

Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: substratos materiais à legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal¹

*Abhner Youssif Mota Arabi*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Historicamente, o Constitucionalismo, após a afirmação de Revoluções como a Americana e a Francesa a partir do século XVIII, surgiu como um novo modelo jurídico-político que se colocava como alternativa ao então esgotado modelo absolutista. Elevando fundamentos como a separação de poderes, a garantia de direitos e a limitação do poder exercido, passou-se a estabelecer a Constituição como a norma jurídica base de um ordenamento jurídico, organizando a atuação estatal, fixando princípios e valores a serem observados nas relações políticas, sociais e econômicas dentro daquele Estado e servindo como fundamento de validade, ainda que não necessariamente escrita, para as demais normas jurídicas ali existentes. Junto ao constitucionalismo, desenvolveu-se, ao longo do tempo, a jurisdição constitucional, pela qual se desejava proteger e garantir a eficácia e supremacia da Constituição, atribuindo-lhe vigência efetiva e força normativa irradiante.

Durante muito tempo, o grande debate em torno das questões concernentes à jurisdição constitucional deu-se acerca de quem seria o titular de seu exercício. Tal polêmica foi marcada pelo conhecido debate Kelsen × Schmitt, polêmica esta que teve lugar ao final da República de Weimar, em meados do século XX.

¹ O presente texto é baseado na palestra proferida em 13 de março de 2020 perante o Núcleo de Estudos em Atualização Jurisprudencial do STF, da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e corresponde a uma síntese de parte de outra obra do autor: ARABI, Abhner Youssif Mota. *A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

² Atualmente é Juiz Auxiliar da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), Coordenador do Centro de Mediação e Conciliação do STF e mestrando em “Direito, Estado e Constituição” (linha: Constituição e Democracia), pela Universidade de Brasília (UnB)

De um modo breve, costuma-se sintetizar tal debate ao se dizer que Schmitt³ defendia que a função de guarda da Constituição deveria ser atribuída ao chefe do Poder Executivo, na época, o Presidente do Reich. O controle de constitucionalidade, na visão deste autor, deveria ser feito por um órgão político, dotado de legitimidade popular, e que transmitisse tal legitimidade às suas decisões, de modo que judicializar o controle de constitucionalidade seria uma extravagância.

Já Kelsen,⁴ em vias opostas, defendia a tese de que o controle de constitucionalidade deveria ser exercido por meio da existência autônoma de uma jurisdição constitucional, concretizada por um corpo judicial próprio, uma Corte especializada. Partindo da ideia de que os membros desse órgão deveriam ser autônomos e independentes em relação à atuação político-legislativa, já que não se pode ser juiz em causa própria, o autor defendia que o controle não poderia se dar em pilares políticos, devendo ser feito com base em uma análise jurídica cotejada entre normas, não somente entre fato e norma como preconizava Schmitt. Mantendo a teoria de uma pirâmide normativa, sendo em seu ápice a *norma fundamental*, da qual as normas inferiores devem retirar seu fundamento de validade, far-se-ia necessário, então, a existência de um tribunal constitucional que faria um exame de compatibilidade entre o texto editado e a norma superior, evitando que os poderes eminentemente políticos (Executivo e Legislativo) julgassem suas próprias leis.

Passado mais de meio século do fervor de tal debate pode-se afirmar, a partir dos modelos existentes de controle de constitucionalidade mundo afora, que a posição kelseniana restou vencedora. A existência da jurisdição constitucional, e seu exercício por meio de tribunais constitucionais, revela-se fato difundido em diversos países atualmente, mesmo em alguns de histórica supremacia parlamentar, entendendo-se a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade como imprescindível para o êxito de regimes constitucionais democráticos.

Nesse sentido, diz-se que hoje o conceito de jurisdição constitucional se prende à necessidade de uma instância que exerça suas atribuições na solução de conflitos constitucionais da forma mais neutra e imparcial possível, de modo autônomo e independente do jogo político. Diz-se, assim, que

³ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. São Paulo: Del Rey, 2006.

⁴ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298.

o embate Kelsen × Schmitt foi superado neste aspecto, no sentido de que quase não se fala mais, nos atuais debates, quanto ao tema em questão, isto é, em atribuir ao chefe do Executivo o papel de guardião da Constituição.

Entretanto, tal debate pode ser retomado quando lhe for atribuído outro viés, que talvez se possa dizer menos formal e mais substancial: quais os limites da ação dos tribunais constitucionais? Em quais campos podem eles agir legitimamente, e em quais não? De onde advém essa legitimidade? A partir dessa perspectiva – já há muito discutida, mas ainda não exaurida –, em lugar de se questionar sobre a existência em si mesma da jurisdição constitucional, passa-se a refletir acerca da legitimidade do exercício de tal poder e de seus limites e fundamentos. Surge, assim, o debate da legitimação das cortes constitucionais, tendo em vista que estas não são corpos democráticos, eletivos ou representativos, não obstante suas decisões afetem diretamente a vida do corpo social ao qual elas se referem.

A discussão quanto à legitimidade dos tribunais constitucionais ganhou força ultimamente e, no exemplo brasileiro, se volta principalmente contra o Supremo Tribunal Federal, em razão do grande número de decisões proferidas por esta Corte sobre assuntos não apenas jurídicos, mas de forte caráter político e muitas vezes moral, os quais dividem a população enquanto corpo eleitoral e que, não raras vezes, contrariam os interesses políticos e sociais de sua maioria. É nesse contexto que começa a ser questionada a legitimidade de tais órgãos judiciais: quando se passa a decidir no âmbito do Judiciário questões que inicialmente se imagina como sendo de caráter proeminentemente Legislativo (o qual se expressa por meio de um processo deliberativo entre representantes democraticamente eleitos e escolhidos pelo corpo social), questionando-se a legitimidade dessa sua atuação. Até que ponto tal interferência é legítima, e até que limite pode se dar sem ameaças ao regime democrático e ao equilíbrio institucional da divisão de competências entre os Poderes são pontos a serem debatidos dentro desse quadro.

É dentro dessa perspectiva na qual tem se desenvolvido a democracia brasileira que, por vezes, se estabelece uma tensão institucional entre os Poderes da República: o exercício da jurisdição constitucional estaria sendo *ativista*, projetando-se sobre assuntos tipicamente políticos e invadindo esferas de competência do Poder Legislativo enquanto órgão de representação política popular. Em razão da atuação

fundamental que tem tido o Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento da democracia brasileira, desempenhando papel de suma importância na afirmação de direitos fundamentais e garantias individuais aos sujeitos constitucionais⁵, é que tanto se cobra e se questiona a atuação desta Corte. É inevitável, porém, que se acabe propondo ao Tribunal assuntos controversos em nossa sociedade e de aparências políticas⁶.

Entretanto, não fosse a atuação do STF, pergunta-se: a que ponto estaria, por exemplo, a tutela jurídica dos direitos fundamentais daqueles que por vezes compõem as minorias legislativas? Uma vez provocado, já que o Poder Judiciário não atua de ofício, pode a Corte constitucional se negar a prestar a tutela jurisdicional a alguém que se insurge contra a impossibilidade concreta de exercício de um direito fundamental?

É dentro desse cenário que o presente trabalho se coloca. Partindo-se da distinção entre a atuação legislativa e judicial, procura-se mostrar a imanente tensão existente entre democracia e constitucionalismo e como teria se dado a ascensão institucional do Judiciário nesse contexto. Com efeito, trata-se de figuras que, embora geralmente andem juntas, não necessariamente se implicam uma na outra, e expressam uma relação de limitação mútua: a democracia, tendo como um de seus princípios cardeais o da majoritariedade, encontra como obstáculo os limites impostos pelo constitucionalismo, tais como os direitos individuais e garantias fundamentais, os quais devem ser garantidos ainda que em oposição às vontades

⁵ Faz-se aqui referência ao conceito de sujeito constitucional empregado por Michel Rosenfeld. Tal conceito recebe um tratamento do autor no sentido de ser uma categoria incompleta, sempre aberta. A definição de *eu constitucional*, segundo o autor, não pode se dar sem levar em consideração o outro, e as pluralidades e diversidades inerentes ao mundo contemporâneo. A definição precisa e completa do sujeito constitucional seria, em verdade, impossível, visto que se trata de uma categoria extremamente dinâmica e mutável, exposta aos imprevisíveis rumos que tomará sua respectiva ordem constitucional. São vários os *eus* constitucionais, e entende-se que é nesse sentido que deve-se dar a proteção dos direitos fundamentais pela atuação do Supremo Tribunal Federal (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003).

⁶ Cita-se, por exemplo, o caso do reconhecimento legal das uniões estáveis homoafetivas como um tipo de entidade familiar. O assunto foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADFP 132 e ADI 4.277, ocasião na qual o Plenário da Corte se manifestou pela equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar preconizada no art. 1723 do Código Civil, dando nova interpretação ao art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988. Para que se desse tal interpretação, inicialmente contrária à literalidade do texto constitucional, preconizou-se pelos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, entre outros, dando maior eficácia a estes direitos fundamentais, de modo a ampliar a incidência da norma e os sujeitos constitucionais aos quais ela se destina.

da maioria. Por outro lado, já que se vive em um regime democrático, não se pode sempre simplesmente ignorar ou não considerar a vontade popularmente manifestada.

É nesse amplo e complexo quadro de tensão entre democracia e constitucionalismo, entre posições majoritárias e direitos fundamentais, entre Judiciário e Legislativo, que se colocam as presentes discussões.

Diz Zagrebelsky⁷ serem duas as condições de exercício da jurisdição constitucional: uma de caráter formal e outra de aspecto mais político-substancial. A primeira condição reflete um aspecto mais formalista quanto ao exercício da jurisdição constitucional: tendo em vista o crescente lugar que o texto constitucional ocupa em nosso sistema jurídico, sendo importante meio garantidor de direitos e liberdades individuais, faz-se necessária a existência de um controle de constitucionalidade. Sendo a Constituição ocupante de um alto posto em nossa ordem legal, é dela o papel de inspiração, ordenação e direção do ordenamento jurídico, da qual este retira validade. Já a segunda condição possui um teor mais material, envolvendo o pluralismo das forças constitucionais e questões como as que concernem à legitimidade e aos limites do exercício da jurisdição constitucional. Enquanto a primeira condição envolve problemas de ordem institucional, têm-se, na segunda, aspectos mais dinâmicos e axiológicos, oscilando em uma mútua interferência entre Direito e Política, e, por consequência, implicações recíprocas entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

A relação entre tais campos se intensifica quando o assunto é a Constituição, uma forte estrutura de ligação entre as duas esferas, que mantém as intensas relações entre o jurídico e o político. Daí ser inevitável que decisões jurídico-constitucionais (como muitas do Supremo Tribunal Federal) afetem a política, do mesmo modo que as decisões políticas afetam o jurídico. Não obstante tais implicações e comunicações, é certo que cada um deles tem suas especificidades e distinções.

Nos sistemas políticos modernos, o Poder Legislativo é, em sua maioria, composto por grandes assembleias; primando-se, durante o decorrer do processo legislativo, pela importância da atividade deliberativa. Essas são compostas e estruturadas de modo a representar da maneira mais substancial possível os inevitáveis e sempre presentes desacordos e

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 14.

pluralismos existentes dentro do corpo social. Nesse contexto é que tal Poder desempenha suas funções, fazendo suas deliberações e tomando suas decisões não de modo a atingir um consenso ou chegar a uma conclusão coletiva sobre qual das posições defendidas é a correta, mas pela aferição, por meio de votos individuais, de qual posição que, no momento, possui um maior apoio entre os membros do corpo deliberativo. Esse é um traço típico da atividade política.⁸

Em comparação com a atuação de um tribunal, emergem alguns pontos dignos de maior atenção, a partir dos quais começam a se colocar muitas das críticas que se costuma fazer à atuação do Judiciário. Também as Cortes são estruturadas de modo a permitir a manifestação de visões rivais e opostas (o Judiciário é uma instituição da controvérsia), mas a diferença está na distinção, incorporada no ambiente judicial, entre as partes litigantes e aquele que está munido do poder de decisão (o órgão julgador). São apresentados os pontos de vista contraditórios, cada um tentando mostrar o equívoco da posição contrária ou o acerto da posição defendida. Então, o julgador, ante tais manifestações, retira-se, reflete e retorna ao caso com uma decisão que se pretende ser imparcial ante as declarações realizadas.

Enquanto as partes, diante de um processo judicial, esperam por um juízo imparcial (e o fazem por exercício de um direito), aqueles que comparecem ante a um comitê legislativo, na teoria dos sistemas representativos, já conheceriam de antemão os compromissos e visões partidárias de seus membros. Ou seja, o corpo legislativo, em tese, explicitamente toma suas decisões com base em critérios partidários; esse já é traço esperado no processo legislativo. O contexto de um tribunal colegiado, de que é exemplo o Supremo Tribunal Federal, talvez possa se aproximar de tal situação no sentido de que muitas vezes já se conhece o caminho pelo qual seguirão os votos de determinados Ministros ante a uma controvérsia particular. Entretanto, tal traço é típico da atividade legislativa; e não deveria, aduzem os críticos, ser componente da imagem de um órgão judicial.⁹

⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁹ Waldron chega a afirmar que “[...] parece tão estúpido – contar cabeças e deixar um único voto marginal decidir questões, quando o que está em jogo é um grande problema de princípio ou algum assunto complexo da política. Isso contrasta com o elaborado processo deliberativo das cortes, nos quais os motivos e razões para uma decisão são incorporados no argumento que aparece em julgamento escrito. Um contraste desse tipo é, por vezes, tomado como base para justificar o *judicial review* nos EUA,

Entretanto, a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário se pauta em princípios distintos, em um contexto de diferenciação entre o caráter majoritário da ação política e a necessidade de proteção das garantias individuais e do direito à diferença das minorias políticas em sede da prestação de tutela jurisdicional. Coloca-se, assim, o debate sobre o caráter contramajoritário do Direito e seu importante papel nas plurais sociedades modernas. Em meio a um quadro de grande multiplicidade e diversidade nas sociedades contemporâneas, é preciso zelar também pelos grupos minoritários, para que estes não acabem sendo vítimas de atos de exclusão social e de intolerância, de modo que se garanta o respeito para com o diferente.

Nessa perspectiva, o Estado Constitucional e Democrático de Direito ainda é o melhor – senão o único – modo pelo qual sejam garantidos os direitos de tais minorias. Nessas democracias, importante papel tem tido o Judiciário com seu traço contramajoritário e o desenvolvimento, dentro de tal paradigma de Estado, de um modelo jurídico-político capaz de se adequar a diferentes contextos e a distintas realidades étnicas, culturais, regionais e religiosas, o que contribui para uma maior justiça social, bem como para um maior reconhecimento efetivo de camadas da população que, *a priori*, se encontrariam excluídas em muitas das esferas sociais.

Porém, ao mesmo tempo em que se afirma um dos papéis do constitucionalismo, surgiria, então, um problema: colocando fim a tais divergências, e orquestrando os interesses contrastantes em um ambiente de “desacordos”, o Direito acabaria por revelar um traço antidemocrático e nada inclusivo: a solução deve ser aceita, quer seus destinatários concordem, quer não; os sujeitos de direito são obrigados a participar de situações que eventualmente julguem injustas e indesejáveis. Essa característica é compreensível quando se trata de direitos disponíveis ou patrimoniais, mas deve ser repensada nas ocasiões em que as soluções propostas acabam por violar direitos e liberdades individuais. Este traço é notadamente claro no âmbito das cortes constitucionais, em que, por vezes, esta é obrigada a se posicionar e decidir frente a um conflito de princípios constitucionais

e para argumentar a favor de mudanças constitucionais que tornariam a legislação vulnerável a um *judicial review* no Reino Unido e em outros lugares. É certo que tal argumento é geralmente utilizado sem muita atenção para o real comportamento dos tribunais. Alguém preocupado com o procedimento do voto também deveria ser influenciado pelo fato de que os votos de cinco ministros derrotam quatro na Suprema Corte dos EUA, não importando a qualidade ou os argumentos por estes levantados” (p. 26; tradução nossa).

afirmativos de direitos individuais e, desse modo, emerge novamente a questão da legitimidade de sua atuação, já que se coloca de modo contrário a algumas posições politicamente majoritárias. É no conflito que essa situação gera entre os Poderes que se verificou uma ascensão do Poder Judiciário no cenário institucional da democracia brasileira, fenômeno que não possui razão única, sendo multifacetado e fortalecido pelo amplo modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.

Nesse contexto, aponta-se a existência de um ativismo judicial,¹⁰ pelo qual o Poder Judiciário estaria deliberadamente exercendo atribuições que não lhe competem.¹¹ Alega-se que, ao decidir questões que afirmam ser merecedoras de um tratamento por um órgão representativo e democraticamente eleito, tal poder estaria invadindo esferas de competência do Poder Legislativo principalmente. Entretanto, o fato de o Supremo tomar decisões de caráter mais ativo deve ser visto não como uma opção política do Judiciário, mas como um fenômeno decorrente do desenho institucional e constitucional assumido pela Constituição brasileira. Os juizes, muitas vezes em razão da inércia e omissão legislativa, têm sido provocados, as questões têm sido levadas ao crivo do Judiciário e este não pode se

¹⁰ TUSHNET, Mark V. *Weak courts, strong rights: judicial and social welfare rights in comparative law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

¹¹ Pelos registros que se tem, a expressão *ativismo judicial* foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, por Arthur Meier Schlesinger, um historiador norte-americano, em um artigo que se referia à Suprema Corte americana. O contexto era o período do *New Deal*, situação na qual o referido tribunal ocupou papel central na definição de políticas públicas frente a então recente crise econômica mundial, conhecida como a Crise de 29. Não obstante sejam palavras há muito proferidas, a descrição do historiador acerca da divisão que se deu na Suprema Corte merece ser transcrita, dada a sua ainda atual relevância. Deu-se à época a polarização de dois grupos principais dentro daquela Corte: de um lado os liderados pelos *justices* Hugo Black e Willian Douglas, os quais entendiam ser plenamente possível a interferência do Tribunal em questões de políticas públicas; e, de outro, o bloco dos *justices* Felix Frankfurter e Robert Jackson, os quais discordavam da primeira opinião: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atualização do Legislativo mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do judiciário na sua posição relevante, mas limitada [...]” (SCHLESINGER JUNIOR, 1947, p. 208 apud KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n. 5. Disponível em: <https://bit.ly/3zybUXm>. Acesso em: 25 maio 2021. p. 1446-1447).

negar a decidir; não há alternativa, diante das situações concretas que se impõem, senão pronunciar-se sobre a controvérsia.

Essa noção de *ativismo judicial*, portanto, corresponde a uma mais intensa e alargada participação do Poder Judiciário em áreas de atuação originária típica dos outros dois Poderes, em razão da inércia e omissão destes, bem como da persecução da concretização dos valores e princípios adotados pelo texto magno. Em se tratando de um Tribunal constitucional, tem-se ainda o desenvolvimento de uma jurisprudência dita progressista, principalmente no que tange aos direitos fundamentais e as garantias individuais.

No Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são vários os exemplos de importantes assuntos desses tipos que foram judicializados: a possibilidade da interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54); a questão das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (PET 3.388); legitimidade dos programas de ações afirmativas e fixação de quotas sociais e raciais para ingresso em universidades públicas (ADPF 186) e do ProUni (ADI 3.330); as condições de uso de algemas (HC 82.424 e a posterior edição da Súmula vinculante nº 11); a vedação ao nepotismo (ADC 12 e a posterior edição da Súmula vinculante nº 12); a instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105); a importação de pneus usados (ADPF 101); possibilidade de uso ou não do amianto (ADI 3.937); além da possibilidade de existência das uniões estáveis homoafetivas (ADPF 132 e ADI 4.277). O que há de comum nesses casos citados é que em todos eles se percebe um certo afastamento dos Tribunais de sua função mais tradicional de aplicação e interpretação da legislação existente e vigente, aliada a uma conseqüente aproximação de um papel mais ativo, que se assemelha à criação do próprio direito.

Partindo da aludida ideia de que democracia se rege principalmente por uma regra de maioria e que o Constitucionalismo contemporâneo se pauta justamente pela igualdade material de todos, pelo reconhecimento de direitos e inclusão de minorias, logo se percebe de que exsurge o mencionado conflito entre as duas esferas. Exsurge daí, como bem descreve Stephen Holmes,¹² um verdadeiro dilema contramajoritário, evidenciado a partir das discordâncias entre políticas majoritariamente ancoradas e as restrições constitucionalmente impostas.

¹² HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 195-240.

Nessa diferenciação, há que se ter a noção de que a democracia não se restringe ao princípio majoritário, de modo que o exercício de uma jurisdição constitucional tal qual exercida nos moldes brasileiros é plenamente compatível com a existência de uma democracia pautada pela separação de poderes, desde que lhe seja conferida uma conotação menos procedimental e mais substancial. Embora às vezes contramajoritária, a jurisdição constitucional não é antidemocrática; revelando-se, em verdade, um reforço à implementação dos ideais e valores que uma democracia pressupõe.

Com efeito, o constitucionalismo surgiu justamente com a intenção de retirar certas matérias das vicissitudes e instabilidades iminentes ao jogo político, separando tais matérias tidas como fundamentais e reservando-as para além do alcance das maiorias e das autoridades por elas investidas. Estabeleceram-se, assim, elementos intocáveis dentro das constituições, de modo que o núcleo essencial de direitos fundamentais e de princípios como a separação de poderes e o federalismo foram estabelecidos, pelo próprio constituinte originário, como matérias não extinguíveis por qualquer maioria parlamentar, sendo sua existência independente de qualquer tipo de votação ou eleição.

As cláusulas pétreas, nesse sentido, representam verdadeiras amarras ao poder constituinte reformador, limitando a atuação do legislador e da sociedade, de um modo mais amplo. O estabelecimento de tais limites mais rígidos, os quais devem ser protegidos também pela atuação jurisdicional, ajuda a evitar que a sociedade, atual e futura, tropece em seus próprios pés.¹³

É claro que, com isso, não se quer limitar a possibilidade de posterior alteração do texto constitucional originário, que ao texto da CF/88, por exemplo, já são mais de cem; já que não pode a sociedade, que muda a cada dia, ficar totalmente presa à visão daqueles que originariamente editaram o texto constitucional, elaborado sem que se pudesse prever situações e circunstâncias que futuramente se colocariam. Por mais importante que seja, nenhuma instituição pode ser considerada imutável; nem qualquer direito, por mais fundamental que seja, pode ser tido como eternamente inalterável.

¹³ Idem.

Não obstante, é possível, na linha do que sustenta John Hart Ely,¹⁴ afirmar que mesmo quando as limitações constitucionais e o exercício de sua guarda pelas cortes constitucionais se contraponham às maiorias democráticas, elas são apenas antimajoritárias, reforçando o regime democrático em seu aspecto substancial, sobretudo quando se volta à afirmação de direitos fundamentais. Nesse sentido, qualquer ato legislativo que ameace os citados núcleos intocáveis das Constituições constitui, em verdade, uma ameaça ao regime democrático, por maior que eventualmente seja seu apoio popular entre as maiorias eleitorais. Assim, ao retirarem vigência e validade de tais normas, as Cortes, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, atuam em reforço ao sistema democrático, embora contrariem o aspecto majoritário, um dos traços fundamentais – porém não o único – de tal regime.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, fixado pelas diretrizes e princípios constitucionais, alguns direitos dos cidadãos emergem, de fato, desde um governo representativo, exercido majoritariamente. Outros, porém, devem ser separados de tal cenário, como uma forma de estabelecer limites à atuação política, possibilitando a um órgão judiciário autônomo a possibilidade de retirar do ordenamento jurídico aquelas leis ou atos normativos que violem tais direitos e princípios constitucionalmente abrigados como não extinguíveis, ainda que estes sejam estabelecidos por normas de status constitucional (emendas constitucionais) e mesmo que possuam amplo apoio majoritário popular. O próprio princípio da separação de poderes, que no início de sua formulação política era visto com uma função de reforço dos poderes, adquiriu, ao longo do tempo, outra função igualmente importante, que é a da própria sustentação da democracia, pela limitação que um poder exerce sobre o outro.

Nesse cenário, é papel irrenunciável das cortes constitucionais, do Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro, a guarda e a defesa da Constituição, como esta mesma bem assegura. Guardar a Constituição é sim zelar para que esta não seja alterada de modo a ofender a si mesma (ou seja, é necessário o controle independente de emendas constitucionais). Guardar a Constituição significa também zelar para que leis e atos normativos infraconstitucionais não venham de encontro ao que ela postula. Entretanto, guardar a Constituição é, precíua e fundamentalmente,

¹⁴ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

assegurar que os princípios, valores e ideais que norteiam a Constituição Federal sejam cumpridos e concretizados na vida do cidadão, no convívio da sociedade. Direitos como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, direito a um meio ambiente equilibrado, à saúde, educação, segurança, cultura, lazer; enfim, todo o extenso rol de direitos fundamentais e garantias individuais enumerados pelo texto constitucional, devem ser guardados pelo STF, mas não só por esse observados. Ou seja: esses direitos são garantias dos cidadãos e não apenas competência privativa de um determinado órgão ou poder, devendo ser observados durante toda a atuação dos órgãos e poderes da República, independentemente de tratar-se de atividade típica do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Não obstante essas premissas, ao longo da história recente da democracia brasileira, tem-se notado, não raras vezes, o desrespeito por parte do Estado, em especial dos Poderes Executivo e Legislativo, às garantias constitucionais e aos direitos individuais dos cidadãos. Tal desrespeito, quando não se dá de forma explícita e comissiva, revela-se também de forma velada e, principalmente, não por atos praticados pela administração pública, mas justamente por sua omissão e inércia. É precipuamente pela omissão voluntária e consciente dos outros poderes que tem ocorrido o desrespeito ao texto constitucional ao não assegurar as garantias e direitos ali previstos e, muitas vezes, carentes de regulamentação.

Assim, mesmo que se considerasse que, ao regulamentar matérias nas quais são omissos os outros Poderes, o Judiciário estaria exercendo competências que não lhe competem, pelo não exercício das funções, primária e teoricamente, atribuídas a um determinado Poder ou órgão específico, criando-se um certo vácuo de poder, cujo exercício não é facultativo, mas tido por obrigatório dentro do texto constitucional. Esse quadro, principalmente quando envolve questões concernentes ao exercício de direitos individuais, não pode subsistir, sob pena de comprometimento da própria existência do Estado Democrático de Direito.

Foi também diante desse vácuo, e da inconstitucional omissão dos poderes Executivo e principalmente Legislativo, que se deu a ascensão institucional do Poder Judiciário, o qual, pela judicialização dos conflitos, adquiriu papel de maior importância no cenário da democracia brasileira. O exercício de atribuições condicionantes à asseguarção de direitos e de cidadania não pode ser inexistente; inadmite-se, em um Estado Democrático de Direito, tal vázio. Consciente da importância dessas atribuições indispensáveis à democracia e à cidadania, o Judiciário, ante

a negativa de seus titulares primeiros, e dos casos que lhe foram levados, preocupou-se em exercê-las.

Ademais, essa atuação judiciária ativa é de fundamental importância à definição do alcance das normas fundamentais e da amplitude do *sujeito constitucional*,¹⁵ diante da abertura e incompletude inerentes a esse conceito. De fato, sob essa perspectiva, a verdadeira efetividade dos direitos fundamentais só se dá pelo enraizamento do constitucionalismo em todas as dimensões da vida social, não havendo democracia ou soberania popular sem os limites constitucionais estabelecidos às vontades da maioria, nem constitucionalismo sem a devida consideração da legitimidade popular e democrática. Nesse sentido, a atuação firme e independente dos tribunais constitucionais é de extrema relevância à construção da própria identidade constitucional democrática.¹⁶

Desse modo, o exercício da cidadania, que se dá pela concretização de direitos declarados constitucionalmente, não pode continuar a ser deliberadamente condicionado ao voluntarismo do legislador em realizar ou não suas prestações públicas materializadoras de tais direitos. Assim que ascendeu o Judiciário e é em nome desses valores que este tem legitimamente atuado. A atuação dos tribunais reflete, assim, uma constante tensão existente entre Constitucionalismo e Democracia, categorias que, embora pareçam opostas, constroem-se reciprocamente e se justificam democraticamente dentro de uma acepção material e substancial do regime político vigente.

De outro lado, a atribuição de determinada competência ao Poder Legislativo não representa, por si só, um automático e necessário incremento

¹⁵ ROSENFELD, op. cit.

¹⁶ Nesse sentido, colhe-se a seguinte lição de Michel Rosenfeld, em referência ao cenário institucional dos Estados Unidos: “Assim não é possível que se apreenda um quadro adequado da identidade constitucional com longa corrente de interpretações e elaborações que perpassa dois séculos de decisões da Suprema Corte. No entanto, a legitimidade desse quadro mais amplo foi vigorosamente contestada, por exemplo, pela tentativa de um recente Procurador-geral de minimizar a importância das decisões da Suprema Corte na conformação da identidade constitucional do país, ao proceder a uma distinção entre ‘a Constituição’ e o ‘Direito Constitucional’. Mas mesmo os mais exaltados originalistas, textualistas e puristas não foram capazes de simplesmente repudiar o legado da Suprema Corte (ou não desejaram fazê-lo) em suas tentativas de limpar a identidade constitucional de todos os excessos e impurezas. Um outro problema atinente à relação da Constituição com ela mesma, é o da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional. Dado que algumas constituições explicitamente restringem o âmbito das emendas válidas e outras não o fazem, e uma vez que a facilidade com que uma Constituição pode ser emendada varia de país para país, em que ponto as emendas à Constituição ameaçam a destruir a identidade constitucional?” (ROSENFELD, op. cit., p. 19-20).

de legitimidade popular à sua execução. Ademais, mesmo que assim fosse, o controle de constitucionalidade, sendo uma competência bastante afeita à defesa de direitos e garantias fundamentais, muitas vezes atinentes a grupos minoritários, deve se guiar por lógica diversa, a partir de fundamentos de validade próprios de uma lógica deliberativa específica. Há que se separar, quando se trata de direitos e garantias individuais, a soberania popular e a soberania constitucional; esta serve, e deve mesmo servir, como limite àquela. Em uma democracia constitucional, nem tudo pode ser decidido de forma majoritária ou eletiva, sob pena de estarem sob sérios riscos os valores constitucionalmente estipulados pela ordem constitucional vigente.

Destaca-se aqui, uma vez mais, a importância da atuação de uma Corte independente politicamente e que possa, quando necessário, agir de forma contramajoritária. Garante-se, assim, mesmo dentro de uma democracia majoritária, também os direitos fundamentais de minorias, as quais, muitas vezes, possuem baixa representatividade parlamentar, o que dificulta o tratamento de muitas de suas carências e demandas.

Não se nega aqui a ascensão institucional do Poder Judiciário no cenário democrático da República brasileira. De fato, os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, têm ocupado cada vez mais posto central em nossa democracia, tendo estado mais presente na vida da população. Suas decisões passaram, muitas vezes, a envolver questões de difícil solução e que dividem fortemente a opinião não só dos representantes políticos, mas da própria população em geral. No momento em que o Judiciário começa a ingressar em campos temáticos que envolvem tensas e complicadas discussões de ordem política, moral, ideológica e religiosa, nascem os questionamentos sobre a legitimidade dessas decisões, e até que ponto elas podem chegar.

Não se pode perder de vista, porém, que esse crescimento da importância do Judiciário no cenário democrático nacional não se deu por uma mera conduta voluntária ou invasiva desse Poder. Tal ascendência se deu ante a inobservância das atribuições legais e constitucionais dos outros Poderes.

Desse modo, instaurou-se um plexo de poder não exercido, instituindo um quadro cuja persistência comprometeria a efetividade do texto constitucional e a própria subsistência do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais. Iniciou-se, assim, uma maior judicialização dos conflitos enfrentados cotidianamente em razão de tal omissão, fenômeno pelo qual a própria população – e, por

vezes, os próprios parlamentares e partidos – levava ao crivo do Judiciário as questões que julgava coerentes e os direitos que tinham por violados.

O Judiciário, ante a impossibilidade de negar-se a decidir, e após frustradas tentativas de estabelecimento do diálogo entre os Poderes, começou a proferir decisões que afetavam esferas de poder que inicialmente seriam de competência de outros Poderes. Essa atuação, porém, não é antagonista aos princípios democráticos; mas antes é reforço de sua substancialidade.

Deveras, os Estados atuais somente são materialmente legítimos se garantem a seus cidadãos estabilidade e respeito aos direitos fundamentais, legitimidade esta que não necessariamente exsurge do procedimento democrático formal. Isso porque os novos desafios da democracia passam a surgir, cada vez mais, não de inimigos externos, mas de dentro dela mesma. Assim, a mera validade procedimental conferida pelo processo de representação, pautado essencialmente no princípio majoritário, não mais basta à legitimação democrática, visto que se criou a consciência de que é preciso proteger as minorias das vontades majoritárias, resguardando também os direitos daquelas pela atuação contramajoritária que se atribui ao Judiciário, cujos órgãos são de fundamental importância nesse novo e emergente conceito mais material de democracia.

Desse modo, a mera invocação de apoio da soberania popular, expressa por meio de uma vontade majoritária, não basta à legitimação de um órgão ou de sua atuação. Primeiro porque nem todos são representados pelo Parlamento, e esse fato de haver pessoas sem voz política efetiva afeta a legitimidade substancial do procedimento democrático representativo. Depois, porque a simples aclamação da representação já não é mais suporte à alegação de que esta constitui modo eficaz de viabilizar o autogoverno, tendo em vista a grande dimensão dos atuais corpos populacionais.

Assim, passa-se a falar em um conceito mais material e substancial de democracia, superando a representação como única fonte de legitimação. Separam-se os conceitos de democracia e representação como diferentes, sendo esta, junto ao seu inerente princípio majoritário, necessária àquela como forma de legitimação formal, embora não seja elemento suficiente. É preciso também que uma democracia produza resultados práticos, implicando em uma igual consideração entre os membros de uma comunidade, façam eles parte ou não da maioria. Surgiu, desse modo, a necessidade de formulação de novos mecanismos protetores dos

direitos individuais e fundamentais, ante a insuficiência do procedimento majoritário de representação.

Tão importantes quanto seus aspectos formais, o núcleo principiológico e material principal da democracia deve ser também evidenciado, eis que se revela como de extrema importância para sua própria justificação e legitimidade. Os aspectos formais do significado de uma democracia não podem se sobrepor à sua essência material; não basta a preocupação com a distribuição e divisão dos poderes, sendo importante também a preocupação com os resultados concretos e materiais obtidos.

É nesse sentido que se coloca a atuação das Cortes constitucionais, a qual muitas vezes se revela antimajoritária, mas nem por isso deixa de ser essencialmente democrática. Considerando essa visão mais material, os tribunais constitucionais fortes se mostram, muitas vezes, mais democráticos do que outros órgãos constituídos por meio de eleição. Uma concepção de uma democracia mais forte substancialmente é mais constitucionalmente satisfatória do que uma visão mais restrita e formalmente limitada.

É preciso superar a acepção padrão e tradicional de democracia, pela qual se entenderia que esta se define por um conjunto de regras do jogo eleitoral e político anteriormente definidas, e pela representação, que fundamenta a atuação de partidos políticos e seus candidatos. Nesta visão, o jogo político assim se resume: se as políticas realizadas tiverem repercussão positiva, os políticos e seus partidos serão reeleitos, dando continuidade ao que se vinha fazendo; se não, estes provavelmente não terão bons resultados nas eleições seguintes, abrindo uma chance para os opositoristas. Além disso, somente nos casos em que os políticos violem as regras do jogo ou excedam os poderes imanes aos seus mandatos, abrir-se-ia a possibilidade do *judicial review*, realizado por juízes e tribunais, os quais exigiriam que se desse um passo atrás, atendendo às formatações constitucionais.

Entretanto, os juízes e membros dos Tribunais não são democraticamente eleitos, e devem lidar com a dificuldade contramajoritária em sua atuação, pela qual os políticos, com seus mandatos representativos e majoritários, devem ser contidos por julgamentos antimajoritários, a fim de garantir os direitos de minorias e as próprias instituições democráticas, protegendo-os dos excessos da representação e das puras vontades das maiorias. E, como visto, daqui exsurge a preocupação de que juízes não eleitos estariam usurpando o poder político ao exercer atribuições que, em tese, foram reservadas a instituições democráticas representativas e majoritárias.

Em comparação a esse modelo padrão e mais tradicional de democracia, regimes nos quais o Judiciário possui uma função mais ativa podem parecer antidemocráticos, uma vez que definições políticas estariam advindo de um órgão com restrita *accountability* eleitoral e constantemente fazendo com que os órgãos eletivos e detentores dessa legitimidade formal mudem suas condutas de acordo com a interpretação que se dê à Constituição. Entretanto, uma vez mais se afirma ter, em verdade, um verdadeiro reforço dos princípios materiais de sustentação de uma democracia. Daqui ressaem, por exemplo, os substratos materiais para a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisões que não podem mais ser adiadas, visto que intencionam garantir e concretizar os princípios norteadores da Constituição Federal e muitas vezes ampliá-los, estendendo o alcance da sempre aberta figura do sujeito constitucional, promovendo inclusão e atendendo aos fundamentos substanciais do regime democrático vigente. É claro que com tamanhos poderes e atribuições, deve ser também presente uma maior responsabilidade no exercício destes; necessitando também o Judiciário de uma *accountability* judicial, não estando tal Poder fora do dever de prestar contas e de se sujeitar a controle administrativo, financeiro e disciplinar.¹⁷

Toda essa situação reflete uma constante e inerente tensão entre constitucionalismo e democracia. Esta última, por dar grande importância a posicionamentos de maioria, acaba conflitando com aquele, o qual se pauta em princípios e regras que se pretendem universais, não apenas majoritários, mas garantidos a todo e qualquer cidadão. Nesse sentido é que se faz preciso uma postura contramajoritária das cortes constitucionais, sobretudo pela função essencial que assume para a promoção e concretização dos direitos fundamentais.

Mais do que garantir a prevalência da opinião da maioria, é importante que numa democracia, todos, e não só a maioria, possam participar do jogo democrático, e, nesse sentido, ao garantir direitos também a minorias, não age o Judiciário de forma antidemocrática. Não há como dissociar um regime democrático do conjunto de direitos fundamentais sobre o qual este se estrutura.

¹⁷ Nesse sentido é que, por exemplo, se tem feito importante a atuação de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça, que imponham ao Judiciário mecanismos de controle e *accountability* de sua atuação. Sobre o assunto, conferir: ARABI, Abhner Youssif Mota. A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do poder judiciário. *Caderno Virtual – IDP*, v. 1/2012, n. 1. Disponível em: <https://bit.ly/3yu2riw>. Acesso em: 26 maio 2021.

É preciso repensar a democracia, é preciso repensar a atuação do Legislativo brasileiro, reforçando tais ideias com o importante papel democrático que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado. Ainda que presentes mecanismos como eleições, representação e a ratificação de maiorias, sem uma igual consideração e respeito aos novos e emergentes participantes do jogo político e democrático, não pode haver legitimidade; não pode haver verdadeira democracia.

Referências bibliográficas

ARABI, Abhner Youssif Mota. *A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

ARABI, Abhner Youssif Mota. A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do poder judiciário. *Caderno Virtual: IDP*, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em <https://bit.ly/3DtGQKQ>. Acesso em: 26 maio 2021.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1458. Disponível em: <https://bit.ly/38rOcQW>. Acesso em: 25 maio 2021.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. São Paulo: Del Rey, 2006.

TUSHNET, Mark V. *Weak courts, strong rights: judicial and social welfare rights in comparative law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.