

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL – UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS LEGITIMADORES DA EXPANSÃO JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND JUDICIAL SUPREMACY – AN ANALYSIS OF LEGITIMATING FOUNDATIONS OF THE FEDERAL SUPREME COURT’S EXPANSION

Karoline Ferreira Martins¹

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião da Constituição, é um poder contramajoritário que atua na garantia dos direitos fundamentais e na proteção das regras do regime democrático, contra as possíveis arbitrariedades das maiorias políticas de ocasião. A judicialização da política e a concentração do controle de constitucionalidade são, assim, processos que aprofundam o regime democrático e a efetividade dos direitos fundamentais, sendo a supremacia do Poder Judiciário na interpretação da constituição um consectário lógico do Estado de Direito e da jurisdição constitucional. É com base nesses fundamentos que a expansão jurisdicional do STF tem sido legitimada pela doutrina constitucional e pelo próprio tribunal na fundamentação de suas decisões. O presente artigo pretende avaliar esses discursos, dotados de forte adesão pela doutrina constitucional brasileira, buscando confrontar teoria e prática, bem como propor uma reflexão no tocante à suposta autoevidência de tais afirmações. Para tanto, o artigo contextualizará a discussão a partir da exposição do paradoxo existente entre constitucionalismo e democracia, exporá alguns dos fundamentos sobre os quais se assenta o discurso de legitimação da expansão das funções do STF, no quadro da judicialização da política e do ativismo judicial, confrontando, em seguida, discurso e prática do tribunal e propondo, ao fim, uma reflexão sobre a supremacia judicial e a possibilidade de construção de arranjos institucionais alternativos.

Palavras-chave: constitucionalismo; democracia; supremacia judicial; STF.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court (STF), as guardian of the Constitution, is a countermajoritarian power engaged in safeguarding fundamental rights and the protection of the rules of the democratic system against the possible arbitrariness of the occasional political majorities. The judicialization of politics and the concentration of control of constitutionality are thus processes that deepen the democratic regime and the effectiveness of fundamental rights, and the supremacy of the judiciary in interpreting the Constitution is a logical consequence of the rule of law and constitutional jurisdiction. It is on these grounds that the jurisdiction expansion of the Supreme Court has been legitimized by the doctrine and the constitutional

¹ Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. E-mail: karolinefmartins@gmail.com.

court itself as grounds for their decisions. This article aims to evaluate these speeches, endowed with strong support by Brazilian constitutional doctrine, seeking to confront theory and practice as well as to propose a reflection regarding the alleged self-evidence of such claims. Therefore, the article will contextualize the discussion from exposure of the paradox between constitutionalism and democracy, will expose some of the foundations upon which rests the legitimization discourse of expansion of the functions of the Supreme Court, under the judicialization of politics and judicial activism confronting then discourse and practice of the court and proposing, in the end, a reflection on the judicial supremacy and the possibility of construction of alternative institutional arrangements.

Keywords: *constitutionalism; democracy; judicial supremacy; STF.*

INTRODUÇÃO

As modernas sociedades ocidentais estruturam-se sobre dois pilares de sustentação em permanente tensão: a democracia e o constitucionalismo. A constituição brasileira consagra a soberania popular, ao declarar que “todo poder emana do povo”², mas, simultaneamente, a própria existência de uma constituição indica que esta, como norma mais alta na hierarquia do ordenamento jurídico, vincula todos os poderes estatais, submetendo aos seus ditames inclusive a vontade popular, que, a partir de sua promulgação, só pode se manifestar segundo as normas e procedimentos autorizados pela constituição.

Assim, o constitucionalismo democrático pressupõe, simultaneamente, a limitação dos poderes e a tutela dos direitos fundamentais, de um lado; e a preservação da soberania popular como fundamento de legitimidade para o exercício do poder, de outro. Isto é, no Estado Democrático de Direito, o povo é soberano e deve proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Até esse ponto, não há qualquer dificuldade, ela aparece no momento em que uma decisão, tomada democraticamente, viola direitos fundamentais ou as próprias regras que possibilitam o funcionamento do regime democrático.

Na tentativa de superar esse impasse, a teoria constitucional recorre ao conceito de poder constituinte, expressão maior da soberania popular no momento constitucional, que promulga a constituição, limitando, a partir dali, o exercício dos poderes. É uma ideia que se aproxima do contrato social hobbesiano, em que o povo delega seus direitos a um soberano, que, no caso, ao invés do rei, é a própria constituição. Desse modo, a supremacia da constituição passa a ser a bússola norteadora dos conflitos envolvendo direitos fundamentais, separação de poderes e regras do jogo democrático em geral.

Com a consolidação da ideia de supremacia da constituição, diploma que deixa de ser mero documento político, para ter força normativa vinculante, tem-se presenciado, nos últimos anos, um vasto crescimento da atuação do Supremo Tribunal Federal, que passou a se manifestar sobre temas ligados a questões políticas, morais, econômicas, científicas, ambientais, dentre outras. Fundamentado no seu dever institucional de “guardião da constituição”, o referido tribunal tem aumentado consideravelmente suas competências e atraído os olhares por parte da academia e da opinião pública em geral.

Esse processo de completa desimportância da constituição à sua alçada como norma de mais alta hierarquia e centralidade no ordenamento jurídico tem sido acompanhado por

² Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

mudanças históricas, filosóficas e teóricas, e interpretado sob a ótica das teorias neoconstitucionalistas, compreendendo fatores como a instituição de tribunais constitucionais em vários países da Europa e América Latina, pós 1945, a superação do jusnaturalismo e do positivismo jurídico pelo marco do pós-positivismo, o retorno da moral ao direito, a força normativa dos princípios, os novos métodos de interpretação constitucional, dentre outros³.

Nesse ínterim, a expansão das funções judiciais do Supremo Tribunal Federal vem sendo legitimada por meio de argumentos que conferem à corte a função de proteção aos direitos fundamentais e das garantias democráticas, a proteção das minorias, em detrimento da ditadura da maioria, bem como a última palavra na interpretação da constituição como elemento indispensável à jurisdição constitucional.

Desse modo, o objetivo aspirado, aqui, não é tanto o de avaliar a legitimidade do atual quadro de judicialização da política e ativismo judicial⁴ protagonizado pelo STF, mas, sobretudo, o de colocar em questão os fundamentos de legitimação desses fenômenos, contrastando o discurso contido na dogmática constitucional, e nas decisões do próprio tribunal, e a prática do STF, e apresentar, assim, formas alternativas de análise da expansão judicial, buscando um afastamento do lugar-comum, estranhando o óbvio e questionando o que é apresentado, na teoria constitucional, como um suposto autoevidente.

1. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: TENSÃO E COMPLEMENTARIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a consolidação dos regimes democráticos na segunda metade do século XX, dois valores consagraram-se indispensáveis à (re)construção dos Estados de Direito no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial: o constitucionalismo e a democracia.

³Sobre o assunto, ver: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, p. mar-abr-mai, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 05 ago. 2013.

⁴Conforme lembra Alexandre Garrido, é possível distinguir os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política: “O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições. [...] Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário”. Cf. SILVA, Alexandre Garrido. **Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 12, 2009. Essa distinção, todavia, não é crucial para a análise aqui realizada, uma vez que abrange tanto o primeiro, quanto o segundo fenômeno.

De um lado, o constitucionalismo, representando os valores do poder limitado, do “rule of law” e da proteção aos direitos fundamentais e, de outro, a democracia, ressaltando a importância da igualdade e da participação popular na construção das decisões políticas da sociedade.

Esses dois princípios guardam entre si uma relação paradoxal intrínseca e complexa, a qual constitui a principal característica das democracias modernas, ou do chamado constitucionalismo democrático.

Nas palavras de Vera Karam⁵:

conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática. Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição - *Law of lawmaking* - devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas.

Chantal Mouffe⁶ também se dedica à elucidação daquilo que denomina de “paradoxo democrático”. Segundo a autora, as democracias modernas seriam novas formas políticas de sociedade, resultantes da articulação entre duas tradições distintas: de um lado, o liberalismo, cujos valores centrais seriam o Estado de Direito, a proteção dos direitos humanos e o respeito à liberdade individual; de outro, estaria a tradição democrática, cujas principais ideias seriam a igualdade, a identidade entre governantes e governados e a soberania popular.

Não haveria, portanto, qualquer relação necessária entre essas tradições, mas tão somente uma articulação histórica contingencial. Assim, essa associação entre liberalismo e democracia, a qual é frequentemente tida como certa e indissociável, não seria, portanto, um processo tranquilo de compatibilização, mas fruto de acirradas disputas entre os representantes de cada uma dessas tradições.

Segundo a autora, a despeito da relação conflituosa entre o que ela chama de lógica liberal e lógica democrática, seria possível encarar essa articulação como uma configuração paradoxal, que poderia ser vista de uma maneira positiva, ao invés de enfrentada como uma contradição destrutiva. É o reconhecimento desse paradoxo, afirma Mouffe, que nos permitiria compreender a real força das democracias liberais⁷.

⁵CHEURI, Vera Karam, GODOY, Miguel M. Constitucionalismo e democracia – soberania popular e poder constituinte. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 6, n. 1. p. 159-174. jan-jun, 2010, p. 160.

⁶MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. London, New York, 2000, p. 2-3.

⁷*Ibidem*, p. 9.

Outrossim, essa relação de conflito e complementaridade entre constitucionalismo e democracia pode ser também remetida à relação entre direito e política, uma vez que há uma legitimação política do direito, visto que a promulgação das normas jurídicas se dá por meio de um procedimento democrático, bem como há uma legitimação jurídica da política, cujas decisões passam a ser balizadas pelas normas constitucionais.

A constituição, assevera Marcelo Neves⁸ apoiado na teoria sistêmica de Luhman, ao mesmo tempo em que permitiria a diferenciação entre direito e política, proporcionaria o acoplamento estrutural entre ambos os sistemas funcionais da sociedade moderna.

Evidentemente, a relação estabelecida pela Constituição enquanto acoplamento estrutural não é de harmonia, mas sim uma relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas. Estado de Direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram nenhuma garantia de realização, pois todo modelo de exclusão jurídica põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria. Essas são as dimensões da complementaridade.

Dessa maneira, a previsão do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico, representaria um ponto de permanente tensão entre política democrática e direito positivo, uma vez que uma lei deliberada democraticamente e aprovada majoritariamente pode ser declarada inconstitucional por um órgão não representativo, por ofender os direitos fundamentais e as regras democráticas consagrados na constituição.

Essa relação de tensão e complementaridade entre constitucionalismo e democracia, direito e política, é o pano de fundo no qual se deve avaliar o protagonismo que tem sido assumido pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. A expansão das funções da corte, se de um lado se legitima discursivamente por aprofundar a proteção aos direitos fundamentais e às garantias do Estado de Direito, de outro, parece provocar desconfiança ao reduzir o espaço de decisão da política democrática.

Os próximos tópicos serão dedicados a uma breve descrição e contextualização do fenômeno da judicialização da política, bem como da exposição e problematização dos fundamentos pelos quais doutrina e jurisprudência vêm legitimando a atuação mais incisiva da corte no campo da política.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CENTRO DAS DECISÕES

⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57-58.

A produção teórica, nacional e estrangeira, é vasta sobre o tema, mas uma definição clara do que seja a judicialização da política pode ser dada por Neal Tate e Vallinder⁹, nos seguintes termos:

A judicialização da política pode ser definida, por um lado, como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático. Por outro lado, a judicialização também significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa “domesticação” da política pelo Direito e, sobretudo, pelo discurso do Direito Constitucional.

Nesse contexto, o atual quadro institucional brasileiro, de farta expansão das competências do Poder Judiciário, é resultado de uma série de fatores políticos, conjunturais e sociais, os quais seria inviável tentar descrever por completo, neste curto espaço, tampouco é este o nosso objetivo central. É possível elencar, não obstante, alguns fatores primordiais que deram origem a esse cenário.

Em primeiro lugar, há que se destacar a amplitude de temas tratados pela Constituição de 1988, que transcendeu os assuntos propriamente constitucionais, regulamentando minuciosa e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador¹⁰.

A constitucionalização de um tema transforma qualquer assunto, potencialmente, em matéria jurídica, uma vez que, constitucionalizados, são passíveis de serem discutidos em âmbito judicial. Dessa forma, esse processo, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional, ampliando drasticamente a quantidade de processos que chega à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, como bem destacou Oscar Vilhena¹¹, o STF acumula as funções de i) corte constitucional, julgando, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos; ii) foro especializado, pela qual lhe incumbe a competência originária criminal para julgar altas autoridades e atos secundários do parlamento ou do executivo; e, por último, iii) tribunal de apelação, revisando centenas de milhares de casos resolvidos pelos tribunais inferiores todos os anos. Essas funções, afirma o autor, seriam distribuídas em outros sistemas entre, pelo menos, três órgãos distintos.

Também podem ser citados como fatores que contribuíram para a judicialização da política, a adoção do sistema híbrido de controle de constitucionalidade pela Constituição de

⁹TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. Nova York: Nova York University Press, 1997. P. 57.

¹⁰VIEIRA. Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 2, n. 2. p. 441-474, jul- dez, 2008, p. 446.

¹¹*Ibidem*, 2008, p. 447.

1988, que conjuga o modelo difuso e o concentrado na aferição da (in)constitucionalidade das normas, a ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações constitucionais¹², a inserção das súmulas vinculantes no ordenamento, que ampliou o poder vinculante das decisões do STF em relação às instâncias judiciais inferiores e a instituição do *amicus curiae* e das audiências públicas, que conduziram as discussões políticas para a arena jurídica, levando ao tribunal, por meio de organizações da sociedade civil e especialistas, argumentos técnicos, políticos e consequencialistas, no lugar da argumentação propriamente jurídica.

Outro importante fator a ser mencionado é a atual crise de representatividade enfrentada pelos poderes Legislativo e Executivo tidos, frequentemente, como incapazes de concretizar as promessas constitucionais, como a garantia de direitos fundamentais e a construção de uma sociedade justa, solidária e equânime.

A falência do atual sistema representativo brasileiro, que inclui a ausência de identificação entre governantes e governados, a ampla desconfiança da população na classe política e o descrédito das instituições representativas como o Congresso Nacional e o Poder Executivo na tomada decisões que priorizem os interesses da coletividade, permitiu o avanço do Poder Judiciário nesses espaços de atuação insuficiente ocupado pelos poderes representativos.

Esse protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos tem sido interpretado por grande parte da teoria constitucional, no marco do neoconstitucionalismo e pós-positivismo, como um processo que representa a consolidação do Estado Democrático de Direito e da jurisdição constitucional com vistas à concretização dos direitos fundamentais e ao aprofundamento do regime democrático.

Sucedendo o jusnaturalismo moderno e o positivismo jurídico, buscando ser, ao mesmo tempo, uma espécie de superação e síntese entre ambas as tradições, o pós-positivismo é tido como o marco filosófico do novo constitucionalismo brasileiro.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção [pós-positivismo] incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia¹³.

¹²Até a constituição de 1988, somente o Procurador Geral de Justiça tinha legitimidade para propor ações constitucionais, após a promulgação da constituição, esse rol foi ampliado para atores dos poderes Executivo, Legislativo, partidos políticos, entidades de classe e confederações sindicais, conforme art. 103 da Constituição Federal.

¹³BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, p. mar-abr-mai, 2007, p. 5. Disponível em:

Na dogmática constitucional, normalmente o *judicial review* é compreendido como um processo que confere força normativa à constituição, que, finalmente, será capaz de realizar as promessas constitucionais de justiça, igualdade e garantia de direitos.

Essa naturalização do controle judicial de constitucionalidade, apresentado como uma consequência lógica do movimento constitucionalista que gerou os atuais Estados Democráticos de Direito, permeia os discursos do autointitulado *pós-positivismo*, que orienta boa parte dos pensadores ligados ao direito constitucional contemporâneo¹⁴.

Na prática do *judicial review*, o conflito entre constitucionalismo e democracia se mostra com forte nitidez: o que permite a uma instituição não eleita, anular decisões tomadas democraticamente pelos representantes eleitos pela sociedade? A seguir, apresentaremos brevemente alguns importantes argumentos pelos quais a teoria constitucional busca enfrentar essa dificuldade e legitimar o controle judicial de constitucionalidade¹⁵.

3. A SUPREMA CORTE EM EXPANSÃO: FUNDAMENTOS DE LEGITIMAÇÃO

3.1. A corte protege as precondições da democracia

A democracia é um regime que exige eleições periódicas e igual possibilidade de participação e competição política. Para que essas condições sejam mantidas e se garanta a continuidade do regime democrático, é necessário que sejam garantidos os direitos civis e políticos inerentes à competição política, ao bom funcionamento e à manutenção dos processos decisórios.

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário assegurar a liberdade de expressão e de reunião, a livre associação partidária, o direito de votar e ser votado, bem como todos os direitos que se relacionam ao tratamento igualitário a todas as pessoas no tocante à participação no procedimento democrático.

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007/LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 05 ago. 2013.

¹⁴ COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Um perfil das decisões de procedência em ADIs. 2010, p. 2. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

¹⁵ A classificação apresentada a seguir foi feita com base na compilação realizada por Conrado Hübner Mendes a respeito dos argumentos favoráveis à supremacia judicial, em contraponto àqueles adeptos de uma supremacia legislativa, que, conforme o autor, “...combinados, podem construir uma posição geral dotada de alguma consistência interna. (...) O pacote completo não costuma ser oferecido nas teorias da revisão judicial”. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação e poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.69.

Para além das garantias procedimentais, e é o que nos interessa sobremaneira na legitimação do ativismo judicial, há certas precondições substantivas que devem ser protegidas a fim de que o regime democrático funcione de forma eficiente.

A obra de Ronald Dworkin é referência nessa fundamentação. Seu ponto de partida é reconstruir a concepção de democracia para mostrar que, na medida em que este é um regime moralmente desejável, não pode contentar-se só com procedimentos formalmente igualitários¹⁶. Para o autor, a democracia é um “esquema procedimental incompleto¹⁷” que se inspira no ideal de “igual consideração e respeito” e o procedimento majoritário existe para garantir esse ideal, de tal forma que as decisões democráticas somente são legítimas quando seu conteúdo promove esse ideal.

Assim, em termos sintéticos, pode-se dizer, segundo esse entendimento hoje majoritário, que *o controle concentrado de constitucionalidade é não apenas o mais instrumental e racionalmente adequado para a defesa dos direitos e garantias fundamentais, também é o mais condizente com o espírito democrático da Constituição de 1988*. E isso acarreta a seguinte conclusão *o controle concentrado de constitucionalidade é, ou deveria ser, o mais eficaz na defesa e garantia dos direitos fundamentais*¹⁸

Portanto, a revisão constitucional e a atual ampliação da jurisdição constitucional se justificam em virtude do papel incumbido à corte de proteger os direitos fundamentais e zelar pela garantia dos processos democráticos e pela manutenção do Estado de Direito.

3.2. A corte impede a tirania da maioria contra os direitos das minorias

Esse fundamento de legitimidade da supremacia judicial se aproxima do primeiro, mas utiliza-se das categorias políticas de maioria e minoria na sua construção.

Seguindo-se a mesma linha de raciocínio do fundamento anterior, se a legitimidade das decisões democráticas está fundada na reverência ao ideal de igual consideração e respeito que devem adotar em seu conteúdo, as decisões tomadas conforme o procedimento democrático que não respeitam tal ideal podem ser anuladas por uma instituição não representativa, mas que tenha justamente a função de realizar esse controle substantivo das decisões das maiorias políticas.

¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação e poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.72.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: a Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

¹⁸ COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Um perfil das decisões de procedência em ADIs. 2010, p. 6. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

Dessa maneira, ao contrário de ser uma ameaça à democracia, *o judicial review* protege os direitos das minorias, permitindo assim, a sua preservação e participação em pé de igualdade no jogo democrático.

A concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com a meta da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia.¹⁹

A igualdade é, portanto, o fundamento da regra majoritária e se essa regra, de algum modo, não trata com igual respeito e consideração os membros da comunidade política não haveria nenhuma objeção democrática à sua anulação.

3.3. A supremacia judicial é exigência do Estado de Direito

A noção de Estado de Direito relaciona-se ao primado liberal do poder limitado, à ideia de que para que o poder não seja exercido arbitrariamente e abusivamente, este deve estar submetido à lei, perfazendo um “governo de leis e não de homens”.

Para a realização do Estado de Direito no constitucionalismo moderno, o poder político deve estar submetido à Constituição, é essa subordinação que orientará a atuação dos governos e parlamentos a fim de que não cometam atos abusivos. Nesse ínterim, caberia à corte constitucional realizar a verificação de compatibilidade entre as leis e a constituição, por meio da jurisdição constitucional.

Supremacia constitucional, nesse sentido, equivale à supremacia judicial. Constituição sem revisão judicial seria como o direito sem sanção, um mero conjunto de normas sem instrumentos de efetivação. Direitos fundamentais, para que tenham eficácia jurídica e sejam mais do que meros postulados morais, precisam do suporte judicial²⁰.

Dessa maneira, para que haja a garantia da limitação do poder e a efetivação dos direitos fundamentais, consagradas na constituição, a corte deve ser a detentora da última palavra sobre a interpretação constitucional. Portanto, a supremacia judicial é consequência lógica do Estado de Direito e da jurisdição constitucional e fator imprescindível para a realização do constitucionalismo.

Esse posicionamento resta expresso também na jurisprudência do STF, que assevera lhe assistir, por força do dever constitucional de guarda da constituição, “[...] a singular

¹⁹DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 26.

²⁰MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação e poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.76.

prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental²¹”.

4. PROBLEMATIZANDO OS FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DA EXPANSÃO JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por meio das três classes de argumentação acima expostas, o controle de constitucionalidade e o caráter mais ativista das decisões judiciais, notadamente do STF, vem sendo legitimados em nome da guarda da constituição e da proteção de direitos e das regras democráticas, argumentos esses que muitas vezes são tomados como pressupostos teóricos, pontos de partida, mas que não são questionados propriamente.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar, trata-se, aqui, mais de questionar algumas afirmações presentes na doutrina constitucional que nos são apresentadas como certas, fatos não passíveis de contestação, do que de avaliar em que medida a expansão judicial é legítima e desejável na atual quadra do constitucionalismo democrático.

Dessa forma, tentaremos problematizar os argumentos elencados, apresentando perspectivas de análise que fogem à avaliação feita majoritariamente pela dogmática constitucional.

A problematização dos dois primeiros fundamentos, referentes às precondições democráticas e aos direitos das minorias, será feita por meio de uma confrontação entre o discurso teórico, já exposto, e a prática do STF. Já o último argumento apresentado, referente à relação necessária entre jurisdição constitucional e supremacia judicial, será avaliado no campo teórico, a partir da hipótese levantada no sentido de que se possa cogitar de novos arranjos institucionais que prescindam da supremacia judicial, sem desprezar, contudo, a garantia de direitos e a manutenção do regime democrático, mas, antes, aprofundando-os.

4.1. O Supremo Tribunal Federal entre o discurso e a prática

A partir da breve exposição dos argumentos 1 e 2²², nota-se que a fundamentação doutrinária e jurisprudencial para o *judicial review* e para a legitimação do crescente quadro de ativismo judicial instaurado no Brasil se apoia sobre o múnus constitucional conferido ao

²¹Trecho constante da ementa do acórdão do Mandado de Segurança 26.603, Rel. Min. Celso de Mello – Tribunal Pleno - julgado em 04.10.2007.

²²Aqui, referimo-nos, respectivamente ao argumento segundo o qual a corte protege as precondições da democracia, e àquele segundo o qual a corte tutela os direitos das minorias contra a ditadura das majorias.

Supremo Tribunal Federal de guarda da constituição²³. Especialmente no âmbito do discurso jurídico, parece ficar evidente que este é um processo legítimo que representa a conquista de uma aplicação mais efetiva dos direitos fundamentais.

Desse modo, se o discurso, conforme o entendimento constitucional majoritário, se mostra tão favorável à predominância do controle concentrado de constitucionalidade para a defesa dos direitos e garantias fundamentais e para a sustentação do espírito democrático do novo constitucionalismo brasileiro, a questão agora é mostrar *até que ponto o discurso doutrinário se coaduna com a prática constitucional brasileira*. (Grifos no original)²⁴.

Seria a prática recente do Supremo Tribunal Federal compatível com o discurso utilizado para legitimar sua atuação e segundo o qual estaria solucionada a dificuldade contramajoritária de suas decisões? Em outros termos, as decisões tomadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade estariam voltadas, majoritariamente, à garantia dos direitos fundamentais e à proteção das regras democráticas, consoante aduz o discurso constitucional que hoje lhe confere, legitimamente, essas funções? Uma análise quantitativa e qualitativa dos casos julgados pelo tribunal até o momento pode lançar luzes sobre o assunto.

Apresentaremos, doravante, os resultados parciais de uma pesquisa²⁵ que analisou as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADIs) julgadas total ou parcialmente procedentes, ajuizadas perante o Supremo entre os anos de 1999 e 2008, mais precisamente as ADIs de número 2010 a 4009, excluídas as ações ligadas ao controle de constitucionalidade por omissão e aquelas propostas por atores não legitimados *prima facie*.²⁶

A pesquisa classificou os fundamentos das decisões nas ADIs em três categorias: “inconstitucionalidade formal”, “desenho institucional” e “direitos fundamentais”.

Na primeira categoria, foram agrupadas decisões que declararam a inconstitucionalidade de atos normativos em virtude da inobservância de critérios formais de

²³Consoante se apreende da redação do artigo 102, *caput*, da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...”

²⁴ COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Um perfil das decisões de procedência em ADIs. 2010, p. 2. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

²⁵O estudo em questão foi realizado pelo grupo de pesquisa denominado “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?”, vinculado à Universidade de Brasília, cujos resultados parciais foram divulgados por meio do artigo: COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Um perfil das decisões de procedência em ADIs. 2010, p. 2. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

²⁶Trata-se dos autores não reconhecidos, *prima facie*, pelo Supremo Tribunal Federal, como pertencentes ao rol dos legitimados para a propositura da ADI, previsto no art. 103 da Constituição.

validade, notadamente no que se refere à competência dos legisladores e às regras do processo legislativo.

Sob o rótulo de desenho institucional, foram incluídas as decisões de declaração de inconstitucionalidade de atos formalmente válidos que versavam sobre organização do estado, mas cujo conteúdo se chocava com o desenho institucional previsto na constituição, segundo a interpretação do tribunal.

Finalmente, na categoria de direitos fundamentais, foram reunidas as decisões que declaram a inconstitucionalidade de quaisquer regras, inclusive as de organização do Estado, sob o argumento de violação dos direitos e garantias fundamentais, de tal modo que, verificada alguma sobreposição de fundamentos, foi dada prevalência a essa classificação.

Os dados coletados demonstram que, no conjunto das ações julgadas procedentes (num total de 329), os argumentos ligados à organização do Estado, nos quais se incluem as duas primeiras categorias (a primeira de caráter formal e a segunda, substantivo), somaram 89% das leis declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de ADI, enquanto os problemas ligados a direitos fundamentais representaram apenas 11% das decisões de procedência.

Esses dados demonstram que a defesa dos direitos fundamentais, efetivamente, não vem sendo matéria prioritária na atuação do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A pesquisa, ainda em andamento, não demonstrou se esse resultado se deve a uma ausência de ajuizamento de ADIs fundadas na defesa dos direitos fundamentais, ou numa excessiva quantidade de decisões de improcedência dirigida a essas ações.

Independentemente disso, é possível concluir que, hoje, o STF não vem cumprindo a função primordial pela qual afirma ser legítima a anulação de decisões tomadas via procedimento democrático. Se não o faz pela primeira razão supra, há uma dificuldade de acesso pelas minorias ou grupos que buscam a efetivação de um determinado direito fundamental ao STF. Se pela segunda razão, há uma seletividade das declarações de inconstitucionalidade da corte, que são recorrentes em determinados assuntos e escassas em outros.

A pesquisa observou, ainda, que os requerentes que mais obtiveram êxito quando a argumentação se tratava de direitos fundamentais foram as Entidades de Classe, dentre as quais estavam as Entidades Sindicais Patronais, de setores da indústria, transporte e estabelecimentos de ensino e aquelas ligadas à defesa dos interesses corporativos de certas profissões jurídicas, especialmente de servidores públicos como juízes, defensores, policiais, delegados e membros do ministério público. E essa postura é determinada pela própria

jurisprudência do STF, que tende a não admitir que as Entidades de Classe, salvo a OAB, impugnem leis que não tenham pertinência temática com a classe defendida²⁷.

Esses dados mostram a fragilidade da defesa dos direitos de minorias como negros, índios, mulheres, homossexuais etc. em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que esses grupos não são legitimados para propositura de ADIs e os legitimados que mais ajuízam esse tipo de ação (em primeiro lugar as entidades de classe, seguidas pelo governador e, em terceiro, pelo procurador geral de justiça), fazem uso delas para a defesa de seus próprios interesses corporativos e institucionais, e não de direitos coletivos e difusos, contrariando o discurso de o STF “protege os direitos das minorias contra a ditadura da maioria”.

De outro lado, a análise referente às outras matérias das quais se ocupa o tribunal, para além dos direitos fundamentais, revela que a maior parte das ações com decisão de procedência tratam da garantia da competência da União face àquela conferida aos Estados da federação.

Dentre as ações que diziam respeito ao conflito de competência entre unidades federativas (num total de 101), 95% versavam sobre a invasão dos Estados sobre a competência da União, enquanto, de outro lado, não havia qualquer decisão garantindo a competência dos Estados contra a invasão pela União.

Esse cenário demonstra uma manutenção, por parte do tribunal, do atual modelo federativo brasileiro, em que a União tem papel preponderante, a despeito de, doutrinariamente, não haver hierarquia entre os entes da federação.

Fica claro, portanto, que o crescente uso do controle concentrado de constitucionalidade, via pela qual o STF vem expandindo suas competências²⁸, ao invés de representar um aprofundamento na garantia dos direitos fundamentais vem sendo empregado muito mais como defesa de um determinado modelo federativo e de interesses corporativos, institucionais e econômicos de determinados grupos.

²⁷ COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Um perfil das decisões de procedência em ADIs. 2010, p. 34. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

²⁸ Sobre o assunto, ver: VALLE, Vanice Regina Lório do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. A obra sustenta que “o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes”. P. 40.

Não se está querendo sugerir, aqui, que o controle de constitucionalidade deva ser extinto e que a corte constitucional não tenha nenhum dever de garantir direitos fundamentais e proteger as regras do jogo democrático. O que se questiona, ao invés disso, é a forma pela qual essa “guarda da constituição” vem sendo desenvolvida, isto é, por meio de um aumento de importância do controle concentrado de constitucionalidade, em detrimento do controle difuso.

Houve um crescente processo de concentração do controle de constitucionalidade e a criação de mecanismos limitadores do exercício difuso desse controle pelas demais instâncias do poder judiciário. Todo esse movimento, além do mais, foi saudado como uma expressão da consolidação de uma corte constitucional em exercício de seu papel de “Guardiã da Constituição”, de garantidora dos direitos e garantias fundamentais, e como expressão de um legítimo – porque mais racional e efetivo – exercício dessa sua função.²⁹

No entendimento de Menelick de Carvalho Neto³⁰, este fenômeno não somente representa uma importação incorreta da formulação austríaco-germânica, como quebra com uma tradição muitíssimo mais antiga e também melhor em termos de experiência e de vivência constitucional do que a alemã, – fazendo referência ao sistema difuso de controle de constitucionalidade - extremamente mais sofisticada e muito mais efetiva como garantia da ideia de liberdade e de igualdade concretas.

4.2. O Supremo Tribunal Federal como “última trincheira do cidadão”

A supremacia judicial vem sendo interpretada como uma consequência lógica da jurisdição constitucional e do Estado de Direito, como se pôde verificar na descrição do argumento de número 3, supra. Este último tópico será dedicado a analisar o discurso arraigado na doutrina constitucional majoritária, de que é a atribuição ao STF da última palavra em matéria constitucional que garante a proteção aos direitos fundamentais e à democracia, que, caso contrário, estariam claramente postos em perigo.

O problema é bem colocado por José Ribas Vieira:

A questão é saber se neste contexto de imenso debate é ainda sustentável a ideia-força de que deferir ao Judiciário a “última palavra” se constitui atributo indispensável de uma ordem constitucional comprometida com a jusfundamentalidade de direitos inerentes à dignidade da pessoa; ou se existem

²⁹ COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Um perfil das decisões de procedência em ADIs. 2010, p. 6. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (ed.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 163.

arranjos institucionais alternativos, onde esse mesmo desiderato se possa alcançar, sem os riscos atinentes ao *government des juges*³¹.

Há uma diferença sutil, mas decisiva, entre conferir à corte constitucional o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei e conferir a ela tal função, com status de “última palavra”. A supremacia do Judiciário é uma construção posterior ao controle de constitucionalidade e não é uma consequência necessária deste.

Sustentando essa visão, José Ribas³² menciona que é de Stephen Griffin o registro de que a cunhagem originária da *judicial review* no sistema norte-americano não contemplava o atributo da supremacia do Judiciário. Refere-se, ao contrário, à competência reconhecida a cada segmento do poder para formular sua própria interpretação.

É possível, portanto, que se cogite de novos arranjos institucionais, que prescindam do monopólio da última palavra, buscando melhor conciliar democracia, proteção de direitos e equilíbrio entre os poderes.

Para tanto, mostra-se interessante o instrumental teórico das teorias do diálogo, que têm em comum a concepção de construção coordenada do significado das normas constitucionais por todos os poderes, num permanente diálogo entre as instituições. Isso estimularia uma deliberação de qualidade dentro e fora das cortes, admitindo que a constituição não é um monopólio das instituições judiciais.

As teorias dialógicas se apresentam como um caminho alternativo ao binarismo que tradicionalmente se apresenta entre a supremacia legislativa e a judicial, ao defenderem, basicamente, que “não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares *expertises* e contextos decisórios, são parceiras na busca do melhor significado constitucional”³³.

A corte, eventualmente, diz que sua palavra é a última. Todavia, enquanto houver desacordo, a deliberação política continuará a ocorrer, com grupos se mobilizando para contestar a decisão. Como a constituição é um texto aberto e flexível, interpretações são contingentes e sujeitas a mudanças constantes. Há um contínuo percurso de atribuição de novos significados. Seria um processo de idas e vindas, em que a corte devolve o tema para a sociedade e para os outros poderes, e vice-versa³⁴.

As teorias dialógicas, portanto, não são milagrosas, nem propõem uma receita que alcance a perfeita conciliação entre constitucionalismo e democracia. Mas atentam para o fato, por vezes negligenciado ou recusado na teoria constitucional, de que a supremacia do

³¹SILVA, Cecília de Almeida, et. al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 23.

³²*Ibidem*.

³³MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

³⁴*Ibidem*, p. 140.

Judiciário na interpretação da constituição é apenas um dos tantos arranjos institucionais que podem ser construídos no marco do princípio da separação dos poderes, despertando para novas teorias pautadas num modo de pensar possibilista, que desafiem e proponham inovações ao arranjo institucional estabelecido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar da judicialização da política e do espaço que vem sendo ocupado pelo Supremo Tribunal Federal na vida política do país requer que analisemos, sem vícios dogmáticos e lugares-comuns, os postulados mais fundamentais da ordem constitucional, que proporcionaram esse cenário. Uma avaliação empírica da atividade jurisprudencial da corte brasileira demonstra que a efetivação dos direitos fundamentais e a garantia das regras democráticas não tem sido sua primordial função.

Portanto, contrariamente a um certo lugar-comum propagado nas teorias constitucionais contemporâneas, o controle concentrado de constitucionalidade pode não ser – ou ao menos não estar sendo - a via mais efetiva para cumprir as promessas do constitucionalismo.

Nesse sentido, o fortalecimento do controle difuso de constitucionalidade poderia “democratizar” a *judicial review*, uma vez que permite a qualquer pessoa suscitar a inconstitucionalidade de uma lei, o que poderia estimular também a defesa de direitos difusos e coletivos por associações que representem os interesses de grupos minoritários, ainda marginalizados da condição de cidadãos.

Oscar Vieira³⁵ sugere, ainda, uma redistribuição das competências do Supremo, de modo a atuar somente como corte constitucional, transferindo as funções de tribunal de última instância e foro especializado a outros órgãos do Poder Judiciário.

É fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias, para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional. Isto não significa adotar o modelo europeu de controle de constitucionalidade, mas, sim, dar seguimento à nossa experimentação institucional, que compõe o sistema difuso com o concentrado. Com a arguição de repercussão geral, o efeito vinculante e a súmula vinculante, o Supremo terá condição de redefinir a sua própria agenda e passar a utilizar do sistema difuso como instrumento de construção da integridade do sistema judiciário e promoção do interesse público.

Restringida a competência do tribunal à jurisdição constitucional, isso poderia incrementar a qualidade deliberativa das decisões, que hoje se aproximam mais de 11 votos

³⁵VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 2, n. 2. p. 441-474. jul- dez, 2008, p. 457-458.

esparcos do que de uma decisão colegiada, tomada após intensa deliberação conjunta³⁶. Decisões que sejam resultantes de uma intensa discussão e deliberação da Corte, produzindo um resultado relativamente consensual, isto é, uma posição que possa ser atribuída ao tribunal como um todo e não a um ou outro ministro isoladamente, forneceriam maior consistência às decisões judiciais de grande impacto político.

Para além das reformulações que podem se amear na estrutura interna do Poder Judiciário, é possível imaginar e propor novas formas de interação entre as próprias instituições.

A interpretação e concretização do texto constitucional, a garantia de direitos e a proteção das regras democráticas é uma tarefa compartilhada por todos os poderes, cada um num momento determinado, com um tipo de argumentação e racionalidade específica.

A elaboração do desenho institucional, isto é, pensar em “quem decide o que, como, onde e por que numa democracia³⁷”, é uma questão que guarda espaço de deliberação no interior das previsões constitucionais, não está fechada, definida. A interação institucional pode ser modificada de forma tal que o Judiciário não goze do “monopólio da última palavra” na interpretação constitucional.

A mentalidade política que opera a interação institucional brasileira é dominada por uma “retórica do guardião entrincheirado”. Atribui ao tribunal, ao menos no discurso, uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia. A armadura procedimental da Constituição possibilita diferentes tipos de interação, uns mais, outros menos legítimos [...] (simplificados na dicotomia entre “deliberativo” e “adversarial”)³⁸.

A interação institucional aventada por Hübner busca, na ideia de diálogo, conferir à corte um papel de interlocutora, numa espécie de separação de poderes deliberativa (em oposição à atual “separação de poderes adversarial”), na qual os poderes teriam legitimidade para se desafiar reciprocamente a partir de novos argumentos, interação esta, que, segundo o autor, possuiria um maior potencial para garantir direitos do que uma separação de poderes adversarial, que crê na existência de uma “última palavra” que é, hoje, atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

³⁶Nesse mesmo sentido, ver texto de Conrado Hübner Mendes, publicado no Jornal Folha de São Paulo, segundo o qual, “se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos “do tribunal” quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros.” Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>>

³⁷Essa articulação foi proposta por Conrado Hübner Mendes para investigar “o processo mais legítimo para resolver demandas coletivas”. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação e poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

³⁸*Ibidem*, p. 217.

A refutação de certos argumentos incrustados na teoria constitucional pode abrir um amplo campo de experimentação teórica, que estaria inacessível caso certos fundamentos continuassem a ser compreendidos como autoevidentes e, por isso, inquestionáveis.

Esse exercício reforça a noção de que o delicado equilíbrio entre constitucionalismo e democracia compreende rearranjos e reacomodações a partir da experiência constitucional e democrática adquirida ao longo dos anos.

Democracia e constitucionalismo, ao serem compreendidos como valores opostos e, ao mesmo tempo, constitutivos uns dos outros, numa verdadeira “tensão produtiva”, devem ser entendidos também, como constitutivos de um equilíbrio dinâmico e sempre aberto para o futuro.

Entre a visão de uma completa equivalência e uma pura diferença, a experiência da democracia moderna reside no reconhecimento dessas lógicas contraditórias, bem como na necessidade de sua articulação. Articulação que deve ser constante e cotidianamente recriada e renegociada, não havendo qualquer ponto de equilíbrio ou de harmonia definitiva a ser conquistado³⁹.

Os desenhos institucionais que hoje se afiguram e que são encarados pela doutrina constitucional majoritária como imutáveis, são, na verdade parte desse delicado equilíbrio e, por isso mesmo, passíveis de ajustes e alterações, com vistas ao aprofundamento das garantias democráticas e à realização de direitos.

A melhor forma de realizar os ideais do constitucionalismo e da democracia, o melhor arranjo entre essas duas aspirações modernas e conflituosas, é um espaço em disputa, no qual a “última palavra” é apenas provisória, porque sempre passível de questionamentos e reinterpretações, num contínuo percurso de atribuição de novos significados por antigos e novos intérpretes.

³⁹ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. **Teoria Política**. Cad. Esc. Legisl. Belo Horizonte. v. 1, n. 2. p. 87-108. jul- dez, 1994, p. 108.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, p. mar-abr-mai, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 05 ago. 2013.

BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (ed.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CHEURI, Vera Karam, GODOY, Miguel M. constitucionalismo e democracia – soberania popular e poder constituinte. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 6, n. 1. p. 159-174. jan-jun, 2010.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** Um perfil das decisões de procedência em ADIs. 2010. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Freedom's Law: a Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação e poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. **Teoria Política**. Cad. Esc. Legisl. Belo Horizonte. v. 1, n. 2. p. 87-108. jul- dez, 1994, p. 108.

_____. **The democratic paradox**. London, New York, 2000.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido. **Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 12, 2009.

SILVA, Cecília de Almeida, et. al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. Nova York: Nova York University Press, 1997.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 2, n. 2. p. 441-474. jul- dez, 2008.