

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FELIPE ALVES BABIUK

HÁ QUEM DIGA O DIREITO: O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS FUNÇÕES CONTRAMAJORITÁRIA E REPRESENTATIVA

Curitiba

2017

FELIPE ALVES BABIUK

HÁ QUEM DIGA O DIREITO: O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS FUNÇÕES CONTRAMAJORITÁRIA E REPRESENTATIVA

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado

Curitiba

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPE ALVES BABIUK

HÁ QUEM DIGA O DIREITO: O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS FUNÇÕES CONTRAMAJORITÁRIA E REPRESENTATIVA

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado
Orientadora – Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Prof. Dr. Leandro Franklin Gorsdorf
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Ma. Letícia Regina Camargo Kreuz
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Curitiba, 27 de outubro de 2017

RESUMO

Considerando o cenário político brasileiro em que direitos de minorias acabam sendo tardiamente atendidos por outros Poderes de Estado, além da necessidade do debate em relação às funções exercidas pelo Poder Judiciário, bem como, a demanda por voz e espaço das parcelas vulneráveis da sociedade que são excluídas do processo decisório, o presente trabalho objetiva debater a relação entre democracia e constitucionalismo, traçando os caminhos percorridos pela teoria constitucional para a resolução da tensão democrática no tocante à criação e interpretação constitucional. Para isso, buscou-se fundamentos nas teorias do constitucionalismo democrático visando encontrar soluções que aproximassem a concepção de controle de constitucionalidade e a democracia que, embora pareçam distantes, guardam uma relação bem próxima. Após traçadas tais teorias, bem como as soluções trazidas por estas, procedeu-se à investigação das razões responsáveis por conceder ao Poder Judiciário no cenário brasileiro um nível de importância e credibilidade altos. Também, investigou-se as funções que o Poder Judiciário está desempenhando, as quais estão intimamente ligadas ao conceito de democracia. Surge assim, a questão da legitimidade democrática deste Poder em relação ao controle de constitucionalidade, tendo em vista que dentre os três Poderes de Estado, o Judiciário, a *priori*, seria o único poder em que seus membros não são eleitos democraticamente, mas podem sustar efeitos de outros poderes que passam por escrutínio. Isto encaminha ao questionamento sobre em que medida estaria o Poder Judiciário legitimado democraticamente para decidir sobre atos oriundos de poderes Políticos e quais os fundamentos para a negação ou aceitação do controle realizado por ele. Feito isto, buscou-se em uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e em um Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, onde se discute a possibilidade da equiparação da união estável de casais heteroafetivos à casais homoafetivos, traçando, assim, os fundamentos usados para promover os direitos da minoria em questão, bem como, posteriormente, foram traçados os contornos e efeitos que a decisão teve no Brasil.

Palavras-chave: constitucionalismo – democracia — contramajoritário – representativo – LGBT

ABSTRACT

Considering the Brazilian political scenario in which minority rights end up being served later by other State Powers, in addition to the need for debate regarding the functions exercised by the Judiciary, as well as the demand for voice and space of vulnerable fractions of society that are excluded from the decision-making process, this paper intent to discuss the relationship between democracy and constitutionalism, tracing the paths covered by the constitutional theory for the resolution of democratic tension regarding constitutional creation and interpretation. In order to do so, it was sought to establish the foundations of democratic constitutionalism in order to find solutions that would approximate the conception of constitutionality and democracy that, although they seem distant, have a very close relationship. After tracing such theories, as well as the solutions brought by them, the investigation was carried out of the reasons responsible for granting to the Judiciary in the Brazilian scenario a level of high importance and credibility. Also, we investigated the functions that the Judiciary Power is performing, which are closely linked to the concept of democracy. This raises the question of the democratic legitimacy of this Power in relation to the control of constitutionality, considering that among the three Powers of State, the Judiciary, a priori, would be the only power in which its members are not democratically elected , but may counteract effects of other powers under scrutiny. This leads to the questioning of the extent to which the Judiciary would legitimately democratically decide on acts originating from political powers and what are the grounds for the denial or acceptance of the control performed by it. This was done in a historical decision of the Federal Supreme Court in a Direct Action of Unconstitutionality and in an Action of Non-compliance with Fundamental Precept, which discusses the possibility of equating the stable union of heterosexual couples with homoaffective couples. The foundations used to promote the rights of the minority in question, as well as, later, the contours and effects that the decision had in Brazil were drawn.

Keywords: constitutionalism – democracy – countermajority – representative – LGBT

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: ENTRE O CONSTITUCIONALISMO DO POVO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	12
2.1 O constitucionalismo popular	14
2.2 O procedimentalismo	17
2.3 O neoconstitucionalismo	21
3 A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E OS PAPÉIS CONTEMPORÂNEOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO E O PAPEL REPRESENTATIVO	23
3.1 O papel contramajoritário e a superação da chamada “dificuldade contramajoritária”	27
3.3 O Papel Representativo	33
4 AS AÇÕES DIRETAS COMO RESPOSTA JUDICIAL Às MINORIAS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS.....	40
4.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação de Descumprimento Fundamental	40
4.2 A Decisão na ADIn n.º 4277 e ADPF n.º 132 do Supremo Tribunal Federal.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

Após um longo caminho percorrido pela produção teórica do Direito, entendeu-se que esta é uma ciência intimamente ligada ao conceito de democracia e política, considerando que o Direito visa a organização estrutural de uma sociedade através da lei como seu principal instrumento. A teoria constitucional se debruçou sobre o conceito de democracia, na busca de uma harmonização entre os princípios do Direito e os pressupostos democráticos. Como consequência, emergiram linhas teóricas essencialmente distintas, mas que buscam o mesmo objetivo: implantar tais pressupostos democráticos dentro do processo de produção e interpretação constitucional.

Outrossim, identifica-se a maleabilidade e sensibilidade do conceito de democracia, o qual busca equilibrar o campo decisional para que ao mesmo tempo em que se atende a vontade da maioria, se busca não afetar o direito de participação das minorias vulneráveis.

Uma das funções dos Poderes de Estado seria promover este canal participativo e tentar amenizar os efeitos das decisões que atingem os destinatários destas. Todavia, o que se vê hoje, em especial no Brasil, é uma grande confusão de polos representativos, em que o Poder Judiciário, poder que *a priori* não é um poder democrático, goza de mais credibilidade do que os outros Poderes.

Assim, este trabalho abordará algumas das teorias constitucionais que tratam da tensão existente entre constitucionalismo e democracia, tais como: o Constitucionalismo Popular, o Procedimentalismo e o Neoconstitucionalismo. Também, trará à baila a discussão sobre a legitimidade democrática – ou seja, até que ponto determinado Poder de Estado é legítimo para tratar sobre assuntos que envolvem a decisão da maioria – e seus contornos dentro do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, explicando conceitos inerentes ao debate democrático, como a “função contramajoritária” e a “função representativa” e a aplicação destas funções pelo Supremo.

O autor buscou nas diferentes teorias constitucionais soluções oferecidas por elas para questões de tensão entre constitucionalismo e democracia, intentando, desta forma, traçar pontos que convergem para o cenário atual do constitucionalismo, bem como, identificando as falhas de cada teoria.

Dentro destas teorias, foi constatado um problema em comum: a falta de legitimidade democrática dentro das Cortes Constitucionais para decidir sobre a interpretação da Constituição. Deste problema, surge o seguinte questionamento: em que medida as cortes supremas têm legitimidade para decidir contra os poderes eleitos democraticamente e quais são os argumentos usados para a fundamentação dessa legitimidade?

Assim, procurou-se delimitar o trabalho a responder à pergunta realizada acima, buscando nas teorias do constitucionalismo democrático as possíveis soluções para a tensão entre o conceito democrático e a interpretação constitucional, bem como, analisou-se a resposta que estas teorias dão para o controle da Constituição pelo Poder Judiciário e quais são os fundamentos usados para a rejeição ou não do controle judicial.

A atual situação de crise da política brasileira, aliada à negligência dos Poderes de Estado com os pressupostos democráticos e a falta de deferência à Constituição, demandam produções teóricas sobre o tema. Isto se mostra relevante para o aprimoramento da democracia, considerando que a atual quadro político torna propício o aparecimento de cenários onde direitos e garantias fundamentais sofrem constantes ataques e retrocessos, resultando na exacerbada desconfiança dos Poderes representativos, além do afastamento e crescente alienação do povo no que diz respeito ao processo decisional envolvendo os direitos garantidos constitucionalmente.

Desta forma, utilizando-se das teorias apresentadas, o autor buscou identificar até que ponto estas podem ser inseridas dentro do contexto brasileiro e quais as soluções propostas, adotando metodologicamente a pesquisa bibliográfica como fonte principal da pesquisa, além da análise jurisprudencial para ilustrar a aplicação das teorias do constitucionalismo apresentadas e exemplificando as funções do Poder Judiciário contemporâneo.

Para isso, procedeu-se inicialmente a definição de cada teoria constitucional democrática, bem como, qual caminho que cada uma percorre para que o ápice do processo democrático seja atingido através do Direito e qual sentido de democracia usado por cada teoria, onde foi identificada a chamada “dificuldade contramajoritária”, que reside na capacidade de Juízes que não são eleitos sustarem atos de representantes que passaram por escrutínio.

Por conseguinte, o autor buscou explicar o movimento de ascensão do Poder Judiciário no Brasil, identificando nos acontecimentos históricos brasileiros e internacionais que contribuíram para a ascensão do Poder Judiciário. Estritamente ligadas a este novo papel das Cortes Constitucionais, as funções contemporâneas do Supremo Tribunal Federal são estudadas, também, tais como: a função representativa e a função contramajoritária. Busca-se, assim, responder à pergunta realizada no início deste trabalho, bem como, identificar os fundamentos que são usados para afirmar estas funções como legítimas diante das críticas realizadas pelas teorias do constitucionalismo popular, procurando responder à pergunta realizada no início do texto.

Por fim, como forma de ilustrar as funções contemporâneas do Supremo Tribunal Federal, o autor analisa a decisão referente à união estável entre casais homoafetivos, ação levada ao Supremo como Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e Arguição de Descumprimento Fundamental n.º 132, em que se atacam alguns dispositivos do Código Civil que, em tese, restringem o instituto da união estável apenas ao homem e à mulher, o que acarretaria em uma discriminação do código em relação aos casais homossexuais. Também buscou o autor mostrar os contornos posteriores que a decisão teve em relação a outros institutos que até então eram reservados apenas a parcelas restritas da sociedade.

2 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: ENTRE O CONSTITUCIONALISMO DO POVO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

No direito contemporâneo, é inegável a relevância do papel que o Poder Judiciário tem nas mudanças sociais e políticas dentro de um determinado país. Há uma crescente tendência em voltar os holofotes para o que ocorre nas cortes, principalmente quando a discussão de temas controversos e que terão um grande impacto no âmbito social são levadas à corte.

Assim, serão estudadas neste capítulo algumas das teorias que explicam a ascensão do Poder Judiciário como um poder político. Desta forma, procurar-se-á entender as grandes complexidades que envolvem os debates existentes na doutrina constitucional a respeito do papel do Poder Judiciário no cenário contemporâneo.

No Brasil, a história do constitucionalismo é inaugurada com a Carta Imperial de 1824, passando por cinco constituições até vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, batizada pelo então Deputado Ulysses Guimarães, como a “Constituição Coragem” ou “Constituição Cidadã”, tendo em vista que esta é uma Constituição pautada essencialmente na proteção de direitos e garantias fundamentais do ser humano.¹

O caminho percorrido pelo constitucionalismo brasileiro até o advento da Constituição de 1988, é marcado por períodos de repressão, como foi a Ditadura Militar, o que acarretou em certas consequências para o constitucionalismo.

Conforme aponta Luiz Roberto Barroso, há o surgimento de uma patologia no constitucionalismo brasileiro, onde as constituições, como a do período militar, representavam uma dominação ideológica e um descompromisso com a materialidade dos direitos nela previstos, onde duas linhas teóricas não conseguiam se desvencilhar do controle excessivo pela ditadura militar. A linha mais positivista era usada para legitimar a repressão e a linha crítica, desacreditada do Direito, considerava-se incapaz de promover mudanças estruturais através dele, decaindo, assim, em um tradicionalismo e conservadorismo exacerbados.²

¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl., Cap. 2. p. 228 – 249, 2015.

² BARROSO, L. R.. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, p. 26, 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>.

O impulso para a redemocratização do Brasil veio com “Constituição Cidadã”, a qual abriu caminho, como afirma Daniel Sarmiento, para um movimento no sentido de aprimorar a atuação da jurisdição constitucional, a fazendo avançar em áreas que “tradicionalmente eram ocupadas pelos poderes políticos majoritários – Legislativo e Executivo”, partindo daí o primeiro passo para o avanço do papel do Supremo Tribunal Federal e o papel da Constituição.³

Ainda ensina Sarmiento que, através da adoção do modelo estadunidense do *judicial review*, houve uma ampla abertura para atuação dos juízes, como, também, com advento da Emenda Constitucional 16/1965, onde foi introduzido o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, paralelamente ao controle concreto e difuso, sendo, desta forma, considerado como sistema misto.⁴

A partir de então o papel do STF é reforçado e ampliado, ainda que existissem algumas restrições na atuação da corte, as quais foram superadas em parte pela Constituição de 1988, corroborando com o ideal doutrinário da força vinculante dos princípios constitucionais e permitindo o uso da ponderação e argumentação com base em valores, o que possibilitou o “fenômeno de expansão da jurisdição constitucional e do seu papel político social”, que foi denominado como judicialização da política.⁵

Dentro da produção teórica sobre a legitimidade do Poder Judiciário ou da jurisdição constitucional, encontram-se três linhas mais importantes sobre a questão, tal qual (1) o constitucionalismo popular, (2) o procedimentalismo e (3) o neoconstitucionalismo.

Este fenômeno, que não é exclusividade do Brasil, traz consigo um embate doutrinário sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, decorrente da questão de juízes terem o poder de invalidar atos de outros poderes em que seus membros são eleitos pelo povo, enquanto os magistrados tomam posse do cargo de forma diferente, sem haver uma consulta popular, criando o que foi chamado de “dificuldade contramajoritária”.

³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 74.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem pg. 78.

Há linhas teóricas no direito que criticam a jurisdição constitucional por considerar que o controle constitucional deve ser conferido ao próprio povo ou a quem eles elegeram e não aos magistrados.⁶

Desta forma, antes de entrar no assunto da legitimidade do Poder Judiciário para o controle da Constituição, serão abordadas estas linhas teóricas para fim de trilhar o caminho percorrido a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional, visando elucidar o desenvolvimento a respeito do assunto.

2.1 O constitucionalismo popular

O constitucionalismo popular nega a legitimidade do Poder Judiciário para realização da prática interpretativa da Constituição, a qual “deve ser protagonizada pelo próprio povo e por seus representantes eleitos, e não pelo Poder Judiciário”.⁷

Em relação ao constitucionalismo popular, tal posição é defendida majoritariamente por teóricos dos Estados Unidos, como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Larry Kramer, que mais atualmente, segundo Sarmiento, “têm sustentado que a solução de questões políticas fundamentais deve retornar à esfera decisória dos órgãos eleitos pelo voto popular”⁸, considerando que a posição da Corte tem pendido para a área conservadora.

Waldron afirma que tanto o Poder Judiciário quanto o Legislativo podem errar em respostas sobre direitos, afirmando, neste sentido, que “nenhum procedimento decisório será perfeito. Seja um processo de legislação não passível de reexame, seja um processo de *judicial review*, ele chegará algumas vezes à decisão errada, traindo direitos em vez de confirmá-los”⁹ concluindo que a solução mais acertada seria entregar a função de interpretar a Constituição para o poder que é eleito, considerando que

⁶ Idem.

⁷ Ibidem pg. 85

⁸ Ibidem. pg. 86

⁹ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, Luiz (Orgs). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pg. 119.

o processo legislativo é composto por mecanismos democráticos que permitem uma participação mais ampla da sociedade¹⁰.

Todavia, ressalta Waldron que tal posição é possível apenas em sociedades razoavelmente democráticas, ao ponto que, em sociedades que tenham instituições representativas disfuncionais, o controle pelo Poder Judiciário é excepcionalmente justificado, mas que, em regra, nas palavras de Waldron, “instituições eleitas podem ser melhores para proteger direitos de minorias por que os arranjos eleitorais fornecerão uma maneira de canalizar o apoio popular aos direitos de minorias para o parlamento, ao passo que tais canais não existem para o Poder Judiciário.”¹¹

Desta forma, Waldron estrutura seu argumento com base em aspectos procedimentais, em que não se entra no mérito da qualidade da interpretação, mas sim da busca de um debate sobre fundamentos estruturais e organizadores da tomada de decisões, sendo o princípio majoritário, elemento essencial para o tratamento equitativo no processo decisório.

Mark Tushnet, sustenta a “teoria popular do Direito Constitucional”, onde as questões constitucionais devem ser restituídas ao povo e não devem permanecer no Poder Judiciário. Para ele, o controle de constitucionalidade por juízes, retiraria o ônus dos poderes políticos eleitos, de tomarem decisões difíceis, “convertendo a política democrática em uma ‘política de princípios’, constitucionalmente orientada”. Tushnet defende que possam existir mecanismos de controles, mas que o Poder Judiciário atue como participe da questão e não como palavra final afinal, este estaria suscetível a alinhar-se à política dominante majoritária, o que teria como resultado a perda imediata da função da corte.¹²

Assim, Tushnet procura traçar um procedimento que consiga desenvolver a democracia, mas com respeito às garantias constitucionais liberais, ou seja, não é um

¹⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 86

¹¹ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, Luiz (Orgs). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pg. 156.

¹² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 87.

processo compreendido de forma isolada, pois a força das mudanças não estará pautada integralmente na interpretação jurídica, mas na organização do próprio povo, buscando, assim, aliança entre os princípios liberais firmados e a ideia de autogoverno democrático.

Larry Kramer busca na história do constitucionalismo estadunidense a fundamentação para a teoria do constitucionalismo popular. Kramer faz uma análise de casos julgados durante o início da República estadunidense, em que diante de argumentações constitucionais não aceitas pelo tribunal, por serem consideradas espúrias, as respostas populares em foram em sentidos distintos, inclusive, mobilizações populares como forma de resistência às medidas institucionais adotadas.¹³

Kramer defende que as características do “princípio popular” do constitucionalismo estadunidense indicavam que a autoridade final para a interpretação da Constituição seria o povo, considerando que a utilidade interpretativa do “corpo coletivo capaz de agir com independência desde o interior do sistema político”¹⁴, como definido pelo autor, seria mais “útil” para a hermenêutica interpretativa aliada ao espírito democrático.

Kramer, assim como os autores anteriores, não rejeita completamente a revisão judicial, mas sim a supremacia judicial na hora de dar a palavra final sobre a Constituição. Kramer procura promover o protagonismo popular no arranjo institucional, recuperando o espírito do constitucionalismo popular presente no século dezoito, pois acredita na emancipação popular em relação à interpretação da Constituição através de mecanismos que imponham pressão no Poder Judiciário, como o impeachment de juízes, considerando que o próprio povo é o destinatário direto desta interpretação. Neste sentido, aponta que se deve ter em conta que “o constitucionalismo popular jamais negou aos tribunais o poder do controle judicial de constitucionalidade: negou somente que os juízes tivessem a última palavra”¹⁵.

¹³ KRAMER, Larry D.. **Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad**. Tradução: Paola Bergallo. Madri: Elecé, Indústria Gráfica, S. L., 2011. Título Original: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*.

¹⁴ Ibidem. Nas palavras da tradutora: “*cuerpo colegiado capaz de actuar con independencia desde el interior del sistema político*”. Pg. 142..

¹⁵ Ibidem. Nas palavras da tradutora: “*Tengamos en cuenta que el constitucionalismo popular jamás negó a los tribunales el poder del control judicial de constitucionalidad: negó sólo que los jueces tuvieran la última palabra*”. pg. 259

Assim, com base na produção teórica produzida principalmente por Larry Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron, o constitucionalismo popular procura resgatar o espírito da participação popular na atividade interpretativa da Constituição, sendo esta realizada essencialmente pelo povo – seja o povo em si ou os representantes deste no Poder Legislativo – e o Poder Judiciário atuando de forma supletiva ao povo.

Sarmiento tece críticas em relação ao constitucionalismo popular no sentido de que esta é uma teoria que possui algumas deficiências no tocante à idealização do processo político, criando uma falsa visão de que este processo será sempre democrático e igualitário, recaindo em uma espécie de ilusão de que as democracias contemporâneas realmente são funcionais.

Todavia, apesar das críticas trazidas por Sarmiento, este reconhece a importância da teoria defendida pelo constitucionalismo popular, visto que os defensores desta corrente trazem a Constituição como aberta para a participação do povo em sua interpretação ou criação, que geralmente fica restrita à interpretação de elites ou especialistas do direito, afastando e alienando o povo de seu processo de elaboração e concretização.¹⁶

2.2 O procedimentalismo

Os procedimentalistas defendem uma atuação mais restrita da jurisdição constitucional, tendo o Poder Judiciário que se autoconter, exceto em casos que envolvam os pressupostos para o funcionamento da democracia, como os direitos fundamentais da liberdade de expressão e associação política, onde é aceita a atuação mais forte do Poder Judiciário.

Para eles, a “o papel da Constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a natureza democrática”¹⁷, sendo que decisões sobre temas referentes ao campo moral, político e econômico não devem estar contidas na Constituição, mas sim, que deve ser resultado de uma deliberação pelo povo, em respeito ao princípio democrático.

¹⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 89

¹⁷ Idem.

Desta forma, a jurisdição constitucional seria justificada ao atuar para preservar os preceitos democráticos defendidos pelos procedimentalistas, ou, nas palavras do Professor Clèmerson Merlin Clève, “a jurisdição constitucional deve ser exercida apenas nos momentos em que a legislação esteja a impedir a participação de minorias por motivos inaceitáveis associados à crença, nacionalidade ou raça”.¹⁸

Jonh Hart Ely e Jürgen Habermas são referências teóricas do procedimentalismo.

Hart busca reconciliar o controle de constitucionalidade com a democracia, pois considera que o Poder Judiciário não deveria invalidar atos legislativos através da subjetividade de valores. Para ele, a Constituição estadunidense é puramente procedimental, o que viabiliza a autogestão pelo povo, assim, as decisões, na visão de Hart, devem ser tomadas por agentes eleitos, onde os juízes devem adotar a autocontenção e atuando no controle apenas quando há contrariedade ao texto constitucional.¹⁹

Assim, Ely justifica que o ativismo judicial pode ocorrer para corrigir o processo político quando este for excludente, a fim de proteger a participação de minorias estigmatizadas, e para aumentar os canais de participação política, através de promoção de mecanismo de participação, ou seja, a atuação da jurisdição, em outras palavras “fortaleceria a democracia, assegurando o caráter efetivamente democrático do processo político”²⁰.

Habermas pauta-se essencialmente nas tradições iluministas baseadas em Kant, com a defesa da autonomia privada e liberdades individuais, além da tradição democrática de Rousseau, que defende a soberania popular e autonomia pública do cidadão.

Apesar de defender a soberania popular, Habermas não relaciona democracia com o governo das maiorias, afinal, ele acredita que a democracia é deliberativa, construída através do diálogo social quando há argumentações e contra-argumentações, o que só é possível quando o Estado de Direito apresenta como garantia tais

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, B. M. Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, B. M. **Governo Democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pg. 48

¹⁹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 91-92

²⁰ Ibidem. pg 92.

condições, assegurando, assim, a possibilidade de argumentação com liberdade e igualdade, estando a sociedade legitimada para atribuir qualquer conteúdo as decisões políticas.

Segundo Habermas, a decisão está intimamente ligada ao direito e à lei, bem como a racionalidade da jurisdição possui uma relação de subordinação à legitimidade do direito em vigência e, desta forma, “esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito.”²¹

Ao criar um procedimento para a legitimidade democrática, Habermas, defende que se respeitadas certas garantias procedimentais, a soberania popular terá ampla possibilidade de decisão, ou, como explica Sarmento, “a deliberação só pode ser limitada em favor da garantia de sua continuidade e integridade”.²²

Dentro destas garantias, encontram-se direitos fundamentais que dizem respeito à configuração politicamente autônoma sobre iguais liberdades subjetivas de ação, de participação, de status perante o direito, bem como da possibilidade de postulação judicial e, finalmente, direitos fundamentais que garantam condições de vida para que os outros direitos sejam exercidos com igual aproveitamento de chances.²³

Assim, o controle pelo Poder Judiciário seria justificado caso a deliberação majoritária violasse algum dos direitos acima, onde este estaria atuando como *guardião da democracia*, considerando que “os direitos fundamentais são condições da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo Poder Judiciário contra os abusos das maiorias eventuais”²⁴, ou, nas

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pg. 297. Título Original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats.

²² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmento. (Org.). Jurisdição Constitucional e Política. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 93.

²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pg. 159 - 160. Título Original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats.

²⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmento. (Org.). Jurisdição Constitucional e Política. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 94.

palavras de Habermas, “o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos”²⁵.

Sarmiento ressalta que apesar de sofisticado e aceito no Brasil, o procedimentalismo não é suficiente para assegurar direitos fundamentais básicos e importantes que não tenham ligação com a deliberação democrática, como é o caso do direito a saúde e privacidade. Além disto, o amplo conceito de liberdade por si só é substantivado, sendo de difícil realização a tarefa de “troca dos valores substantivos pela democracia, como norte para a teoria constitucional”²⁶.

Neste mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève critica o procedimentalismo no sentido de não ampliar canais de participação ou dar a voz para as minorias que são excluídas do processo político, onde, neste caso, a Corte deve atuar para a proteção e “reparação histórica” destas minorias que não teriam um óbice em sua participação na arena política, caso não tivessem sido excluídas dos processos democráticos e acabando em uma posição de desvantagem na democracia pluralista, fazendo com que os juízes passassem a “responder a um dever de proteção das minorias contra o preconceito, com fundamentos substantivos derivados do conjunto de princípios albergados na Constituição.”²⁷

Ainda, vale lembrar que no Brasil, “a Constituição de 1988 é profundamente substantiva, eis que pródiga na consagração de valores materiais”²⁸, o que faria com que juízes necessitassem passar por cima dos valores trazidos pela Constituição na busca da limitação do ativismo judicial em prol da democracia.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pg. 326. Título Original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats.

²⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 95

²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, B. M. **Governo Democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pg. 57

²⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 95

Todavia, é possível retirar desta teoria que existem certos padrões que exigem uma posição mais ativa da jurisdição constitucional, principalmente em relação à manutenção de um escrutínio mais rigoroso ou que este seja ao menos deferente a produção legislativa.²⁹

Assim, por mais que não adotado o procedimentalismo, esta teoria trouxe grande contribuição para fortalecer a democracia ao considerá-la como destaque principal da Constituição seria inspirar a atuação de cidadãos e representantes, e não “servir como parâmetro para que juízes não eleitos limitem a sua deliberação”³⁰.

2.3 O neoconstitucionalismo

Por fim, há o neoconstitucionalismo, que, segundo Sarmento, “envolve simultaneamente mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente”³¹.

Reconhece-se a força normativa dos princípios e sua aplicação; há a rejeição ao formalismo em prol da interpretação valorativa e social-política, aceita-se a irradiação das normas constitucionais, reaproxima-se o Direito e a Moral e, por fim há a judicialização da política e das relações sociais.³²

Barroso reafirma a posição de Sarmento, ao dizer que o neoconstitucionalismo traz transformações ocorridas no Estado com base no pós-positivismo, na formação do Estado constitucional e ao pautar a força normativa conferida à Constituição, fazendo com que o Direito passe a ter uma função promocional, sendo utilizado como um instrumento de avanço social. A Constituição, por sua vez, passa a ser o referencial interpretativo do direito infraconstitucional, o que é chamado de “constitucionalização do direito”.³³

²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, B. M. **Governo Democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pg. 59

³⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 85

³¹ *Ibidem*.pg. 95

³² *Ibidem*.pg. 96

³³ BARROSO, L. R.. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 27 – 28 , 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

O constitucionalismo contemporâneo suscita a elaboração de constituições calçadas na premissa de que as normas constitucionais se irradiam pelo ordenamento, contribuindo para a emancipação do povo, afinal, segundo Sarmiento, a constitucionalização do Direito “envolve a *filtragem constitucional* do Direito, vale dizer, a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos”³⁴.

Uma das características fortemente presentes nestas constituições é a indeterminação semântica, onde princípios prevalecem sobre as regras, necessitando de uma hermenêutica jurídica para sua aplicação pelo Poder Judiciário, que recorre a natureza moral e ao campo empírico para além das normas durante a interpretação.

Assim, a importância política do Poder Judiciário no tocante a decisões em questões socialmente relevantes passa a ser gradativamente aumentada, ultrapassando a mera aplicação das normas e saindo do desenho institucional proposto por Montesquieu³⁵.

O principal resultado teórico que o neoconstitucionalismo provoca é a possibilidade da mutação das perspectivas constitucionais, tornando-se possível uma compatibilização com a realidade, diferentemente do que ocorria com o positivismo tradicional, que pregava o a subsunção e o silogismo formal, como defendiam Hans Kelsen e Herbert Hart. O neoconstitucionalismo defende métodos de argumentação como busca para a melhor resposta para os “casos difíceis”, saindo da restrita lógica formal e passando para a lógica argumentativa.

O neoconstitucionalismo promove o protagonismo judicial como meio para defender os valores constitucionais, endossando teorias substantivas da democracia em contraponto às concepções majoritárias democráticas, legitimando a restrição ao legislador em prol da defesa dos direitos fundamentais e das minorias e aceitando a fiscalização por juízes. Assim, nas palavras de Sarmiento, “Em vez de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência”.³⁶

³⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 96

³⁵ *Ibidem*. 96

³⁶ *Ibidem*. pg. 98

Segundo Sarmento, o neoconstitucionalismo abre portas para o debate moral, ao reconhecer a força normativa de princípios com elevada carga axiológica. Ainda que a argumentação jurídica não se funda com a moral, há espaço para esta última, o que faz com que seja conferido poder ao intérprete para dar a solução mais justa em determinado caso, conforme a ordem jurídica vigente. Assim “as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, mas elas se tornam mais tênues e posas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de Justiça, que passam a ser considerados como normas vinculantes”³⁷.

As críticas tecidas em razão do neoconstitucionalismo vão no sentido de que, devido à ponderação na aplicação dos princípios constitucionais, pode-se desenvolver a insegurança jurídica, além disso, acreditam os críticos da teoria que a constitucionalização exacerbada do Direito possa decair em ações antidemocráticas, por reduzir o espaço de decisão das maiorias políticas, considerando que a Constituição já daria a resposta, ao menos inicialmente, para tudo.

Também, críticas são feitas sobre o caso brasileiro, no sentido de que decisões calcadas em princípios são louvadas em contraposição às decisões baseadas em regras, o que tem como consequência direta a banalização dos princípios.

Estes apontamentos devem ser considerados, porém, atentando-se para o fato de que o neoconstitucionalismo consegue trabalhar com o reconhecimento das instâncias democráticas e, paralelamente, defende a irradiação das normas constitucionais pelo ordenamento, além, obviamente, de defender a invocação fundamentada destes, de forma que o Poder Judiciário, em sua atuação, procure proteger e promover os direitos fundamentais, bem como, os pressupostos da democracia.

Essa atuação do Poder Judiciário, portanto, deve ser exercida com parcimônia e uma autocontenção.

3 A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E OS PAPÉIS CONTEMPORÂNEOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO E O PAPEL REPRESENTATIVO

³⁷ Ibidem. pg. 99

O discurso da legitimidade judicial para criar o direito para além do Poder Legislativo é iniciada com o movimento que consagra a importância do Poder Judiciário no pós-segunda Guerra Mundial. Isto pode ser atribuído às demandas por mecanismos mais eficientes de proteção e garantia dos Direitos Humanos em face dos abusos e arbitrariedades que ocorreram.

Hirschl defende que com o pós-segunda Guerra houve apenas uma reconstrução da judicialização da política, considerando que há históricos de seu uso desde o Império Romano. Também, aponta que recentemente, as cortes constitucionais têm lidado com o termo usado por ele, para definir grandes decisões a respeito das decisões que tratam de controvérsias políticas relevantes para toda a nação, as chamadas “*mega-politics*”.³⁸

A judicialização, neste sentido, seria um meio de os representantes eleitos “lavarem suas mãos” à respeito das decisões difíceis de serem tomadas dentro do âmbito político, transferindo para a corte a tarefa de dar uma resposta para estes casos e definir o rumo a ser tomado ou como defende Hirschl, “a judicialização deste tipo envolve instâncias onde os tribunais de uma nação decidem suas questões políticas divisora de águas - mesmo aquelas não diretamente tratadas por sua Constituição - apesar do reconhecimento óbvio de interesses políticos muito altos para a nação”.³⁹

Segundo Hirschl, a retomada da judicialização da política é influenciada por quatro fatores: 1) funcionalista (*functionalist*); 2) centralidade dos direitos (*rights-centered*); 3) institucionalista (*institutionalist*); e 4) posição central da corte (*court-centered*).

O primeiro fator diz respeito a aproximação dos atributos da judicialização e das agências regulatórias do Estado que emanam grande variedade de regulamentos administrativos. Isto fez com que crescesse a demanda por revisões judiciais para a eficiente monitoração destes regulamentos administrativos.

O segundo fator está ligado à aproximação de grupos e movimentos sociais que enfrentam dificuldades em ser ouvidos em outros ramos políticos ao reivindicar seus direitos que são garantidos por leis e pela própria Constituição

³⁸ HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts**. Nas palavras do autor: “*Judicialization of this type involves instances where a nation’s courts decide its watershed political issues – even those not directly addressed by its constitution – despite the obvious recognition of very high political stakes for the nation*”. pg. 5 Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008>. Acesso em: 09 de abril de 2017.

³⁹ Ibidem. pg. 6.

O terceiro fator trata da possibilidade da corte em receber demandas políticas com base na permissividade do ordenamento vigente em determinado país. Isto é, deve haver, no mínimo, “aceitação da regra do direito, algum nível de legitimidade do sistema legal e uma relativa independência e bem respeitada corte armada com alguma forma de poder de revisão judicial.”⁴⁰

Por fim, o quarto fator está relacionado com a ideia de que os próprios juízes e a corte são os responsáveis pela expansão do poder da judicialização. Estes são considerados como “famintos pelo poder” ou “imperialistas” por críticos do ativismo judicial.

Todavia, Hirschl adverte que estes quatro fatores não levam a sério todo o panorama político envolvido nas cortes. Segundo o autor, cientistas políticos defendem que a revisão judicial é construída em bases de interesses políticos. Isto é, o fortalecimento das cortes constitucionais pode ter interesses de agentes políticos e elites sociais que visam o fortalecimento da corte como uma forma da manutenção de poder.⁴¹

De toda forma, a realidade brasileira demandou uma Constituição mais protetiva e analítica, que dava poderes ao STF, visando justamente a promoção da igualdade social e da manutenção da democracia, ou em outras palavras, “o conteúdo das emanações normativas do Estado brasileiro encontra-se orientado para produzir uma ordem jurídica justa.”⁴²

Considerando isto, um dos mecanismos encontrados foi conferir ao Poder Judiciário a possibilidade de controle da Constituição, retirando-se a característica do juiz como mero aplicador da norma, como pregava o positivismo clássico, permitindo um papel mais relevante no aspecto político-social, considerando que as para além de apenas organizar a forma de estado, “as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos”⁴³

⁴⁰ Nas palavras do autor: “acceptance of the rule of law, some level of legitimacy of the legal system, and a relatively independent and well-respected Apex court armed with some form of judicial review power”. Ibidem. pg. 22.

⁴¹ Ibidem. pg. 23 - 27

⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, B. M. **Governo Democrático e jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pg. 61 – 62.

⁴³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 73-76.

A ascensão do Poder Judiciário no cenário político do Estado durante o século XX acaba por instigar renovações teóricas que procuram explicar a nova função da jurisdição constitucional dentro do desenho institucional, considerando que o papel que por anos foi conferido aos juízes pelo positivismo clássico, ao qual estes eram meros aplicadores do direito através da subsunção, não havendo uma atividade interpretativa, foi deixado de lado, aceitando-se um papel mais dinâmico do juiz.

O formalismo jurídico que defendia a concepção de que o direito era expressão da razão lógica e dedutiva, pautada na subsunção de fatos à norma, paulatinamente vai abrindo espaço para a interpretação argumentativa e o nascimento do pós-positivismo como superação ao positivismo jurídico.

Desta forma, procura-se a realização da justiça em valores externos ao direito para a promoção do bem comum em busca ao objetivo da promoção da legitimidade democrática (o que acaba por iniciar um movimento de reaproximação entre direito e moral, juntamente com a centralidade da Constituição), iniciando, assim, a transformação do direito contemporâneo.⁴⁴

Esta nova característica adquirida pelo Poder Judiciário, segundo Mauro Cappelletti “representa o necessário contrapeso, (...), num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do Estado Moderno”⁴⁵

Aliado a isto, deve-se lembrar que a sociedade também é dinâmica e sofre mudanças em seus valores com o passar do tempo. Logo, é de grande interesse para os Estados democráticos e pluralistas a promoção do respeito às diferenças existentes, o que pode ser refletido no ordenamento jurídico que busca atenuar as diferenças e intensificar a tolerância e convivência harmoniosa.

Neste sentido, afirma Barroso, que o legislador originário e ordinário não tem a capacidade de prever as mudanças que ocorrem nas sociedades. Isto resulta em uma tendência a criar tipos normativos abstratos e abertos, com o objetivo de estes serem

⁴⁴ BARROSO, L. R.. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, pg. 29 - 30, 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.pg. 19. Título Original: Giudici Legislatore?

completados pelo juízo valorativo do julgador, o que tem como consequência a aparição de casos difíceis, os quais não tem respostas pré-formuladas no ordenamento, sendo necessária a construção lógica e argumentativa do intérprete⁴⁶.

Dadas estas novas tendências da jurisdição constitucional, é defendido por Barroso, que da função contemporânea do Poder Judiciário, decorrem três papéis: papel contramajoritário, papel representativo e papel de vanguarda iluminista.

3.1 O papel contramajoritário e a superação da chamada “dificuldade contramajoritária”

A função contramajoritária pode ser definida como a possibilidade do Poder Judiciário, como ensina Barroso, ter o “status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias”⁴⁷, evitando, assim, a opressão dentro do processo democrático.

Para Daniel Sarmiento, a função contramajoritária reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação”⁴⁸, conferindo, assim, segundo os críticos da teoria, um poder constituinte permanente aos juízes, o que permitiria usar de subjetividades para moldar a Constituição.

Desta forma, o Poder Judiciário estaria legitimado a invalidar atos de poderes políticos eleitos pelo voto popular, tal como o Poder Legislativo e Poder Executivo, que gozam da chamada “legitimidade democrática” para atuar segundo a vontade majoritária.

Todavia, é justamente a “legitimidade democrática” de outros poderes que entra em questão quando o que está em discussão é a função contramajoritária das cortes constitucionais.

⁴⁶ BARROSO, L. R.. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, pg. 31 - 32, 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>> Acesso em: 20 de fev. 2017.

⁴⁷ Idem. pg. 26

⁴⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 79

Há na doutrina constitucional uma discussão sobre esta “dificuldade contramajoritária”, que reside no seguinte questionamento: o Poder Judiciário seria o poder mais apropriado para resolver questões controversas que a Constituição traz, considerando que este poder, diferentemente do Legislativo e do Executivo, tem membros que não foram eleitos?

É salutar o apontamento de que situação parecida ocorreu em período precedente à Revolução Francesa, “quando o Poder Judiciário era visto como intrinsecamente corrupto, atuando quase sempre em prol dos seus próprios interesses ou daqueles dos membros que o compunham”⁴⁹, criando o cenário favorável para a ascensão do Parlamento Francês.

Também, há o surgimento de situação semelhante na Alemanha, com o advento da Constituição de Weimar. Carl Schmitt, ao estudar os mandamentos da Constituição de Weimar, propõe a ideia de um poder neutro (*pouvoir neutre*), onde o Chefe de Estado ou o Presidente do Reich seria a representação da “continuidade e a permanência da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas”.⁵⁰

Desta forma, segundo Schmitt, o Presidente do Reich seria o mais competente entre juízes e parlamentares para ser o “guardião da Constituição”, por ser considerado como um produto pluralista e policrático, estando, assim, dentro da função intermediária e reguladora a qual a teoria do poder neutro exigia. Além disto, o Presidente do Reich possuía certo grau de independência maior do que juízes e parlamentares dentro de suas funções, podendo representar de modo mais eficiente a totalidade do povo alemão, ou em outras palavras, “o presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária”.⁵¹

Assim, defende Carl Schmitt, que a própria Constituição do Reich pressupõe “todo o povo alemão como uma unidade capaz de ação direta, não mediada só por organizações sociais em grupos, que pode expressar sua vontade e que, no momento, da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se exprimir e se fazer respeitar”,

⁴⁹ Ibidem. pg. 80

⁵⁰ SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pg. 199

⁵¹ Ibidem. Pg.193 - 228

e adiciona que “a Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão”⁵². Logo, diante de indeterminação de normas constitucionais que tem reflexos políticos, segundo a interpretação dada por Carl Schmitt, o controle da constitucionalidade das leis deveria ser realizado pelo Chefe de Estado, por este representar a união do povo alemão e ser considerado como neutro, diferente do que ocorreria caso o Poder Judiciário, em que tal atividade acarretaria na “politização da justiça”.⁵³

No que tange à dificuldade contramajoritária, a qual reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação”⁵⁴, conferindo, assim, um poder constituinte permanente aos juízes, permitindo-os usar de sua subjetividade para moldar a Constituição, as críticas tecidas contra a jurisdição constitucional, também dizem respeito à ideologia adotada pelos tribunais. Sarmiento usa como exemplo a Suprema Corte dos Estados Unidos, onde, quando adotada uma ideologia situada no polo mais conservador, as críticas eram realizadas por juristas mais à esquerda, ao ponto que quando a Corte adotava uma posição voltada a proteção das minorias, juristas de direita eram os responsáveis pelo questionamento sobre a contenção do Poder Judiciário. Torna-se clara a indissociabilidade do debate constitucional e da política⁵⁵

Há na teoria constitucional quem negue a dificuldade contramajoritária, pautando-se nos seguintes argumentos:

(1) Quando o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade, ele atua conforme a opinião pública que não é competentemente representada pelo Legislativo, afinal, como afirma Sarmiento, “muitas vezes, no Brasil, as decisões do Poder Judiciário refletem melhor os anseios populares do que aquelas adotadas na seara legislativa”⁵⁶.

⁵² Ibidem. pg. 234

⁵³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmiento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg.80

⁵⁴ Ibidem. pg. 79

⁵⁵ Ibidem. pg. 81

⁵⁶ Ibidem. pg. 82

(2) A democratização da jurisdição constitucional superou a dificuldade contramajoritária. Através da implementação de formas de participação democrática na Corte, como o aumento do rol de legitimados para proposituras de ações diretas, a figura do *amicus curiae*, houve possibilidade de tornar o debate constitucional mais plural, considerada por Sarmiento, como uma instância de “representação argumentativa”, superior a representação político-eleitoral.

(3) A democracia nem sempre corresponderá a prevalência da vontade das maiorias, desde que permaneça o caráter político de respeito aos direitos fundamentais e valores democráticos, isso porque em determinados momentos, o governo que anula estes direitos fundamentais pode ter ascendido ao poder por meio da via eleitoral, como foi o caso do nazismo, justificando o controle jurisdicional de constitucionalidade quando estes direitos estão em jogo.

Os argumentos apresentados acima são reputados como parcialmente procedentes, considerando que, (1) por muitas vezes, existe respaldo na vontade majoritária da população refletida nas decisões do Poder Judiciário,⁵⁷ (2) ou que o processo constitucional brasileiro está se expandindo para sociedade, (3) ou que a democracia

⁵⁷ É evidente que nem sempre o Poder Judiciário atuará em conformidade com a vontade da população. Ao proferir uma decisão que confronta a maioria da população, volta-se ao tema da legitimidade democrática, e discute-se novamente até que ponto a função contramajoritária e a legitimidade democrática podem ser superadas, afinal, como bem aponta Barroso, “Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governos da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes” (BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. pg. 11. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017). Segundo Clèmerson Merlin Clève, há “muitas decisões do Supremo Tribunal Federal em casos difíceis. Elas, porém, não compõem a maioria. E o *modus* operado pela Corte para solucionar questões polêmicas nem sempre supõe adoção de orientação ativista”, adicionando que “o ativismo, presente em decisões expansivas, manifesta-se, especialmente para a proteção de grupos minoritários ou vulneráveis. Contudo, em diversas oportunidades, o STF decidiu de maneira diversa, optando pela deferência diante dos outros Poderes, em situações que envolviam casos difíceis” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, B. M. *Governo Democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pg. 68). Também, pode-se adicionar aqui outra ponderação realizada por Barroso, o qual diz que “Há uma última questão delicada associada à expansão do STF: sua relação com a opinião pública. Todo poder político, em um ambiente democrático, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A autoridade, para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Um tribunal digno desse nome não pode decidir pensando nas manchetes do sai seguinte ou reagindo às do dia anterior. Faz parte da sabedoria política universal que tentar agradar a todos é o caminho certo para o fracasso” (BARROSO, L. R.. *O Constitucionalismo democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto*. Pg. 46 – 47. In: Guerra, Roberta Freitas. SILVA, F. L. A., NERO, P. A. D. (Edit). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa, Minas Gerais: Editora UFV, 2014).

não é restrita apenas ao respeito da vontade da maioria, mas também está relacionada ao respeito do jogo democrático (que por sua vez, envolve a garantia de direitos, participação igualitária na esfera pública, proteção a minorias).⁵⁸

Para Barroso, “a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos”, pelo representante argumentativo da sociedade – a corte constitucional. Nega a “visão tradicional e puramente majoritária da democracia, [resumida] a uma legitimação eleitoral do poder” e defende uma visão de democracia deliberativa discursiva, com amplo debate público, aberto, fundamentado e livre. “O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção”, através da corte constitucional como representante argumentativa da sociedade.⁵⁹

Estes argumentos são considerados como parcialmente procedentes, pois “a relação entre jurisdição constitucional e democracia também envolve uma *tensão sinérgica*”⁶⁰.

A sinergia existente é explicada segundo a ideia de que o controle pela jurisdição pode ser necessário para o funcionamento da democracia (no caso da observância do jogo político e do respeito aos direitos fundamentais), podendo ser constatado que foi a partir do fortalecimento desta jurisdição constitucional que diversos países iniciaram o movimento de democratização ou redemocratização. Afirma Sarmento “Da análise histórica, verifica-se que o controle de constitucionalidade e democracia, embora não se pressuponham, quase sempre florescem juntos”⁶¹.

A respeito da tensão entre jurisdição constitucional e democracia, esta pode ser identificada ao ponto em que se impõe limites para a decisão da maioria, justificando-se através da democracia, o exagero se revela como um cerceamento a

⁵⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 83

⁵⁹ BARROSO, L. R.. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, pg. 41 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 83

⁶¹ *Ibidem*. pg. 84

possibilidade de autogovernar do povo, o que é identificado quando a jurisdição constitucional passa a ser a *última ratio* para os conflitos políticos, sociais e morais relevantes da sociedade.

Assim, defende Sarmento, que “a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade –, mas de sua dosagem”, todavia, ressalta que a dosagem “não corresponde a uma fórmula universal, válida em todos os países e contextos”, mas que depende do “grau de representatividade dos poderes políticos, (...) sua performance na proteção de direitos fundamentais e minorias, a credibilidade e independência do sistema judicial,(...), uma cultura não elitista, aberta aos anseios dos grupos e camadas mais vulneráveis da população”.⁶²

No mesmo sentido, Barroso que há uma tensão entre os direitos fundamentais e a soberania popular de governo da maioria – democracia. A solução encontrada pelas democracias contemporâneas para amenizar esta tensão é conferir às cortes supremas a capacidade para resolver estes conflitos, o que implica nas premissas da existência de “(i) uma Constituição que garanta direitos fundamentais, (ii) um regime democrático e (iii) a existência de uma jurisdição constitucional”.⁶³

Todavia, a concepção que defende o protagonismo constitucional não é correta, seja no plano descritivo ou na esfera normativa. Sob o ponto descritivo, ela é limitada, pois não abarca todo o fenômeno constitucional e enfatiza apenas a atuação do Poder Judiciário, deixando de lado vários agentes relevantes ao processo de interpretação da Constituição, como movimentos sociais, parlamento e opinião pública⁶⁴. Já no plano normativo, há uma “posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada”⁶⁵, por este motivo, se não é correto entender o Legislativo como representante da vontade geral do povo o mesmo deve ser entendido em relação ao Poder Judiciário⁶⁶

⁶² Idem.

⁶³ BARROSO, L. R.. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, pg. 29, 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 84.

⁶⁵ Ibidem. pg. 85

⁶⁶ Idem.

Logo, é equivocada a posição que nega totalmente a jurisdição constitucional por considerar esta antidemocrática, considerando que, dentro do contexto sociopolítico brasileiro, a existência da jurisdição constitucional pode ser justificada, afinal, o próprio “fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribuiu expressamente esse poder ao Poder Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal”.⁶⁷, fundamento, este, atribuído através da vontade do legislador originário.

Tendo como superada a discussão sobre a dificuldade contramajoritária, passa-se a discutir o papel representativo das cortes constitucionais.

3.3 O Papel Representativo

O papel representativo do STF está estritamente ligado com a função contramajoritária, pois este ocorre quando o Supremo atua “(i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (complementar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.”⁶⁸, mas, também, pode ser usado como fundamento para a legitimação democrática da jurisdição constitucional.

Partindo do conceito de democracia, Barroso defende a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, com base na proteção dos direitos fundamentais em contraponto à deliberação política majoritária tendente a restringi-los e a proteção do jogo democrático e da participação política, visando proteger as minorias da tirania das maiorias.⁶⁹

Segundo o autor, “a democracia, por sua vez, transcende o conceito de governo da maioria, incorporando valores fundamentais (de respeito e consideração), sendo que, “a democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo

⁶⁷ BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. pg. 11. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

⁶⁸ Ibidem. pg. 6.

⁶⁹ _____. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, pg. 36 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça”.⁷⁰, tutelados pelas cortes supremas, através da argumentação normativa-racional e fundamentada.

Democracia, em sentido substantivo, vai muito além do princípio majoritário. Assim, aceita-se a possibilidade da transferência de polos representativos ou políticos ao Supremo Tribunal Federal. Dentro de uma democracia contemporânea, a representatividade no arranjo atual de separação de poderes é legitimada através de votos e argumentos, havendo a superação do modelo clássico de separação, aceitando-se a afirmação de que o Poder Legislativo nem sempre representa a vontade da maioria.

No mesmo sentido do apontamento feito por Barroso quando este faz referência a legitimidade conferida aos votos (ver nota 56), Mauro Cappelletti defende que “de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público as razões das suas decisões”, sendo considerado como “um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões.”⁷¹

Neste sentido, pondera Cappelletti que os próprios poderes políticos não gozam mais da democracia representativa, quebrando com a utopia ocidental de que os governadores e parlamentares possuem esta capacidade, recorrendo a Martin Saphiro, para demonstrar que o que na verdade ocorre, é que os poderes essencialmente políticos, representam apenas centros de poder.⁷²

Esta representação existente no Poder Judiciário é explicada por Barroso tendo por base a forma de ingresso no Poder Judiciário, a qual é feito através de concurso público (no caso da primeira instância), abrindo, desta forma, o acesso para pessoas de diversas origens sociais, possam ingressar na magistratura, diferentemente do acesso a cargos no poder legislativo, que envolve um custo financeiro elevado e parcerias econômicas-políticas com diversos atores econômicos. Assim, o juiz estaria mais apto a representar a vontade da sociedade, tendo em vista que não estaria “amarrado” por interesses externos.

⁷⁰ Ibidem. pg. 22.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.pg. 98. Título Original: Giudici Legislatori?

⁷² Ibidem. pg. 95.

Mauro Cappelletti demonstra que a judicialização, pode ser, por muitas vezes, o caminho mais fácil de se obter uma resposta das dos poderes de estado, pois o acesso ao processo judicial é mais fácil do que o acesso ao processo político, fazendo que grupos marginalizados consigam alguma resposta das instituições, concluindo Cappelletti, desta forma, que “a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (...), encontraram justamente nos tribunais o acesso e a proteção sem os quais teriam permanecido (...) marginalizados da vida de determinado país”⁷³.

Além disto, juízes são garantidos com a vitaliciedade, o que acaba por frear atitudes populistas ou eleitoreiras – embora não imunes a estas⁷⁴. Também, juízes não podem atuar de ofício, dependem da vontade ou iniciativa das partes e não podem julgar para além do pedido⁷⁵ e tem o dever de ouvir as partes interessadas. Ademais,

⁷³ Ibidem. pg. 100.

⁷⁴ De fato, o papel do juiz contemporâneo vem se expandido como já visto anteriormente. Todavia, como bem destacado, a vitaliciedade é uma forma de frear o populismo e não criar uma espécie de imunidade para que isto aconteça, afinal, as atitudes populistas ou eleitoreiras ainda podem existir. Para citar um exemplo atual, há o caso do Juiz condutor da “Operação Lava-Jato”, Sergio Fernando Moro, intitulado por uma parcela da população brasileira como “herói”, recebendo desde salva de palmas nos lugares que frequenta até fantasias de carnaval, além, é claro, de criações de páginas em redes sociais em homenagem a este, que, inclusive, postou vídeo recentemente em uma página, agradecendo o apoio de seus seguidores e afirmando, que contava com o apoio da “grande maioria, talvez a totalidade da população, para esses trabalhos que vem sendo realizados na assim chamada ‘Operação Lava-Jato’” (vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DeJyQz9m51s>). Também, pode ser citada a pesquisa realizadas pelo Instituto Paranaense de Pesquisas, onde os resultados apontam o percentual de 16,5% dos entrevistados que “com certeza votariam” no Juiz Sérgio Fernando Moro, caso ele se candidatasse à Presidência da República e 51,3% que “poderiam votar nele” para Presidência, somando o total de 67,8% (pesquisa disponível em: http://www.paranapesquisas.com.br/wp-content/uploads/2016/03/BR_PesquisaNacional3_Mar16.pdf). Estes números apresentados acima, bem como, a declaração dada pelo Juiz Sérgio Fernando Moro, refletem diretamente na sua atuação dentro de processos, onde uma parcela da comunidade jurídica questiona os métodos adotados pelo Juiz, como a liberação de gravações privadas entre o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva e a Presidenta que teve o mandato caçado, Dilma Vana Rousseff, além de vários outros meios eticamente e juridicamente questionáveis que são usados pelo Juiz na “busca pela verdade”, os quais, por muitas vezes, desrespeitam direitos garantidos constitucionalmente, justificando-se os meios tendo em vista o fim pretendido. Assim, o que é defendido aqui, é a existência de um instrumento que procura frear estas atitudes e não negar a existência delas, afinal, como já apontado em nota anterior (ver nota 51), “o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro”.

⁷⁵ Excetua-se aqui o controle abstrato, ao qual, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “considera a norma em si, desvinculada de direito subjetivo e de situação conflitiva concreta”, onde se busca “apenas analisar a validade constitucional da norma, independentemente de ser ela imprescindível, ou não, à tutela jurisdicional de um direito”, o que desvincula a decisão sobre os direitos pedidos, pois se busca discutir a compatibilidade da norma com a Constituição, levando em conta que “o controle abstrato ocorre em processo voltado unicamente à análise da constitucionalidade” e é um processo que “por não dizer respeito à solução de litígios, não possui partes, que, antes da sua instauração, estavam envolvidas num conflito de interesses”, desvinculando-se, assim, do pedido realizado (MARINONI, L. G. Controle de Constitucionalidade. pg. 932 – 935. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl).

as decisões devem ser fundamentadas ou motivadas, isto é, “para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos de seu raciocínio”.⁷⁶

Todavia, ressalta Cappelletti, que “o próprio Poder Judiciário (...), não é inteiramente privado de representatividade”⁷⁷, considerando que a própria maneira de escolha dos magistrados de Cortes Supremas, parte da nomeação pelo executivo. Ainda, há de ser adicionado que no caso brasileiro, os ministros indicados ao STF, passam por uma sabatina pública pelos membros do Senado, o que fortalece a visão política do Supremo.⁷⁸

Aliados a estes esclarecimentos, há no Brasil peculiaridades em relação ao Supremo Tribunal Federal que merecem especial destaque.

- (i) O Ministro Relator pode convocar audiência pública, chamando a sociedade civil, entidades interessadas e especialistas para defenderem suas razões previamente ao julgamento do caso.
- (ii) As sessões do Supremo Tribunal Federal são transmitidas ao vivo, em canais de TV aberta, permitindo, desta forma, o acesso da população aos debates e deliberações existentes, bem como, as sustentações orais que são realizadas e a proclamação de votos.
- (iii) O acesso a ações diretas de constitucionalidade possui um amplo rol de legitimados, o que desobstrui o acesso às discussões que são levadas até a corte suprema.

Todavia, estes mesmos três apontamentos apresentam dificuldades que devem ser superadas.

O primeiro caso (i) envolve a existência do chamado prazo impróprio, conceituado por Nelson Nery Júnior como “aqueles fixados na lei apenas como parâmetro

⁷⁶ BARROSO, L. R.. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, pg. 40 - 28 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.pg. 96. Título Original: Giudici Legislatori?

⁷⁸ Idem. pg. 96 – 97.

para a prática do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta situação detrimen-
tosa para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares. ”⁷⁹, sendo
estes atos totalmente válidos e eficazes e, adiciona-se aqui que os prazos fixados
para juízes, bem como para membros do Ministério Público, não precluem. Isso per-
mite que a prática de segurar determinado processo por interesses próprios seja cor-
riqueiramente usada.

Também, como aponta Carolina Alves das Chagas, o poder de decidir a forma
como se dará a audiência pública está todo nas mãos do Relator do processo, o que
implica na decisão de quem serão as entidades aceitas como *amicus curiae* e até
mesmo quais argumentos devem ser usados durante a apresentação das razões dos
convidados. Segundo a autora, as audiências públicas podem se tornar verdadeiras
apresentações de informações em detrimento do debate que poderia ocorrer, per-
dendo-se assim, a qualidade e importância da oportunidade deliberativa na corte. En-
tretanto, Carolina Alves de Chagas afirma que mesmo existindo alguns óbices para o
papel ativo da sociedade no STF, deve-se lembrar que há, ao menos instrumentos
que possibilitem isso, o que, em suas próprias palavras, “já pode ser considerado um
começo para uma mudança mais significativa”.⁸⁰

No segundo apontamento (ii) aparece o problema da linguagem utilizada no
meio jurídico, ou como popularmente conhecido, o “juridiquês”. A transmissão de uma
sessão de um tribunal ao vivo pode ser assimilada com a concepção de transparência
e acesso, bem como, a participação e acompanhamento da sociedade nas decisões
do Supremo. Entretanto, conforme defendido por Emília Gomes de Souza, quando se
trata da linguagem utilizada dentro de tribunais, acaba-se por afastar uma parcela da
população, criando mais uma barreira para o acesso à justiça. Segundo Emília, além
de criar este óbice de comunicação, a linguagem utilizada pode trazer outros proble-
mas, considerando a prolixidade usada nas peças judiciais e sua longa extensão são
problemas comuns do Poder Judiciário, criando barreiras para a efetivação do acesso
da população às decisões da Corte.⁸¹

⁷⁹ NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade; JUNIOR, Nelson Nery; Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁸⁰ CHAGAS, Carolina Alves. **O Supremo, Uma Ilha: o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira.** 2016. pg. 62 – 65. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45185/R%20-%20D%20-%20CAROLINA%20ALVES%20DAS%20CHAGAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

⁸¹ SOUZA, Emília, G.. **A Simplificação da Linguagem Jurídica e o Acesso à Justiça.** 2008. Monografia (Pós-Graduação em Língua Portuguesa, Compreensão e Produção de Textos). Faculdade de

No terceiro ponto (iii), apesar de a Constituição já prever os requisitos e os legitimados para a propositura de ações constitucionais, no caso de ADIn e ADPF, criou-se jurisprudencialmente um novo requisito que, de certa forma, restringe o acesso às ações, a chamada “pertinência temática” a qual é aplicada aos legitimados especiais (Mesa de Assembleia Legislativa, Governador de Estado, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional). Segundo o STF, deve haver configuração da “pertinência temática” para que haja legitimidade, isso é, deve existir uma “relação de pertinência entre os interesses do requerente e a norma que se atribui a marca de inconstitucionalidade”⁸².

Um exemplo do que foi mencionado acima, é o julgamento da ADIn 1.464, na qual a legitimidade da classe autora foi questionada, considerando que esta estava ligada à Delegados de Polícia e a norma questionada era aplicada à Policiais Cíveis e Militares na função de vigilância, mas não estendia aos Delegados de Polícia, assim, votou-se por unanimidade pelo não conhecimento da Ação Direta, por considerar que o requisito de “pertinência temática” para legitimidade ativa não foi cumprido.⁸³

Marinoni questiona se a ausência da pertinência temática seria o suficiente para o não conhecimento de uma ação, considerando que a falta desta, não excluiria o interesse de agir de alguém detentor de legitimidade. Segundo o autor, haveria “um aprofundamento das exigências definidas na norma, para a configuração da legitimidade” e ponderando no sentido de que “especialmente quando a legitimidade é atribuída por norma constitucional para a instauração da fiscalização abstrata de norma, a limitação judicial torna-se extremamente problemática.”⁸⁴

Assim, se por um lado existirem instrumentos hábeis para afirmar o papel representativo do STF, pelo outro, busca-se a efetividade destes, para que então possa ser afirmado que o Supremo é um canal aberto de participação social.

Educação São Luís, Jabotical. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/biblioteca/trabAcad/TCCEmilia-GomesdeSouza.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl., Cap. 2. p.1063 - 1068. 2015.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.464/DF – Distrito Federal. Relator: Moreira Alves. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 26 set de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347071628635>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl., pg.1068. 2015.

O Poder Judiciário goza de um certo grau de aprovação, conforme resultados da recente pesquisa sobre o Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil), realizada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, a qual demonstra que entre os três Poderes de Estado, o Poder Judiciário é o que mais goza de confiança da população, saindo na frente com o índice de 29% de credibilidade, ao passo que o representante do Poder Executivo Federal e o Poder Legislativo, valem-se apenas dos índices de 11% e 10% de credibilidade pela população, respectivamente.⁸⁵

Isto mostra que no Brasil, o Poder Judiciário detém maior da credibilidade de em relação aos outros poderes quando o que está em jogo é a aprovação da população brasileira, causando uma distorção no polo representativo⁸⁶, onde se tem um poder que *a priori* não é um dos Poderes representativos no arranjo institucional do estado, em constante ascensão ao papel de instância representativa.

Todavia, deve-se atentar para a tese apresentada por Hirschl e ser erguido o questionamento a respeito de até que ponto é institucionalmente saudável deixar que os poderes essencialmente políticos, como o Legislativo e o Executivo, entreguem a responsabilidade das questões difíceis ao Poder Judiciário, com o intuito de “lavar as mãos” do resultado final? Deixar que as decisões relevantes socialmente estejam apenas nas mãos de onze juízes, é aceitar “o risco de que a sociedade espere pelo Poder Judiciário para ditar os rumos da sociedade, como uma ‘vanguarda iluminista’ capaz de ‘empurrar a história’ em momentos difíceis”, o que invariavelmente incorrerá na desmobilização da “capacidade de articulação cidadã, que pode reservar essa tarefa quase que exclusivamente ao Poder Judiciário”.⁸⁷

⁸⁵ CUNHA, Luciana Gross; et. al. **Relatório ICJBrasil**: 1º semestre/2016. pg. 16 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO FGV), 2016. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 de fev. 2017.

⁸⁶ BARROSO, L. R. **Contramajoritário, Representativo E Iluminista**: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. pg. 8 - 10 Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

⁸⁷ NETO, José Nunes de Cerqueira. **Como Pensam os Ministros do STF?**: direito, política e guarda da Constituição no pós-1988. Pg. 77. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19861/1/2016_JoseNunesCerqueiraNeto.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017

4 AS AÇÕES DIRETAS COMO RESPOSTA JUDICIAL ÀS MINORIAS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS

Com a ascensão do Poder Judiciário nas últimas décadas e, considerando a relevância que a jurisdição constitucional adquiriu com este avanço sobre o campo político, bem como, o surgimento de novos papéis do Supremo Tribunal Federal, fez-se necessária a criação de mecanismos hábeis a tutelar e proteger os direitos previstos em sede constitucional.

Isto tornou possível que assuntos que envolvem a moral e o direito fossem levados a corte constitucional, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2011 e que representaram um dos maiores avanços nos Direitos de LGBT's desde a promulgação da Constituição de 1988.

4.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação de Descumprimento Fundamental

Considerando esta demanda por instrumentos eficazes para tutelar as garantias previstas, que a Constituição de 1988 traz mecanismos que possibilitam a defesa destes direitos, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Assim, antes de entrar no mérito da decisão das ações acima referidas, faz-se necessário elucidar o tema de ambas ações constitucionais.

A primeira está prevista no art. 103 da Constituição Federal, tendo sua utilidade quando há dúvidas sobre a constitucionalidade de uma norma dentro do ordenamento jurídico, o controle é feito de forma abstrata, ou seja, não há caso concreto, procura-se tutelar a ordem jurídica através da eliminação de uma norma incompatível com a Constituição, ou, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a ADI “é ação em que não se tem caso concreto, julgamento de litígio e coisa julgada material *inter partes*”, considerando que é “ação voltada unicamente à análise de pedido de inconstitucionalidade”.

dade, que deve ser feita em abstrato, tendo a sua sentença efeito *erga omnes*, precisamente porque a constitucionalidade da norma diz respeito a todos e não a ‘partes’.⁸⁸”.

A segunda é regida pela Lei 9.882/1999 e tem como objetivo, conforme art. 1.º da mesma Lei, “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”⁸⁹, quando não exista outra ação que possa sanar a lesividade de modo eficaz.

O acesso a ambas as ações foi ampliado com a Constituição de 1988, considerando que o rol de legitimados foi estendido para além do Procurador-Geral da República.

Quando se trata de legitimidade para propor tanto a ADPF quanto a ADI, tem-se o art. 2.º da Lei 9.882/1999, que em seu inc. I, remete ao rol de legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme expresso no texto que podem propor a ADPF “os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”⁹⁰, que, por sua vez, tem a previsão do rol de legitimados no art. 103 da Constituição Federal, que em seus incisos, traz a possibilidade que o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, entrem com a Ação Direta de Inconstitucionalidade⁹¹

No que diz respeito ao objeto das ações, a Constituição Federal prevê em seu art. 102, I, a, que pode ser usada a ADI para impugnar “lei ou ato normativo federal

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl., Cap. 2. p.1063. 2015.

⁸⁹ BRASIL. Lei 9.882/1999, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Acesso em: 13/02/2017. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto Constitucional Promulgado em 5 de outubro de 1988. Acesso em: 14/02/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

ou estadual”⁹², ou seja, qualquer ato normativo proveniente da União e dos Estados, podem ser contestados por meio da ADI.

Já a ADPF tem como objeto impugnar atos do Poder Público, trabalhando como uma linha auxiliar da ADI, tendo sua utilidade quando há confronta a Constituição, porém, quando estes não podem ser contestados através da Ação Direita de Inconstitucionalidade, ou, em outras palavras, é um “instrumento capaz de atuar em locais imunes à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, como, por exemplo, o direito pré-constitucional e o direito municipal.”⁹³

O conceito de preceito fundamental presente na ação é definido por José Afonso da Silva, nas seguintes palavras “‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’”, e no mesmo sentido, adiciona que “É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais*”⁹⁴.

A respeito dos requisitos, a ADI exige apenas que a norma esteja em desconformidade com a Constituição e que esteja dentro dos casos previstos (art. 102, I, a, da Constituição). Já a ADPF, exige, como expresso no art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.882/1999, a falta de “outro meio eficaz de sanar a lesividade”⁹⁵, submetendo-se, desta forma, a regra da subsidiariedade.

Também, é necessário, conforme o art. 1.º parágrafo único, I, da mesma Lei, que seja “relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, isto é, a “controvérsia constitucional” reside na necessidade da demonstração fundamentada de controvérsia constitucional, como há nos casos de repercussão geral, que, por sua vez, necessita de relevância e transcendência, sendo a primeira “aquilatada do ponto

⁹² Idem.

⁹³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl. pg. 1285. 2015.

⁹⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 25ª edição, 2005, São Paulo-SP, pag 561.

⁹⁵ BRASIL. Lei 9.882/1999, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Acesso em: 13/02/2017. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>.

de vista econômico, político, social ou jurídico”⁹⁶, e a segunda, está relacionada, em primeiro lugar, com o impacto jurídico, e em segundo lugar, sobre “o número de pessoas suscetíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo(...)”⁹⁷

A diferença entre a ADPF e a ADI reside, portanto, no objeto e nos casos em que estas podem ser utilizadas. Note-se que a ADI possui uma utilidade para atacar diretamente dispositivos e atos contrários a Constituição em âmbito federal ou estadual, ao passo que a ADPF trabalha em sua subsidiariedade com o direito municipal também. Além disso, a ADPF exerce a sua função em relação a atos do Poder Público, reforçando a função de controle de constitucionalidade pelo Supremo.

4.2 A Decisão na ADIn n.º 4277 e ADPF n.º 132 do Supremo Tribunal Federal

Considerando a exposição referente a utilidade da ADIn e da ADPF, bem como sua conceituação, passa-se a analisar a decisão do STF na Ação Direta de Constitucionalidade 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

Inicialmente, faz-se necessário contextualizar em que cenário se deu o início das ações. Desta forma, será abordado brevemente o relatório das ações, para que, em seguida, sejam analisados os fundamentos usados pelo relator. Posteriormente serão apontadas as divergências feitas por outros ministros.

A ação foi proposta como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, visando afastar o entendimento de dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis daquele Estado (Decreto-Lei 220/1975) que faziam referência ao termo “família” ao definir a possibilidade de extensão de benefícios e outras garantias, por considerar um meio discriminatório em relação a homossexuais, pautando os direitos e garantias constitucionais da igualdade, segurança jurídica, liberdade e a dignidade da pessoa humana.

A ação foi distribuída ao Min. Ayres Britto, tendo em vista a “regra da prevenção e do julgamento simultâneos de processos em que haja ‘coincidência total ou parcial

⁹⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl. p. 1280. 2015.

⁹⁷ Idem

de objetos”⁹⁸, por este estar julgando, igualmente, a ADI 4277, a qual foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, buscando a declaração do reconhecimento da união entre homossexuais e como entidade familiar, aplicando-se o mesmo regime da união de casais heterossexuais, buscando a promoção da dignidade da pessoa humana, igualdade, discriminações por ódio, liberdade e segurança jurídica, pedidos igualmente feitos na ADPF 132, como ser abaixo.

O pedido é feito visando a equiparação e aplicação do regime jurídico da união estável já existente para os casais heteroafetivos aos casais homoafetivos, além da declaração de validade de decisões administrativas que vão neste sentido e a suspensão de decisões judiciais em sentido oposto. Também, foi postulado que em caso de não recebimento como ADPF, aquela ação fosse convertida em ADI, pautando que o Decreto-Lei n.º 220/75 e o art. 1.723 do Código Civil (CC), fossem interpretados conforme a Constituição.⁹⁹

Dado o panorama das complexidades envolvendo a ADPF 132, é salutar o apontamento de que em 02 de julho de 2009, a ADPF 178, proposta pela Procuradoria-Geral da República, recebida pelo Presidente, Ministro Gilmar Mendes, foi recebida como ADI 4277, onde a PGR procurava o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar¹⁰⁰.

O voto do relator é iniciado com a discussão do pedido técnico de interpretação conforme a Constituição do Decreto-Lei n.º 220/75 e do art. 1.723 do CC, reconhece o Ministro Ayres Brito, que a legislação fluminense já superava de modo eficiente a questão, considerando que a Lei n.º 5.034/2007, em seu art. 1º, equiparava para fins previdenciários o companheiro homoafetivo. Logo, o Ministro Ayres Brito, declara a perda parcial de objeto da ação em relação ao reconhecimento legal da união homoafetiva. Porém, ressalta o Ministro, que o ponto superado diz respeito apenas ao preenchimento da lacuna em relação à legislação estadual.¹⁰¹

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 05 maio de 2011. pg. 16 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁹⁹ Ibidem. pg 12 – 13.

¹⁰⁰ Ibidem. pg 18.

¹⁰¹ Ibidem. pg. 18 – 19.

Conhecida a ADPF como integrada ao julgamento da ADI 4277, o Ministro Ayres Britto dá início à discussão sobre a constitucionalidade dos dispositivos do Decreto-Lei n.º 220/75 e do art. 1723 do CC.

O Ministro relator passa então para a deliberação sobre a distância entre a realidade fática e os preceitos fundamentais enunciados pela Constituição, refletidas através das decisões judiciais e administrativas que ao se deparar com questões envolvendo casais homoafetivos, utilizavam-se dos dispositivos do Código Civil como justificativa para a não concessão de garantias trazidas pela união estável, mesmo diante de lei municipal permissiva, como é o caso da Lei nº 5034/2007 do Rio de Janeiro, que em seu art. 1º, que altera o art. 29, § 8º, da Lei 285/1979.¹⁰² Adiciona o Ministro que mesmo dentro de tribunais “ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva”¹⁰³, o que gera um determinado perigo subjetivo da aplicação do Direito.

Isto posto, parte-se para o sentido dado à expressão “família” usada no Código Civil em seu art. 1.723, a qual traz as palavras “homem e mulher” em seu texto, bem como os requisitos de “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de Constituição de família”¹⁰⁴ visando reconhecer como entidade familiar para fins de constituir uma união estável.

Segundo a interpretação do Ministro Ayres Brito, os termos “homem e mulher” foram usados em referência simplesmente ao gênero e a função de cada um dentro de uma relação. Isto é, nas palavras do próprio ministro “o sexo das pessoas, salvo

¹⁰² Art. 1º - O art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979, fica acrescido do seguinte parágrafo: Art. 29 - (...)

§ 8º - Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.”

¹⁰³ Ibidem. pg. 19

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto Constitucional Promulgado em 5 de outubro de 1988. Acesso em: 14/02/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica.”¹⁰⁵, tendo em vista o inciso IV do art. 3º da Constituição¹⁰⁶, tendo em vista o enunciado “bem de todos”, o qual traz como premissa a eliminação de preconceitos a vida particular de cada ser humano, na busca de uma sociedade comunitária e fraternal, como bem afirma o Ministro Ayres Brito, “a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (...) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados”¹⁰⁷, a se buscar a o pluralismo sócio-político-cultural consagrado como um fundamento da República no inciso V do art. 1º,¹⁰⁸ da Constituição.

Além disso, traz o Ministro, a teoria kelseniana sobre a norma geral negativa, que prega a ideia de que “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, para ilustrar que o emprego do termo “sexo” utilizado diversas vezes na Constituição, pode ser considerado como abrangente da disposição pessoal que cada pessoa faz de sua sexualidade ou de seu órgão sexual, ou seja, a autonomia da vontade do indivíduo é imperante neste caso, funcionando o termo como uma abertura e não uma restrição¹⁰⁹. Ou seja, não há uma distinção concreta ao uso do termo “sexo” dentro da Constituição, servindo apenas como indicativo e em sentido enunciativo, e não taxativo.

¹⁰⁵ _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 05 maio de 2011. pg. 24 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

¹⁰⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 05 maio de 2011. pg. 24 - 25 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

¹⁰⁸ 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:

(...)

V - o pluralismo político.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 05 maio de 2011. pg. 30. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

Segundo o Ministro, a sexualidade ou preferência sexual é uma emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, positivada no art. 1º, III, da Constituição¹¹⁰, afinal, “se as pessoas de preferência heterossexual só podem realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente”.¹¹¹ Adiciona que a falta da vedação ou permissão da Constituição em relação ao exercício da sexualidade significa que esta decisão foi delegada à autonomia da vontade e à liberdade individual, valendo-se da intimidade e privacidade para afirmar a inviolabilidade pelo Estado na decisão do indivíduo¹¹².

Logo, infere-se que não há qualquer óbice constitucional em razão do exercício da sexualidade, considerando que não há trato normativo a respeito de sua proibição ou permissão. O que se vê, aliás, é uma tratativa muito mais permissiva pela Constituição, pautando-se pelos princípios da liberdade, autonomia da vontade ou autonomia privada, direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, princípios estes, positivados e tutelados através de cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, IV,¹¹³ da Constituição.

Desta forma, restando apenas a questão de qual seria a resposta da Constituição em relação à possibilidade ou não de parceiros homoafetivos estabelecerem uma união estável, o Ministro Ayres Brito, volta-se para o título VIII da Constituição, o qual versa sobre a “Ordem Social”.

Segundo o Ministro, a parte mais importante é o *caput* do art. 226 da Constituição, que traz o termo família e a proteção do Estado ao instituto. Ressalta Ayres Brito,

¹¹⁰ 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:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 05 maio de 2011. pg. 31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

¹¹² Idem. pg. 31 – 36.

¹¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

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

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

que não há nenhuma referência sobre como a família é formada, limitando-se a Constituição, a descrever apenas a instituição privada, sem distinção a sexualidade ou sexo biológico.

Adiciona Ayres Brito que a família é “por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos seus respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada”¹¹⁴, utilizando-se deste conceito para trazer sentido ao *caput* do art. 226, trazendo a expressão “base da sociedade” para afirmar que é a partir deste sentido que os demais dispositivos devem ser interpretados e não o inverso.

Assim, fundamenta o Ministro, com base no conceito já visto anteriormente de preceito fundamental, tendo em vista a relevância do instituto “família” para a concretização de princípios como: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho.

Ainda, afirma mais uma vez que a Constituição não faz nenhuma distinção “entre a família formalmente constituída e aquela existente às rés dos fatos”¹¹⁵, como também não distingue com base na sexualidade, assim, no mesmo sentido, imprime que “a Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”¹¹⁶ e que “recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”¹¹⁷.

Desta forma, ressalta o ministro que diante de uma interpretação não-reducionista, o STF deverá manter a coerência da Constituição, sob pena dela incorrer em discursos homofóbico e preconceituoso, ponderando que “a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.”¹¹⁸.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 05 maio de 2011. pg. 39. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

¹¹⁵ Ibidem. pg. 41.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Ibidem. pg. 42.

Por conseguinte, o Ministro se vale desta interpretação, para inferir sentido aos dispositivos constitucionais com a tratativa do termo família.

No ponto que há relevância para este trabalho, Ayres Britto volta-se para a dualidade “homem e mulher” presente no texto constitucional, e infere que há o uso de tais termos tendo em vista a sociedade patriarcal e machista existente. Diz ainda, que tal prevenção pelo legislador originário foi no sentido de rompimento com as normas anteriores, como o Código Civil de 1916, o qual foi revogado, como bem exemplificado pelo Ministro, em que a mulher estava em uma posição jurídica e social inferior ao homem, posição, esta, não mais cabível na sociedade contemporânea.

No que concerne à terminologia “entidade familiar”, defende Ayres Brito que não há diferença de qualidade jurídica em relação a “família”. Isto é, não existe sub-família ou família de segunda classe, sendo empregado o termo, apenas como um sinônimo de família, porém, sem personalidade jurídica. Logo, a conclusão que chega o Ministro é de que o significado de “entidade familiar” ou de “família” “é idêntico: uma nova família, ou se se prefere, uma nova ‘entidade familiar’, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos”¹¹⁹ fundamentando esta afirmativa, com base no uso das expressões “entidades autárquicas” ou “entidades federativas”, utilizadas na Constituição e que englobam o termo autarquia – no caso da primeira – e federação – no caso da segunda –, sem qualquer questionamento, demonstrando que a mesma técnica redacional foi usada em ambos dispositivos.

Extraí-se do voto do Ministro Ayres Brito que a família pode ser constituída por casais homoafetivos, considerando que a “heteroafetividade em si não os torna superiores em nada”, e continua no mesmo sentido, ao dizer que “não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à Constituição de uma família”, pois, “aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham”.¹²⁰

Aponta, também, que a CF delegou ao Poder Público a incumbência da assistência a adoção, não fazendo, novamente, distinção entre a sexualidade dos adotantes ou do adotante. Logo, seria aplicado o raciocínio do art. 5, II, da CF, que veda o preconceito.

¹¹⁹ Ibidem. 47

¹²⁰ Ibidem. 48.

Assim, votou o ministro no sentido de julgar parcialmente prejudicada a ADPF 132-RJ e no remanescente, ser conhecida como ADI. Em relação ao mérito, votou pela interpretação conforma a Constituição do art. 1.723 do CC, com o fim de “excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’”.¹²¹

As ações foram julgadas procedentes por unanimidade, sendo que mais da metade dos Ministros acompanhou o voto em sua integralidade.

Uma das divergências foi apontada pelo Ministro Lewandowski, o qual foi contra a equiparação da união homoafetiva com a união estável heteroafetiva, pois estaria a legislação, tratando com uma forma estranha ao rol do art. 226, da CF. Porém, ressaltou o ministro que diante dos princípios enunciados pela Constituição, a interpretação pode ser deduzida, e, desta forma, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e tendo aplicação do regime jurídico da união estável entre homem e mulher, por serem semelhantes.

O Ministro Joaquim Barbosa também apontou divergências no mesmo sentido do Ministro Lewandowski. Porém, fez a ressalva que a Constituição veda qualquer forma de discriminação, com base no art. 3º, IV.

Como se vê, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277, pautou-se em uma interpretação sistemática-teleológica da Constituição, justificada através da argumentação de que quando o texto normativo nada dispõe sobre a proibição da união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo o STF realizado uma interpretação extensiva ou analógica do texto constitucional.

É de extrema relevância apontar o impacto que a decisão trouxe para o direito dos homossexuais no Brasil.

O julgamento do REsp. 1.183.378/RS¹²² no Superior Tribunal de Justiça (STJ), revela-se sintomático à decisão do STF, considerando que se reconheceu o direito de

¹²¹ Ibidem. pg. 49.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378/RS (2010/0036663-8). Relator: Luís Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 25 out de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1183378_RS_1330972067974.pdf?Signature=OSYwPYnsDdUsM0178l3aX4F8vbs%3D&Expires=1496561176&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6614bce5618ad15c0806d4ac79e931ac>. Acesso em: 04 jun. 2017.

casais homoafetivos se casarem diretamente, da mesma forma que casais heteroafetivos.

Nesta decisão, o Ministro Relator Luís Felipe Salomão utilizou da argumentação utilizada na decisão da ADI 4277 para fundamentar o seu voto, reafirmando que a Constituição de 1988 não trouxe a forma de família taxativa, mas sim abriu espaço para novas organizações familiares e, considerando que o Estado deve à família proteção, conforme art. 226, *caput*, da CF/88, qualquer dos arranjos familiares que surjam, independentemente de orientação sexual, devem ser protegidos pelo Direito.

Também, faz-se necessário o apontamento de que o STJ está estrito à uniformização da interpretação de leis infraconstitucionais, o que não impede de seguir o entendimento que o STF teve na ADI 4277, considerando que os dispositivos em questão – arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002 – estariam diretamente ligados à interpretação ou ao entendimento hermenêutico dado pelo Supremo, visto que a constitucionalização do Direito impõe um padrão de entendimento a lei infraconstitucional.

Desta forma, valendo-se da não vedação existente no texto do Código Civil, o Ministro Relator acresce que “os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação explícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais”¹²³, defendendo, assim, a possibilidade da habilitação direta para o casamento homoafetivo.

Em relação ao mérito, foi reconhecida a possibilidade de pessoas de mesmo sexo se casarem por 4x1, divergindo apenas o Ministro Araújo, por considerar o STJ incompetente para a decidir o caso.

Levando em conta as duas decisões, tanto do STF na ADI 4277, quanto a do STJ no REsp. 1.183.378/RS, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Resolução n.º 175/2013,¹²⁴ a qual trata sobre a habilitação para casamento ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹²³ Ibidem pg. 20

¹²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 175/2013**: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017

Os efeitos partem para além da questão do casamento civil e união estável, conforme decisão recente no REsp. 1.281.093/SP,¹²⁵ também do STJ, onde se invalida a estipulação de idade mínima para o menor de 12 anos se manifestar a respeito da adoção por casais homossexuais, tendo em vista que “não existe previsão legal que sustente essa discriminação”.¹²⁶

Há outra decisão exarada na ADPF n. 291¹²⁷ que ilustra a relevância do resultado do julgamento da ADI n. 4227 e da ADPF n. 132. Trata-se da discussão sobre o art. 235 do Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/1969), o qual possuía a seguinte redação: “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”,¹²⁸ fixando pena de detenção de seis meses a um ano. A decisão do Supremo foi pela parcial incompatibilidade do referido dispositivo com a Constituição de 1988, sendo mantido apenas a referência ao ato libidinoso, removendo-se a parte em que o texto faz a ligação à homossexualidade.

A Resolução 175/2013 vincula administrativamente todos os Cartórios de Registro Civil do Brasil, vedando, desta forma, a recusa à “habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”.¹²⁹ Observe-se que aqui é aberta a possibilidade de casais homoafetivos casarem-se diretamente, considerando que a resolução abrange além da conversão da união estável, a habilitação direta para o casamento, não submetendo, desta forma, os casais homoafetivos a “uma espécie de ‘estágio probatório’, relativo à sua caracterização como união estável, para que se mostrem ‘dignas’ de acessarem o

¹²⁵ _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.281.093/SP (2011/0201685-2). Relatora: Nancy Andrighi. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 18 dez. de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1203140&num_registro=201102016852&data=20130204&formato=PDF>. Acesso em: 01 out. de 2017.

¹²⁶ ROTHENBURG, W. C.. **HomoEfetividade**. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S.; OMMATI, J. E. M.; VECCHIATTI, P. R. I. (Organizadores). *Diferentes, Mas Iguais: estudos sobre a decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. pg. 155.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de prefeito fundamental nº 291/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em: 01 out. 2017.

¹²⁸ _____. **Decreto-Lei n. 1001, de 21 de outubro de 1969** (Código Penal Militar). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 01 out. 2017

¹²⁹ _____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 175/2013**: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017

casamento civil (...), o que seria inconstitucional por violação ao princípio da isonomia”¹³⁰

Além disto, recentemente houve aprovação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), do Senado, do Projeto de Lei do Senado (PLS) que reconhece legalmente a união estável entre pessoas do mesmo sexo, o PLS 612/2011¹³¹, de autoria da Senadora Marta Suplicy (PMDB-SP), e aguarda deliberação em plenário, tendo sido colocado para consulta pública, apresentando no dia 14 de setembro de 2017, 42.822 votos a favor da proposição do projeto e 12.420 votos contra.

Assim, vê-se que no mesmo ano em que o Supremo Tribunal Federal dá uma de suas decisões históricas em favor das minorias sexuais, há considerável reflexos dos efeitos da decisão para outras instituições brasileiras. A decisão do STF funcionou como um gatilho para que os direitos de casais homoafetivos parassem de sofrer restrições devido à preconceitos sociais e saíssem do plano formal para o material, alcançando-se, assim, uma maior efetividade dos direitos previstos na Constituição de 1988.

De certo, a decisão da ADI nº 4277 e da ADI nº 132, pedidas inicialmente para equiparação da união estável entre casais homoafetivos à casais heteroafetivos, trouxe resultados gratificantes a lutas históricas do movimento LGBT, possibilitando que hoje estes possam se habilitar para o casamento civil sob os mesmos efeitos do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹³⁰ VECCHIATTI, Paulo R. I.. Constitucionalidade das Decisões do STF, STJ e CNJ sobre as Uniões Homoafetivas. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S.; OMMATI, J. E. M.; VECCHIATTI, P. R. I. (Organizadores). **Diferentes, Mas Iguais**: estudos sobre a decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pg. 75

¹³¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 612/2011**. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão envolvendo a legitimidade democrática da jurisdição constitucional demanda a análise do tratamento das teorias do constitucionalismo democrático a esta espécie de jurisdição, extraindo-se destes os seguintes apontamentos em relação às teorias abordadas:

O constitucionalismo popular trouxe uma inovação ímpar ao defender que a interpretação da Constituição deve ser entregue ao destinatário principal desta, ou seja, o povo, rechaçando em grande parte a jurisdição constitucional, por não a considerar democrática o suficiente. O refinamento teórico do constitucionalismo popular reside exatamente neste ponto: retomar o poder decisório, interpretativo e decisional ao povo, o retirando das elites. Entretanto, a teoria fica restrita às democracias funcionais, realidade bem distante da democracia brasileira, não sendo cabível a sua aplicação ao contexto brasileiro.

Já o procedimentalismo, apesar de ser mais maleável quanto ao papel da jurisdição constitucional dentro de uma democracia e aceita-la diante da necessidade de proteção ou fortalecimento dos pressupostos do jogo democrático, apresenta falhas nos canais de participação, esquecendo de inserir no processo decisório as minorias socialmente vulneráveis. Todavia, o procedimentalismo confere uma grande importância à democracia, de forma que a jurisdição constitucional estaria legitimada a atuar em sua defesa.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo, na visão do autor, consegue aliar pontos do constitucionalismo popular e do procedimentalismo, no sentido de que há a aceitação da jurisdição constitucional fundamentada e autocontida, aceita-se importância da Constituição como núcleo do sistema jurídico, reaproxima-se o Direito e a moral em contraponto ao positivismo jurídico, o que permite que assuntos como a política e as relações sociais sejam levadas à discussão na Corte Constitucional. Contudo, a teoria apesar de trazer inovações que em primeiro momento seriam dadas como respostas para as teorias antecedentes, acaba por ampliar muito a atuação da jurisdição constitucional, o que acarreta na banalização e uso indiscriminado dos princípios.

Dentre as teorias do constitucionalismo democrático, o Neoconstitucionalismo é o que parece se aproximar mais com o teor das decisões do Poder Judiciário brasileiro mantém a maior proximidade com a realidade brasileira, tendo em vista que am-

bos adotam a força normativa dos princípios, rejeição ao formalismo, controle de constitucionalidade valorativo conforme o contexto social-político, judicialização da política e das relações sociais, utilização do direito para avanços sociais, Constituição como núcleo interpretativo do sistema jurídico ou a constitucionalização do direito e a aproximação entre as peculiaridades fáticas e a realidade social.

Apesar de o neoconstitucionalismo manter esta estreita relação com a realidade brasileira e parecer algo que *a priori* poderia resolver boa parte dos problemas institucionais que estão presentes no país, a teoria também abre caminhos para a chamada “*mega-politics*”, conceito apresentado por Hirschl e tratado no segundo capítulo, o qual reside na omissão intencional dos Poderes representativos em dar soluções para as questões socialmente sensíveis, levando a responsabilidade destas decisões ao Poder Judiciário, sendo um dos motivos da relevância conferida à este poder no cenário atual.

Todavia, é certo que não se pode deixar a sociedade à mercê dos Poderes de Estado que não mantêm uma posição ativa, visando promover ou preservar a sua boa imagem diante do povo. É de grande relevância que existam respostas para as demandas sociais que assolam parcelas da população, exigindo mesmo que de um poder que não seja eleito uma atuação mais extensiva, ainda que dentro de suas limitações e mesmo existindo um jogo político envolvido nesta “opção pela omissão” dos Poderes representativos.

Decorrem deste apontamento as funções adquiridas pelo Poder Judiciário, tais como: o papel contramajoritário e o papel representativo. Na mesma linha da crítica feita acima, onde se vê a necessidade de uma resposta, o Poder Judiciário traz para si uma responsabilidade que dentro da divisão clássica dos Três Poderes, seria do Legislativo e do Executivo. Porém diante da apontada omissão, as respostas são dadas na seara jurídica, indo em princípio de encontro ao que prega o princípio democrático.

Na visão do autor, a dificuldade contramajoritária não se sustenta no caso brasileiro. Isto porque foram peculiaridades do ordenamento brasileiro que permitem a existência da jurisdição constitucional, como a própria previsão constitucional do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, além de que o controle da Constituição pelo Poder Judiciário consegue ampliar, ainda que de forma deficitária e um tanto quanto tímida, os canais de participação de parcelas da sociedade que são excluídas do processo político pelos outros poderes. Trata-se da tensão sinérgica entre

constitucionalismo e democracia apresentada por Sarmiento é algo que se faz presente na realidade brasileira, onde o processo de fortalecimento da democracia acontece paralelamente à participação que a jurisdição constitucional proporciona, decorrendo em função disto, o chamado papel representativo do Poder Judiciário.

Isto é verificado quando há uma decisão louvável do STF em relação à minoria sexual existente no Brasil. De certo, este foi um julgamento histórico que representa grandes avanços nos Direitos de LGBT's no Brasil. Obviamente, a luta pela equiparação material entre tais sujeitos em relação aos que não são desviantes da heteronormatividade, considerada como padrão pela sociedade, ainda tem um longo caminho a ser percorrido. Porém, julgamentos como o da ADI 132 e da ADPF 4277, trazem avanços em matérias de prestação jurisdicional, atendendo a proposta atribuída ao Poder Judiciário no cenário contemporâneo.

Este foi apenas um dos exemplos de ações que foram levadas ao STF e que imprimem a visão da judicialização e que atuam em função da proteção de minorias sociais. Desta forma, é inegável a importância da chamada função contramajoritária do STF, conjuntamente à função representativa. Por diversas vezes, os demais Ministros deixam clara a necessidade desta atividade interpretativa do Poder Judiciário, quando uma lacuna não é preenchida pelo Poder Legislativo.

Em razão disto, podem ser extraídas algumas afirmações:

1) a jurisdição constitucional está intimamente ligada ao processo democrático ao dar espaço às minorias socialmente vulneráveis e por este motivo se torna imprescindível dentro de democracias não funcionais como a brasileira;

2) a afirmação anterior permite que o Poder Judiciário seja legitimado a sustar atos de Poderes como Legislativo e Executivo, apesar de não passar por um escrutínio rígido como estes, contanto que a decisão da jurisdição constitucional vise a proteção do jogo democrático e dos direitos e garantias fundamentais;

3) o Poder Judiciário, assim como os outros Poderes não é um Poder perfeito e, portanto, passível de cometer erros durante sua atuação, partindo disso a necessidade de se atentar para a autocontenção, evitando a supremacia judicial, além de ser salutar a advertência realizada por Hirschl a respeito do jogo de poderes envolvido no fortalecimento do Poder Judiciário seja levada em conta; e

4) a solução que traz o Poder Judiciário como meio de fortalecimento dos canais participativos e, conseqüentemente, da democracia, deve ser paliativa, conside-

rando que isto retira a responsabilidade dos Poderes essencialmente políticos decidirem sobre as questões controversas da sociedade, porém, enquanto a realidade social do desapego de outros Poderes com algumas das demandas da sociedade ou até mesmo que criem óbices para a efetivação destas, exigem uma atuação da jurisdição constitucional, como pode extraído das decisões elencadas no desenvolvimento do texto.

Isto posto, vê-se a relevância que o Poder Judiciário vem adquirindo no avanço social e na promoção de uma sociedade igualitária e plural, promovendo através da legitimidade democrática, o “bem de todos”, assim como lembra o Ministro Barroso, “A maior parte dos países do mundo confere ao Poder Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias” tendo em vista que é evitado “que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias”.¹³²

¹³² BARROSO, L. R.. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, p. 36, 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, p. 22 a 50 2015. Disponível em < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

_____. **Contramajoritário, Representativo E Iluminista**: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <<http://www.luistrobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto Constitucional Promulgado em 5 de outubro de 1988. Acesso em: 14 fev. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 175/2013**: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017

_____. **Decreto-Lei n. 1001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.

_____. **Lei 9.882/1999, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 612/2011**. Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 05 maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.464/DF** – Distrito Federal. Relator: Moreira Alves. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 26 set de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347071628635>>. Acesso em: 20 jun. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de prefeito fundamental nº 291/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://reidir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em: 01 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378/RS (2010/0036663-8)**. Relator: Luís Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 25 out de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1183378_RS_1330972067974.pdf?Signature=VwEQfPjJa7YeOOL4Izvm24%2FYFww%3D&Expires=1506825604&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6614bce5618ad15c0806d4ac79e931ac>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.281.093/SP (2011/0201685-2)**. Relatora: Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 18 dez. de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1203140&num_registro=201102016852&data=20130204&formato=PDF>. Acesso em: 01 out. de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.pg. 19. Título Original: Giudici Legislatori?

CHAGAS, Carolina Alves. **O Supremo, Uma Ilha: o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira.** 2016. pg. 62 – 65. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45185/R%20-%20D%20-%20CAROLINA%20ALVES%20DAS%20CHAGAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, B. M. **Governo Democrático e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. pg. 48

CUNHA, Luciana Gross; et. al. **Relatório ICJBrasil: 1º semestre/2016.** pg. 16 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV), 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 de fev. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pg. 297. Título Original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats.

HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts.** Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008>. Acesso em: 09 de abril de 2017.

KRAMER, Larry D.. **Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad**. Tradução: Paola Bergallo. Madri: Elecé, Indústria Gráfica, S. L., 2011. Título Original: The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade**. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl., Cap. 8. p.873 - 1347. 2015.

NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade; JUNIOR, Nelson Nery; **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, José Nunes de Cerqueira. **Como Pensam os Ministros do STF?**: direito, política e guarda da Constituição no pós-1988. Pg. 77. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19861/1/2016_JoseNunesCerqueiraNeto.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **HomoEfetividade**. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S.; OMMATI, J. E. M.; VEC-CHIATTI, P. R. I. (Organizadores). Diferentes, Mas Iguais: estudos sobre a decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. pg. 151 - 172.

SARLET, Ingo; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, São Paulo, 4. Ed. ampl.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. . **Controle de Constitucionalidade e Democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Daniel Sarmento. (Org.). Jurisdição Constitucional e Política. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pg. 73 a 114.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 25ª edição, 2005, São Paulo - Sp.

SOUZA, Emília, Gomes. **A Simplificação da Linguagem Jurídica e o Acesso à Justiça**. 2008. Monografia (Pós-Graduação em Língua Portuguesa, Compreensão e Produção de Textos). Faculdade de Educação São Luís, Jabotical. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/biblioteca/trabAcad/TCCEmiliaGomesdeSouza.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constitucionalidade das Decisões do STF, STJ e CNJ sobre as Uniões Homoafetivas**. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S.; OMMATI, J. E. M.; VECCHIATTI, P. R. I. (Organizadores). Diferentes, Mas Iguais: estudos sobre a decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pg. 11 – 109.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, Luiz (Orgs). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.