrático de direito e dos limites da própria função jurisdicional nesse ambiente democrático e de respeito aos direitos fundamentais. Além disso, os críticos olvidam do real significado de institutos como a separação de poderes e a democracia, bem como prescindem da necessária inter-relação entre teoria e realidade no aspecto específico de atribuir aos poderes políticos o monopólio da representação da soberania popular.

3.5 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL

O exame das decisões do Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição de 1988 indica que, após uma postura inicialmente tímida no exercício da jurisdição constitucional, quando parecia ainda não ter absorvido as inovações incorporadas pelo texto constitucional, a Corte Excelsa, ao menos nos últimos 10 (dez) anos, finalmente vem demonstrando que tomou parte das mudanças introduzidas pela ordem constitucional de 1988 e, principalmente, assumiu, vez por todas, uma postura que se adéqua à visão neoconstitucionalista do direito.

Com efeito, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando uma volumosa produção de decisões em sede de controle de constitucionalidade, resolvendo

questões que suscitam polêmicas e opõem posições extremadas no âmbito da sociedade à luz da sua interpretação acerca das regras e princípios constitucionais, fazendo o uso de critérios metodológicos e hermenêuticos informais para a definição do conteúdo e do alcance das normas constitucionais, possibilitados pelo caráter aberto e valorativo do sistema de normas inaugurado pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, apenas para exemplificar alguns posicionamentos da Suprema Corte, citamos, primeiramente, a importante decisão adotada no caso de reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos. No aludido caso, o Supremo assentou que a união civil entre pessoas do mesmo sexo decorre do sistema de normas da Constituição de 1988, superando, com esse entendimento, um aparente obstáculo existente na redação da regra do art. 226, § 3º, CF, segundo o qual é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher.

Naquela assentada, a Suprema Corte recorreu, dentre outros, ao princípio da unidade da Constituição para asseverar que princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, do qual decorre o princípio da autonomia privada, e da isonomia não autorizariam uma interpretação excludente da disposição do art. 226, § 3º, CF, que veicula regra de conteúdo inclusivo, ampliando – e não restringindo – o conceito de entidade familiar, em razão de que não pode ser utilizada para fundamentar senão interpretações emancipatórias da Constituição.

Confira-se a ementa do julgamento do Supremo Tribunal Federal nesse emblemático caso:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.
2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou

implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na

hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, *verbis*: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(ADI 4277/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe: 13/10/2011).

Interessante nesse julgamento é que o Supremo conferiu interpretação conforme a um texto legal do Código Civil que reproduz a redação de regra constitucional, o que, para parcela da doutrina, não seria possível. Mas isso ocorreu justamente porque o STF aferiu a compatibilidade da regra da legislação civil com a Constituição considerada em seu conjunto, como uma carta aberta de regras e princípios.

Esse é um caso representativo de uma atuação ativista e contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional, na medida em que, se, por um lado, mediante o uso de técnicas e métodos interpretativos segundo uma lógica informal, superou-se a redação de uma regra constitucional que se mostrara clara – a contrário *sensu* – no que toca ao não cabimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, por outro, contrariou a opinião de uma maioria considerável da população brasileira, que ainda é majoritariamente religiosa e conservadora nos costumes.

Em um outro momento, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade no âmbito da Ação Popular n.º 3388, de 2005, o STF adotou, mais uma vez, um comportamento extremamente ativista ao fixar 18 (dezoito) condicionantes para o reconhecimento e a demarcação de terras indígenas no famigerado Caso Raposa Serra do Sol, quando a própria Constituição e as leis não o fizeram, limitando, com essa postura, direitos

fundamentais de titularidade desses povos tradicionais, previstos no art. 231 da CF, e, difusamente, de toda a sociedade, haja vista que a diversidade cultural constitui um direito fundamental de todos, nos termos dos arts. 215 e 216 da CF.

A atuação criativa do Supremo Tribunal Federal ainda se revelou em outros casos emblemáticos decididos nos últimos anos, como no julgamento procedente da ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do CP; no caso que reputou constitucional a pesquisa com células tronco embrionárias, objeto da ADI 3510, julgada no ano de 2008; na decisão que reputou constitucional a marcha da maconha (ADPF 197, julgada em 15 de junho de 2011), e, mais recentemente, quando reputou inconstitucionais dispositivos legais que autorizam o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas (ADI 4650, julgada em 17 de setembro de 2015), embora não exista qualquer dispositivo constitucional que proíba expressamente a referida prática.

Em todos os casos arrolados, as decisões do STF, ora coincidindo com a opinião pública, ora se afastando desta, sempre se caracterizaram por interpretações criativas da Corte, que, para fundamentar os seus posicionamentos, invocou argumentos de ordem jurídica, mas também filosófica, sociológica e até consequencialista para extrair o real sentido de dispositivos constitucionais específicos e de todo o sistema jurídico encartado na Constituição.

Esse protagonismo do STF na resolução de matérias importantes e que afetam os interesses de uma extensa parcela da sociedade gerou um interesse pela atuação do órgão de cúpula do poder judiciário jamais visto em outros momentos da história nacional, despertando, também, inúmeras objeções relacionadas à legitimidade da Corte para se imiscuir em assuntos antes relegados ao plano da política majoritária, controvérsia de que já se ocupava, há tempo, a teoria e a filosofia constitucional no âmbito internacional, conforme destacado nos subcapítulos anteriores.

Se em determinados aspectos a crítica expõe evidências do seria uma atuação exorbitante da Corte, sem amparo na normatividade constitucional, em outros espelha apenas a irrisignação de grupos que tiverem interesses e concepções de vida boa particularmente contrariados, denunciando que a convivência com um estado de direito em que todos merecem ser tratados com a mesma dignidade e respeito pelo aparato oficial de poder, independentemente de comporem as maiorias étnicas, culturais, ideológicas e religiosas do espectro social, constitui um valor que ainda não foi introjetado pela sociedade brasileira, que

se mantém essencialmente conservadora nas suas instituições públicas e privadas, tendo no sujeito homem, branco, de posses e heterossexual o estereótipo de cidadão pleno de direitos e garantias.

3.6 PROPOSTAS PARA UMA ATUAÇÃO EQUILIBRADA

Inegavelmente, muitas das vezes em que se portou de forma criativa e ativista e contramajoritária, o Supremo Tribunal Federal não fez outra coisa senão se desincumbir do seu encargo constitucional, garantindo o respeito aos direitos fundamentais plasmados na Constituição e, por via de consequência, as condições necessárias para a preservação da própria democracia, movimentando-se dentro do espaço reservado por esta para o exercício indispensável da função jurisdicional, pronunciadamente da jurisdição constitucional, sendo o que se observa dos julgamentos proferidos nos casos da união civil entre pessoas do mesmo sexo e da proibição do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

De outro vértice, se não é o caso de rotular a atuação do STF de antidemocrática, é possível afirmar, no mínimo, que, em dados momentos, este foi além do essencial para a garantia de direitos fundamentais, incursionando sobre searas reservadas constitucionalmente aos demais poderes sem que a sua postura possa ser justificada em exigências do estado de direito, como ocorrido na fixação de condicionantes no Caso Raposa Serra do Sol.

Nessa toada, o que se propõe é que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, não se demitindo do seu indeclinável *mister* de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais que esta alberga, tenha a sensibilidade de perceber os momentos em que o seu pronunciamento se faz realmente necessário para a salvaguarda daqueles valores e para identificar as situações em que a escolha sobre os rumos da sociedade pertence ao campo exclusivo e discricionário da política majoritária, sempre que, boas ou más, goste-se ou não, se esteja diante de opções igualmente válidas à luz da ordem jurídica constitucional.

Nessa tarefa, as lições procedimentais, embora não mereçam inteira adesão, até por empecilho do modelo de Constituição adotado no Brasil, são de grande valia quando prescrevem uma atuação mais proativa do judiciário para garantir a preservação dos

pressupostos essenciais da democracia, nestes inseridos os direitos de minorias estigmatizadas, mas, de outro lado, exortam um exercício de autocontenção (*self-restraint*) em outras searas em que as deliberações dos poderes políticos não afetam esses requisitos básicos.

É possível, a partir de uma análise reflexiva desses postulados, construir uma espécie de procedimentalismo à brasileira, no qual haja um equilíbrio entre a observância imperativa do extenso catálogo de direitos fundamentais garantido pela Constituição e o prestígio ao resultado das deliberações encetadas na esfera pública.

Para tanto, torna-se necessário, também, que os demais poderes e as próprias instituições da sociedade civil organizada se deem conta de que o constitucionalismo pode e deve se realizar também além das fronteiras do poder judiciário, disseminando-se uma cultura de compromisso com os valores democráticos e do estado de direito em todos os ambientes de convivência social.

CONCLUSÃO

No século XX, sobretudo após a década de 1950, observou-se uma verdadeira guinada no âmbito do pensamento filosófico jurídico em geral e da teoria da constituição no cenário internacional, expressadas, notadamente, na superação de uma visão positivista do direito, na reconstitucionalização dos estados democráticos e na notável expansão da jurisdição constitucional.

Embora tardiamente, haja vista o entrave que representava o regime autoritário-conservador instalado entre os anos de 1964/1985, o Brasil, após o processo de redemocratização e, principalmente, com o advento da Constituição de 1988, alinhou-se à tendência mundial, absorvendo os valores do neoconstitucionalismo tanto na reformulação do seu ordenamento jurídico quanto na construção de uma doutrina pós-positivista que acabou se tornando majoritária em terras tupiniquins.

Com efeito, a Constituição de 1988 foi pródiga na previsão de direitos fundamentais, não só de liberdade, mas também sociais e coletivos em sentido amplo, incorporados, muitas vezes, sob a forma de princípios, explícitos ou implícitos, cuja normatividade, assim como das outras normas constitucionais, restou reconhecida sem maiores objeções.

Por seu turno, na teoria jurídica, a assimilação da idéia de superioridade e normatividade da constituição deu ensejo à chamada constitucionalização do direito, limitando a margem de conformação do legislador ordinário e determinando a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico, com a ressignificação de vários institutos dos mais diversos ramos do direito segundo as regras, valores e princípios constitucionais.

Por aqui ainda se assistiu ao franco robustecimento do sistema de controle de constitucionalidade, com a profusão de instrumentos e a ampliação do rol de legitimados para a provocação do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Todos esses acontecimentos contribuíram de maneira determinante para um rearranjo na relação entre os poderes constituídos, uma vez que acarretaram um incremento na função de dizer o direito do poder judiciário, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, legitimando uma atuação mais ativa deste poder na análise da compatibilidade

das leis e atos do poder público com a constituição e na missão de fazer valer o extenso catálogo de direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988, além daqueles que decorram dos princípios e dos regimes por ela adotados, bem como dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, CF), sobretudo diante da nota da aplicabilidade imediata que caracteriza esses direitos (art. 5º, § 1º, CF).

Essa, indiscutivelmente, é a postura que se exige do poder judiciário em um estado democrático fundado na valorização dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, e, pelo menos nos últimos anos, o STF não vem deixando a desejar nesse sentido.

No entanto, o reconhecimento de que o poder judiciário não é o *locus* exclusivo de realização do constitucionalismo, assim como de que existem aspectos que podem livremente ser decididos pelos poderes políticos e pelas demais instâncias democráticas da sociedade sem que sejam afetados os direitos fundamentais ou os pressupostos essenciais da democracia, porque permitidos pelo caráter plural da sociedade e da própria Constituição brasileiras, indicam que o exercício da autocontenção (*self-restraint*) pelo judiciário em determinados momentos se revela mais salutar e promove em maior medida os valores do constitucionalismo do que a assunção de protagonismo demasiado, que pode sufocar os espaços de deliberação pública e arrefecer a desejável pujança da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In* http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In* Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. Filosofando: Introdução à Filosofia. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1993.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri/SP: Manole, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUPRAT, Deborah. O Direito sob o Marco da Pluriethnicidade/multiculturalidade. *In* http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentosepublicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriethnicidade_multiculturalidade.pdf/view, acesso em 09/04/2016.

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era “Pós-socialista”. Tradução de Júlio Assis Simões. <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/viewFile/50109/54229>, acesso em 09/04/2016.

BRANDÃO, Rodrigo. Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional. *In* Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Uma Teoria da Justiça para os Dilemas da Sociedade Contemporânea: Anotações em torno da resposta liberal de John Rawls. *In* Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Tradição Comunitária. *In* Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. *In* Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VINCI, Luciana Vieira Dallaqua; JUNIOR, Wilson José Vinci. A Função Contramajoritária dos direitos Fundamentais. *In* <http://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais>, acesso em 14/04/2016.

NOBRE, Edilson Pereira. Jurisdição Constitucional: Aspectos controvertidos. Curitiba: Juruá, 2011.