

ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ORDEM DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO

COUNTER-MAJORITY ACTION OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE DEMOCRATIC ORDER OF THE RULE OF LAW

Leonardo Aquino Moreira Guimarães¹

Ricardo dos Reis Silveira²

Fabiana Zacarias³

RESUMO: Na condição institucional de guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se manifestado acerca de relevantes questões envolvendo a efetivação de direitos fundamentais. Nesta perspectiva, a atuação contramajoritária do Poder Judiciário na ordem democrática do Estado de Direito infere-se como instrumento de concretização dos ditames constitucionais e garantia de direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade, numa perspectiva pluralista de democracia, na qual minorias sejam incorporadas ao processo político. Com a intenção de contribuir para o aperfeiçoamento do tema, esta pesquisa visa demonstrar o papel desempenhado pelo poder Judiciário no processo político e os impactos da atuação dos tribunais, a partir harmonização entre a democracia e o constitucionalismo. Para tanto, far-se-á uma análise do papel clássico de contrapeso aos poderes Executivo e Legislativo, com o fim de reconhecer a legitimidade da função contramajoritária do Poder Judiciário, com especial relevância do Supremo Tribunal Federal (STF). À guisa de conclusão, o controle jurisdicional de constitucionalidade e o respectivo papel contramajoritário conferido ao judiciário são essenciais à ordem democrática do Estado de Direito.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; democracia; função contramajoritária. minorias; poder judiciário.

ABSTRACT: As the institutional guardian of the Constitution, the Federal Supreme Court (STF) has expressed itself about relevant issues involving the implementation of fundamental rights. In this perspective, the counter-majority action of the Judiciary in the democratic order of the Rule of Law is taken as an instrument for the realization of constitutional dictates and guarantee of fundamental rights through the control of constitutionality, in a pluralist perspective of democracy, in which minorities are incorporated into the political process. So as to contribute to the enrichment of the theme, this research intends to demonstrate the role played by the Judiciary in the political process and the impacts of the courts actions, based on the balance between democracy and constitutionalism. To this end, an analysis of the classic role of counterweight to the Executive and Legislature branches will be made, in order to recognize the legitimacy of the counter-majority function of the Judiciary, with special relevance of the Federal Supreme Court (STF). The conclusion reached is the jurisdictional control of constitutionality and its counter-majority role conferred on the Judiciary are essential to the democratic order of the Rule of Law.

Keywords: Constitutionality control; democracy; counter-majority function; minorities; judiciary.

¹ Tabelião e registrador. Doutorando em Direito e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania na “Universidade de Ribeirão Preto” – UNAERP, Ribeirão Preto/SP; Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e Missões; Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera UNIDERP de Campo Grande/MS; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP de Campo Grande/MS. E-mail: aquinoleo@hotmail.com

² Doutor e Mestre pelo Departamento de Metodologia e Filosofia da Universidade Federal de São Carlos – UFSCar. Graduado pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Docente da graduação e programas de mestrado e doutorado da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogado. E-mail: rsilveira@unaerp.br

³ Mestre em Direito Coletivo e Cidadania na “Universidade de Ribeirão Preto” – UNAERP – Ribeirão Preto/SP; Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela “Fundação Armando Álvares Penteado” FAAP - Ribeirão Preto/SP, Pós Graduada Direito Penal e Processual Penal pela “Fundação Eurípedes Soares da Rocha” – Marília/SP. Graduada pela “Instituição Toledo de Ensino” - ITE de Presidente Prudente/SP. Advogada e docente da graduação do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. E-mail: fazacarias@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O papel contramajoritário das Cortes Constitucionais assume lugar de destaque no constitucionalismo democrático. O reconhecimento da força normativa da Constituição, somado ao papel central dos direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo e à ampliação dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade, contribuem, sobremaneira, para o protagonismo do Poder Judiciário.

Emerge, pois, deste contexto, o debate referente à ascensão política e institucional do Poder Judiciário, centrado na restrição realizada por órgão jurisdicional por meio do controle de constitucionalidade, em face da atuação dos representantes democraticamente eleitos (Poderes Legislativo e Executivo).

No Brasil, a contraposição do papel do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação aos Poderes assentados na representatividade e na maioria como critérios de escolha política, notadamente o Executivo e o Legislativo, exsurge a função contramajoritária que incumbe ao judiciário desempenhar, na medida em que a própria Constituição atribui função institucional de assegurar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em um processo de limitação da vontade majoritária e equalização do *déficit* democrático da representação política.

Na perspectiva da ordem democrática do Estado de Direito, o Supremo Tribunal Federal (STF), além de deter a capacidade de invalidar atos editados pelos Legislativo, desempenha papel de órgão investido de poder e responsabilidade institucional de guardião da Constituição e proteção às minorias contra eventuais excessos da maioria ou contra omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado.

O controle de constitucionalidade, apresenta-se, portanto, democrático, vez que garante a participação de todos no processo na medida de suas peculiaridades. Acrescente-se o fato de que em função do influxo das novas gerações ou dimensões de direitos e do crescimento em importância dos aspectos sociais, econômicos, culturais, ambientais e outros, há concepções inovadoras de democracia.

Busca-se confirmar a superioridade da Constituição e a legitimidade do Judiciário como seu garante, por meio da análise da proeminente jurisdição constitucional e da harmonização entre a democracia e o constitucionalismo: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

O controle de constitucionalidade infere-se, assim, como instrumento de garantia da vontade e supremacia constitucionais e como pressuposto lógico da própria democracia. É nesse sentido a justificativa deste trabalho, pois se está diante de um tema que merece ser debatido cientificamente.

No que tange à metodologia, foi utilizado o método dedutivo como forma de abordagem da pesquisa e o procedimento empregado como técnica foi a revisão de literatura pertinente à temática proposta – doutrina, jurisprudência, artigos científicos, legislação.

2 CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Na perspectiva contemporânea e internacional de proteção de direitos humanos⁴, constata-se que inexistente espaço para o desenvolvimento de regimes autoritários e que não primem pelo exercício democrático do poder. A maior parte dos Estados deseja, pois, ser contemplada como democrática.

A ideia de democracia que se tem hoje possui suas raízes nas teorias clássicas da Modernidade, centrada na perspectiva representativa do regime. Tal conceito conduz à ideia de que a democracia exige, necessariamente, o funcionamento de um Estado de Direito: “após o advento das revoluções burguesas e o fim do Estado Absolutista, contribuições de filósofos como Montesquieu e Rousseau forjaram as bases da ideia de democracia representativa que se tem hoje, à qual se atribui sentido político extremamente positivo.”⁵

Para Kelsen⁶, a democracia engloba os postulados da liberdade e da igualdade formal: o primeiro primado, garante o acesso às atividades executivas e legislativas; e o segundo, assegura a igualdade de direitos políticos a todos os cidadãos. Dessa forma, possibilita que o povo participe da elaboração da vontade do Estado.

O princípio majoritário é o instrumento para que a “sejam livres, senão todos os indivíduos, ao menos o maior número deles possível”.⁷ Para o teórico,⁸ a modificação da ordem vigente depende da aderência da maioria absoluta dos sujeitos para que gere indivíduos livres e em pleno acordo com a ordem social levada à concretização. Isso porque, caso a atuação fosse contrária, permitir-se-ia que minorias ditassem a vontade estatal e, assim, geraria elevado número de indivíduos não livres, os quais não se reconheceriam na ordem criada. Vislumbra, neste contexto, a criação de dois grupos – maioria e minoria – e,

⁴ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o termo “direitos fundamentais” aplica-se aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado; enquanto os direitos humanos, por serem inerentes ao homem, independem de vinculação à ordem constitucional, pois aspiram à validade universal. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29).

⁵ ABRANTES, Laís Marcelle Nicolau. Democracia e estado de direito no Brasil: o problema da inefetividade dos direitos fundamentais no país. Revista Direitos Humanos e Democracia, [S. l.], v. 4, n. 8, p. 117–140, 2016. DOI:10.21527/2317-5389.2016.8.117-140. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5840>. Acesso em: 15 ago. 2021. p. 121. Nesse sentido, Abrantes explica que: “após a Segunda Guerra mundial (1939-1945), houve mobilização internacional em prol da manutenção da paz entre os países, com o fundamento basilar da internacionalização do respeito à dignidade humana e da proteção dos então denominados direitos humanos. Assim, passou a não haver mais espaço, no plano das relações internacionais, para regimes autoritários e violadores dos novos patamares jurídicos postos. Com efeito, após a Segunda Guerra, tornou-se meta internacional construir um aparato jurídico que estivesse voltado à proteção dos direitos humanos e que envolvesse todos os países do mundo. Em consequência disso, foi criada, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) e proclamada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tais fatos deram início a uma nova ordem jurídica internacional, na qual a democracia passou a ser vista como o regime político capaz de viabilizá-la.” (ABRANTES, Laís Marcelle Nicolau. Democracia e estado de direito no Brasil: o problema da inefetividade dos direitos fundamentais no país. Revista Direitos Humanos e Democracia, [S. l.], v. 4, n. 8, p. 117–140, 2016. DOI:10.21527/2317-5389.2016.8.117-140. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5840>. Acesso em: 15 ago. 2021. p.120).

⁶ KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 99.

⁷ KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 128.

⁸ KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 128-129.

em razão do princípio majoritário, reconhece a eventual necessidade de proteção da minoria em face da maioria.

Ademais, não há de se falar em relação de subordinação; o que se concebe é uma relação de compromisso e tolerância recíprocos:

É evidente que a regra da maioria desempenha papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais; porém, a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade – e, portanto, a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido, o pré-comprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se autodestruírem, enquanto seres igualmente livres e portadores de direitos que protegem a sua condição de dignidade humana.⁹

Neste ponto, é importante registrar que a democracia, como processo de convivência social, “envolve a pluralidade de ideias, cultura e etnias, provendo o diálogo e a primazia do princípio da tolerância, que se opõe a uma tirania da maioria, na medida em que se reconhece a existência de minoria e se protegem seus direitos.”¹⁰ Assim, pode ser definida como:

Um regime político caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões do Estado, sempre à procura da realização de valores de convivência humana como a igualdade, a liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas. [...] A essência do fenômeno democrático, consubstanciado na participação e na liberdade de autodeterminação política foi adotada como paradigma histórico para a construção de um ideal de governo do povo, para o povo e interesse do povo.¹¹

Por outro lado, o constitucionalismo foi um movimento que encontrou afirmação teórica ao longo do século XVIII em busca da limitação do poder dos governantes – consiste “na investigação sobre as formas de organização político do poder do Estado a ser exercido.”¹²

O desenvolvimento do constitucionalismo ao longo da história, decorre dos movimentos de humanização que trouxeram protagonismo ao indivíduo, considerando-o como sujeito de direitos e colocando-o frente aos arbítrios dos detentores do poder.

A escolha pelo regime democrático, portanto, juntamente com desenvolvimento do constitucionalismo, supõe o reconhecimento de direitos fundamentais de liberdade que gerem participação política livre e consciente. Neste contexto, importante destacar que:

Se, por um lado, o surgimento do constitucionalismo do ocidente é caracterizado pela tentativa de limitar o poder do Estado em favor do povo, bloqueando especialmente o poder absoluto, não é menos verdade, por outro, que o constitucionalismo moderno,

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226.

¹⁰ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Democracia. In: DIMOULIS, Dimitri (org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125-128, p. 127.

¹¹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Democracia. In: DIMOULIS, Dimitri (org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125-128. p. 125-126.

¹² LIMA, Martonio Mont'Averne Barreto. Constitucionalismo. In: DIMOULIS, Dimitri (org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89-90. p. 89.

bem representado pelo clássico de Montesquieu “Do Espírito das Leis”, procurou também imobilizar o Estado, porém em favor dos ricos e dos detentores da propriedade privada. Esta tensão permanece até os dias atuais [...].¹³

Desta feita, a teoria do constitucionalismo é resultado do acúmulo teórico do estudo das constituições; versa, essencialmente, sobre a limitação do poder e a prevalência de direitos fundamentais.

Seguindo a correlação entre constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia, Alexy¹⁴ ressalta que há uma constante colisão entre o princípio democrático e direitos fundamentais. A relação entre democracia e direitos fundamentais mostra-se como um problema inevitável e permanente, à medida que a própria Constituição distribui competências tanto ao legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade política; quanto aos juízes constitucionais indiretamente legitimados e não destituíveis eleitoralmente.¹⁵

Esta constante litigiosidade entre a democracia e o estabelecimento de direitos fundamentais demonstra uma natureza dúbia: os direitos fundamentais apresentam-se tanto democráticos quanto antidemocráticos, pois, em essência, tais direitos de ordem constitucional estabelecem posições jurídicas subjetivas fundamentais dos indivíduos que não poderão ser decididas pela regra majoritária parlamentar.¹⁶

Nesta esteira, encontra-se uma tensa relação com a proteção das minorias frente ao princípio majoritário. Häberle explica que:

Algumas constituições preveem expressamente o princípio da maioria (como o art. 121 da LF), mas ao mesmo tempo regulam múltiplas formas de proteção das minorias [...] A arma contundente do princípio da maioria é, em geral, “tolerável”, porque existe uma proteção (escalonada) das minorias (primordialmente através da “supremacia da Constituição” e a proteção dos direitos fundamentais). A justificação interna da democracia como “governo da maioria” é difícil: pode lograr êxito a ideia de liberdade e igualdade e a necessidade de chegar a uma decisão funcional [...].¹⁷

No constitucionalismo contemporâneo, o órgão jurisdicional constitucional – no Brasil, representado institucionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, culmina por restringir a atuação dos representantes políticos, democraticamente eleitos: Legislativo e Executivo. A discussão do papel do Supremo Tribunal Federal é, portanto, uma questão que envolve o conceito de Estado Democrático de Direito. Conforme destaca Ferrajoli, a legitimação do Poder Judiciário:

[...] não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria - seu fundamento é unicamente a intangibilidade

¹³ LIMA, Martonio Mont’Averne Barreto. Constitucionalismo. In: DIMOULIS, Dimitri (org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.89-90.

¹⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999, p. 65-66.

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.447.

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 419-420.

¹⁷ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 234.

dos direitos fundamentais. E, todavia, é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos “democracia substancial”.¹⁸

Nessa linha de reflexão, Alexy destaca que direitos fundamentais e democracia só se estabilizam com a fundamentação das decisões, compensando a carência de legitimidade representativa dos juízes e tribunais e viabilizando a reflexão do processo jurídico entre coletividade, legislador e tribunal constitucional:

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. [...] Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.¹⁹

Entende-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito é marcado por reflexões a respeito da legitimidade do poder. “Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido.”²⁰ O constitucionalismo democrático explicita o paradoxo da receptividade democrática e da legitimidade da lei:

O constitucionalismo democrático seria uma nova forma de abordagem que busca superar a preponderância do modelo originalista, ao aliar uma teoria preocupada com a mobilização popular, com as diferenças culturais, com uma participação da sociedade civil na qual os compromissos progressistas possam ser expressos por meio da lei, utilizando os “*founding fathers*” sem, entretanto, desautorizar novas formas de autoridade constitucional. Trata-se de uma abordagem inovadora que marca um novo momento no debate norte-americano, em que a reação liberal procura aliar argumentos jurídicos e políticos para se contrapor de forma eficaz à interpretação conservadora que atualmente prepondera na suprema corte americana.²¹

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 102.

¹⁹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999, p. 55.

²⁰ HABERMAS, J.; HÄBERLE, P. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J.; MOREIRA, L. (Org.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

²¹ VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. Revista NEJ – Eletrônica, v. 18, n.1. p. 51-62, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/4483/2476>. Acesso em: 17 ago. 2021, p. 60.

O termo “Estado Democrático de Direito” é pouco compreendido. De acordo com Silva, o fato de ter sido incluído no atual texto constitucional, no seu primeiro artigo²², adjetivando a República Federativa do Brasil, torna obrigatória a sua compreensão. Conquanto, de acordo com o autor, o mais aconselhável não é buscar definir aqui o conceito de Estado Democrático de Direito, mas retomar e reapresentar os valores e princípios que o envolvem:

(1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na soberania popular; (2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva; (3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes; (4) A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida; (5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões; (6) Realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a consequente promoção da justiça social; (7) Observância do princípio da igualdade; (8) A existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado; (9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça; (10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica.²³

Em suma, “o Estado Democrático de Direito deve realizar a institucionalização do poder popular, num processo de convivência social pacífico, numa sociedade livre, justa e solidária e fundada na dignidade da pessoa humana.”²⁴ De acordo com Novais:

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício moderno Estado de Direito. Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem cooriginariamente exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem, de forma directa e necessária, à adopção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito.²⁵

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

²³ SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 213-230, 2005, jul./set. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021, p. 228-229.

²⁴ SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 213-230, 2005, jul./set. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021, p. 229.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria. Coimbra, Editora Coimbra, 2006, p.19.

A função contramajoritária "resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*."²⁶

Em que pese as críticas à atuação do Poder Judiciário – que serão ainda analisadas neste estudo, fato é, que na teoria constitucional, a função contramajoritária exsurge da própria ordem democrática e em nome da Constituição. Por consequência, não procede a objeção dirigida à legitimidade da justiça constitucional sob o argumento de que o controle de constitucionalidade fere a separação dos poderes.

3 PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

No constitucionalismo contemporâneo, para que o regime democrático não se reduza à categoria político-jurídica meramente conceitual e formal, torna-se necessário assegurar às minorias a plenitude de meios que lhes permitam exercer direitos fundamentais. Neste cenário, as Cortes Constitucionais assumem lugar de especial destaque.

As democracias vivem uma progressiva expansão do Poder Judiciário, em razão da sua atuação sobre as relações sociais e políticas. Em razão desta ascensão institucional, “as funções dos três poderes passaram a ser novamente discutidas, inclusive em democracias consolidadas.”²⁷

A separação de poderes adquire uma assimetria, criando um novo paradigma no Estado Democrático, que Streck sintetiza da seguinte forma:

[...] é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo, para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão, passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo, passam a ser supridas pelo judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito.²⁸

No Brasil, a postura proativa do Poder Judiciário destacou-se no cenário jurídico-constitucional em razão da capacidade de interferência no cenário político. A Constituição

²⁶ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises. Lua Nova, p. 113-134. n.º 57, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/XtH5MwKHLqBL5xyN7dwd6zC/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 15 ago. 2021, p.114.

²⁷ GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; PASQUINI, Bruna Ferrarin. A CORTE NO PAÍS DA IMPREVISIBILIDADE: o papel contramajoritário das cortes, as virtudes passivas de Alexander M. Bickel e a judicial review no estado democrático brasileiro. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Natal, v. 13, n. 2, p. 21-44, 2020. ago./dez. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/22775>. Acesso em: 12 ago. 2021, p. 22.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 52.

Federal ao prescrever a possibilidade de controle jurisdicional dos atos emanados majoritariamente pelos poderes políticos - Executivo e Legislativo, permite, numa visão contramajoritária, a limitação da maioria em favor da ordem democrática do Estado de Direito.

Assim, “o controle de constitucionalidade opera como instituição assecuratória das minorias vencidas e da própria democracia, protegendo e corrigindo imperfeições do próprio sistema democrático representativo majoritário.”²⁹

Por conseguinte, é possível caracterizar o Poder Judiciário pátrio como contramajoritário e democrático, na medida em que a própria Constituição lhe atribui função de assegurar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Barroso explique que:

Simultaneamente à expansão da jurisdição constitucional no mundo, verificou-se, igualmente, uma vertiginosa ascensão política e institucional do Poder Judiciário. Sobretudo nos países de tradição romano-germânica, juízes e tribunais deixaram de ser uma espécie de departamento técnico especializado do governo para se transformarem em um verdadeiro Poder, que em alguma medida disputa espaço com os demais e atua com grande importância na governança nacional.³⁰

Sequencialmente, Barroso elenca causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira foi o reconhecimento, pós 2.ª Guerra Mundial, da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas, para a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de direito; a segunda causa envolve uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral; a terceira causa elencada, refere-se aos atores políticos (Executivo e Legislativo) que, muitas vezes, preferem o Judiciário como instância decisória de questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas decisivos, como uniões homoafetivas, aborto ou mesmo descriminalização da maconha.

Ademais, o modelo de convivência entre controle difuso e concentrado produziu o fenômeno da judicialização da política, na democracia brasileira -, as minorias políticas procuram revogar judicialmente as decisões da maioria:

[...] pode-se inferir que o controle judicial de constitucionalidade das leis, sem embargo de ser contramajoritário – pois frequentemente realizará sua função obstaculizando a vontade majoritária – não é antidemocrático, senão instrumento garantidor da própria noção de democracia ou corretivo de seu caráter contramajoritário. Ao contrário, ao que parece, é exatamente a privilegiada posição institucional do Poder Judiciário e de seus órgãos, com suas garantias independência, aliadas à grande possibilidade de ferimento da constitucionalidade

²⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando *et al.* uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. In: simpósio nacional de direito constitucional, 2020, Curitiba. Anais [...]. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011, p.132-151. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021, p. 145

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ind-ex.php/revistaceaju/article/view/17018>. Acesso em: 12 ago. 2021, p. 2177.

dos outros dois poderes que indicam este como um poder ao qual preferencialmente deva ser confiada a tarefa da fiscalização da constitucionalidade.³¹

É possível, pois, sustentar a legitimação do papel contramajoritário do Poder Judiciário, com especial relevância do Supremo Tribunal Federal - e sua importância para a democracia participativa. Na ordem democrática, o Direito deve ter conteúdo normativo conforme à Constituição:

Dantes regia-se o Direito maiormente pelo dogma positivista e absoluto do princípio da legalidade, princípio que colocava, em certa maneira, a lei acima da Constituição, por haver a Carta Magna qual mera plataforma programática, com a força inspiradora da idéia, mas sem a energia vinculante da regra de Direito e, por isso mesmo, portadora de uma densidade normativa extremamente baixa, que os positivistas só reconheciam, por subsidiária, quando faziam uso dos princípios de Direito nas províncias jusprivatistas da Velha Hermenêutica. Apartado, porém, da legitimidade, de todo o ponto perdida ou erodida, com a queda dos valores clássicos da velha corrente liberal associada ainda ao privilégio (as exclusões burguesas), o princípio da legalidade chegou ao termo de sua hegemonia. Cedeu passo, numa dimensão menos formal e mais material, a outro, agora de grau superlativo e categórico: o da constitucionalidade. [...]. O futuro das Constituições pertence, pois, ao princípio da legitimidade. Um princípio qualificado pela democracia participativa no universo político contemporâneo, onde a cidadania do gênero humano é a cidadania do mundo; onde as Cartas constitucionais exaradas pelo povo, em sua versão legítima, hão de sancionar e consagrar a tetradimensionalidade dos direitos fundamentais. Essa é pelo menos a plataforma constitucional de seus valores de libertação.³²

Por oportuno, é importante consignar a despeito das resistências teóricas ao papel contramajoritário do controle de constitucionalidade. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional estaria assentada com base em dois fundamentos principais:

a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias.³³

De maneira incisiva, a agenda decisória do Supremo Tribunal Federal impacta a democracia pluralista e substancial:

[...] observando os interesses que dominaram a agenda decisória do Supremo, podemos afirmar que quando se fala em judicialização da política no Brasil, no que

³¹ SGARBOSSA, Luís Fernando *et al.* Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. *In*: Simpósio nacional de direito constitucional, 2020, Curitiba. Anais [...]. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011, p.132-151. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021, p. 147-148.

³² BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2. ed., 2003, p. 314-315.

³³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). Jurisdição política e constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19-20.

se refere à atuação do Supremo Tribunal Federal, mais do que papel de mediador de disputas entre diferentes órgãos do governo, de instância de implementação de direitos sociais e coletivos ou ainda instituição contramajoritária, o tribunal desempenhou o papel de instituição de deliberação corporativa. O STF tem, sim, permitido em alguma medida a incorporação de vozes minoritárias no processo político, mas seu papel predominante foi o de propiciar aos governos, às associações de classe e às próprias instituições de justiça (sobretudo via Procuradoria-Geral da República) um espaço privilegiado de interferência na implementação de políticas públicas ligadas à regulação das burocracias do Estado e suas prerrogativas.³⁴

Por oportuno, é importante consignar a despeito das resistências teóricas ao papel contramajoritário do controle de constitucionalidade. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional estaria assentada com base em dois fundamentos principais:

a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias.³⁵

Insta, aqui, concluir que a agenda decisória do Supremo Tribunal Federal impacta, de maneira incisiva, a democracia pluralista e substancial:

[...] observando os interesses que dominaram a agenda decisória do Supremo, podemos afirmar que quando se fala em judicialização da política no Brasil, no que se refere à atuação do Supremo Tribunal Federal, mais do que papel de mediador de disputas entre diferentes órgãos do governo, de instância de implementação de direitos sociais e coletivos ou ainda instituição contramajoritária, o tribunal desempenhou o papel de instituição de deliberação corporativa. O STF tem, sim, permitido em alguma medida a incorporação de vozes minoritárias no processo político, mas seu papel predominante foi o de propiciar aos governos, às associações de classe e às próprias instituições de justiça (sobretudo via Procuradoria-Geral da República) um espaço privilegiado de interferência na implementação de políticas públicas ligadas à regulação das burocracias do Estado e suas prerrogativas.³⁶

Em suma, Barroso³⁷ elenca três críticas à ascensão do Judiciário e à sua atuação proativa: a primeira, consiste em crítica ideológica: o Judiciário é uma instância

³⁴ OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social: Revista Sociologia USP*, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 105-133, abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/D6fcqGKxNZByq5zD45fpyvg/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 12 ago. 2021, p.129.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição política e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19-20.

³⁶ OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social: Revista Sociologia USP*, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 105-133, abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/D6fcqGKxNZByq5zD45fpyvg/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 12 ago. 2021, p. 129.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e->

tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e riqueza na sociedade - a judicialização funcionária, nesta perspectiva, como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária.

A segunda crítica diz respeito às capacidades institucionais dos tribunais, que podem não ser o melhor local para a tomada de decisões envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade e o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis destas decisões. Uma terceira crítica diz respeito ao fato de que a judicialização limita a participação no debate aos poucos que têm acesso ao mundo jurídico, além de oferecer risco de politização indevida da justiça.

A respeito das críticas que recaem à atuação do Judiciário, Scholz³⁸ destaca as acusações referentes a ilegitimidade democrática dos juízes não-eleitos em anular ou modificar leis e atos tomados pelos representantes do povo. Contudo, destaca que no desempenho das atividades de controle de constitucionalidade, a atuação do Supremo Tribunal Federal somente se faz legítima, pois em prol da defesa dos direitos fundamentais e da ordem democrática.

Cappelletti³⁹ critica a objeção contramajoritária do controle de constitucionalidade ao ressaltar que a noção de democracia não pode ser reduzida a ideia majoritária. Democracia significa participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente pode dar uma grande contribuição à democracia, desde que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder, típicos das nossas sociedades contemporâneas.

Por certo, é possível afirmar que as lutas pela democráticas exigem um Estado com articulação política. Boaventura Santos⁴⁰ ressalta que o Estado é Democrático na medida em que confere igualdade de oportunidade às diferentes propostas de institucionalidade democrática – só assim, a luta democrática se converte realmente em luta por alternativas democráticas – compete, pois, Estado, estabilizar minimamente as expectativas dos cidadãos e criar padrões mínimos de segurança e inclusão que favoreça o exercício da cidadania plena

Desta feita, a decisão contramajoritária de um tribunal ou juiz não significa antidemocrática, posto que o estabelecimento de limites à vontade majoritária tem a função de legitimar o próprio sistema democrático. Desse modo, de acordo com Sgarbossa *et al*,⁴¹ uma concepção reducionista da democracia à regra da maioria, assim como uma concepção exagerada da mesma, adotando-a como um valor absoluto, pode obscurecer o papel de institutos como o controle judicial de constitucionalidade.

pubhttps://www.scielo.br/j/rdp/a/8FdmCG5b5vHMvTDHZyVvChh/?format=pdf&lang=enlicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17018. Acesso em: 12 ago. 2021, p. 2185.

³⁸ SCHOLZ, Júlia Farah. Decisões contramajoritárias e representatividade: a ascensão do supremo tribunal federal após a constituição de 1988. In: congresso luso-brasileiro de direito constitucional comparado, 1., 2018, Joinville. Anais [...]. Joinville: Revista Novos Saberes, 2019, v.6, p.160-172, p.161.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos A. A. Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 107.

⁴⁰ SANTOS, Boaventura Souza. Reinventar a Democracia. 2. ed., Lisboa: Fundação Mário Soares, 2002, p.66-67.

⁴¹ SGARBOSSA, Luís Fernando *et al*. Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. In: Simpósio nacional de direito constitucional, 2020, Curitiba. Anais [...]. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011, p.132-151. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021, p. 150.

Em síntese conclusiva, é possível afirmar a importância da atuação do Poder Judiciário para a supremacia constitucional e para a democracia, para as minorias e para a garantia de direitos fundamentais na ordem do Estado Democrático de Direito.

4 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES POLÍTICOS E O PODER JUDICIÁRIO

Conforme já delineado, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, o exercício do controle de constitucionalidade. A propósito, a defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição, por expressa delegação constitucional.

No desempenho deste papel, o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucionais atos dos poderes políticos, assim como já utilizou técnicas de interpretação que deve prevalecer sobre determinada situação, pois cabe exercer, de modo originário o controle de constitucionalidade concentrado; e de modo recursal, o controle difuso de constitucionalidade.

Destarte, nos sistemas jurídicos constitucionalizados, as democracias necessitam de um diálogo constitucional fluído e constante. Isso, porque o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais – premissas básicas do Estado Democrático de Direito – exige da justiça constitucional uma atuação ativa. Nesse sentido, a lição de Hamilton e Madison:

Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade dos atos legislativos contrários à constituição tem surgido, fundada na suposição de que tal doutrina implicaria na superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Afirma-se que a autoridade que pode declarar os atos da outra nulos deve ser necessariamente superior àquela cujos atos podem ser declarados nulos [...].⁴²

Essa conclusão não significa superioridade do Judiciário sobre os poderes políticos. “Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira.”⁴³

É nesse contexto que se insere a teoria dos diálogos institucionais, sob uma perspectiva que contempla a atuação política de múltiplos sujeitos:

Efetivamente, da disposição constitucional segundo a qual os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, é forçoso concluir que a relação existente entre eles é de coordenação e não de subordinação. Daí porque não se afigura correto supor que um Poder possa impor o seu entendimento aos outros de modo definitivo, sob nenhum aspecto, nem mesmo a pretexto do desempenho de suas funções típicas. Isso significa que a supremacia judicial somente deve ser compreendida em um sentido fraco, como a impossibilidade jurídica de uma decisão jurisdicional proferida em sede de controle de constitucionalidade vir a ser invalidada pelo Poder Legislativo. Significa, ademais, que a decisão jurisdicional, uma vez transitada em julgado, será imutável no âmbito da relação jurídica processual em que foi proferida, sem possibilidade de sua alteração pelo

⁴² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist Papers, 1981, p. 226.

⁴³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist Papers, 1981, p. 226.

Parlamento. Todavia, o Poder Legislativo não estará eternamente atado ao entendimento firmado no exercício da jurisdição constitucional.⁴⁴

Essa posição é derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade – ao contrário, pois nos termos do artigo 102, § 2º da Constituição⁴⁵, sempre será possível aos parlamentares:

[...] a aprovação de emendas constitucionais, ou mesmo a edição de leis ordinárias ou complementares, sobre temas já decididos pelo STF, desde que agregando novos fundamentos com vistas a superar o entendimento firmado pela Corte Suprema. Esse modo de proceder não deve ser encarado como uma afronta à autoridade do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Diferentemente disso, deve ser visto como saudável manifestação dialogal da democracia representativa.⁴⁶

Em consonância com esta posição, Dallari é elucidativo. Destaca que, embora as decisões do Supremo em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas, isso não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional:

Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexos no resultado do julgamento.⁴⁷

Por tudo isso, fica fácil constatar que não é intento da justiça constitucional substituir-se à política. De acordo com Cunha Júnior,⁴⁸ a legitimidade da justiça constitucional repousa na capacidade de harmonizar os valores do Estado Democrático – consubstanciados no governo da maioria – e os valores do Estado de Direito – consolidados na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais – de maneira que não só as maiorias, mas também as minorias, merecerem a proteção no âmbito do Estado Democrático de Direito.

⁴⁴ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr., 2018, p. 119.

⁴⁵ Art. 102. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁴⁶ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr., 2018, p. 119.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405.

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: Teria e Prática*. 10 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 51-52.

Hoje, a necessidade de releitura do “princípio da separação dos poderes” pressupõe uma visão mais ampla das funções estatais por meio do diálogo das instituições:

[...] a 'nova separação de poderes' implicaria numa releitura das teorias clássicas de separação das funções estatais, na medida em que a interpretação e aplicação das normas constitucionais, a par das características atuais de sociedade plural e complexa, deixam de pressupor uma divisão estática, estanque e formal, para compatibilizar-se com a necessidade de uma perspectiva dinâmica, mutável e substantiva de concerto entre os poderes estatais. Assim, adotariam-se métodos de 'rodadas procedimentais' na deliberação entre os órgãos e modelos dialógicos no controle constitucional, impedindo a possibilidade de instâncias hegemônicas, de forma a fomentar a preservação e estabilidade da democracia.⁴⁹

Outrossim, corroborando a importância dos diálogos institucionais no pensamento constitucional contemporâneo, Rezende⁵⁰ conclui que uma democracia de qualidade demanda responsabilidade das autoridades eleitas, fiscalização da eficiência e justiça na criação e aplicação do direito e responsabilidade recíproca entre os órgãos institucionais em relação à observância dos direitos.

A postura dialogal, conforme ensina Barbosa e Lima⁵¹, longe de representar desprestígio às atribuições próprias de cada instituição, surge como componente necessário e lubrificante do postulado da separação dos Poderes. Implica a admissão de que o Supremo Tribunal Federal e os poderes políticos, em especial, o Congresso Nacional são atores legitimados ao exercício da interpretação constitucional, de modo a afastar toda pretensão de sobreposição hierárquica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A essência da democracia corresponde ao governo da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas. A ideia não é de dominação majoritária, exigindo-se o respeito às minorias políticas. O que se propõe, pelo princípio democrático, não é a tirania do número, tampouco a ditadura da opinião pública e opressão das minorias.

Nesta perspectiva, o papel contramajoritário do Poder Judiciário assume lugar de destaque no constitucionalismo democrático. Contribuem, sobremaneira, para o protagonismo do Poder Judiciário papel central dos direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo, a ampliação dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade e o reconhecimento da força normativa da Constituição.

⁴⁹ LACERDA, André Reis. Separação dinâmica das funções estatais: análise de um ativismo judicial moderado na perspectiva de uma leitura dialógica da constituição brasileira de 1988 - impediante de configuração de instâncias hegemônicas. Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB, [s. /], n. 6, p. 5045-5108, 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05045_05108.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022, p.5057.

⁵⁰ RESENDE, Fabricio Contato Lopes. Diálogo Institucional entre o Poder Legislativo e Judiciário por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Congresso Nacional pelo Supremo de 1988 a 2013. 2017. 332 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23052017-223738/pt-br.php>. Acesso em: 20 ago. 2021, p. 57.

⁵¹ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018, p. 121.

Emerge, neste contexto, o debate referente à ascensão política e institucional do Poder Judiciário, centrado na restrição realizada por órgão jurisdicional por meio do controle de constitucionalidade, em face da atuação dos representantes democraticamente eleitos (Poderes Legislativo e Executivo).

No Brasil, a contraposição do papel do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação aos Poderes assentados na representatividade e na maioria como critérios de escolha política, notadamente o Executivo e o Legislativo, exsurge a função contramajoritária que incumbe ao judiciário desempenhar, na medida em que o legislador constituinte atribui função institucional de assegurar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em um processo de limitação da vontade majoritária e equalização do *déficit* democrático da representação política.

O Supremo Tribunal Federal (STF), além de deter a capacidade de invalidar atos editados pelos Legislativo, desempenha papel de órgão investido de poder e responsabilidade institucional de guardião da Constituições e proteção às minorias contra eventuais excessos da maioria ou contra omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado. Não há, contudo, de se falar em relação de subordinação entre os poderes; o que se concebe é uma relação de compromisso orgânico e tolerância funcional recíprocos.

Não obstante as críticas existentes quanto a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, insta ressaltar que sua principal função ao se distanciar da opinião pública majoritária é concretizar valores, princípios e direitos fundamentais, dando maior efetividade a Constituição, em prol da democracia substancial.

Para que o regime democrático não se reduza à categoria político-jurídica meramente conceitual e formal, torna-se necessário assegurar às minorias a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, direitos fundamentais. O controle de constitucionalidade, apresenta-se, portanto, democrático, vez que garante a participação de todos no processo na medida de suas peculiaridades. Acrescente-se o fato de que em função do influxo das novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais e do crescimento em importância dos aspectos sociais, econômicos, culturais, ambientais e outros, há concepções inovadoras de democracia, como a democracia social e econômica.

Outrossim, é possível afirmar a importância da atuação do Poder Judiciário para a supremacia constitucional e para a democracia, para as minorias e para a garantia de direitos fundamentais na ordem do Estado Democrático de Direito, como forma de reverenciar a supremacia da Constituição e a legitimidade do Judiciário como seu garante, por meio da jurisdição constitucional e da harmonização entre a democracia e o constitucionalismo: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Desta feita, a postura dialogal não significa desprestígio às atribuições próprias de cada instituição – ao contrário, emerge como componente necessário da separação das funções estatais. Por conseguinte, implica na admissão de que o Supremo Tribunal Federal e os poderes políticos, em especial, o Congresso Nacional, são atores legitimados ao exercício da interpretação constitucional, de modo a afastar toda pretensão de sobreposição hierárquica.

Importante, pois, ressaltar que o controle jurisdicional de constitucionalidade e o respectivo papel contramajoritário conferido ao Supremo Tribunal Federal são essenciais à ordem democrática do Estado de Direito, pois as decisões políticas tomadas pela maioria democrática devem observar os valores e direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

A propósito, a legitimidade da justiça constitucional repousa capacidade que de harmonizar os valores do Estado Democrática – consubstanciados no governo da maioria – e os valores do Estado de Direito – consolidados na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais de minorias.

Por consequência, o controle de constitucionalidade infere-se como instrumento de garantia da vontade e supremacia constitucionais e pressuposto lógico da democracia pluralista consagrada na ordem democrática do Estado de Direito; não procede, pois, a objeção dirigida à legitimidade da justiça constitucional. A interpretação e aplicação das normas, nos sistemas jurídicos constitucionalizados, deixa de pressupor a divisão clássica de separação das funções estatais para compatibilizar-se à democracia substancial e reforçar a importância dos diálogos institucionais.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Laís Marcelle Nicolau. Democracia e estado de direito no brasil: o problema da inefetividade dos direitos fundamentais no país. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, [S.l.], v.4, n.8, p.117-140, 2016. DOI: 10.21527/2317-5389.2016.8.117-140. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5840>. Acesso em: 15 ago. 2021.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Democracia. *In*: DIMOULIS, Dimitri (org.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125-128.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.217, p.55-66, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-pubhttps://www.scielo.br/j/rdp/a/8FdmCG5b5vHMvTDHZyVvChh/?format=pdf&lang=enlicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17018>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição política e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2. ed., 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos A. A. Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: Teria e Prática. 10 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; PASQUINI, Bruna Ferrarin. A Corte no País da Imprevisibilidade: O papel contramajoritário das Cortes, as virtudes passivas de Alexander M. Bickel e a *judicial review* no Estado Democrático Brasileiro. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Natal, v. 13, n. 2, p. 21-44, 2020. ago./dez. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/22775>. Acesso em: 12 ago. 2021.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HABERMAS, J.; HÄBERLE, P. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J.; MOREIRA, L. (Org.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist Papers, 1981.

KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACERDA, André Reis. Separação dinâmica das funções estatais: análise de um ativismo judicial moderado na perspectiva de uma leitura dialógica da constituição Brasileira de 1988 - impediante de configuração de instâncias hegemônicas. Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB, [s. l], n. 6, p. 5045-5108, 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05045_05108.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022.

LIMA, Martonio Mont'Averne Barreto. Constitucionalismo. In: DIMOULIS, Dimitri (org.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises. Lua Nova, p.113-134. n.57, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/XtH5MwKHLqbL5xyN7dwd6zC/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 15 ago. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria. Coimbra, Editora Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social: Revista Sociologia USP*, São Paulo, v. 28, n.1, p.105-133, abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/D6fcqGKxNZByq5zD45fpyvg/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 12 ago. 2021.

RESENDE, Fabricio Contato Lopes. Diálogo Institucional entre o Poder Legislativo e Judiciário por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Congresso Nacional pelo Supremo de 1988 a 2013. 2017. 332 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23052017-223738/pt-br.php>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SANTOS, Boaventura Souza. Reinventar a Democracia. 2. ed., Lisboa: Fundação Mário Soares, 2002.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHOLZ, Júlia Farah. Decisões contramajoritárias e representatividade: a ascensão do supremo tribunal federal após a constituição de 1988. In: Congresso luso-brasileiro de direito constitucional comparado, 1., 2018, Joinville. Anais [...]. Joinville: Revista Novos Saberes, 2019. v. 6, p. 160-172.

SGARBOSSA, Luís Fernando *et al.* Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. In: Simpósio nacional de direito constitucional, 2020, Curitiba. Anais [...]. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. p. 132-151. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 213-230, 2005. jul./set. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 18, n.1. p. 51-62, jan./abr. 2013. Disponível em:

<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/4483/2476>. Acesso em: 17 ago. 2021.