

**Juristocracia e a Efetivação dos Direitos Fundamentais:
Tensão entre a Forma Democrática de Governo e o Constitucionalismo**

**Juristocracy and the Enforcement of the Constitutional Rights:
Tension between the Democratic Form of Government and
Constitutionalism**

Rebecca de Souza Paiva¹

Resumo: O que se pretende com o presente estudo é, considerando a estrutura da teoria constitucional, explicar a aparente inclinação antidemocrática ou contra majoritária do Estado Constitucional e analisar, à luz do pluralismo, da expansão do Poder Judiciário e da rigidez da Constituição Federal, a efetivação dos Direitos Fundamentais. Questionam-se quais seriam os limites impostos aos juízes nas hipóteses em que desconsideram determinada legislação ou lhes conferem interpretação diversa daquela prevista pelo legislador quando convencidos de que seu conteúdo viola direitos fundamentais; bem como se essa prática sofre déficit dos fundamentos democráticos. Demonstrar-se-á que atividade jurisdicional, entendida como a prolação de decisões autônomas e vinculantes poderia conferir maior proteção aos Direitos Fundamentais, assegurando a rigidez da Constituição, prevenindo o arbítrio do poder público por meio da jurisdição constitucional.

Palavras-Chave: Juristocracia; Teoria Constitucional; Democracia; Direitos Fundamentais.

Abstract: This paper aims, in the context of the Constitutional Theory structure, to explain the, apparently, undemocratic and counter majoritarian inclination of the Constitutional State and, according to the pluralistic theory, the Judiciary Branch's expansion and the Federal

¹ Graduanda em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP/EDB.

Constitution's stiffness, to analyze the enforcement of the Constitutional Rights. Some people wonder if judges have the authority to strike down legislation when they are convinced that it violates Constitutional Rights and wonder if this practice suffers from some sort of democratic deficit. However, this article shall demonstrate that this jurisdictional activity, understood by the decisions autonomous and bindings, can mean more protection of the Constitutional Rights, can ensure the Federal Constitution's stiffness and can even prevent abuses of power from the government through constitutional jurisdiction.

Keywords: Juristocracy; Constitutional Theory; Democracy; Constitutional Rights.

1. Introdução

A expressão “Juristocracia²” corresponde, para muitos, a um instrumento de retórica utilizado para criticar o comportamento dos juízes, com base nas técnicas contidas na estrutura decisória. Essa expressão é comumente evocada para caracterizar o comportamento de postularem ocupar espaços ou tomar decisões que ultrapassam suas competências originárias, no sentido de que tal conduta acabaria por caracterizar uma afronta, em certa medida, à estrutura democrática e ao equilíbrio estabelecido entre os poderes.

A referida expressão, portanto, consubstanciaria, segundo Paulo Paiva – “uma mudança nos parâmetros político-decisórios da democracia e teria como característica principal dar curso a uma progressiva restrição da discricionariedade dos órgãos políticos-majoritários³” (PAIVA, 2011, p. 499-528) – e, conseqüentemente, ensejar a garantia judicial dos direitos constitucionais.

Assim, diante de um sistema de governo predominantemente judiciarista, põe-se em questionamento qual seria o limite imposto ao órgão incumbido da jurisdição constitucional, em relação às competências conferidas ao legislador.

² Conferir a este respeito: HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Volume 11. Cambridge, 2004.

³ PAIVA, Paulo. *Juristocracia?, As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. (p. 499-528).

O objetivo do presente estudo é analisar, pois, a suposta tensão entre o constitucionalismo e a forma democrática de governo, tendo em vista a ordinária inclinação contra majoritária do Estado Constitucional, decorrente da incompatibilidade entre a ideia de soberania e pluralismo.

Shapiro em relação a este tema se manifestou no sentido de que "sob a vigência de um regime de implementação judicialmente forçada de direitos", ocorre, inevitavelmente, a "alteração fundamental da natureza do governo democrático"⁴ (SHAPIRO, 2002, p.182).

O presente artigo será dividido em cinco tópicos, os quais têm o condão de versar sobre os objetivos acima expostos. Serão apresentadas questões que serão utilizadas para justificar o comportamento do Poder Judiciário, o qual está sendo posto em análise, sendo a referida expressão "juristocracia" abordada diretamente logo em seguida com o tema da rigidez constitucional. Serão analisados, também, a incompatibilidade entre a soberania e o pluralismo e, por conseguinte, o papel da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais. Para complementar o estudo, serão trazidos para exposição casos envolvendo a postura do Poder Judiciário, frente ao que estes direitos são vocacionados a proporcionar.

2. O Brasil Constitucionalmente Democrático, a Rigidez da Constituição e a Juristocracia

É cediço que o Brasil passou por diversas transformações ideológicas em seu plano governamental antes da adoção da atual forma de governo, a República Democrática.

O fim do período militar representou para a realização da Assembleia Constituinte e a elaboração da Constituição cidadã de 1988, ao mesmo tempo, postulado de abstenção do Estado, de inspiração das ideias Iluministas, em certa medida, com o respeito aos direitos individuais, bem como uma imposição a uma participação mais ativa no que tange à efetivação dos direitos fundamentais.

Com a redemocratização do país, houve, então, uma horizontalização entre Estado e sociedade. O que significa que a tradicional disposição entre Estado e indivíduo se rompe, o Estado e o Poder Judiciário deixam de ser meros instrumentos de aplicação da lei, mas,

⁴ MARTIN, Shapiro. *On Law, Politics & Judicialization*. New York. Oxford University Press, 2002, pág. 182.

tornaram-se responsáveis por implementar políticas públicas para alcançar a efetivação de direitos, tendo em vista que qualquer ação ou omissão por parte do Estado deve ser pautada pelo objetivo de melhor atender as necessidades do cidadão.

Ao conceituar essa ideologia, explicaram Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça ao exporem que “Democracia significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. Constitucionalismo, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita⁵”. Simultaneamente, portanto, o povo desfruta da titularidade de um poder e a Lei Maior contém disposições limitadoras, as quais vinculam a todos.

A Constituição Federal, em seu Preâmbulo, conta que teve como inspiração para a realização da Assembleia Constituinte o propósito de "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança". Seria esta, portanto, o "documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem" (MENDES, 2014, p. 135).

A Constituição Federal estabeleceu, além disso, a separação dos três Poderes da União em seu artigo 2º ao determinar que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Relativo às funções de cada Poder em sentido estrito, diz-se que cabe ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, respectivamente, elaborar normas gerais e abstratas e fiscalizar, fazer com sejam aplicadas e fixar diretrizes políticas administrativas e, finalmente, protegê-las.

Aos membros do Poder Legislativo e ao Presidente da República, isto é, aos agentes públicos eleitos, cabe representar a soberania popular, uma vez que é o povo o titular do poder constituinte originário, fator esse que caracteriza a democracia.

Mais detalhadamente, cumpre ao Legislativo, precipuamente, a tarefa de legislar e fiscalizar. Ao executivo recai a responsabilidade pela administração em geral e Chefia de governo. Ao Poder Judiciário, como já citado, cabe proteger as normas, analisando sua

⁵ BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. *O STF entre os seus papeis contramajoritário e representativo*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeiscontramajoritarioerepresentativo>. Acesso em 31 de mar. de 2013.

compatibilidade com a Constituição. E cumpre a todos eles o dever de fiscalizar e suprir uns aos outros.

Nesse diapasão, resta saber se as questões apreciadas pelo Judiciário, que, originariamente, não lhe recaía a responsabilidade, seria uma afronta à teoria dos três poderes ou simplesmente imperativos de coerência lógica.

Nesse período em que foi instituído o constitucionalismo democrático oficialmente, é importante destacar a observância ao direito subjetivo, inerente e irrenunciável do direito de ação, de provocar o Judiciário para obter a prestação jurisdicional.

Tal prerrogativa levou a uma judicialização de conflitos em larga escala que, outrora, não eram levados ao judiciário, tampouco tinham seu desfecho determinados por ele, como questões morais, econômicas e sociais. O que significa que tornou-se frequente a judicialização da vida.

Surgem, assim, os questionamentos acerca dos limites institucionais, jurídicos ou políticos de atuação imposto ao Poder Judiciário, tendo em vista o número de ações a serem apreciadas que envolvem questões não somente jurídicas.

Com isso, é evidente que diversos elementos, além dos que já integravam sua função ordinária, estão sendo percebidos pelo Judiciário. Dentre eles, por exemplo, a opinião pública derivada da liberdade de expressão concedida pela Constituição. Surgem, portanto, indagações tais como se estaria o órgão de jurisdição considerando a opinião pública ou a vontade majoritária, devido à chamada judicialização da vida e, assim, passando a representar o povo e não unicamente protegendo a Constituição.

Não obstante, importa saber as consequências da atuação do Judiciário quanto a estas questões já abordadas e, possivelmente, de uma postura legislativa. Como já exposto, cabe ao Judiciário e, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, garantir o respeito aos preceitos constitucionais. Por esta razão, é possível perceber que o Poder Judiciário estaria progressivamente ampliando sua margem de competências, ocorrendo, então, a denominada “juristocracia”.

Um Poder Judiciário que legitima outros elementos para os quais, originariamente, não foi incumbido para tal, pode ser acusado de tentar usurpar a competência dos demais

poderes. Entretanto, um Judiciário que se cega para a realidade coloca em risco a efetividade dos Direitos Fundamentais.

Diante disto, Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça afirmaram que “o que se tem, portanto, é um equilíbrio delicado e dinâmico, em que se alternam momentos de ativismo e contenção, bem como momentos de alinhamento e desalinhamento com a vontade majoritária⁶”.

Este Poder, portanto, tem competência para aferir a constitucionalidade de leis provenientes de decisões, muitas vezes, majoritárias do Congresso Nacional e de atos do Poder Executivo, sendo este democraticamente eleito, afastando-se, então, do caráter representativo, assumindo uma postura contramajoritária. Logo, enfatiza-se a posição de destaque do Supremo Tribunal Federal, principalmente por sua qualidade de guardião da Constituição e ter o dever de garantir sua rigidez.

Para ilustrar esta postura destaca-se a decisão que põe em discussão a inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa (RE 633.711, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa) para as eleições do ano de 2010, segundo a impossibilidade da anterioridade da lei, conforme disposto no art. 16 da Constituição Federal; outra é a que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, em igualdade de condições em relação aos heterossexuais (ADPF 132/RJ e ADI 4.277, Rel. Min. Carlos Britto). Com essas decisões, foram garantidos o princípio da isonomia, a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada (cláusula geral da liberdade), independentemente da vontade predominante do povo.

Não é despendendo destacar parte do conteúdo do voto do Ministro Gilmar Mendes no caso da Lei da Ficha Limpa (ADI n.º 4.578), no qual declarou que

Não se deve esquecer, ademais, que essa tal “opinião pública” ou essa imprecisa “vontade do povo” é a mesma que elege os candidatos ficha-suja. Se formos então levar em consideração a vontade do povo, a qual dessas vontades devemos dar prevalência: àquela que subscreveu o projeto de lei de iniciativa popular e que é representada por grupos de interesse e muitas vezes manipulada pelas campanhas e meios de comunicação, ou àquela legitimamente manifestada e devidamente apurada nas urnas? Certamente, a Jurisdição Constitucional não pode se basear em

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2011: um ano para não esquecer*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf>. Acesso em 31 de mar. de 2013.

critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios enraizados em nosso constitucionalismo⁷.

Neste mesmo diapasão, embora no contexto internacional, cabe lembrar que é comum que a legislatura só valha após revisão e reconstrução da corte. Sobre isso, Waldron afirma que esse desconforto com a democracia é um dos *dirty little secrets* da jurisprudência contemporânea. O paradoxo da democracia nos estados unidos está exatamente em se orgulharem de sua grande democracia, não obstante o seu próprio sistema causar um profundo e constante mal estar democrático.

É relevante acrescentar uma série de medidas adotadas pelo Tribunal Constitucional Português, as quais ilustram exatamente o que está sendo estudado.

Foi declarada, no ano de 2012, a constitucionalidade de um conjunto de normas que admitia a redução remuneratória, atingindo, assim, determinada classe de trabalhadores, o que significava a suspensão dos pagamentos de natal e férias (Acórdão nº. 353/12). Houve a declaração da constitucionalidade da Lei 11/2010, que resultou no aumento das taxas, a qual foi aprovada no meio do ano, referente ao IRS (imposto sobre o rendimento das pessoas singulares).

Tais decisões implicaram em severas críticas ao Tribunal. Ocorre que, fundamentalmente, por causa da crise econômica e financeira pela qual estão passando alguns países da Europa, entendeu por aprovar medidas restritivas de direitos para tentar saná-la, ou, ao menos, amenizá-la.

Comprova-se, ao serem colocadas à mostra decisões atuais tomadas pelo órgão de jurisdição constitucional, que adota uma postura, por vezes, contramajoritária, tendo em vista que, a despeito da opinião pública, decide, como se viu, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, sem prejuízo, porém, dos preceitos constitucionais.

3. Incompatibilidade entre a ideia de Soberania e Pluralismo

A ideia de vontade majoritária apresentada pela teoria da soberania popular do séc. XIII – retratada, por exemplo, na obra "O que é o Terceiro Estado" de Emmanuel J. Sieyès –

⁷ ADI n.º 4.578, Relatoria: Min. Luiz Fux, 16/2/2012, pg. 285.

é, evidentemente, incompatível com a diversidade de interesses que convivem em uma sociedade. Isto porque a demanda por consenso se configura impraticável, considerando a complexidade no contexto de uma sociedade fragmentada, multicultural e contemporânea, conforme critica Nicholas Rescher⁸.

Sobre este aspecto, conclui, então, o professor Segado, que a grande reformulação revolucionária, defendida por doutrinadores como Sieyès, não fazia outra coisa, senão impor à nação, declarada soberana⁹, “a aplicação do princípio, afirmado por Bodin e conservado em vigor até o fim da monarquia do Antigo Regime, segundo o qual o príncipe, como soberano, se acha *supra leges* e queda *legibus solutus*¹⁰” (SEGADO, 1958, p. 65).

Deve-se considerar, então, que aceitar as teorias sobre consensualismo ou soberania, exercida por quem quer que seja, implica em afastar a ideia de pluralismo, o que é empiricamente impossível e absolutamente incoerente.

Além disso, não é admissível considerar a existência de uma soberania popular, haja vista as premissas do Estado Constitucional de Direito, as quais afastam de pronto a ideia de que tal soberania possa ser exercida pelo povo em relação à efetivação dos direitos fundamentais, entendendo ser este titular do Poder Constituinte Originário.

Com efeito, porém, uma vez instaurada a nova ordem constitucional, será a Constituição o fundamento de validade para todas as outras ordens institucionais. A soberania, portanto, emana desta, submetendo, assim, todos aos seus comandos, inclusive o Estado e todos os seus órgãos.

Dominique Rousseau consolidou seu entendimento acerca da ideia da democracia constitucional, afirmando que

A jurisdição constitucional introduz, na verdade, dois elementos perturbadores na lógica representativa clássica: a lei não passa mais pela vontade dos eleitos, mas da Constituição tal como interpretada e imposta pelos juízes constitucionais, os cidadãos têm no Tribunal Constitucional um instrumento permanente para controlar, entre duas eleições, o trabalho

⁸ RESCHER, Nicholas, *Pluralism. Against the Demand for Consensus*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 47.

⁹ PAIVA, Paulo Frederico. *Majoritário, Contramajoritário, Plural: História e Superação do Romantismo Constitucional*. Observatório da Jurisdição Constitucional, ISSN 1982-4564, Ano 3, 2009/2010

¹⁰ SEGADO, Francisco, “Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges”. *Tres ideas- fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, cit., p. 68.

legislativo de seus representantes. Esses dois elementos esboçam uma nova forma de democracia, que propus chamar de democracia contínua. Ela se distingue da forma direta de democracia que abole a distinção entre representante e representado e se distingue, igualmente, da forma puramente representativa, que reduz ao máximo a comunicação entre representantes e representados. A democracia contínua se poderia definir – ao menos provisoriamente – como um além da representação, não porque suprima sua importância, mas porque a transforma e alarga o espaço de participação popular por meio de formas particulares – e, notadamente, pela jurisdição constitucional – que permitem aos indivíduos exercerem um trabalho político: o controle, fora os momentos eleitorais, da ação dos governantes.¹¹

A soberania popular, típica da forma de governo democrática, não pode ser usada como parâmetro para que os juízes tomem suas decisões, haja vista a incompatibilidade desta estrutura com a do Estado Constitucional de Direito, como já se aferiu anteriormente. É indispensável, portanto, a compreensão de que devem ser tomadas sob o ponto de vista constitucional, não da maioria, mas com base em critérios, e preceitos jurídicos e não em qualquer pré-compreensão ou considerando a ilusória ideia de consensualismo.

O controle de constitucionalidade, por exemplo, consubstancia uma expressão ordinária e fundamental do pluralismo. Sobre esse aspecto, é importante notar que Dieter Grimm e Dworkin concordam fundamentalmente em relação ao sentido do controle de constitucionalidade naquilo que pode ser denominado de democracia constitucional, em detrimento da democracia majoritária¹².

Zagrebelsky, por sua vez, afirma que o direito deve ser dúctil, o que quer dizer maleável, a fim de que sejam atendidas, seguindo a linha de pensamento de Müller¹³, as mudanças que ocorrem na área da norma, que representam os rearranjos sociais e políticos. Ao mesmo tempo, entretanto, a Constituição deve ser rígida o suficiente para se estabelecer limites dentro dos quais esses rearranjos podem ser admitidos ou não.¹⁴ Ressalte-se que os tribunais, analisando as peculiaridades de cada caso concreto, devem realizar estes juízos, lidando com as possibilidades reais, desde que não desfigurem o programa da norma.

¹¹ ROUSSEAU, Dominique. *A Justiça Constitucional na Europa*, Paris: Montchrestien, 1992, p. 155-156.

¹² Conferir texto básico de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional em MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*.

¹³ MÜLLER, Friederich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. Editora: Síntese, Rio Grande do Sul, 1999, p. 43-96

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.

Cumpra, ainda, acrescentar que há muito do que está sendo posto em análise no voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes na ADI 3.510, em que foi questionada a Lei de Biossegurança (nº 11.105, de 24 de março de 2005) em relação à pesquisa médica com células-tronco, ao discorrer que

(...) São em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgios para restringir as competências da jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. (...) Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controversias, têm excedido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isto tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais (...) Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos de aborto (BverfGE 39, 1, 1975; BverfGE 88, 203, 1993 (...))¹⁵.

Diante disto, deve-se admitir que os poderes políticos majoritários não são capazes de garantir os direitos constitucionais das minorias em detrimento das demais demandas políticas¹⁶. A Constituição, ademais, não é um documento meramente procedimental, é imperioso reconhecer que há direitos que decorrem da demanda do governo representativo, no entanto, há aqueles que não decorrem.¹⁷

4. Direitos Fundamentais, Democracia e o Papel da Jurisdição Constitucional

Kelsen, na conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, destacou a importância central da jurisdição constitucional na concretização da ideia de um sistema democrático moderno, considerando que

¹⁵ ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, Dj de 28.05.2010.

¹⁶ Em sentido análogo: HESSE, Conrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre. Sérgio Fabris Editor. 1998, p. 68/9.

¹⁷ ELSTER, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 198.

a simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social¹⁸.

Acrescenta, ainda, que se a jurisdição constitucional é capaz de assegurar um processo apurado de elaboração legislativa – inclusive no que se refere ao conteúdo de determinada lei – desempenhando, então, uma importante função na proteção contra os avanços da maioria, em detrimento da minoria, cujo avanço só poderá ser tolerado se no âmbito da legalidade.

A crítica que se faz constantemente acerca do assunto, entretanto, é que o Poder Judiciário submete os outros poderes ao seu controle, logo, estaria sendo estabelecido um "regime de governo conduzido por juízes¹⁹" (SWEET, 2000. p. 65). Acrescenta-se, ainda, que as decisões proferidas pela Corte Constitucional estariam inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático, o que acabaria por cancelar o poder de vetar as atividades de competência originária do legislador²⁰.

A partir destas críticas sobre a característica prioritariamente jurisdicional da Constituição, é indispensável asseverar que, não obstante sua importância, significam, em certa medida, não negar o legalismo revolucionário – como o dos jacobinos no contexto da Revolução Francesa – ou, mais ainda, apoiar a república democrata-radical de Habermas, posta em revolução permanente, conceitos estes também abordados por Marx e Trotsky.

Esta pretensão de conter a atividade da jurisdição constitucional aqui posta em estudo, implicaria, portanto, em leis, não pautadas nos direitos fundamentais, mas em direitos do homem compreendidos por meio da observância da manifestação da vontade majoritária, a qual seria soberana²¹.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerielusbarkeit*, VVDStRL. 5. 1928, p.80-81. Tradução: Carmelo Geraci.

¹⁹ SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, 2000, p.65.

²⁰ Em sentido análogo: BARROSO, Luiz Roberto. Jucialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 08/03/2013.

²¹ HABERMAS, Jürgen, *Faticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso*, p. 598.

O fato é que a supremacia do Poder Judiciário usurpada pelo Juiz Marshall, por exemplo, ao decidir o caso *Marbury v. Madison* e adotada pelo próprio Conseil Constitutionnel – cabendo aqui destacar o que foi declarado pelo Conseil, de acordo com Marie-Claire Ponthoreau, que havia este se tornado "defensor dos direitos da oposição contra a ação excessiva da maioria e, sobretudo, o guardião dos direitos e liberdades dos cidadãos"²² (PONTHOREAU, 1993. p. 75) – conseguida após anos marcados pela predominância do parlamento ou de regimes caracterizados pelos ideais comunistas em determinados países, conduziram, inevitavelmente, à superação do ideal de vontade majoritária de inspiração revolucionária²⁴.

Sob outro aspecto, é importante ressaltar que, para Hart, entre a área de incidência da norma e aplicação não há uma limitação razoável ao poder de decisão do juiz. Sua teoria apresenta traços voluntaristas, os quais também estão presentes na teoria decisionista defendida por Carl Schmitt²³, o que não é admitido no presente estudo.

Kelsen, por sua vez, os mitiga com a moldura normativa, estabelecendo uma relação de subordinação entre a norma de escalão superior e as de escalão inferior, sendo conferida ao juiz legitimidade para interpretar a norma, condicionada, porém, à sua respectiva reserva legal, dentro dos limites impostos pela moldura normativa²⁴.

Deve-se considerar que a partir de uma omissão do legislador em relação a sua competência de especificar o programa instituído pelo constituinte originário, ou diante da impossibilidade de prever peculiaridades e fatores supervenientes no mundo empírico, ou, além disso, quando houver uma aparente colisão de direitos fundamentais em um caso concreto não previstos por ele, deve o Judiciário, portanto, agir, com base na otimização das circunstâncias fáticas e não sob a ótica da vontade majoritária. Sendo certo que, se for necessário, será contrário a ela.

²² PONTHOREAU, Marie-Claire, *La Reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française: essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris: Economica, 1993, p. 75.

²⁴Constituição Francesa (Jacobina) do ano de 1793, artigo 28: "Um povo resguarda o direito de renovar, de reformar e de mudar de Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras."

²³ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição (Der Hüter der Verfassung)*, tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

²⁴ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University. Press, Ed.: Cambridge, Massachusetts, 2010, p.268.

Deve analisar qual âmbito normativo deve ser privilegiado, declarando, por fim, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, o que, certamente, resultará em uma invasão na esfera de conformação do legislador (o tribunal, em determinadas hipóteses, cumpre papel de legislador negativo).

Para demonstrar este processo institucional, há diversas decisões envolvendo dissensos sociais e omissões legislativas: instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3367/DF); criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); liberdade de expressão e racismo – Caso Ellwanger (HC 82424/RS); interrupção de gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); legitimidade de ações afirmativas e quotas raciais (ADI 3330); o caso dos *Royalties* do Petróleo e do Instituto Chico Mendes (ADI 4029), dentre muitas outras.

O que se questiona é quanto de deferência deve ter em relação ao legislador, ou seja, a margem a qual está submetida a Corte Constitucional ou órgão dotado de competência para aferir a legitimidade das leis e dos demais atos normativos ao lidar com o já mencionado rearranjo social.

Sobre isso Zagrebelski determinou que

A Corte não pode imprimir à Constituição uma hiperrrigidez e não pode tratar a atividade do legislador como se fosse uma atividade de mera técnica de desdobramento da Constituição, a corte não pode ser tão injuntiva. Uma das principais vias de manifestação do pluralismo jurídico é exatamente a atividade legislativa. A partir daí a Corte deve analisar cada caso concreto²⁵.

Diante de uma omissão ou obscuridade decorrente de uma aparente colisão de direitos fundamentais, como se disse, a Corte poderia, por meio de controle de constitucionalidade ou de uma sentença mandamental e aditiva²⁶, garantir a efetividade destes direitos, o que é extremamente razoável e, muitas vezes, indispensável. Isto não significa, de

²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. T. VI. 3ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2008. "Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta. Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v. g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ónus (v. g. uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontrem na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas.

forma alguma, a destituição do Poder Legislativo, tampouco a negação do caráter originário da legislação.

É o que se pode observar no caso da formulação da lei que conferiu a prerrogativa do prazo em dobro à Defensoria Pública, a qual teve a constitucionalidade veementemente questionada pelo Ministério Público. O Ministro Moreira Alves em seu voto se manifestou no sentido de que, ainda que aparentemente a referida lei estivesse ferindo o princípio da igualdade processual, diante das peculiaridades do caso concreto, configurava-se esta razoável e constitucional.

Acrescente-se, analisando sob o contexto internacional, a decisão da Suprema Corte Judicial de Massachusetts, a qual entendeu que leis que permitiam o casamento violavam o Estado Constitucional de Direito, o devido processo legal e a isonomia, por implicitamente conferir o status de casamento somente às uniões entre homens e mulheres²⁷.

É de se notar que relevantes questões da sociedade contemporânea têm seus desfechos determinados pelos Tribunais Constitucionais, não pelos representantes do povo reunidos no parlamento. O que leva a crer que quanto menos espaço retórico político, portanto, maior é o poder conferido aos julgadores. O que significa que com a restrição do espaço para a discricionariedade política, alcança-se a rigidez constitucional, e ao Poder Judiciário são conferidos maiores poderes substanciais inevitavelmente.

5. Considerações Finais

Ao se fazer uma profunda análise da constitucionalização e rigidez dos Direitos Fundamentais, é conclusivo que uma maior atuação do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, ao conferir eficácia aos Direitos Fundamentais, em conformidade com a Constituição Federal, é um fenômeno previsível, necessário e ordinário, ao se deparar com peculiaridades dos casos concretos.

Deve-se acrescentar que a legitimidade de cada instituição não é determinada por sua democraticidade, mas por seu valor instrumental em prover pontos de acesso para a expressão

²⁷ *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E. 2d 941. Mass. 2003.

de visões e interesses opostos²⁸. Não se deve desconsiderar o fato de que nem tudo que o povo anseia é democrático e útil, válido ou não sob o ponto de vista da Constituição.

Ressalte-se que há limites jurídicos estabelecidos na Constituição quanto ao exercício do poder e do dever de a resguardar para aquele a quem esta é confiada²⁹.

Não se deve pensar, portanto, que o intuito seja outro, senão salvaguardar a supremacia da Constituição, bem como de seu conjunto de competências e, assim, prevenir o arbítrio do poder público e garantir uma proteção mais efetiva aos direitos fundamentais, assegurando a rigidez destes e, por conseguinte, a segurança jurídica. Neste diapasão, o modelo em que se destaca a jurisdição constitucional se apresenta como mais adequado para alcançar tais objetivos.

A este respeito Rui Barbosa se manifestou aferindo:

Pois, se de revisão e de recurso em recurso, a um paradeiro havemos de chegar, onde se estanque, e donde se não tolere mais recurso, nem revisão, por que iríamos assentar esse último elo na política, em vez de o deixar na magistratura? Pois, se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois, se nos tribunais andamos à cata da guarida para nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento ou do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um destes dois poderes a palmatória dos tribunais?³⁰

Resta imperioso asseverar que, confirmando tudo o que até aqui foi posto em estudo, Robert Alexy se manifesta no sentido de que

Os direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional. O escalão hierárquico supremo seria sem interesse se não acrescesse o segundo, a força de concretização suprema. Dela dispõem direitos fundamentais quando eles primeiro vinculam todos os três poderes, portanto, também o legislador e quando essa vinculação é controlada judicialmente, portanto, é judiciável. Se se excetuasse o legislador dessa vinculação ou se se declarasse alguns direitos fundamentais como não-justiciáveis, então desapareceriam, sem dúvida, muitos problemas. O preço para isso seria, todavia, alto. Ele residiria em uma renúncia a uma institucionalização completa e autêntica. Uma tal renúncia, porém, seria uma infração aos direitos do homem.³¹

²⁸ PERETTI, Terri, *In defense of a political court*, p. 209-210.

²⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁰ BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.169.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional- Palestra inaugural proferida em virtude da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, no dia 09 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS. Tradução: Dr. Luíz Afonso Heck.

Não seria demais ressaltar, por fim, que a jurisdição constitucional, além de restringir os abusos por parte do legislador, acaba por estimular que não se quede inerte, produzindo novas práticas legislativas no âmbito político-institucional, o que é extremamente vantajoso para o funcionamento do ordenamento³².

Para ilustrar tal fato, cabe ressaltar a decisão que reconheceu a mora do Congresso Nacional na regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, foi anunciado, então, que seria formulado um regime jurídico temporário, com o intuito de, por meio de decisão judicial em controle concentrado de constitucionalidade, instituir aquilo que o legislador não tinha concedido para permitir a fruição do direito. O legislador, antes mesmo da divulgação do referido regime, no entanto, mobilizou-se para editar a lei.

Não se trata, portanto, de decisão política fundamental de um povo, conforme defendia Schimmit em sua teoria decisionista, segundo a qual, o controle seria exercido pelo próprio povo, que deteria a soberania. Se assim o fosse, não haveria razão de ser para a Jurisdição Constitucional, uma vez que a Constituição não seria enxergada como norma, mas como a expressão da vontade majoritária.

Não obstante, a Constituição Federal, tida com norma jurídica suprema de um Estado Constitucional de Direito, detém a soberania e, portanto, como já foi explicitado, é dela que as demais normas retiram seu fundamento de validade, de acordo com o que afirmou Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito.

O escopo da Jurisdição é, então, por meio do Controle de Constitucionalidade, preservar o respeito e observância à Constituição, salvaguardando seus preceitos, eivando esforços de forma a evitar os ímpetos da maioria, sabendo que há o pluralismo jurídico e que também deve ser respeitado. Dessa forma, evita-se o arbítrio.

As expressões "instauração de uma Juristocracia" ou "ativismo judicial" são conferidas, portanto, a uma inevitável atividade e progressiva expansão do judiciário, as quais se configuram legítimas e, acrescente-se, absolutamente comuns e indispensáveis para a operação do ordenamento, além de servir como proteção ao experimentalismo democrático.

³² PAIVA, Paulo. *Juristocracia?, As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. (p. 499-528).

Nada mais que isso.

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2011: um ano para não esquecer*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/01/Retrospectiva-2011_31dez11.pdf>. Acesso em 31 de mar. de 2013

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. *O STF entre os seus papeis contramajoritário e representativo*. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-entre-seus-papeis-contramajoritario-erepresentativo>>. Acesso em 31 de mar. de 2013

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em 31 de mar. de 2013

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

ELSTER, JON, Jon. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, Jürgen, *Faticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2004.

HESSE, Conrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Editora: safE. Ano: 1998. Título Original: Grundzüge Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Havard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, University of Toronto. Disponível em <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>>. Acessado em 15/04/2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo. Editora: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerielusbarkeit*, VVDStRL. 5. 1928, p.80-81. Tradução: Carmelo Geraci.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. 2ª Edição: Martins Fontes, 2007.

MARTIN, Shapiro. *On Law, Politics & Judicialization*. New York. Oxford University Press, 2002.

MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo. Editora: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. *Primeira Seção, Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*: texto básico de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional em 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. T. VI. 3ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2008.

MÜLLER, Friederich. *Métodos de Trabalho do Direito Consitucional*. Tradução de Peter Naumann. Editora: Síntese, Rio Grande do Sul, 1999, p. 43-96

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O Supremo entre a concretização da Constituição e a Juristocracia*. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-entre-aconcretizacao-da-constituicao-e-a-juristocracia>>. Acesso em 31 de mar. de 2013

PAIVA, Paulo Frederico. *Majoritário, Contramajoritário, Plural: História e Superação do Romantismo Constitucional*. Observatório da Jurisdição Constitucional, ISSN 1982-4564, Ano 3, 2009/2010.

PAIVA, Paulo. *Juristocracia?, As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. (p. 499-528).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *O judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias*. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ojudiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaia>>. Acesso em 31 de mar. de 2013.

PERETTI, Terri, *In defense of a political court*. Published by Princeton University Press.

PONTHOREAU, Marie-Claire, *La Reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française: essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris: Economica, 1993

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press, Ed.: Cambridge, Massachusetts, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais: teoria geral*. 2ª edição. Coimbra. Coimbra Editora, 2010.

RESCHER, Nicholas. *Pluralism: Against the Demand for Consensus*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

ROUSSEAU, Dominique. *A Justiça Constitucional na Europa*. Paris: Montchrestien, 1992.

SCHIMITT, Carl. *O guardião da constituição (Der Hüter der Verfassung)*, tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.