

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONTRAMAJORITARISMO: UMA TRADUÇÃO DO EXERCÍCIO DA
FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO**

Mayara Valim da Rocha

Presidente Prudente/SP
2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONTRAMAJORITARISMO: UMA TRADUÇÃO DO EXERCÍCIO DA
FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO**

Mayara Valim da Rocha

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gabriel
Lino de Paula Pires.

Presidente Prudente/SP
2014

CONTRAMAJORITARISMO: UMA TRADUÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Gabriel Lino de Paula Pires
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Giovana Devito dos Santos Rota
Examinadora

Presidente Prudente/SP, dia 17 de novembro de 2014.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar,
não seremos capazes de resolver os problemas causados
pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”

Albert Einstein

AGRADECIMENTOS

Agradeço, os meus avós, por me transmitirem a essência da determinação.

Aos meus pais, por me ensinarem a importância da dedicação.

Ao meu orientador, Gabriel Lino de Paula Pires, por compartilhar comigo o seu conhecimento, colaborando para que este trabalho se tornasse possível.

Aos examinadores, Dra. Giovana Devito dos Santos Rota e Professor Daniel de Oliveira Colnago Rodrigues, por prontamente terem aceito o convite para avaliar este trabalho.

Por fim, à todos aqueles que de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desse compromisso acadêmico.

RESUMO

O presente trabalho demonstra que as decisões contramajoritárias do Poder Judiciário traduzem o exercício de sua função política. Para tanto, observa-se que a separação de poderes, sistematizada por Montesquieu, em síntese, constitui a divisão do poder político do Estado em esferas de competências, com o objetivo de conter seu poder absoluto. Nesse sentido, destaca-se que o poder político deriva da interação da coletividade em deliberar sobre as diretrizes do Estado, e por essa razão o poder político está intimamente associado ao princípio majoritário, sendo ele elemento básico da composição do ideal democrático. Evidencia-se, assim, que a existência dos Estados Democráticos de Direito só se torna possível devido a um instrumento que determinasse todas suas características constituintes, culminando no surgimento da Constituição escrita. Por meio dela, institucionaliza-se a separação de poderes, ficando a cargo do Legislativo e do Executivo a representação da vontade da maioria. Em decorrência da evolução dos Estados, verifica-se a insuficiência do princípio majoritário em atender a todas as necessidades da sociedade, observando-se, principalmente no período pós-guerra mundial, uma mudança na compreensão acerca da Constituição e do papel do Estado. A Lei Fundamental passa, então, a adquirir força normativa e a assumir um caráter transformador, enquanto todos os poderes do Estado tornam-se subordinados à Constituição, devendo atuar sempre com observância aos preceitos constitucionais, com a finalidade de consagração dos objetivos do Estado. Dessa forma, a força normativa da Constituição permite ao Judiciário, poder até então neutralizado por ser destituído do caráter majoritário, adquirir maior relevância nas questões do Estado, com o foco na proteção dos direitos fundamentais. À Vista disso, torna-se notória a expansão da jurisdição constitucional, que por meio do controle de constitucionalidade, permite não só a contenção de abusos de poder, como uma maior inclusão de minorias na sociedade. Por meio do controle de constitucionalidade é que se verifica, então, uma grande incidência de decisões contramajoritárias. Tais decisões, como modificam a forma de atuação do Estado, quando dizem respeito a temas fundamentais, configuram o exercício da função política do Judiciário.

Palavras-chave: Contramajoritarismo. Função Política. Poder Judiciário. Força Normativa da Constituição. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work demonstrates that the decisions of judiciary counter-majoritarianism reflect the exercise of their political function. To this end, we observe that the separation of powers, systematized by Montesquieu, in short, is the division of political power of state in areas of responsibility in order to contain its absolute power. In this sense, it is emphasized that political power derives from the interaction of the community in deciding on the guidelines of the State, and therefore political power is closely associated with the majority principle, it is a basic element of the composition of the democratic ideal. It is evident, therefore, that the existence of Democratic Rule of Law has become possible only due to an instrument that determined all its constituent features, culminating in the will of the majority. As the states have evolved, there has been a failure of the majority principle in meeting all the needs of society, observing, especially in the post-world war period. A change in the understanding of the Constitution and the role of the state. The Basic Law shall then acquire normative force and assuming a transformative nature, while all branches of government become subordinate to this Constitution, willing to always act in compliance with the constitutional provisions, so that the objectives of the State could be laid down. Thus, the normative force of Constitution allows the judiciary power until then neutralized by being devoid of major character, acquire greater importance in affairs of state, with the focus on the protection of fundamental rights. On this view, it becomes evident the expansion of constitutional jurisdiction, which by means of judicial review, not only allows the containment of abuses of power, such as greater inclusion of minorities into society. By judicial review is that there is a high incidence of counter-majoritarianism decisions. Such decisions as modify the form of state action, constitute the exercise of the political role of the judiciary when they relate to fundamental themes.

Keywords: Counter-majoritarianism. Political Function. Judiciary. Normative Power of the Constitution. Judicial Review.

SÍMBOLOS, SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

art. – artigo

CP – Código Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA DIVISÃO DO PODER POLÍTICO DO ESTADO: A SEPARAÇÃO DE PODERES	12
2.1 Origem e Evolução	12
2.2 A Separação de Poderes	14
2.2.1 A Clássica Tripartição de Poderes	14
2.2.2 Considerações Sobre o Sistema de Freios e Contrapesos	16
2.2.3 Da Unidade do Poder do Estado: A Relação Entre Estado, Política e Poder ..	17
2.2.4 Considerações Acerca da Terminologia “Separação de Poderes”	20
2.2.5 Críticas à Separação de Poderes	21
2.3 Separação de Poderes no Brasil	22
2.4 Funções e Atribuições de Cada Poder	23
3 DA LEGITIMIDADE DOS PODERES: OS ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES	25
3.1 Elementos da Democracia e a Expansão do Constitucionalismo	25
3.2 Princípio Majoritário: A Legitimidade do Executivo e do Legislativo Para o Exercício da Função Política	28
3.3 A Problemática do Princípio Majoritário	31
3.4 Neoconstitucionalismo	33
3.4.1 Da Proteção dos Direitos Fundamentais	33
3.4.2 Da Força Normativa da Constituição	35
3.4.3 Da Jurisdição Constitucional	37
3.5 Contramajoritarismo	38
4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PODER JUDICIÁRIO	42
4.1 Estrutura do Poder Judiciário, Suas Prerrogativas e Funções	42
4.2 Controle de Constitucionalidade	44
4.3 Atuação do Poder Judiciário: Do Positivismo ao Neopositivismo	47
5 DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO	51
5.1 Política e Direito	51
5.2 Função Política	54
5.3 Elementos da Função Política	56
5.4 Função Política do Poder Judiciário	58
5.4.1 Peculiaridades do Exercício da Função Política do Judiciário	58
5.4.2 Momentos em que o Poder Judiciário Exerce Função Política	59
5.4.3 Mecanismos de Exercício da Função Política do Poder Judiciário	61
5.4.3.1 Argumentação Jurídica	61
5.4.3.2 Ponderação de Princípios	66
5.5 Considerações Acerca do Contramajoritarismo e do Exercício da Função Política do Poder Judiciário	69
5.6 Críticas ao Exercício da Função Política do Poder Judiciário	70
5.6.1 Membros Não Eleitos Pelo Povo	70
5.6.2 Mal Uso dos Preceitos Neoconstitucionais	72

6 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL POR MEIO DE DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS	74
6.1 ADPF 54 – Anencefalia	74
6.2 ADPF 132 e ADI 4.277 – Equiparação da União Homoafetiva à União Estável ...	76
7 CONCLUSÃO	80
BIBLIOGRAFIA	83

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma pesquisa doutrinária e bibliográfica que buscou, por meio dos métodos dedutivo e indutivo, trazer em seu âmbito as questões tangentes à legitimidade do exercício da função política do Poder Judiciário, principalmente no tocante às suas decisões contramajoritárias, sob a ótica das prerrogativas engendradas pelo neoconstitucionalismo.

Para tanto, desenvolveu-se, primeiramente um estudo sobre a Separação de Poderes, explorando o entendimento acerca de sua importância e de sua validade para os Estados Democráticos de Direito. Assim, demonstrou-se os aspectos dessa divisão de funções, afirmando que deve existir uma harmonia e uma interdependência entre os poderes, no sentido de que eles, ao mesmo tempo que se interligam, também se limitam.

Do mesmo modo, destacou-se que, apesar de haver essa distribuição de competência, era necessário sempre ter em mente que o poder do Estado continua sendo uno e indivisível, razão pela qual se apontou a impropriedade terminológica da expressão “separação de poderes”.

No mais, procurou discorrer sobre a aplicação da teoria de separação de poderes na história brasileira, revelando em seguida a maneira como tais poderes se estruturam no Brasil atualmente.

Da mesma forma, demonstrou-se, por meio dos aspectos democráticos, de que modo se legitimava cada esfera de atuação dos poderes, pormenorizando os aspectos evolutivos de sua configuração. Para isso, destacou-se as questões do princípio majoritário e as problemáticas que o envolviam, e explorou, em seguida, os aspectos neoconstitucionais que permitiram que o Poder Judiciário adquirisse-se maior relevância nos assuntos do Estado, se equiparando aos demais poderes, sendo-lhe permitido, inclusive, tomar decisões contramajoritárias.

Nesse sentido, destacou-se que a força normativa da Constituição e a necessidade de proteção dos princípios fundamentais concebeu a expansão da jurisdição constitucional, fazendo com que o Judiciário fosse posto a decidir sobre temas de suma relevância, em conformidade com a Constituição.

Em seguida, buscou tecer considerações acerca do Poder Judiciário, apresentando sua estrutura, suas garantias e seus limites na forma de atuação. Demonstrou-se, dessa forma, que foi por meio do controle de constitucionalidade que foi permitido ao Judiciário a tomada de decisões contramajoritária acerca de leis e de atos dotados de inconstitucionalidade, verificando-se, ainda, uma modificação na forma de atuação do Judiciário em meio a evolução histórica.

Desenvolveu-se, então, a noção sobre o conceito e os elementos da função política, demonstrando as peculiaridades, os momentos e os mecanismos do exercício da função política do Poder Judiciário, estabelecendo, ainda, um paralelo entre decisões contramajoritárias e o exercício dessa função política, expondo ao final algumas críticas atinentes a atuação do Judiciário e ao seu exercício dessa função.

Por fim, buscou demonstrar no plano concreto o exercício dessa função política do Poder Judiciário, expondo o julgamento da ADF 54, que autorizou a interrupção da gestação quando constatado que o feto é anencéfalo, e o julgamento da ADF 132 e da ADI 4.277, que equiparou a união homoafetiva à união estável, comprovando, assim, o exercício da função em destaque.

2 DA DIVISÃO DO PODER POLÍTICO DO ESTADO: A SEPARAÇÃO DE PODERES

Estudar a forma de organização humana em sociedade é buscar entender as razões pelas quais algumas situações políticas econômicas e sociais se consolidaram em meio a um panorama histórico. Não é difícil compreender que diante de inúmeras instabilidades e adversidades sociais, algumas estruturas e formas de governo se desenvolveram e se firmaram. Atualmente, estamos inseridos num contexto mundial em que prepondera a forma democrática de governo.

Como uma resposta ao regime absolutista das antigas monarquias, por meio das revoluções que marcaram o final do século XVIII, as ideias da formação de Estados de Direito regidos por leis escritas tomaram forma e se estabeleceram. Os países não mais se dirigiam pelas ordens dos monarcas absolutistas, mas se guiavam pelas leis, dentre as quais, traziam em seu bojo a noção de que o poder não deveria ser concentrado na figura de uma única pessoa ou de um grupo de pessoas. Deveria, assim, ser dividido em funções distintas de competências e ao mesmo tempo interligadas entre si, construindo a noção de que somente o poder controlaria o próprio poder, materializando, desse modo, o Princípio da Separação de Poderes.

2.1 Origem e Evolução

Antes de aprofundar nas questões atuais concernentes a separação de poderes, compete anunciar sua origem e evolução. Nesse sentido, cumpre consignar que o preceito da separação de poderes tem precedentes anteriores aos Estados Modernos, sendo possível extrair elementos deste princípio já na Antiguidade Clássica, tendo Aristóteles como um dos seus precursores.

A versão aristotélica, ao atribuir que a forma ideal de governo é aquela que tem base na filosofia do meio-termo, ou seja, aquele que constitui o justo meio entre dois extremos, atenta para o fato do equilíbrio das classes sociais, em que caberia a participação de tais classes no exercício do poder político. Com base

nesse ideal, o célebre autor afirma em sua obra *Política*, que não considera sensato atribuir a um único indivíduo o exercício do poder, e menciona ainda sua descrença na plausibilidade de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.

Embora a noção de governo aristotélica enunciasse alguma ideia da Separação de Poderes, o desdobramento de sua concepção se articulou gradativamente no limiar da História, conforme se desenvolvia a configuração dos Estados em meio a (e em razão de) grandes conflitos político-sociais. Nesse contexto, na tentativa de se coibir abusos e arbitrariedades dos governos absolutistas, aos poucos despontava a teoria da Separação de Poderes.

No final do século XVII, em virtude das instabilidades políticas inglesas, insurgiu na Inglaterra a Revolução Gloriosa, que instituiu a Monarquia Parlamentar naquele território, delimitando, assim, o poder do monarca e submetendo-o às leis elaboradas pelo Parlamento. Diante desse quadro, o ilustre pensador John Locke, em sua obra *Segundo Tratado Sobre o Governo*, estabeleceu a primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, em que indica a presença de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa seria exercida pelo Parlamento, enquanto a função executiva e federativa, pelo rei. “A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa conceituada como ‘o poder de fazer o bem público sem se subordinar as regras’” (DALLARI, 2010, p. 218). Percebe-se, então, que, embora em sua doutrina houvesse a separação de poderes, muito poder político ainda se concentrava em torno da figura do monarca.

Já na metade do século XVIII, em meio a efervescência iluminista, Montesquieu, em sua obra o *Espírito das Leis*, edificou o sistema da tripartição de poderes como o modelo ideal a ser integrado ao Estado de Direito. Assim, tendo como centro de sua doutrina o intuito de enfraquecer o poder do Estado e proteger a liberdade do indivíduo, afirma ser essencial a separação de poderes em legislativo, executivo e judiciário, cujas funções deveriam ser bem definidas.

Tal acepção ecoou nos movimentos sociais da época, refletindo na organização dos Estados, podendo-se citar como exemplo, a independência dos Estados Unidos, com a constitucionalização de seus princípios, e a Revolução Francesa, que desencadeou a confecção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cuja presença do ideal da separação de poderes em prol da liberdade

era nítida.

Montesquieu, no entanto, ao apresentar uma rigidez funcional tão específica ao Estado, “não estaria preocupado em assegurar-lhe a eficiência, parecendo-lhe mais importante a separação tripartida dos poderes para garantia da liberdade individual” (DALLARI, 2010, p. 219). Em razão de diversas discussões acerca da eficácia da tripartição, muito questionou-se sobre sua forma de gerência, e um dos resultados advindos desse embate foi a teoria da balança de poderes, mais conhecido como sistema de freios e contrapesos.

Esse sistema não descarta a incidência da separação de poderes nos Estados, no entanto fez a ressalva de que não se pode ignorar o fato de que tais poderes devem possuir a mesma carga de influência, buscando a ideia do balanceamento, da harmonia entre si, onde nenhum deles deve se sobrepor aos demais.

Após a instalação da separação de poderes em vários Estados, os séculos seguintes foram reservados ao seu experimento e aprimoramento. Atualmente, muitos afirmam que a tripartição, tal como é, já é um modelo ultrapassado para atender os anseios sociais. No entanto, até o momento não apresentou-se outra forma eficaz de assegurar os direitos e liberdades individuais, ademais, esta referência tripartida está tão incorporada ao modelo democrático que combatê-la seria no mínimo problemático, sendo, portanto, utilizado ainda hoje.

2.2 A Separação de Poderes

2.2.1 A Clássica Tripartição de Poderes

Montesquieu apresentou a doutrina da tripartição de poderes a partir do conceito que se tinha sobre a liberdade. O renomado pensador, ao tratar da liberdade política vinculou-a à existência das leis, afirmando que um indivíduo só pode exercer sua liberdade em razão de uma lei que o autorize a fazê-lo.

Nesse sentido, nas palavras de Montesquieu (2005, p. 164):

“É verdade que nas democracias o povo parece fazer aquilo que quer; mas a liberdade política não consiste em fazer aquilo que se quer. Em um Estado, isto é, em uma sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e em não ser constringido a fazer o que não se deve desejar.

Deve-se sempre ter em vista o que é independência e o que é liberdade. Esta última é o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, uma vez que os outros teriam também esse poder.”

Desta forma, o célebre pensador não busca apenas garantir a liberdade política do homem, como também demonstra que um Estado regido por leis é o ambiente ideal para exercê-la, já apontando, assim, para o modelo constitucional de Estado.

Com base nessa concepção, Montesquieu (2005, p. 164) ainda disciplina:

“É tão-só nos governos modernos que se encontra a liberdade política. Entretanto, ela nem sempre existe nos Estados modernos; ela só existe neles quando não se abusa do poder; porém, a experiência eterna nos mostra que o homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo até que encontre limites.”

Assim, para o efetivo exercício da liberdade política, não se deve haver abuso de poder nos Estados. Nesse sentido, a orientação trazida por Montesquieu para a imposição de limites ao abuso de poder é de que o poder contivesse o próprio poder. À vista disso, foi sugerido, então, a tripartição de poderes.

A separação de poderes, proposta pelo estudioso, consiste na divisão das atribuições estatais em três instituições distintas de competência, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Essa divisão funcional deve ser considerada com base na ideia de que, embora distintos, são interligados com o objetivo de atingir uma finalidade em comum, no caso a contenção do abuso de poder para o exercício da liberdade individual. Cada poder possui, dessa forma, uma certa independência no exercício de suas competências, exercendo, dentro de seus limites, suas prerrogativas e funções destinadas ao funcionamento do Estado e ao cumprimento de sua constituição.

O Poder Legislativo, então, possuiria como função a emissão de regras gerais e abstratas, ou seja, caberia ao legislativo elaborar leis das quais pertenceriam ao ordenamento jurídico. Ao poder Executivo, caberia basicamente a administração da coisa pública, ou seja, a prática dos atos de estado, de governo e

de administração. Já o Poder Judiciário exerceria “a função de julgar, ou seja, a função jurisdicional, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade” (MORAES, 2010, p. 507).

Destaca-se que o modelo sistematizado por Montesquieu não só vingou como também constitui, ainda hoje, o pilar organizacional dos Estados atuais. É evidente que, após tantos anos, tal modelo tenha se aprimorado, no entanto, sua estrutura tem como base os estudos desenvolvidos pelo notável pensador.

2.2.2 Considerações Sobre o Sistema de Freios e Contrapesos

A teoria da separação de poderes engendrada por Montesquieu, pouco a pouco tomou corpo em meio a formação dos Estados. Observou-se, nesse sentido, que cada um deles buscava uma maneira de estampar e legitimar suas conquistas. Assim, é essencial mencionar, nesse momento, que foi por meio de uma Constituição (aliás a primeira e única do país até hoje), que os Estados Unidos estabeleceram a base constituinte de seu Estado, descrevendo sua estrutura, seus órgãos de poder, suas competências e sua forma de funcionamento.

A Constituição norte americana foi a primeira Constituição escrita inaugurada naquele período, e por óbvio várias considerações acerca de seus termos e fundamentos serviu de campo para diversas reflexões aos teóricos da época. Nesse sentido, a teoria da separação de poderes, agora já fora do plano abstrato e incorporado ao plano concreto, não configurou exceção a tais ponderações.

Embora cada poder detivesse sua competência específica, muito questionou-se sobre a esfera de influência de cada poder no Estado, indagando-se, ainda, se os termos escritos na Constituição, por si só, seriam capazes de impedir a usurpação de função por parte dos poderes.

E nesse ponto, cabe destacar a crítica abordada na obra *O Federalista* de Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 309), “[...] a linha de demarcação traçada no papel, para fixar os limites dos diferentes poderes, é insuficiente para prevenir as usurpações de qualquer deles, que podem acatar pela concentração de todos nas mesmas mãos”.

Com base nessa reflexão, Madison (2003, p. 317) indaga e sugere:

“A que meio se recorrerá, portanto, para manter na prática essa separação essencial dos poderes, que a Constituição estabelece em teoria? Como todos os remédios exteriores são sem efeito, não há outro remédio possível senão traçar de tal maneira a construção do governo, que todas as suas diferentes partes possam reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos.”

Com isso, o autor evidencia algumas observações essenciais para formar, na prática, um Estado com uma separação de poderes eficiente e sem usurpações de competências. Nesse sentido, destaca-se que:

“Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo, que aqueles que o exercitem tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes.” (MADISON, 2003, p. 317)

Madison (2003, p. 318-322), esclarece ainda que a forma federalista do Estado também constitui meio de contenção do poder, e afirma que, para limitar eventuais abusos de poder, é necessário existir mecanismos próprios em cada um deles, e como exemplo cita a possibilidade do “veto” do Executivo a leis elaboradas pelo Legislativo.

Foi com base nessa ponderação entre a separação de poderes na teoria e a separação de poderes na prática que os referidos autores americanos desenvolveram o que ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos, em que cada poder deveria ser o limite do outro e ao mesmo tempo o fator de equilíbrio de poder uno do Estado.

2.2.3 Da Unidade do Poder do Estado: A Relação Entre Estado, Política e Poder

Até o momento, foram feitas considerações acerca da tripartição de poderes. No entanto, não se pode esquecer que tais poderes, embora distintos, independentes e harmônicos entre si, constituem partes de um todo, qual seja: o Poder Político do Estado. Dessa forma, passa-se a estabelecer um paralelo entre Estado, Política e Poder.

É inevitável pensar em Estado sem pensar em política, uma vez que são fenômenos indissociavelmente ligados entre si, até mesmo porque o segundo é um resultado sócio organizacional da primeira.

O termo política, originário da Grécia Antiga, desenvolvido por Aristóteles, foi atribuído à forma como os cidadãos das *'pólis'* estabeleciam suas diretrizes, ou seja, política seria o fenômeno pelo qual se decidia o modo de vida em comum nas cidades-Estados. Dessa forma, tratar de política seria observar as deliberações sobre assuntos referentes aos interesses da coletividade. Assim política seria a “arte e ciência do governo”.

Conforme se desenvolviam as sociedades humanas, mais complexas se tornavam as questões políticas, e maiores eram as necessidades de compreensão e gerenciamento da vida em coletividade. Tais aspectos exigiram que as organizações humanas se tornassem mais concisas, com sistemas políticos mais bem definidos e estruturados, o que proporcionou o surgimento dos Estados.

Dessa forma, compreende-se que foi em razão da forma de se exercer a política que os Estados se desenvolveram. No entanto, isso só foi possível porque se permitiu que existisse um órgão estruturante dotado de poder.

Como se percebe, da relação entre Estado e Política se depreendeu um terceiro elemento, o poder. Conceituar o que é poder estatal talvez seja uma das incumbências mais árduas para os teóricos que estudam os elementos do Estado. Para uns, o Estado não só tem um poder mas é um poder, tratando o Estado como a institucionalização do poder. Para outros, posicionamento predominante na doutrina, “o *poder* é um elemento essencial ou uma nota característica do Estado. Sendo o Estado uma sociedade, não pode existir sem poder, tendo este na sociedade estatal certas peculiaridades que o qualificam” (DALLARI, 2010, p. 111).

Norberto Bobbio (2001, p. 82) sintetiza esta congregação de poder, política e Estado da seguinte forma:

“Aquilo que ‘Estado’ e ‘política’ têm em comum (e é inclusive a razão da sua intercambialidade) é a referência ao fenômeno do poder. [...] Não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta e indiretamente, de uma definição de ‘poder’ e da análise do fenômeno do poder. Por longa tradição o Estado se resolve quase totalmente no estudo dos diversos poderes que compete ao soberano. A teoria do Estado apoia-se sobre a teoria dos três poderes (o legislativo, o executivo e o judiciário) e das relações entre eles. [...] Se a teoria do Estado pode ser considerada como uma parte da teoria política, a teoria política pode ser considerada como uma parte a teoria do poder”

Assim, Bobbio apresenta uma gradação teórica de estudos, na qual estudar as questões do Estado seria estudar uma parte das questões políticas; e conseqüentemente, seria, também, analisar uma parte da estrutura de poder. Desta forma, afirma que na sociedade existem formas distintas de poder, cujo poder político seria apenas um de seus componentes, apontando que tal poder estaria diretamente ligado à ideia de força.

Nesse sentido, destaca que na teoria do poder, ao lado do poder político, poderia ser encontrado, também, o poder econômico, como sendo “aquele que se vale da posse de certos bens, necessário ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não possuem a adotar certa conduta” (BOBBIO, 2001, p. 82), e o poder ideológico, como sendo “aquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas de informações, ou de códigos de conduta, para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação” (BOBBIO, 2001, p. 82).

Dessa maneira, Bobbio (2001, p. 83) ainda conclui:

“O que tem em comum estas três formas de poder é que eles contribuem conjuntamente para instituir e para manter sociedades de desiguais divididas em fortes e fracos com base no poder político, em ricos e pobres com base no poder econômico, em sábios e ignorantes com base no poder ideológico. Genericamente, em superiores e inferiores. Além do mais, definir o poder político como o poder cujo meio específico é a força serve para fazer entender porque é que ele sempre foi considerado como sumo do poder, isto é, o poder cuja posse distingue em toda a sociedade o grupo dominante. De fato, o poder coativo é aquele de que todo grupo social necessita para defender-se dos ataques externos ou para impedir a própria desagregação interna.”

Contudo, da conclusão apontada por Norberto Bobbio se observa que o Estado é dotado de poder, e que embora haja formas distintas de poder, o poder político é o que controla materialmente a sociedade, uma vez que, por ser dotado de força, estabelece as diretrizes do comportamento humano dentro da coletividade, estruturando regras a serem obedecidas.

Destaca-se, ainda, que é por meio da força política do Estado, que se verifica sua capacidade de exercer e ordenar, inclusive, as regras acerca do exercício do poder ideológico e do poder econômico. Assim, exatamente em razão da importância que o poder político exerce na sociedade, é que se desenvolveu a

concepção de que tamanha força não poderia ser concentrado em uma única figura.

Dessa forma, a proposta articulada por Montesquieu e aplicada nos Estados Constitucionais, não ignora a unidade do poder político estatal, que deriva da ordenação de uma sociedade complexa, mas apresenta uma forma organizacional de contenção de poder, que permite, ao mesmo tempo, exercê-lo e limitá-lo, com o intuito de coibir eventuais abusos por parte de grupos dominantes.

2.2.4 Considerações Acerca da Terminologia “Separação de Poderes”

Embora a expressão “separação de poderes” seja constantemente empregada, não é o termo mais adequado para expressar tal instituto. Falou-se a pouco da unidade do poder do Estado, e exatamente por essa razão que muitos autores sustentam a impropriedade terminológica dessa expressão.

Em verdade o que ocorre é uma distribuição de funções a ser exercida por órgãos distintos. Nesse sentido, realmente não estaria correto o emprego do termo em destaque, uma vez que a unidade de poder é indivisível.

Da mesma forma, esclarece Delmo Dallari (2010, p. 116):

“Embora seja clássica a expressão separação de poderes, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções.”

Contudo, apesar desta ressalva, por ser correntemente utilizado, o termo “separação de poderes” continuará sendo empregado neste trabalho, no entanto, cumpre destacar que o sentido a ser observado quando designado será o de distribuições de funções.

2.2.5 Críticas à Separação de Poderes

Conforme se desenvolviam as teorias da separação de poderes, diante das necessidades sociais, muito se questionava qual seria o papel do Estado. Após as primeiras experiências de aplicação deste sistema de delegações de funções, diversas críticas insurgiram, principalmente no que tange a sua eficácia.

A princípio indagou-se sobre seu caráter tão somente formal, afirmando sua impossibilidade de execução plena, uma vez que na prática sempre houve uma intensa invasão de um poder no outro, “fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação” (DALLARI, 2010, p. 221). No mais, criticou-se também a ineficiência da separação em garantir a liberdade do indivíduo e o caráter democrático do Estado, uma vez que o sistema da separação de poderes ainda dava abertura para manutenção de privilégios e posturas antidemocráticas.

No entanto, em razão da dinamicidade das relações sociais, novas necessidades emergiram, e com isso uma exigência de uma atuação mais efetiva do Estado. Desta forma, há quem afirme que a separação de poderes já não é compatível com os anseios sociais, alegando que já está ultrapassado.

O fato é que o sistema da separação de poderes está intimamente ligado aos ideais da democracia, de modo que combatê-lo seria, ao menos, invocar as gerências arbitrárias e autoritárias.

Nesse sentido concorda Alexandre de Moraes (2010, p. 415):

“Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretaria a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura”.

Dessa forma, também disciplina Delmo Dallari (2010, p. 222):

“Entretanto, apesar de patente inadequação da organização do Estado, a separação de poderes é um dogma, aliado à ideia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-la expressamente. Em consequência, buscam-se outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo a aparência de separação de poderes.”

Percebe-se, assim, que o sistema da separação de poderes foi se adaptando ao longo dos tempos às necessidades sociais, e hoje os poderes, além de exercerem funções típicas e atípicas, também possuem a preocupação de atender à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, o que lhes permite uma certa ampliação na observância de seus atos, a fim de atender a todos os interesses do Estado.

2.3 Separação de Poderes no Brasil

A separação de poderes sempre esteve presente nas constituições brasileiras. Na Constituição outorgada por D. Pedro I, em 1824, existia a previsão não só da separação em três poderes, com havia, também, um quarto poder, denominado de poder moderador, exercido exclusivamente pelo imperador do Brasil.

Por óbvio, com este poder moderador, não foi possível atingir plenamente o objetivo preceituado por Montesquieu, tendo em vista que tal poder continuava a ser absoluto, uma vez que a atuação dos demais estava vinculado ao crivo das deliberações do poder do imperador.

Adiante, com a promulgação da constituição decorrente da proclamação da república, o Brasil experimentou o sistema clássico tripartido da separação de poderes, que atravessou a constituição de 1934, e esbarrou na constituição outorgada do Estado Novo.

Nesse momento, o país vivenciou o governo autoritário de Getúlio Vargas, que embora houvesse previsão da tripartição de poderes, a constituição atribuía ao Presidente da República a autoridade suprema do Estado. É evidente, pois, que não se tratava das prerrogativas essenciais da teoria clássica de Montesquieu, tendo em vista que os poderes não detinham a mesma carga de influência.

Com a promulgação da Constituição de 1946, novamente se instituiu no Brasil a separação de poderes tal qual se apreciava em Montesquieu. No entanto, devido a instabilidades políticas no país, em 1964 sobreveio o golpe militar, e a partir daí emendas à Constituição foram introduzidas pelos Atos Institucionais, que estabelecia medidas autoritárias na medida que concedia maiores poderes ao

Executivo.

Já era de se prever, então, que o regime ditatorial ganharia corpo, e foi com a Constituição de 1967, que a tripartição de poderes se enfraqueceu novamente, submetendo as funções dos demais poderes ao crivo do Executivo.

Foi somente em 1988 que o país pode, outra vez, vivenciar a separação de poderes na sua forma clássica, com poderes independentes e harmônicos entre si.

A atual Constituição Federal prevê em seu artigo 2º a tripartição sugerida por Montesquieu:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Como se não bastasse, a Constituição Federal de 1988 não só prevê a separação de poderes, como também impede que tal instituto seja objeto de Emenda Constitucional, uma vez que é considerada cláusula pétrea, expressamente descrita no artigo 60, § 4º, III, do texto constitucional, ou seja, não pode ser alterado.

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

[...]

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

[...]

III - a separação dos Poderes

Atualmente, há quem afirme, ainda, que o Ministério Público seria um quarto poder do Estado, no entanto, apesar de sua substancial importância ao ordenamento jurídico brasileiro, em razão da imensa controvérsia sobre a natureza do Ministério Público, no presente trabalho não tratá-lo-á dessa forma.

2.4 Funções e Atribuições de Cada Poder

Após tecer todas estas considerações acerca da separação de poderes, destaca-se, então, a estrutura da distribuição de poder estabelecida na atual Constituição brasileira, elencando suas principais funções e atribuições.

É importante ressaltar que embora cada poder tenha sua competência primordial, ela não se limita em si, uma vez que a Constituição autoriza, em alguns momentos, uma função atípica de cada poder.

Nesse sentido disciplina Alexandre de Moraes (2010, p. 416):

“A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.”

Dessa forma, são funções típicas do Legislativo a elaboração de normas jurídicas e a fiscalização financeira do Poder Executivo, por outro lado, possui como funções atípicas o exercício de administrar e julgar. As atribuições deste poder são conferidos, por excelência, ao Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, sendo o Legislativo, então, bicameral.

Já o Executivo apresenta como função típica a administração da coisa pública, mas cabe a este poder, também, a função de legislar e julgar, sendo estas duas últimas suas atividades atípicas. Em nosso ordenamento jurídico, o Chefe do Poder Executivo é o Presidente da República, que detém não só a função de Chefe de Governo como também a de Chefe de Estado, o que caracteriza o presidencialismo adotado pela Constituição.

Compete ao Poder Judiciário a função jurisdicional, ou seja, a aplicação da lei ao caso concreto decorrente do conflito de interesses, e constitui a atividade de natureza administrativa e legislativa sua função atípica. O Judiciário, considerado como o guardião da Constituição, incumbe aos magistrados o exercício de jurisdição.

Apontou-se, dessa forma, a configuração da separação de poderes no Brasil, instituto que compõe a democracia brasileira, conferindo-lhe meio de exercício da liberdade de seu povo.

3 DA LEGITIMIDADE DOS PODERES: OS ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Até o momento, apresentou-se a origem e evolução da Separação de Poderes, estabelecendo algumas considerações acerca da expressão, da estrutura e da eficácia do sistema. Descreveu-se, também, a respeito da aplicação da tripartição de poderes no Brasil, e agora passa-se a elencar, então, em que se ampara a legitimidade de atuação de cada poder.

3.1 Elementos da Democracia e a Expansão do Constitucionalismo

A ideia da separação de poderes está intimamente associada à noção de democracia. Muitas são as ponderações acerca deste fenômeno, e em uma breve síntese, o termo democracia basicamente significa o governo do povo.

Embora a concepção sobre às questões democráticas sejam muitas e não seja novidade, já existindo na Antiguidade Clássica, foi em meio aos ideias do século XVIII, que foi concebida a noção de Estado Democrático.

De forma sucinta, entende-se por Estado Democrático aquele que expressa a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos, com vista a limitar um governo autoritário.

Konrad Hesse (1998, p. 117), doutrinador alemão, estabelece uma interessante definição sobre o sistema democrático, observando que ele constitui em um plano “que, sob a exclusão de qualquer tirania e despotismo, representa uma ordem de domínio estatal-jurídica sobre as bases da autodeterminação do povo segundo a vontade da respectiva maioria, da liberdade e igualdade.” Apresenta, assim, alguns princípios relacionados ao Estado Democrático, dentre eles, a soberania popular e a divisão de poderes.

A partir desta concepção, observa-se três pontos importantes que se deve destacar acerca dos elementos que envolvem a democracia. O primeiro deles consiste no fato de ser o Estado Democrático o ambiente do qual se desenvolveu o sistema da separação de poderes, e mais, ser ele, também, o meio que valida a

tripartição das funções do Estado.

O outro ponto de destaque reside em torno do princípio majoritário, que estabelece ser a vontade da maioria o fundamento que legitima o Estado Democrático, sendo, por consequência, esta soberania popular a razão da concretização da maior parte dos atos políticos do Estados.

Por fim, destaca-se a necessidade de haver um instrumento hábil que esclareça, descreva e submeta as questões atinentes ao poder estatal, para que se tenha de forma ordenada o centro de atuação de governo de cada Estado, a fim de garantir os fundamentos democráticos. Este instrumento seria, pois, a Constituição.

Nesse sentido, esclarece Dirley da Cunha Junior (2010, p. 25):

“A diferença surgida em tempos mais recentes não é a presença de Constituições reais e efetivas, que sempre existiram, mas sim o aparecimento de Constituições escritas na folha de papel. Deveras, na maior parte dos Estados modernos, testemunhamos o surgimento, num determinado momento de sua história, de uma Constituição escrita, cuja missão é de estabelecer, em documento solene, todas as instituições e princípios do governo vigente.”

Percebe-se, então, que a Constituição é um dos elementos de validade do Estado Democrático e muitas são as considerações acerca deste instrumento. Para Eduardo Cambi (2011, p. 23) a “Constituição deve ser concebida como um sistema de princípios e regras – formais e substanciais – que tem como destinatários os titulares do poder.”. Alexandre de Moraes (2010, p. 6) descreve que a “Constituição deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado, que contem normas referentes à estruturação do Estado, a formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos.”

A despeito das inúmeras considerações que se pode fazer sobre a Constituição, a ideia central em que assenta sua definição é de que ela seja a unidade que contenha os fundamentos constituintes de um Estado. Desse modo, em razão de seu surgimento como forma de legitimidade estatal, limitação do poder e validação democrática, desenvolveu-se a concepção de um fenômeno a ser chamado de constitucionalismo, presentes nos Estados Democráticos.

Ainda nas palavras de Dirley da Cunha Junior (2010, p. 25), o constitucionalismo poderia ser entendido como:

“[...] um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício de poder, em benefício de um regime de liberdades públicas. Isso porque, em qualquer época e em qualquer lugar do mundo, em havendo Estado, sempre houve e sempre haverá um complexo de normas fundamentais que dizem respeito com a sua estrutura, organização e atividade”.

Em relação a este aspecto, Luís Roberto Barroso (2009, p. 87-88) estabelece uma tênue distinção entre constitucionalismo e democracia:

“Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.”

Essa diferenciação conceitual é muito discutida na doutrina, havendo quem afirme que não há distinção entre democracia e constitucionalismo, e sim uma distinção entre democracias, ou seja, entre a democracia constitucional e a democracia majoritária. Embora ocorram tais divergências conceituais sobre o tema, o que importa destacar é que, diante destas contraposições entre constitucionalismo e democracia (ou democracia constitucional e democracia majoritária), existem duas observações importantes a serem extraídas a partir da conjunção destes dois preceitos, quais sejam: o princípio majoritário nem sempre satisfaz os ditames fundamentais da Constituição, devendo em alguns momentos a vontade da maioria ser contida em detrimento da preservação destes direitos; e a necessidade de uma jurisdição constitucional de controle da garantia da soberania popular, e de fiscalização de sua atuação.

Diante destes aspectos, denota-se, portanto, que os principais embates sobre as questões do Estado Democrático, estão diante das discussões que envolvem o princípio majoritário e o exercício dos poderes do Estado na aplicação dos preceitos constitucionais.

E nesse sentido, Barroso (2009, p. 88) conclui:

“A subsistência da polemica e a busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador revelam um imperativo dos

tempos modernos: o de harmonizar a existência de uma Constituição – e dos limites que impõe aos poderes ordinários – com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático.”

Observa-se, então, que a tripartição de poderes não só constitui o Estado Democrático, como também expressa um meio de sua preservação e de proteção de seus fundamentos. Destaca-se, ainda, que a vontade da maioria constitui a essência da democracia, e que sua expressão somente ocorre em razão deste sistema tripartido. No entanto, conclui-se que apenas aplicação do princípio majoritário nas questões do Estado, não seria capaz de atender as reais necessidades sociais, o que levou ao questionamento e reflexão de tal princípio, motivo pelo qual será melhor analisado.

3.2 Princípio Majoritário: A Legitimidade do Executivo e do Legislativo Para o Exercício da Função Política

O princípio majoritário decorre da própria concepção acerca do constitucionalismo e da democracia estatal. Como já analisado, foi em razão da vontade da maioria que se estampou os aspectos dos Estados Democráticos, pautados na liberdades do povo e na contenção de poder estatal. Desse modo, quando instituído os ideias democráticos, era tão forte o emblema da soberania popular, que quase não se admitia a intervenção do Estado nas relações particulares.

Dessa forma, não restam dúvidas que essa noção de contenção do poder foi concebida por meio da tripartição de poderes. Nesse sentido, o Legislativo seria a expressão máxima da vontade popular, uma vez que ali estariam aqueles, representantes do povo, que reproduziriam a forma como a maioria gostaria de ser ordenada, concebendo-a por meio da elaboração de leis. Percebe-se, portanto, que a legitimidade de atuação e de composição do Legislativo reside no próprio princípio majoritário.

Contudo não é só por meio do Legislativo que se verifica a ocorrência da soberania popular, tendo em vista que o Executivo, incumbido da governabilidade do povo e da administração dos interesse públicos, também é legitimado por ela.

No entanto, cada Estado adota forma de governo que lhe convém

(Monarquia ou República), o que resulta em regimes políticos distintos, com sistemas diferenciados, havendo, dessa forma, Estados parlamentaristas e presidencialistas, com Executivos estruturados de maneiras diferentes. Nessa toada, dependerá da forma de governo adotada e do regime político escolhido, para se determinar a opção da composição do Poder Executivo, do qual em alguns casos a figura do Chefe de Governo (o Executivo) se confundirá com a do Chefe de Estado.

O Brasil, como é um Estado que adota o regime democrático, não fugiria à regra quanto a essência da soberania popular, e estabelece no parágrafo único do artigo primeiro da Constituição de 1988 que todo poder emana do povo. Este fato, somado a escolha pelo presidencialismo, em que o Chefe de Estado e o Chefe de Governo compõem a mesma figura, fez com que o Presidente da República Federativa do Brasil ocupasse o cargo máximo do Poder Executivo.

A título de esclarecimento, é importante destacar que o Brasil também adota o sistema federalista, sendo estes sistema outro meio de se limitar o poder estatal, uma vez que confere às unidades do Estado autonomia e independência. Dessa forma, observa-se na Constituição uma distribuição de competências não só horizontal (separação de poderes), mas também vertical (federalismo), podendo ser observado a tripartição de poderes em todos os entes da federação. Dessa forma, há um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, tanto no âmbito federal, como no estadual, no distrital e no municipal.

Feita tal ressalva, insta salientar que as considerações a serem feitas a nível federal no que tange a legitimidade da separação de poderes, podem, em muitos momentos, serem estendidas aos demais níveis, uma vez que entre eles se preserva uma simetria constitucional.

Desta forma, destaca-se, então, que o regime democrático adotado no país é o sistema da democracia representativa, visto que a supremacia da vontade popular é exercida por meio representantes escolhidos pelo povo, sendo possível, em apenas alguns momentos, a atuação de forma direta dos cidadãos (razão pela qual muitos sustentam que o Brasil também é uma democracia participativa). Verifica-se, dessa forma, que é pelo princípio majoritário, ou seja, pela vontade da maioria que se elegem os representantes que compõem os Poderes Executivos e Legislativos.

Com base nesse preceito, o Presidente da República, Chefe do Executivo, é escolhido por meio de eleição direta, em muitas das vezes realizada em

dois turnos de votação, sendo eleito aquele que obtiver a maioria de votos.

O Legislativo é bicameral, ou seja, é composto por duas casas legislativas, sendo a Câmara dos Deputados a representação do povo; e o Senado Federal, das Unidades Federativas e do Distrito Federal, dessa forma, os Deputados são eleitos pelo sistema proporcional de votação; já os Senadores, por maioria de votos. Cabe observar, no entanto, que no que tange ao Legislativo das unidades federativas e dos municípios, esta situação difere, uma vez que é composto por apenas uma casa legislativa, em que seus membros são escolhidos por maioria proporcional de votos.

Verifica-se, assim, que, por serem a expressão do princípio majoritário, tais poderes estão intimamente ligados aos interesses da maioria, até mesmo porque seus representantes estão lá em razão da preferência popular. Desta forma, nada mais lógico que as questões políticas a serem propostas, analisadas, e aplicadas residam em torno dessa vontade majoritária. Desse modo, por óbvio, e até mesmo com o intuito de se reelegerem ou manter as maiorias partidárias no poder, é que os legisladores e governantes atuam no sentido de que seus atos possam ser refletidos diretamente aos olhos dos grupos ordinariamente majoritários.

Percebe-se, então, que as leis e as políticas públicas estão, preferencialmente, voltadas aos anseios das maiorias, preterindo, em muitos casos, as necessidades das minorias, o que estimula a um distanciamento de inclusão de todos à sociedade.

Nesse sentido, destaca-se, então, que em razão do princípio majoritário, o Legislativo e o Executivo exercem uma função política por excelência, pois eles detêm como característica de suas funções atos que constituem a expressão natural da soberania popular.

Diferente ocorre, porém, com o Judiciário, que por ser composto por membros não eleitos pelo povo, não traduz uma função política natural, o que não significa dizer, no entanto, que tal característica não esteja legitimamente presente em suas atribuições, uma vez que o Judiciário, quando requisitado, atuará principalmente onde se verificou a ausência do Estado.

3.3 A Problemática do Princípio Majoritário

Conforme foi observado anteriormente, o modelo do Estado Democrático, no processo de constitucionalismo, esbarrou em algumas problemáticas resultantes da conjugação de seus próprios elementos. Percebeu-se que a aplicação pura do princípio majoritário não seria suficiente para atender às necessidades sociais.

Nesse sentido, nas palavras de Lenio Luiz Streck (2011, p.74), apresenta-se novamente o dilema do constitucionalismo:

“A discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um paradoxo, representado pelo especialíssimo modo de como esse fenômeno é engendrado na história moderno contemporânea. Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo.”

Nesse sentido, passou-se a questionar, então, a aplicação absoluta do princípio majoritário. Verificou-se que ele não era capaz de atender sozinho a todas as necessidades sociais, visto que a vontade da maioria nem sempre expressa a liberdade e a igualdade de direitos de todos. No mais, a sociedade é uma instituição heterogênea, com vontades que divergem, e, muitas vezes, na prática os grupos que representam a maioria, nem sempre correspondem realmente a ela. Dessa forma, aceitar a supremacia majoritária em prejuízo da opressão de grupos minoritários, seria no mínimo antidemocrático.

Eduardo Cambi (2011, p. 183-184) adverte, ainda, para a existência de uma crise da democracia representativa, principalmente na sociedade brasileira, onde a lei não resulta da vontade geral:

“A lei resulta de grupos de pressões (representantes de empresários, ruralista, religiosos, sindicalistas, servidores públicos, etc.) e de mecanismos de votação ilegítimos (v.g., votos das lideranças). A lei não traduz a vontade geral, sendo contraditória, ocasional, fragmentária numerosa e cambiante. Não é expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, tampouco um ato impessoal, geral e abstrato, que traduza interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, mas um ato personalizado – proveniente de grupos identificáveis de pessoas e dirigidos a outros grupos igualmente identificáveis – que persegue interesses particulares.”

Foi, então, após a Grande Guerra Mundial que consolidou-se o entendimento de que o papel do Estado não poderia ficar restrito tão somente ao princípio majoritário. Nesse sentido, foi acoplado à Constituição o ideal da proteção dos direitos fundamentais do povo. O Estado, dessa forma, deveria não só respeitar a vontade majoritária, mas deveria, também, garantir a todos o respeito aos direitos previstos na Constituição.

Nesse sentido, Cambi (2011, p. 24) ainda discorre:

“As Constituições modernas preveem valores e opções políticas fundamentais com o escopo de se formar um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias, pois a democracia exige mais do que apenas a observância de regra majoritária. Isso retira a discricionariedade da política ordinária, vinculando o grupo político que detém o poder, a fim de garantir a realização de direito de todos.”

Percebe-se, assim, uma mudança na perspectiva de análise do constitucionalismo diante dos ideais democráticos, em que a observância de direitos fundamentais, em alguns momentos, estaria acima da vontade da maioria.

Diante desse panorama, Barroso esclarece que constitucionalismo e democracia, na verdade, são institutos que convergem para uma mesma finalidade, qual seja, a existência de um Estado provedor de garantias fundamentais, não sendo, assim, conceitos opostos. E nas palavras do citado autor:

“Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam, e se apoiam mutuamente no Estado Contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo.” (BARROSO, 2009, p. 90)

Enfatiza-se, assim, que não há contrariedade entre constitucionalismo e democracia, muito pelo contrário, há uma necessidade de harmonização entre estes dois fundamentos, para que se atinja os objetivos de uma sociedade democrática livre, justa e solidária. Foi com foco nesses aspectos que se identificou, então o surgimento de um novo fenômeno a ser chamado de neoconstitucionalismo em que se ampara os Estados atualmente.

3.4 Neoconstitucionalismo

Como já dito, foi no pós-guerra que a consciência dos Estados assumiu um caráter diferente, mais humanitário, com o foco na construção de uma sociedade mais solidária. Por essa razão, a Constituição galgou uma postura prospectiva com a finalidade de promoção de maior inclusão social. Os direitos fundamentais fomentaram um patamar de proteções e garantias que se sobrepuseram à premissa básica do princípio da maioria, sem, no entanto, afastá-lo, e, assim, a Constituição se tornou capaz de suprimir, legitimamente, certas decisões do processo político, por meio de uma jurisdição constitucional.

Nesse sentido, observa-se então “a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição Normativa e de integridade da jurisdição” (STRECK, 2011, p. 37), extraíndo-se daí os elementos essenciais do Neoconstitucionalismo: a proteção dos direitos fundamentais pela força normativa da Constituição, e a jurisdição constitucional.

3.4.1 Da Proteção dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados pela Constituição. Integram os direitos humanos todos aqueles direitos atinentes a dignidade da pessoa humana, ou seja, direitos que compreendem “um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo” (BARROSO, 2009, p. 253), direitos, portanto, essenciais aos seres humanos.

Nesse sentido, conforme se desenvolviam as considerações acerca do Estado Constitucional, prosperavam também as concepções que envolviam os direitos fundamentais, bem como a perspectiva do papel do Estado no que tange a sua proteção.

Dessa forma, muitos autores costumam categorizar os direitos fundamentais em dimensões. Em linhas gerais, atribui-se à primeira dimensão os

direitos das liberdades individuais, ou seja, direitos civis e políticos, cuja essência estava pautada nos mesmos ideias que impulsionaram o surgimento dos Estados no final do século XVIII. Neste momento prescrevia-se a intervenção mínima estatal, resultando, assim, num intenso liberalismo.

Já os direitos humanos de segunda dimensão compreendem os direitos coletivos, ou seja, direitos econômicos, sociais e culturais, e são produtos diretos das reflexões obtidas a partir do liberalismo. Nesse período, final do século XIX, conhecido também como o Estado do Bem-Estar Social (Welfare State), revelou-se a necessidade de uma maior intervenção estatal, no sentido de garantir equilíbrio nas relações sociais, uma vez que, em diversos momentos, uma das partes era hipossuficiente. Desenvolveu-se, então, a noção de igualdade material.

O princípio da igualdade já era concebida no liberalismo, e sintetizada pela expressão “todos são iguais perante a lei”, conferindo, assim, tratamento idêntico a todos. Ocorre que, se essa locução fosse interpretada de forma pura e simples, não haveria plenitude de igualdade, tendo em vista que ela desconsidera que na realidade nem todos são iguais, estabelecendo, assim, uma igualdade apenas formal.

Foi em razão desta percepção que entendeu, então, a necessidade uma maior intervenção do Estado nas relações sociais para que se pudesse proteger a parte hipossuficiente, a fim de lhe garantir condições reais de igualdade. Dessa forma, passou-se a permitir tratamento desigual dos casos de desiguais, na medida em que se desiguam, concebendo, dessa forma, uma igualdade material. Ressalta-se, assim, que o objetivo deste preceito não é afastar a incidência da igualdade formal, mas prover a plenitude de igualdade de condições sociais àqueles desprovidos de possibilidades.

Os direitos de terceira geração são conhecidos por direitos de solidariedade, e agregam os interesses individuais e coletivos, preocupando-se, principalmente, com os grupos humanos. A noção de tal direito, concebido principalmente no pós-guerra, tem como objeto as preocupações sociais que envolvem toda uma coletividade, tais como a paz, a autodeterminação dos povos, e a qualidade de vida.

Há autores, ainda, que afirmam existir uma quarta e quinta dimensão de direitos humanos, sendo esta última ligada à cibernética; e aquela, à pesquisa genética. No entanto, o que vale ressaltar é que foi a partir da terceira dimensão que

os Estados passaram a se orientar, com foco nos objetivos do neoconstitucionalismo, no sentido de uma realização completa dos direitos fundamentais em detrimento de uma relativização do princípio majoritário.

Para tanto, só seria possível tal desiderato se existisse um equilíbrio efetivo entre os poderes do Estado, e que eles fossem de fato independentes, a fim de que se fizesse garantir, verdadeiramente, a aplicação dos preceitos fundamentais constitucionalmente preconizados. Nesse sentido, registrou-se, então, não só a superioridade do texto constitucional, mas conferiu-lhe também força normativa para que a Lei Fundamental fosse o limite e a razão da atuação dos poderes.

2.4.2 Da Força Normativa da Constituição

A força normativa da Constituição foi uma tendência advinda, principalmente, do período do pós-guerra. Foi em razão da proteção dos direitos de solidariedade, que a Constituição assumiu seu caráter transformador, buscando também prover condições que atendessem as partes segregadas da sociedade, numa tentativa de conquistar as necessárias mudanças sociais para uma vida dignamente humana a todos.

Nesse sentido, passou-se, então, a conferir normatividade a Constituição para que os direitos fundamentais fossem efetivamente garantidos, vinculando, assim, os poderes do Estado, inclusive o Judiciário, que até então não assumia grande destaque comparado aos demais.

Acerca dessas considerações, Luís Roberto Barroso (2009, p. 262) expõe:

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite a atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.”

É inquestionável, portanto, que, desde o seu surgimento, a

Constituição detinha a característica de ser suprema, no entanto, atribuir-lhe força normativa constitui algo relativamente novo, sendo ela uma expressão do movimento neoconstitucional.

Em razão desta peculiaridade, a Constituição deixou de ser um simples instrumento de orientação política, avocando para si também a condição de ser ordem imperativa, ou seja, o texto constitucional passou a exercer um caráter vinculante e obrigatório de suas disposições.

Verificou-se, então, o reconhecimento da qualidade formal e material das dispositivos constitucionais, de forma que os poderes deveriam não só respeitá-las, como também teriam que se posicionar de maneira proativa a fim de efetivá-las.

Dirley da Cunha (2004, p. 52-53) esclarece bem essa essência da força normativa da Constituição:

“A supremacia constitucional ficaria comprometida – e, de resto, toda ordem jurídica – se as imposições constitucionais não fossem realizadas. Em consequência disso, todos os órgãos do Poder Político – Legislativo, Executivo e Judiciário – acham-se vinculados e obrigados a satisfazer os fins e tarefas impostas pelo texto magno. A heterovinculação da Constituição e de suas normas é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, que impõe uma ‘fuerza vinculante bilateral e la norma’, isto é, que vincula tanto os órgãos políticos como os cidadãos. Assim, ‘tudo que a Constituição concede com sua imperatividade suprema (direitos individuais, poderes públicos) tem-se o direito de fazer, e tudo que a Constituição exige, tem-se o dever de cumprir’. Como Lei, e Lei Fundamental, ela é elaborada para ser aplicada, efetivada, e para ser respeitada e cumprida, quer imponha uma abstenção (non facere) ou uma atuação (facere) do Estado, ou mesmo de outra pessoa. A Constituição não recomenda, mas sim ordena, e o que ela determina é para cumprir, máxime no que se refere a condutas das quais dependa a viabilidade do exercício de direitos fundamentais por ela declarados.”

Dessa forma, com a vinculação dos poderes ao conteúdo constitucional, presenciou-se, então, uma maior atuação do Poder Judiciário nas questões do Estado, no sentido de garantir a aplicação dos direitos fundamentais e de coibir o desrespeito às disposições da Lei Fundamental, verificando, assim, uma expansão da jurisdição constitucional.

3.4.3 Da Jurisdição Constitucional

Em síntese, jurisdição consiste na atividade do Estado em dirimir conflitos quando ele é provocado, ou seja, só cabe a atuação estatal na composição da lide quando solicitado por uma das partes. Nesse sentido, jurisdição constitucional seria a atividade do Estado em dirimir conflitos que envolvam às questões constitucionais.

Dirley da Cunha (2004, p. 374) define jurisdição como:

“[...] atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado: a função judicial. Através dela o Estado, que deve ser provocado (pois a jurisdição é inicialmente inerte), substituindo-se às partes e de forma neutra, compõe os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara ou cria o direito aplicável ao caso, podendo, inclusive, executar suas próprias decisões na persistência do conflito.”

Extraí-se dessa definição, então, que a jurisdição constitui uma das atividades política do Estado, exercida pelo Poder Judiciário, conferindo-lhe autoridade para declarar ou criar direitos diante de um caso concreto.

Dessa forma, jurisdição constitucional é o meio pelo qual o poder Judiciário exerce sua função política, com o intuito de garantir a aplicação dos direitos fundamentais ao mesmo tempo que busca a proteção dos preceitos constitucionais. Por essa razão, inclusive, que muitos atribuem ao Poder Judiciário o emblema de guardião da Constituição. É, portanto, por meio da jurisdição constitucional que o Judiciário exerce o controle de constitucionalidade do Estado.

Por certo, o Poder Judiciário se vincula às leis, sendo elas o limite de sua atuação, não cabendo a ele extrapolá-las. No entanto, as relações jurídicas não são estáticas, surgindo, em certos momentos, situações não previstas em lei, ou até mesmo situações em que a pura e simples aplicação da norma gera condições de injustiça que ferem princípios fundamentais. Dessa forma, passou-se a exigir dos operadores da justiça um maior espírito crítico em suas decisões, a fim de satisfazer a aplicação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, diante da dinamicidade das relações sociais e observado a força normativa da Constituição, verifica-se, então, que é no momento da aplicação da norma ao caso concreto que o Judiciário, no exercício de seu

espírito crítico e dentro dos seus limites, define a melhor alternativa para, não só dirimir conflitos, mas também satisfazer os direitos fundamentais.

No que tange à jurisdição constitucional, Eduardo Cambi (2011, p. 206-207) esclarece:

“Cabe à justiça constitucional verificar se, em determinado caso concreto, deve ser restringido um direito fundamental, em face da prevalência de outro que apresente peso específico maior, cuja limitação deve se dar por razões de justiça compartilháveis por qualquer pessoa razoável, não apenas pela concepção particular do bem ou da vida virtuosa dos titulares do poder. A jurisdição, no Estado Contemporâneo, ao contrário do que se pregava Giuseppe Chiovenda, não é mais simplesmente a sujeição dos juízes às leis, mas é também análise crítica do seu significado em conformidade com os padrões de legitimidade constitucionais.

Para assegurar a supremacia da Constituição, o ordenamento jurídico prevê um conjunto de mecanismos conhecidos por controle de constitucionalidade a fim de considerar nulas as regras infraconstitucionais contrárias aos princípios e regras constitucionais.”

Observa-se, dessa forma, que com o fenômeno neoconstitucional, o Poder Judiciário conquistou maior relevância, uma vez que se obrigou a promover a satisfação dos direitos fundamentais, e a garantir que os demais poderes atuassem com observância aos ditames constitucional, exercendo, assim, a jurisdição por meio do controle de constitucionalidade. Cumpre salientar, no entanto, que apesar do Judiciário deter tal prerrogativa, é necessário que ele seja provocado, constituindo este mais um limite no que tange à sua atuação, expressando dessa forma o equilíbrio entre os poderes.

Por fim, destaca-se que é por meio do controle de constitucionalidade que o Poder Judiciário, no exercício de suas funções, muitas vezes toma decisões contramajoritárias, contrariando determinadas leis ou atos do Poder Público considerados lesivos aos preceitos fundamentais.

3.5 Contramajoritarismo: A Legitimidade do Poder Judiciário para o Exercício da Função Política

Antes de tudo, deve ser destacado que a legitimidade de existência do Poder Judiciário reside na própria Constituição, sendo, portanto, o próprio princípio

majoritário o consagrador de sua presença no Estado, visto que a vontade da maioria se expressou por meio do poder constituinte originário, que concebeu a estrutura e organização estatal.

No entanto, observa-se que, em razão dos objetivos neoconstitucionais, tendo como base a força normativa da Constituição, o Judiciário galgou posição de guardião da Lei Fundamental, sendo-lhe permitido, inclusive uma atuação contramajoritária. No Brasil, os aspectos neoconstitucionais adentraram no país por meio da Constituição de 1988, e é nesse momento que se observa uma postura mais atuante do Judiciário, uma vez que lhe foi conferido uma maior independência.

Conforme já analisado, o princípio majoritário é uma prerrogativa de validade do Estado Democrático que expressa a vontade da maioria, observada substancialmente nos poderes Legislativo e Executivo, visto que deliberam pautados nos anseios gerais da sociedade, uma vez que os governantes representam a população.

Por outro lado, os membros do Poder Judiciário não são escolhidos pelo voto do povo. Em geral, eles assumem o poder por meio de concursos públicos ou, em alguns casos, por meio de nomeações. Nesse sentido, qualquer atividade jurisdicional que contrarie as deliberações dos outros dois poderes, baseando-se na acepção de proteção dos direitos fundamentais, é considerada uma atuação contramajoritária.

Cabe ressaltar, no entanto, que, embora o Judiciário não expresse a vontade da maioria, não significa dizer que não lhe deva ser conferida autonomia e independência, inclusive para decidir de forma contramajoritária, na defesa dos preceitos do Estado Democrático. As decisões contramajoritárias não só constitui um elemento da democracia, como também estabelece condições reais de aplicação dos direitos fundamentais, bem como garante a verdadeira noção de contenção de poder, idealizada pela própria democracia.

No mais, é em razão das características da imparcialidade e da impessoalidade do Judiciário, que se autoriza sua atuação contramajoritária, expressando, assim, o contrapeso essencial à existência da harmonia entre os poderes, bem como o freio necessário para evitar abusos de poder da maioria ordinária.

Destaca-se, mais uma vez, que é a força normativa da Constituição

que legitima a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, nesse sentido, só caberia a um órgão neutro e desprovido de interesses políticos a função jurisdicional, a fim de satisfazer a imposição e proteção do conteúdo da Constituição.

Verifica-se, então, que as características da impessoalidade e da imparcialidade são opostas ao princípio majoritário, no sentido de que a função jurisdicional não deve atender a vontades, mas se preocupar com a justiça, aplicando a lei para garantir a satisfação de direitos, independentemente de quem esteja envolvido na relação jurídica.

Por esta razão, os membros do Judiciário jamais poderiam ser eleitos pelo povo, uma vez que se assim o fossem, estariam contaminados pela vontade da maioria, o que os levariam a ignorar a aplicação da justiça para atender as vontades majoritárias, sendo, portanto, empecilho para a construção de uma sociedade livre justa e igualitária.

Percebe-se então que o contramajoritarismo não só é essencial para a edificação dos ideais Estados Democráticos Contemporâneos, como também é o meio pelo qual se verifica a inclusão de minorias dentro de uma sociedade.

Dirley da Cunha Junior (2010, p. 49), corroborando nesse sentido, verifica, ainda, que em razão da força normativa da constituição, é que se expressa a real soberania popular, o que legitima, dessa forma, a atuação contramajoritária:

“Por tudo isso se percebe que a legitimidade da justiça constitucional repousa na extraordinária capacidade que ela tem de harmonizar os valores do Estado Democrático – consubstanciados no governo da maioria – e os valores do Estado de Direito – consolidados na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais -, de tal sorte que não só as maiorias, mas também as minorias passam a merecer proteção no âmbito do Estado Democrático de Direito. Assim, podemos assegurar que a jurisdição constitucional extrai sua legitimidade formal da própria Constituição, que colhe como fórmula o regime político o Estado Democrático de Direito e sua legitimidade material da necessidade indispensável de proteção dos direitos fundamentais. Isso implica asseverar que, em última instância, é a própria vontade popular, fonte do Poder Constituinte, que confere à justiça constitucional o tónus de sua legitimação. Portanto, não é exagero sustentar que a jurisdição constitucional como instrumento de controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, encontra-se ligada à própria lógica da soberania popular, cuja expressão máxima é a Constituição.

Para além de sua legitimidade adveniente da só previsão em Constituição democrática, a jurisdição constitucional ainda haure sua legitimação da necessidade do controle do Poder pelo Poder. Nesse particular, a jurisdição constitucional, como instrumento de controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, é um imperativo ditado pela necessidade de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, isto é, de um controle recíproco entre os Poderes, de tal modo que ela seja empregada a fim de

que *'le pouvoir arrête de le pouvoir'*."

Isto posto, atenta-se mais uma vez que, embora o Judiciário seja diretamente desprovido de interesses políticos, ou seja, de iniciativa política, não importa no fato de suas atribuições serem destituídas da função política, uma vez que para decidir os casos concretos difíceis, muitas vezes lhe é imposto a necessidade de interpretação de princípios, momento em que estabelecerá certas diretrizes a atuação do Estado e da sociedade, exercendo, assim, uma função política.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 Estrutura do Poder Judiciário, Suas Prerrogativas e Limites

Até o momento, verificou-se a configuração dos Estados Democráticos, bem como a legitimidade de atuação dos poderes, concluindo pela necessidade de um Poder Judiciário independente e autônomo, dotado de força contramajoritária para a efetivação e proteção dos preceitos fundamentais, com o intuito de efetivar a consagração de uma sociedade justa e integradora, objetivado pelo fenômeno do neoconstitucionalismo.

Foi visto, também, que a função primeira do Judiciário é a função jurisdicional, ou seja, a função de julgar aplicando a lei ao caso concreto. E é justamente em razão da força normativa da Constituição que o Judiciário exerce o controle de constitucionalidade, quando provocado, cabendo a ele operar com espírito crítico sempre que necessário.

Observou-se, assim, algumas características essenciais do Poder Judiciário, dentre elas a impessoalidade e a imparcialidade, e a importância de seus membros estarem afastados da influência do princípio majoritário. Sendo assim, como forma de evitar sua sucumbência às vontades da maioria, verifica-se, então, a necessidade de prever algumas garantias ao Judiciário e aos seus membros, como uma maneira, inclusive, de evitar que seja corrompido pelos demais poderes.

Nesse sentido, constituem garantias institucionais a autonomia funcional, administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como o modo de escolha dos dirigentes de seus tribunais. Enquanto constituem garantias aos membros do Judiciário a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, todas elas ligadas à garantia de liberdade dos magistrados.

E nesse sentido, Alexandre de Moraes (2010, p. 508) enfatiza:

“Todas estas garantias, portanto, são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos

do próprio Estado que causem lesão a direitos individuais e coletivos. É importante ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivas e que, para o efetivo e imparcial controle destes atos, há a necessidade das garantias constitucionais da magistratura para não intimidar-se diante dos poderes, para que, dessa mútua oposição resulte a moderação de todos os poderes; o império da lei; a liberdade.”

Por outro lado, da mesma forma que a necessidade de impessoalidade e de imparcialidade justificam as garantias, elas constituem, também, vetores para a imposição de limites aos membros do Judiciário. Dessa forma, subsistem algumas vedações que lhes são impostas. Nesse sentido, pode-se citar que é vedado aos membros do Poder Judiciário exercer outro cargo ou função que não seja o magistério, receber custas e participação em processos, e dedicar-se à atividade político-partidária.

Essas vedações descritas estão dispostas no artigo 95 da Constituição Federal, e representam meios do Judiciário se manter distante de qualquer maioria ordinária. No entanto, é possível verificar outros elementos limitadores da atuação jurisdicional, expostos na própria constituição e demais legislações, valendo destacar, também, que é vedado aos magistrados atuar em processos que sejam considerados impedidos ou suspeitos.

Por fim, para que toda atividade jurisdicional possa ser consagrada, é necessário que o Poder Judiciário detenha uma estrutura de competência definida, para que se permita a propositura de determinada ação. Assim, vale observar que, dependendo da matéria a ser analisada, da pessoa envolvida na lide, da função que essa pessoa exerce, e do território que se desencadeou o pleito, a demanda poderá, logo de início, ser proposta no topo da estrutura do Judiciário ou em sua base, razão pela qual é preciso entender a forma como o Poder Judiciário se organiza.

À vista disto, no topo da organização judiciária, encontra-se o Supremo Tribunal Federal, composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, tendo suas competências gerais descritas no artigo 102, da Constituição Federal. Logo abaixo, encontram-se os Tribunais Superiores, sendo três deles com matérias especializadas, quais sejam, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, e Superior Tribunal Militar; e um, o Superior Tribunal de Justiça, que trata de competência de matérias comuns. Abaixo dos Tribunais Superiores, estão os Tribunais Regionais, sendo que na esfera das

matérias ordinárias há a ocorrência de duas espécies de tribunais, os Tribunais de Justiça dos Estados, e os Tribunais Regionais Federais. Por fim, abaixo dos Tribunais Regionais, encontram-se os juízes de primeiro grau.

Verifica-se que em todas as camadas do Poder Judiciário poderá ser exercida uma função política, no entanto, há de se destacar que o Judiciário, no exercício de suas atribuições, somente em alguns momentos será chamado a exercer essa função, devendo respeitar sempre os limites que lhe são impostos. Desta forma, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade consiste em um dos meios pelo qual o exercício da função política do Poder Judiciário se apresenta, e meio, também, que se expressam as decisões contramajoritárias.

4.2 Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade integra um mecanismo de contenção do Poder, que visa garantir o respeito à forma e ao conteúdo preconizado pela Constituição. Como já visto, é por meio da jurisdição constitucional que se exerce o controle de constitucionalidade. No Brasil, a Constituição de 1988 incorporou em nosso ordenamento o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, conferindo grande complexidade e abrangência à fiscalização constitucional.

O controle difuso de constitucionalidade tem origem no direito norte-americano, a partir do caso *Marbury vs. Madison*, em que a Suprema Corte, apoiada na argumentação de John Marshall, decidiu pela supremacia da Constituição em face das leis infraconstitucionais, afirmando a garantia do texto constitucional por meio de um controle exercido pelo poder Judiciário.

Por este controle, “a questão constitucional, consistente na inconstitucionalidade dos atos e omissões do Estado, ostenta a natureza de questão prejudicial (pré=antes; judicial= de julgar), na medida em que deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes de julgar a própria controvérsia e para poder, até mesmo, resolvê-la, definitivamente” (CUNHA, 2010, p. 105). Nesse sentido, denota-se o caráter incidental do referido controle, em que é possível ser declarada a inconstitucionalidade em qualquer processo *inter partes*, objetivando a defesa de direitos subjetivos dos envolvidos na lide, para a solução de conflitos de interesses,

cuja decisão vincula apenas as partes envolvidas no processo. Dessa forma, o controle difuso pode ocorrer, em qualquer esfera de competência, podendo sua matéria ser analisada desde o juízo de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal.

Dentre as ações em que se observa constantemente o controle difuso de constitucionalidade, pode-se citar a ação popular, o mandado de segurança, a ação civil pública, e o mandado de injunção, porém é possível verifica-lo em qualquer ação uma vez que suscitado pelas partes.

E dessa forma, afirma Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 107):

“É natural, decerto, que a jurisdição constitucional subjetiva ou incidental seja provocada normalmente pelas ações constitucionais de garantia, vale dizer, pelos conhecidos remédios constitucionais, em razão da celeridade e do rito sumário de seus procedimentos, que são especiais. Esses remédios constitucionais são movidos, ora individualmente, por quem supostamente titulariza um direito fundamental, ora coletivamente, por entidades ou órgãos legitimados para atuarem na condição de substitutos processuais em favor de interesses ou direitos subjetivos assegurados aos personagens substituídos.”

Já o controle concentrado de constitucionalidade, tem bases no modelo austríaco, desenvolvido por Hans Kelsen, cujo controle é feito por apenas um órgão, e a constitucionalidade integra a matéria principal a ser apreciada nas ações, ou seja, no que tange à defesa objetiva da Constituição, são interpostas ações diretas, diferentemente do controle difuso. Nesse sentido, Cunha (2010, p. 77) esclarece:

“De feito, Kelsen concebeu um sistema de jurisdição constitucional ‘concentrada’, no qual o controle de constitucionalidades estava confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial, conhecido como Tribunal Constitucional, sistema, portanto, significativamente distinto do sistema de jurisdição constitucional ‘difusa’ do direito norte-americano. Essa distinção entre os sistemas ‘americano’ e ‘austríaco ou europeu’ de controle de constitucionalidade decorreu, efetivamente, segundo lembra José Afonso da Silva, da diversidade de ambientes socioideológicos entre os Estados Unidos e os países europeus. Deveras, enquanto o constitucionalismo europeu se desencadeou em sociedades divididas, com características ideológicas opostas, o constitucionalismo norte-americano desenvolveu-se em ambiente social e ideológico homogêneo.”

No Brasil, o órgão que exerce, predominantemente, o controle concentrado de constitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal. São ações do controle concentrado a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade

Interventiva, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tais ações somente podem ser propostas por pessoas legitimadas no rol do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, com exceção da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, que só pode ser proposta pelo Procurador Geral da República.

Denota-se, então, que o controle concentrado não autoriza qualquer tribunal ou juiz o exercício de jurisdição das matérias cuja a constitucionalidade é o objeto principal. Da mesma forma, não é qualquer pessoa que pode suscitá-la, até mesmo porque, em razão de se tratar da fiscalização abstrata das leis ou atos normativos do poder público, o julgamento dessas ações tem efeito *erga omnes* e vinculante, do qual todos os poderes devem se sujeitar.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, no que tange ao controle de constitucionalidade, exerce, preeminentemente, o controle repressivo de constitucionalidade, uma vez que analisa legislações e atos já exteriorizados, tendo como parâmetro o bloco de constitucionalidade, composto pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais de direitos humanos recepcionados com status de Emenda Constitucional (no Brasil, somente o Decreto 6.949/09 que promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo conquistou esta importância).

Como se evidenciou, o controle de constitucionalidade pode ser exercido no âmbito subjetivo, quando relativo ao interesse das partes para solucionar controvérsias no caso concreto, como pode ser também objetivo, quando diz respeito exclusivamente à proteção da Constituição. Independente do modelo que se exerce o controle de constitucionalidade, o fato é que em suas decisões há a interferência na forma de atuação a ser adotado pelo Poder Público, condicionando-o às decisões proferidas pelo Judiciário, seja ele no âmbito pontual de determinada demanda (quando a decisão é proferida no controle difuso) ou no âmbito nacional (quando a decisão é proferida em controle concentrado). É a partir daí, então, que o espírito crítico dos magistrados é invocado, tornando os membros do Poder Judiciário agentes políticos, quando se trata de temas fundamentais.

Dessa forma, quando, por exemplo, em uma ação comum, o juiz de primeiro grau, diante da ausência de norma regulamentara no que se refere a união homoafetiva, em decisão sem precedentes, concede direitos decorrentes da separação de casal homossexual que pleiteia tais direitos, equiparando essa relação

à situação de união estável, ele exerce sua função política, uma vez que, com base nos direitos fundamentais, redefine uma diretriz comportamental do Poder Público em relação aquele caso. Da mesma maneira, quando o Judiciário, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, reconhece a união homoafetiva como instituto jurídico, equiparando-a à união estável (ADI 4.277/DF), também exerce uma função política, uma vez que, de forma vinculante e *erga omnes*, conclui a discussão acerca do tema, definindo uma nova forma de atuação do Estado frente a esta situação.

4.3 Atuação do Poder Judiciário: Do Positivismo ao Neopositivismo

Como verificado, a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, tal qual como se configura atualmente, só foi possível em razão da força normativa atribuída à constituição, e por isso, muitos autores conferem a tal fato o que se chama de neopositivismo.

O positivismo jurídico, em linhas gerais, decorre do posicionamento filosófico de que a ciência jurídica deveria ter características análogas às ciências exatas, e com isso, atribuía ao Direito a identificação plena da norma. Em razão dessa concepção, não se admitia a existência de antinomias e ambiguidades no ordenamento, devendo o Direito ser completo em si.

Foi nesse período, meados do século XIX, em meios aos ideais do Estado Liberal, que ocorreu uma intensa codificação das leis, com uma rígida separação das funções estatais, afastando do intérprete a liberdade de exercer seu espírito crítico, obrigando-lhe a aplicar a pura subsunção da lei ao caso concreto.

Não se reconhecia os princípios como norma, atribuía-lhes apenas a função de fonte autônoma do direito, e havia um intenso formalismo jurídico, que distinguia completamente direito e moral, e a validade das normas independia do balanceamento da essência do justo e do correto, não cabendo a submissão das leis à princípios e direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Para Eduardo Cambi (2011, p. 81):

“A codificação foi o germe do positivismo jurídico, baseado no princípio que o Código deveria ser o mais completo possível, para que fosse deixada ao intérprete a menor liberdade possível. Buscava-se elaborar um direito que

fosse à prova de juízes. Por isto, os Códigos pretendiam regular, ao máximo, as situações fáticas, a fim de que nada sobrasse para os magistrados interpretarem.”

Observa-se, então, que os operadores do direito estavam diretamente concentrados na aplicação da lei positiva, ou seja, no direito posto, vinculando-se apenas à vontade do legislador. Nesse sentido, o Poder Judiciário assumia uma função política apática, do qual era obrigado a desconsiderar, em muitos sentidos, questões de relevância social. Assim, o Judiciário não estava autorizado a interpretar as leis conforme as reais necessidades humanas, a atividade jurisdicional desprezava que a realidade nem sempre estava de acordo com a forma, e aplicavam a lei sem muita preocupação com a apreciação crítica do direito.

Nesse sentido, Cambi (2011, p. 175) ainda expõe:

“Isso acarretou a *neutralização* política da atividade judicial. O lugar privilegiado da lei como fonte do direito – somente a lei, votada e aprovada pelos seus representantes, obriga – neutralizava o papel do juiz que, ao aplicar o direito, somente deveria fazer a subsunção do fato à norma. Os órgãos judiciais deveriam se mover em um quadro jurídico-político pré constituído, não podendo julgar *contra legem*, valendo-se apenas da racionalidade formal (subsunção de fatos a normas), desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Com isto, mantinha-se o juiz neutro ao jogo de interesses concretos na formação legislativa do direito e, se tais interesses não fossem atendidos, isso não era problema do magistrado que, simplesmente, aplicava a lei. O importante é que a lei fosse aplicada, independentemente do seu conteúdo.”

Percebeu-se, então, que as concepções do positivismo jurídico, impondo a apatia do Judiciário frente as questões relevantes, não era capaz de suprir as necessidades sociais, nem de proteger de forma eficaz as relações humanas, e muito menos de garantir a igualdade plena. Foi a partir desta percepção que aos poucos foi sendo incorporada ao Estado a consciência dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, os direitos de segunda dimensão. Exigiu-se, assim, uma maior intervenção estatal nas relações sociais, afim de proporcionar uma condição em que sujeito não fosse mais contemplado só como um indivíduo, mas também como membro de uma coletividade.

Nessa nova condição do Estado, foi notório a modificação da atuação do Poder Judiciário, visto que ascendeu o número de litigiosidade em busca da efetivação de tais direitos. Desta Forma, o Judiciário desvinculou-se da postura apática de neutralização política e ganhou maior relevância social, uma vez que não

mais fazia a simples subsunção do fato à norma, mas lhe era permitido a interpretação da lei diante das condições do fato concreto.

E mais uma vez nas considerações de Eduardo Cambi (2011, 178-179):

“Passou a ser cobrada pela concretização dos direitos constitucionais. A luta por saúde, educação, moradia, segurança social, entre outros direitos, instrumentalizada em demandas individuais e sobretudo coletivas, promoveu a juridificação da justiça distributiva. O Judiciário foi chamado a enfrentar gestão das contradições entre igualdade formal e justiça social. O desempenho judicial adquiriu maior relevância social, mas também começou a ser mais questionado pelos meio de controle social (especialmente, pela imprensa), tornando-se objeto de controvérsias pública e políticas.”

No entanto, com base nessas perspectivas, o Estado não conseguiu conter as novas exigências que lhe foram impostas. Ocorreu um inchaço do sistema judiciário que, aliado a problemas burocráticos e à escassez de recursos financeiros, gerou uma insuficiência e uma má qualidade da gestão pública.

À vista disto, foi necessário rever alguns aspectos em relação ao papel do Estado, no sentido de se encontrar um meio termo ideal, cujos anseios sociais fossem atendidos sem, contudo, ocasionar a falência do Poder Público. Percebeu-se, então, a necessidade da existência de uma dosagem entre as condições de um Estado Liberal puro e de um Estado Intervencionista puro, em que se fazia essencial a atividade as relações econômicas liberais ao mesmo tempo que, também, se fazia essencial a proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, foram se estabelecendo as concepções neoconstitucionais, que revelaram a tendência neopositivista. Assim, o neopositivismo consiste em uma nova forma de interpretação e aplicação do direito, observando uma superação do legalismo, onde a positividade não estaria vinculada somente à lei, mas estaria principalmente contida nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, dos quais, inclusive a norma deveria submissão.

Essa característica, conferiu ao Judiciário margem interpretativa dos textos legais, uma vez que os princípios passaram a ter força normativa, ocorrendo, como já mencionado, uma superação do formalismo jurídico. Esse fato, exigiu dos magistrado uma argumentação jurídica fundamentada, “não sendo suficiente argumentar com a autoridade do órgão que emana a regra nem com a observância

formal do procedimento legal, sendo imprescindível examinar e valorar os conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas” (CAMBI, 2011, p. 91).

Foi com essas perspectivas neoconstitucionais que verificou-se uma postura mais atuante do Poder Judiciário no que tange a apreciação das questões políticas do Estado. Dessa forma, o Judiciário transitou da figura de coadjuvante para compor a figura de protagonista junto aos demais poderes. A atividade jurisdicional não se resumia mais, apenas, à aplicação do fato à norma, mas constituía, também, o exercício de análise da atuação dos demais poderes e dos particulares, no que se refere às prerrogativas constitucionais. O controle de constitucionalidade conferiu ao Judiciário, então, a necessidade de exercer uma função política, por meio de sua perspectiva interpretativa frente ao caso concreto.

Não obstante a modernização tardia da Constituição brasileira, verificou-se em nosso Poder Judiciário todas essas fases de influência do positivismo e neopositivismo. Atualmente, vive-se no Brasil uma condição da qual o Poder Judiciário detém uma certa autonomia, cuja atuação se tornou ponto de exaltações, críticas e questionamentos em todos os sentidos no que tange às suas decisões. No entanto, embora haja uma certa agitação filosófica e doutrinária em torno do comportamento do Judiciário, é inegável que muitas de suas decisões contramajoritárias configuram conquistas e avanços no que se refere aos direitos fundamentais.

5 DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Como se observou o Poder Judiciário assumiu nova postura frente as questões do Estado, exigindo-lhe uma maior observância aos aspectos dos direitos fundamentais, o que lhe permitiu maior independência e maior autonomia, colocando-o em um mesmo patamar que os demais poderes.

É nesse momento que se verifica, também, o exercício da função política do Judiciário, uma vez que as circunstâncias o levaram a não mais se neutralizar diante de impasses incontroversos, mas buscar a melhor decisão para a solução de conflitos no caso concreto. Dessa forma, busca-se demonstrar, então, as características, os momentos, os meios, e os limites do exercício da função política do Judiciário.

5.1 Política e Direito

Antes de aprofundar nas questões que envolvem os aspectos da função política do Poder Judiciário, cumpre estabelecer um breve paralelo entre Política e Direito.

Conforme foi analisado, política é um fenômeno social pelo qual se observa a discussão e deliberação de questões que envolvem o interesse da coletividade. Verificou-se, também, que o Estado é a institucionalização da sociedade política dotado de poder. Nesse sentido, averiguou-se que a característica do poder político do Estado é a força.

A força é o elemento que submete todos a um determinado Estado. No entanto, “a força, no poder, só é empregada de forma limitada: em nome da comunidade e de seu bem” (CALVEZ, 1997, p. 40). Dessa forma, a ideia de força se fundamenta diretamente à ideia de autoridade. Nesse rumo, o exercício do poder político só é possível em razão da existência do direito.

Nesse sentido, Jean-Yves Calvez (1997, p. 46) apresenta:

“Não se deveria dizer que, no seio de uma comunidade política instituída, o

poder, ainda que seja força, é sempre uma força contida, um instrumento do bem da sociedade e de seu direito? Ao menos assim nos aproximaríamos mais da verdade que reforça o formalismo do comando, da decisão e da sua 'capacidade' de ser efetivamente obedecida."

Observa-se, dessa forma, que a noção de contenção da força e de poder se apoia na questão do direito, no sentido de que o poder só poderia ser exercido por meio do direito, da mesma forma que somente o "jurídico" seria capaz de limitar o poder do Estado, verificando-se, assim, uma penetração do poder pelo direito. Nesse sentido, Calvez (1997, p. 48) ainda expõe:

"Para que se cumpra seu significado de elo social, o poder deve ainda estar submetido, em seu próprio exercício, a uma regra que incorpore o ideal social; o direito transforma-se, então, pouco a pouco em poder primeiro. Ou então torna-se um poder jurídico. E todas as relações políticas comportarão, daí em diante, um elemento de direito impessoal com referência obrigatória."

Verifica-se, assim, que as formas de organizações estatais, tal como estão configuradas atualmente, só são possíveis em razão da existência de um instrumento legal que se denominou Constituição. Observa-se, também, que somente seria possível atingir a concretização dos direitos fundamentais se todos os poderes do Estado, bem como os particulares, se submetessem a essa Lei Fundamental, sendo a ela, portanto, o limite do poder estatal.

Contudo, é importante destacar que, entre direito e política, existem amplas considerações doutrinárias. Como foi incorporado a noção de poder à ideia que se tem de direito, propagou-se a discussão, na doutrina, se o Estado, como um todo, configuraria um poder político ou um poder jurídico, visto que não haveria poder sem direito.

Esta discussão, então, desencadeou outro impasse acerca da relação do Direito e do Estado, levando a seguinte indagação: seria o Estado o próprio direito, ou seriam realidades distintas? Essa situação excitou o surgimento de algumas teorias que influenciaram na forma de atuação do Estado, dentre elas estão a teoria monista, a teoria dualística e a teoria do paralelismo.

Em linhas gerais, a teoria monista considera que direito e Estado são realidades sinônimas, conceitos que se confundem e por essa razão não haveria outra fonte de direito se não aquela oriunda do Estado. Para os dualista, Direito e Estado constituíam realidades distintas e inconfundíveis, nesse sentido destaca-se a

possibilidade de ocorrência de outras fontes que não somente a jurídica. Por fim a teoria do paralelismo, observou que o Direito e o Estado são realidades distintas, entretanto, interdependentes.

Compreender essa distinção, é também observar o grau de envolvimento entre política e direito, ou seja, até que ponto há a influência de um no outro. Nesse sentido, cabe destacar a observação feita por Delmo Dallari (2010, p. 114) diante dessa discussão entre político e jurídico:

“Organizar-se, portanto, é constituir-se com um poder, diz Reale, assinalando que, assim como não há organização sem presença do direito, não há poder que não seja jurídico, ou seja, não há poder insuscetível de qualificação jurídica. Isso não quer dizer que o poder esteja totalmente situado no âmbito do direito, pois na verdade o poder nunca deixa de ser substancialmente político. Em que sentido, então, deve ser entendida a afirmação de que todo poder, embora político, é também jurídico? A resposta que permite conciliar essa aparente contradição tem como ponto de partida a aceitação de graus de juridicidade”.

Atualmente, se considera que há uma relação entre direito e política, não estando tais conceitos afastados um do outro, de forma que não há uma política efetiva sem um direito eficaz, da mesma maneira que não há direito válido sem uma política que o legitime.

Nesse aspecto vale destacar as considerações de Eduardo Cambi (2011, p. 267):

“Direito e política têm, cada um, função própria cabendo, ao direito, a estabilização de expectativas de comportamento e à política, a realização de fins coletivos.

Em contrapartida, há funções recíprocas entre o direito e a política, cabendo-lhes institucionalizar o direito por parte do Estado, e assegurar os meios de organização política. No Estado Constitucional de Direito, o direito é subordinado à política, na medida que constitui o seu produto e instrumento, mas também a política, por sua vez, está submetida ao direito, posto que as escolhas dos governantes estão sob o império das leis e vinculadas às normas constitucionais, devendo-se observar os direitos fundamentais.

No entanto, isso não significa que o direito e a política sejam o mesmo fenômeno. Caso Contrário, a questão da legitimidade do direito se resumiria à positivação das normas jurídicas. O Direito está na política, mas não se circunscreve a ela. O direito é capaz de questionar a validade e a legitimidade das normas produzidas no processo político.”

E sobre o tema, vale sublinhar as considerações de Delmo Dallari (2010, p. 131):

“Como se verifica, o Estado e o povo estão permanentemente implicados num processo de decisões políticas. Estas, quando possível, devem ser enquadradas num sistema jurídico, suficientemente eficaz para a conservação de uma ordem orientada para determinados fins, mas necessariamente flexível, para permitir o aparecimento e integração de novos meios e para assegurar a reformulação da concepção dos objetivos fundamentais, quando isto for exigido pela alteração substancial das condições de vida social.”

Verifica-se, desse modo, que as formas de organizações estatais, tais como estão configuradas atualmente, só são possíveis em razão da existência de um instrumento legal que se denominou Constituição, e observa-se que somente seria possível atingir a concretização dos direitos fundamentais se todos os poderes do Estado, bem como os particulares, se submetessem a Lei Fundamental.

Nesse sentido, constata-se, portanto, uma correlação indispensável entre política e direito, em que a existência de um depende da coexistência do outro, observando-se que quanto maior o grau de conexão entre eles, maior é a aproximação do Estado às necessidades sociais, uma vez que se confere maior dinamicidade à relação estatal quando deparado com a complexidade das interações humanas. Dessa forma, tendo como base essa percepção, se entende com maior clareza a aproximação do Judiciário com alguns aspectos que lhe exige o exercício da função política, uma vez que ele constitui, também, um componente integrante do poder político do Estado.

5.2 Função Política

Entendido a correlação entre direito e política, e compreendido a essência que se extrai da terminologia ‘política’, cumpre agora estabelecer em que consiste a função política, já deixando consignado que exercer função política não implica, necessariamente, em deter a iniciativa política. Para isso, é preciso, primeiramente, entender a conotação que será aplicada ao termo função.

Como se verificou, a separação de poderes consiste na separação de competências, ou seja, de funções. Contudo, o Estado detém outras funções que não residem, propriamente, na atribuição de competências. Nesse sentido a palavra “função” conteria em seu bojo interpretações diversas.

Jorge Miranda (1997, p. 5-11), doutrinador português, apresenta diferentes aspectos semânticos ao termo em destaque, afirmando que, quando se fala em função do Estado, pode-se abstrair duas interpretações distintas: uma função-tarefa e uma função-atividade.

Nesse sentido, função-tarefa seria o fim do Estado, ou seja, seria a finalidade a que se propõe a atingir o interesse da coletividade, seria, portanto, a incumbência que o Estado tem de assegurar e promover os preceitos constitucionais. Já a função-atividade seria a atividade desempenhada pelo Estado, ou seja, corresponderia o modelo comportamental do Estado, pelo qual ele perseguiria a função-tarefa, configurando, assim, a distribuição de competências estatal.

Dessa forma, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário por meio de suas funções-atividades próprias, legislar, administrar e julgar, buscam atingir a incumbência que lhe foi conferida, qual seja atender as finalidades do Estado, observando o interesse da coletividade, cumprindo, assim, com sua função-tarefa. À vista disso, seria possível, então, dizer que o Estado, dentre outras funções, desempenha também uma função econômica, uma função ideológica e uma função política.

Há de observar, que no que diz respeito a função política, o Legislativo e o Executivo sempre exerceram tal função, no entanto, nota-se que o exercício da função política do Judiciário decorreu da incorporação das acepções neoconstitucionais.

Foi apontado em momento anterior, que a própria evolução da sociedade exigiu que se modificasse a percepção acerca do papel do Estado e da Constituição, para se atingir verdadeiramente os interesses da coletividade. Percebeu-se, então, que os Estados Contemporâneos conferiram força normativa a Constituição, do qual todos a ela estão vinculados.

Verificou-se, também, que em razão da força normativa da Constituição, ampliou-se o nível de exigência de proteção aos direitos fundamentais, como forma, não só de agasalhar tais direitos, mas também promover uma maior integração de toda sociedade.

Esse fato, fez com que os poderes do Estado, dentro de suas esferas de competências, se deparassem com situações em que era preciso decidir, dentre as possibilidades, qual caminho seguir para atender determinados direitos, diante do

que preconizavam os princípios fundamentais.

Assim, o exercício da função política está intimamente relacionado às decisões sobre temas fundamentais, ou seja, questões de suma relevância que modificam a forma de agir do Estado e da coletividade. Nesse sentido, Leonardo Paixão (2007, p. 51), em sua tese de doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, define em que consiste a função política:

“[...] considera-se que a função política do Estado é a atividade que órgãos instituídos pela Constituição exercem no âmbito de sua competência, tendo por objetivo preservar a sociedade política e promover o bem comum, e que consiste em determinar, mediante a livre interpretação de normas constitucionais, o que é interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação.”

Pela essência que se extrai da definição de função política, não é raro que se confunda função política com a função legislativa, até mesmo porque é o Legislativo que detém maior liberdade de escolha para definir as diretrizes sobre os temas fundamentais, uma vez que é, ordinariamente, por meio das leis que elas se consolidam.

No entanto, essa confusão deve ser desfeita, visto que função legislativa nem sempre implica propriamente em uma opção por temas fundamentais, ou seja, nem sempre o ato de elaborar leis traduz o exercício de uma função política.

Assim, é possível perceber que a função política pode ser exercida por todos os poderes, posto que, toda vez que decidirem sobre temas fundamentais, de certa forma estarão no exercício da função política.

5.3 Elementos da Função Política

Para que não reste dúvidas acerca da função política, passa-se agora a enunciar seus elementos. Para tanto, apoia-se nos estudos desenvolvidos por Paixão (2007, p. 51-63), onde, ao tratar da função política do STF, agrupa seis características que são próprias da função política, quais sejam: o exercício da função política por órgão estabelecidos na Constituição, a competência conferida

pela Constituição aos órgãos para o exercício dessa função, o exercício da função política segundo procedimentos constitucionalmente indicados, o exercício da função política mediante opções feitas em temas fundamentais, exercício mediante atos materialmente conformes a Constituição, e exercício não sujeito a prazos.

Assim, deduz da primeira característica que, como a função política se expressa por meio dos órgãos dotados de poder, é evidente que tais órgãos devam estar previstos na Constituição. Dessa forma, cumpre ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário estabelecer, cada um dentro de sua esfera de competência, as diretrizes do Estado, no que tange aos temas fundamentais.

No mesmo sentido, de nada valeria legitimar órgãos para o exercício dessa função política, se a Constituição não lhes atribíssem qual atividade específica caberia a cada um deles. À vista disto, é por meio da atribuição de competência de cada poder que se estabelece seus espaços de atuação, no intuito de atingir a finalidade do Estado.

Da mesma maneira, é necessário que, na esfera de suas competências, cada órgão respeite a forma, ou seja, o procedimento pelo qual se poderá atuar. Desse modo, a Constituição estabelece diretrizes centrais para a atuação de cada esfera de poder, não podendo os poderes excedê-las.

É importante destacar que para que haja o exercício de uma função política pelos poderes, é fundamental a ocorrência de dois vetores que são: dispor sobre tema fundamental, e exercer uma liberdade de escolha. Os temas fundamentais, seriam, pois, objetos dotados de suma relevância, das quais caberia aos órgãos munidos de poder estabelecer quais condutas deveriam ser observadas.

Cumpre ressaltar, no entanto, que essa liberdade de escolha, em nada se assemelha à discricionariedade ou à arbitrariedade. A liberdade de escolha, aqui estampada, é decorrente da observância de aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto, em que os agentes político se deparam com circunstâncias das quais lhe exigem definir o direcionamento das diretrizes do Estado. Portanto, a simples escolha autorizada pela lei não constitui função política, muito menos decisões que não são amparadas em temas fundamentais. A liberdade, aqui, também não traduz a possibilidade dos agentes irem além de seus limites, muito pelo contrário, e como já se observou, é necessário que o agente político respeite suas competências e seu devido procedimento no que se refere a sua atuação.

Dessa forma, destaca-se, assim, mais uma característica da qual é

imperioso observar, a decisão a ser emitida pelos órgãos deve estar em consonância com o texto da Constituição, ou seja, é necessário que seja exercida mediante atos materialmente conformes a Constituição, de forma que não cabe aos poderes contrariar os preceitos constitucionais.

Por fim, há de se salientar que a função política não está sujeita a prazo, no sentido de que a qualquer momento é possível verificar uma nova necessidade política e reestabelecer suas diretrizes.

5.4 Função Política do Poder Judiciário

5.4.1 Peculiaridade do Exercício da Função Política do Judiciário

Foi analisado, até o momento, os aspectos da função política, elencando-se seus elementos. Dessa forma, verificou-se a possibilidade de todos os poderes do Estado exercerem uma função política quando diante de decisões que dizem respeito a temas fundamentais.

À vista disso não restam dúvidas acerca da probabilidade do exercício da função política por parte do Judiciário. Nesse sentido, é possível observar que todos os elementos que caracterizam a função política estão presentes na esfera do órgão julgador. Contudo, é preciso destacar algumas peculiaridades que envolvem o exercício da função política do poder em destaque.

Nesse sentido, o Judiciário, mesmo quando exerce uma função política, só pode agir mediante provocação. Dessa forma, percebe-se que não cabe ao Judiciário a iniciativa política, sendo-lhe permitido o exercício da função política somente quando for chamado a solucionar determinada lide. De outro modo, as decisões do Judiciário devem sempre ser motivadas e publicadas para que se tenha validade, constituindo, assim, outra característica particular no que tange ao exercício de sua função política.

No mais, cumpre destacar que, por meio da jurisdição constitucional, se denota a possibilidade do exercício da função política do Judiciário. Assim, evidencia-se que nas decisões do controle de constitucionalidade, seja no âmbito

difuso, seja no âmbito concentrado, existem todos esses elementos caracterizadores da função política. Contudo, não é difícil compreender porque Supremo Tribunal Federal é o órgão, dentro da organização judiciária, que mais exerce essa função, já que se deparam com uma incidência muito maior de casos que lhe exige essa postura.

5.4.2 Momentos em que o Judiciário Exerce Função Política

Como se verificou, não é a todo momento que o Judiciário exercerá a função política em suas decisões. Conforme foi observado, sua atuação ocorre mediante provocação. No mais, há situações em que o Judiciário simplesmente irá aplicar a norma ao fato concreto, exercendo apenas uma jurisdição comum. Isso porque, para que haja exercício da função política do Poder Judiciário, necessariamente deve ocorrer um conflito que envolva temas fundamentais, e a solução desse conflito dependerá sempre de uma avaliação criteriosa da situação fática e dos princípios envolvidos.

Assim, destaca-se, então, os momentos em que se constata o exercício dessa função política do Poder Judiciário. Leonardo Paixão (2007, p. 68-76) estampa quatro ocasiões em que ela pode ser verificada, quais sejam: quando se trata temas que envolvam a separação de poderes, quando se trata de temas que envolvam o federalismo, quando se trata de temas que envolvam a proteção de direitos fundamentais e quando se trata de temas que envolvem o controle do funcionamento das instituições democráticas.

No que tange a separação de poderes, como os três órgãos estão em um mesmo patamar hierárquico, a questão que seria levada ao Judiciário, e conseqüentemente ao exercício de sua função política, residiria em torno do conflito de competência entre Legislativo e Executivo. Paixão (2007, p. 71-73) expõe que o conflito entre estes dois órgãos possui natureza política, e quando a disputa não se resolve politicamente, a situação acaba sendo trazida ao Judiciário. Assim, com observância aos preceitos constitucionais, o Poder Judiciário acaba analisando também as conseqüências políticas que afetarão a coletividade por meio de sua decisão, razão pela qual acaba exercendo uma função política.

O outro momento apontado pelo autor reside nas questões que compreendem o equilíbrio federativo, envolvendo novamente o conflito de competências. O federalismo é a união dos estados de um país, ou seja, é a aliança entre as unidades de uma Federação. Portanto, o federalismo constitui uma forma de divisão vertical de competências com o intuito, também, de limitar o poder. Nesse sentido, havendo conflito de competência entre estados da federação cabe ao Judiciário dirimi-las. Quando tal conflito chega ao Judiciário, na maior parte das vezes, as situações esbarram em divergências interpretativas sob determinados aspectos da Constituição, exigindo do Judiciário também o exercício de sua função política. (PAIXÃO, 2007, p. 73-74)

Outra situação que pode ocorrer a expressão da função política do Judiciário, advém da proteção dos direitos fundamentais, e nesse ponto vale destacar as palavras de Leonardo Paixão (2007, p. 75):

“Ao reconhecer (ou não) um direito fundamental em uma determinada situação concreta, a corte eventualmente fixa o exato alcance da norma constitucional, alcance que até então não era evidente. Nos casos em que isso ocorre verifica-se a concretização de uma disposição constitucional, e a atividade do tribunal constitucional traduz exercício de função política, porque se relaciona diretamente com a definição do interesse público.

[...]

Certo é que esta definição de interesse público, quando da proteção de direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais, pode ocorrer por ocasião do controle de constitucionalidade de atos privados, judiciais, executivos e legislativos.”

Percebe-se, então, que é no âmbito da proteção dos direitos fundamentais que se observa a possibilidade de incidência das decisões contramajoritárias, visto que, pelo exercício do controle de constitucionalidade, o Judiciário deve preservar os preceitos constitucionais, e interpretá-los buscando definir a análise que irá melhor protegê-los.

Por fim, outro momento em que a função política do Judiciário é exercida, reside no controle do funcionamento de instituições democráticas. “A atuação das cortes constitucionais na preservação das regras de participação democrática pode significar ou não o exercício de função política. Quando julga impugnação de urna certamente não; quando estabelece regras da disputa, ao decidir um caso, definindo em que consiste o interesse público na concretização da democracia, aí sim desempenha função política.” (PAIXÃO, 2007, p. 76)

Apresentado os momentos em que o Judiciário possui a capacidade de

desenvolver sua função política, verifica-se que a situação que envolve a proteção dos direitos fundamentais é o contexto que percorreu a análise deste trabalho, visto que é a circunstância que autoriza a ocorrência de decisões contramajoritárias.

5.4.3 Mecanismos de Exercício da Função Política do Judiciário

O Judiciário, no que tange a proteção dos direitos fundamentais, exerce uma jurisdição constitucional, da qual desempenha um controle de constitucionalidade. Ressalta-se, então, que, em muitos casos, as decisões proferidas possuem caráter contramajoritário, ou seja, decisões contrárias a leis e atos advindo de órgãos que representam a maioria.

Como se verificou, para que as decisões contramajoritárias do Judiciário sejam válidas, é imprescindível a motivação e a publicidade. Dessa forma, observa-se a ocorrência de alguns mecanismos de julgamento que conferem racionalidade à fundamentação, e que são utilizados na solução dos conflitos, permitindo ao órgão julgador o exercício de atos que envolvem a função política. Dentre esses mecanismos destaca-se a argumentação jurídica e a ponderação de princípios.

5.4.3.1 Argumentação Jurídica

Até o momento verificou-se que os anseios sociais impuseram uma nova concepção à Constituição, e esta passou a assumir um caráter transformador. Isso fez com que o Estado passasse a adotar uma postura diferente frente aos aspectos democráticos, e nesse momento o Judiciário assumiu grande destaque.

Diante de casos concretos, os operadores do direito, na solução de conflitos, passaram a exercer uma maior reflexão nas situações que tratavam de temas fundamentais. Observou-se, assim, que foi conferida uma margem interpretativa ao Judiciário sobre as questões de difícil solução, e nesse momento passou-se a desenvolver a prática da argumentação jurídica.

É importante destacar que, diante dessa expansão da jurisdição constitucional, verificou-se a discussão de duas correntes filosóficas distintas: os processualistas e os substancialistas. Dessa forma, para entender em que consiste a tese da argumentação jurídica, vale apontar este embate doutrinário.

Nesse sentido, acentua-se a observação de Lenio Luís Streck (2011, p. 80-81) sobre o tema:

“Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentalistas, e de outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de justiça constitucional.”

A discussão que envolve essas duas correntes filosóficas, no entanto, não reside apenas em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ela reflete também no âmbito da interpretação e da aplicação da Constituição, ou seja, insere-se no campo da hermenêutica e de suas técnicas interpretativas.

Os procedimentalistas enfatizam o papel instrumental da Constituição, e com isso separam os discursos de fundamentação dos de aplicação, afastando, assim, a possibilidade da ocorrência da teoria da argumentação jurídica. Para essa corrente, o primordial é atender as condições procedimentais da democracia, dando ênfase ao princípio majoritário, evitando a interpretação material dos direitos fundamentais por parte do órgão julgador.

Nesse sentido, Eduardo Cambi (2011, p. 282) expõe:

“Assim, o procedimentalismo de Günther e Herbemas, preocupado com a busca de soluções imparciais, não pretende oferecer critérios conteudísticos objetivos, mas apenas procedimentos para a resolução de conflitos morais. O procedimentalismo, nega que a legitimidade da jurisdição constitucional esteja na tutela do conteúdo material dos direitos fundamentais. Caberia, à jurisdição, apenas corrigir eventuais desvios no processo de representação popular, para assegurar a efetiva participação do povo no poder e a participação política das minorias. Nega que a legitimidade da jurisdição esteja na análise dos conteúdos substanciais das normas infraconstitucionais, pretensamente subjacentes à Constituição.”

Da mesma forma Barroso (2009, p. 91-92) sintetiza:

“Já os procedimentalistas não concebem o papel do interprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo.

Assim, para o procedimentalismo, só se devem extrair da Constituição as ‘condições procedimentais da democracia’, cabendo à jurisdição constitucional proteger tais condições, evitando que se desintegrem por via da atividade legislativa.”

O substancialistas, por outro lado, valorizam o conteúdo material da Constituição, permitindo margem interpretativa aos direitos fundamentais quando deparado ao caso concreto, conferindo ao Judiciário a possibilidade do exercício da função política. Essa corrente, diferente da anterior, não estanca o direito em si, mas permite que sua dinamicidade natural contribua para a concretização dos objetivos do Estado, estendendo a eficácia dos direitos fundamentais.

No que diz respeito aos aspectos dos substancialistas Streck (2011, p. 87) apresenta:

“Em síntese, a corrente substancialista – que insisto, não pode ser confundida com qualquer filiação à filosofia da consciência ou ativismo judiciais – entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais. Coloca em xeque, portanto, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.”

Por óbvio, que o presente trabalho se aproxima dos ideias substancialistas, tendo em vista a priorização da adequação dos direitos fundamentais ao caso concreto. Assim, quando essa adequação se apresenta diante de situações sem precedentes, é necessário que exista uma fundamentação coerente para que possa ser dotada de validade. Dessa forma, observa-se a incidência da argumentação jurídica nas decisões dos magistrados.

À vista disso, a teoria da argumentação jurídica nada mais é do que a atividade de estabelecer razões para a motivação dessas decisões. Dessa forma, como a corrente substancialista exige, nesses casos, o exercício da interpretação jurídica para a solução da lide, torna-se relevante entender em que consiste essa interpretação jurídica, para se compreender, então, de que forma a argumentação jurídica exterioriza a função política do Poder Judiciário.

Nas palavras de Barroso (2009, p. 269) a interpretação jurídica:

[...] consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos jurídicos relevantes.”

E Eduardo Cambi (2011, p. 286-287) acrescenta:

“Deve ser acrescentado que a interpretação é uma operação de caráter linguístico, realizado em um contexto histórico-social. Refere-se a enunciados linguísticos, não a qualquer vontade da lei (mens/ vonluntas legis) ou do legislador (mens/ voluntas legislatoris). Está condicionada pelo contexto, conquanto se efetua em condições sociais historicamente caracterizadas, as quais determinam uso linguísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado. A mediação semântica, realizada pelo interprete, na atribuição do significado, não depende da descoberta de ‘vontades’ predeterminadas. Tais ‘vontades’ somente podem ser levadas em consideração em um processo de interpretação, limitado pelo espaço linguístico dos conceitos ou das palavras, suscetíveis de alteração do próprio contexto.”

Verifica-se, então, a possibilidade do Judiciário exercer com maior relevância um raciocínio lógico-interpretativo. No entanto, cumpre destacar que embora lhe tenha sido conferida essa margem interpretativa, não significa dizer que o Judiciário detém discricionariedade de exercê-la, frente à situação fática, muito menos significa dizer que ele pode optar pela interpretação que melhor lhe convém.

O Judiciário deve analisar com objetividade a interpretação que será dada à situação, bem como deverá argumentar de maneira coerente e lógica a sua interpretação. Para isto Barroso apresenta que é diante dos casos difíceis que se verifica a tese da argumentação jurídica. Valendo destacar as palavras do autor (BARROSO, 2009, 338-339):

“A argumentação faz parte do mundo jurídico, que é feito de linguagem, racionalidade e convencimento. Todos os participantes do processo apresentam argumentos e a fundamentação é requisito essencial da decisão judicial. No entanto, como já assinalado, a interpretação jurídica lida com casos fáceis e casos difíceis. Os casos fáceis podem ser decididos com base na lógica formal dedutiva, aplicando-se a norma pertinente aos fatos, mediante subsunção. Nos casos difíceis, porém, a solução precisa ser construída tendo em conta elementos que não estão integralmente contidos nos enunciados normativos aplicáveis. Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o ambiente típico da argumentação jurídica.”

E nesse sentido ainda conclui:

“Liga-se ela [argumentação jurídica] à ideia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato a norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas. As diferentes teorias da argumentação jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo maior controle da justificação das decisões judiciais.” (BARROSO, 2009, p. 340)

Verifica-se, portanto, a impossibilidade dos julgadores dos casos difíceis de se afastar das questões políticas que envolvem tais casos, sendo inevitável o exercício da função política. E para arrematar o entendimento de que por meio da argumentação jurídica se exerce uma função política legítima, registra-se a compreensão acerca do caráter político da interpretação constitucional, ainda nas palavras do autor supra citado:

“Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva jurisdição constitucional, é inegavelmente política. Isso se deve ao fato de que o intérprete desempenha uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, mas também em razão das consequências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os Poderes e os deveres que lhes são impostos. Melhor do que negar o aspecto político da jurisdição constitucional é **explicá-lo**, para dar-lhe transparência e controlabilidade.” (BARROSO, 2009, p. 286)

Observa-se, portanto, que frente às novas imposições trazidas pela constituição, é indispensável que o Judiciário exerça uma função política em determinados casos. E como foi analisado, a argumentação jurídica lhe permite que suas decisões tenham foco numa fundamentação lógico-interpretativa desde que em consonância com os direitos fundamentais. O que explica a possibilidade do Poder Judiciário dirimir conflitos, inclusive de maneira contamajoritária. Dessa forma, é notório a compreensão de que só é possível aceitar que o Judiciário exerça uma função política, se considerar as acepções substancialistas.

5.4.3.2 Ponderação de Princípios

Em verdade, a ponderação de princípios constitui uma das técnicas que contribuem para realização da argumentação jurídica. Para descrever em que consiste esta ponderação, e qual a forma que ela se vincula aos aspectos da função política do Poder Judiciário, é necessário, a priori, estabelecer os conceitos que envolvem os princípios e regras, bem como esclarecer algumas considerações que residem em torno delas.

Grande parte da doutrina, ao tratar da ponderação de princípios, começa estabelecendo uma distinção entre princípios e regras. Nesse sentido, Eduardo Cambi (2011, p. 91) estabelece que:

“As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam. Isto é, proporcionam critérios das ações, dizendo como se deve ou não se deve agir, em situações específicas, previstas pelas próprias regras. Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem suporte fático, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, vale dizer, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos. Por isso, possuem uma autônoma razão frente à realidade, que, ao colocar-se diante dos princípios, adquire qualidades jurídicas próprias, diversamente das regras, cuja aplicação condiciona o enquadramento do caso concreto ao suporte fático normativo nelas previsto.”

Observa-se, então, as regras traduzem-se em normas específicas, de conteúdo determinado, enquanto que os princípios são comandos normativos que estabelecem um conjunto aberto de condutas, que constituem uma finalidade a ser atingida.

Atualmente há quem afirme pela possibilidade de ponderação de regras, embora seja ainda muito discutido. No entanto, exatamente pelo fato dos princípios expressarem um conjunto aberto de condutas, ausente de hierarquias, é que se percebe uma maior incidência da ponderação de princípios.

A ponderação de princípios consiste em uma técnica de solução de conflitos quando, diante da situação fática, há a ocorrência de princípios em colisão, ou seja, na presença de um caso concreto, em que se confronte dois ou mais princípios, haverá a necessidade de ponderar qual deles deverá prevalecer para que

a lide seja solucionada, sendo este um mecanismo de racionalizar determinada decisão.

Desse modo, não se pode dizer que há uma hierarquização de princípios, da mesma forma não se pode atribuir previamente qual princípio deva prevalecer sobre o outro, uma vez que sua análise somente se verifica diante de uma situação fática.

Assim sendo, como é imposto ao Judiciário, mediante a situação concreta, a solução da lide, cabe tão somente a ele dirimi-la. Para tanto, quando necessário, ele utiliza da técnica da ponderação de princípios para permitir que um determinado princípio prepondere naquele caso específico sobre o outro, permitindo assim a solução do conflito.

Nesse sentido, Barroso (2009, p. 334) discorre:

“Em suma, consiste ela [a ponderação] em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive o Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos.”

Eduardo Cambi (2011, p. 93) também expõe:

“Conclui-se que a melhor medida possível (ou seja, o que vem a ser um comando de otimização) depende da argumentação jurídica a ser desenvolvida nos casos concretos. Está-se diante de uma dimensão de peso (isto é, qual o argumento que, estando em conflito, deve prevalecer) e, por isto, as possibilidades (fáticas e jurídicas) de aplicação do princípio podem ser desenvolvidas a partir das máximas da proporcionalidade (adequação, exigibilidade e proporcionalidade).

A ponderação, com auxílio das máximas da proporcionalidade, destina-se a estabelecer critérios de correção da decisão judicial, servindo-se como um procedimento para sua fundamentação ou justificação. Considerando que os princípios em conflito ostentam o mesmo valor e igual hierarquia jurídica, o núcleo central do juízo de ponderação consiste em dar preferência à solução que importe a menor lesão ao princípio restringido, e a mais urgente e vigorosa tutela ao princípio protegido.”

Cabe destacar, que a ponderação dos comandos normativos, só é possível porque constituem cláusulas jurídicas abertas e de conceitos indeterminados, o que permite, mediante o caso concreto, o juízo de valoração.

Quando um princípio estabelece, por exemplo, no âmbito da proteção dos direitos da criança e do adolescente, que se deva atender “o melhor interesse do menor”, a lei não informa qual seria esse melhor interesse, só podendo ser

analisado, então, quando posto a uma situação fática, razão pela qual se atribui a alguns comandos normativos a categoria de conceito indeterminado.

É, portanto, em razão da colisão de princípios, dotados de conceitos indeterminados, que a ponderação se fará presente quando a situação exigir. Destaca-se, no entanto, que estabelecer um juízo de valoração no plano concreto aos conceitos jurídicos indeterminados não autoriza uma conduta discricionária dos operadores do direito. Atribuir sentido a esses conceitos deve consistir em uma atuação técnica, dotada de critério e de método, e não em um juízo de conveniência e oportunidade.

Dessa forma, muitos autores consideram que a técnica da ponderação percorre três etapas: a identificação de normas relevantes para a solução do caso, reconhecendo eventuais conflitos entre elas, o exame das circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos, e por fim, “sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada” (BARROSO, 2009, p. 335). É importante destacar, também, que todo esse processo de ponderação de princípios deve ser pautado na proporcionalidade e razoabilidade, a fim de atender ao melhor resultado possível.

Observa-se, então, que os casos difíceis conduzem à soluções práticas, muitas das vezes, por meio da ponderação de princípios. Assim, demonstra-se, que por meio do debate de princípios e da fundamentação argumentativa, é possível verificar a ocorrência da função política do Judiciário, tendo em vista que os demais casos semelhantes acabarão seguindo uma mesma orientação.

Deve-se destacar, dessa forma, que alguns cuidados devem ser apreciados no que tange a ponderação de princípios, apontando, assim, as considerações feitas por Barroso (2009, p. 336-337):

“A metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações. [...] É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto.”

Nesse sentido, para evitar os problemas identificados por Barroso, e para que as decisões proferidas por meio da ponderação tenham legitimidade e racionalidade, ele sugere que o interprete deva sempre ter sua decisão vinculada a alguma norma do sistema jurídico, de modo que se utilize parâmetros que possam ser generalizados a casos semelhantes, observando, por fim, a necessidade de sempre preservar o núcleo essencial dos direitos.

5.5 Considerações Acerca do Contramajoritarismo e do Exercício da Função Política do Judiciário

O exercício da função política por parte do Judiciário não só é possível como é fundamental. Verificou-se, a pouco, as probabilidades de incidência do exercício dessa função, e foi possível perceber que ela se destina, principalmente, à preservação dos aspectos democráticos e à garantia de satisfação dos direitos fundamentais.

Observa-se, então, que é no momento da análise dos preceitos fundamentais, frente à situação fática, que se verifica a possibilidade de ocorrência de decisões contramajoritárias. Tais decisões, modificam uma determinada conduta do Estado, contrariando, de certa forma, a vontade majoritária, e por isso são dotadas de caráter político. Dessa forma, é importante destacar que nem toda função política se expressa por meio de decisões contramajoritárias, no entanto, toda decisão contramajoritária expressa uma função política.

A singularidade da autorização conferida, em determinadas situações, ao Judiciário para o exercício dessa função, por meio de decisões contramajoritárias, reside especialmente no fato de que elas proporcionam uma maior inclusão de minorias na sociedade, evitando que determinados setores sociais permaneçam marginalizados, sem uma devida tutela jurídica.

Nesse sentido, ressalta Streck (2011, p. 76-77):

“A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso – no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição – do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações

positivas (concretização de direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos de eficácias (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado). Por isto, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade em uma ditadura permanente.”

Observa-se, portanto, que a força normativa da Constituição permitiu ao Judiciário assumir uma postura desneutralizada (que em nada se confunde com ausência de imparcialidade), elevando o Estado à consagração de um patamar muito próximo da real intensão democrática, ou seja, da satisfação completa do conteúdo da Constituição. E por isso, as decisões contramajoritárias são necessárias para um funcionamento efetivo da democracia.

Dessa forma, não haveria como (e nem seria saudável) evitar que o Judiciário exercesse essa função política, visto que boa parte das relevantes modificações estatais, favoráveis a uma sociedade integradora, decorreram de decisões judiciais na solução de casos difíceis, que lhe exigiram uma análise política.

5.6 Críticas ao Exercício da Função Política do Poder Judiciário

A postura mais atuante do Poder Judiciário, frente à força normativa da constituição e à necessidade de proteção dos direitos fundamentais, é alvo de inúmeras críticas. Destacou-se aqui duas daquelas que se considera mais relevantes, pelas quais se fará uma breve análise.

5.6.1 Membros Não Eleitos Pelo Povo

Quando se fala da desneutralização do Poder Judiciário, a primeira crítica que se faz gira em torno das questões do princípio majoritário. Questionam se

seriam válidas as decisões judiciais que esboçam uma função política, visto que seus membros não são eleitos pelo povo, o que tornaria as decisões contramajoritárias atos não amparados nas concepções democráticas.

No que se refere este aspecto, não restam dúvidas quanto a legitimidade de atuação do Poder Judiciário, inclusive das decisões contramajoritárias, calcadas nos direitos fundamentais. Verificou-se que essa função deriva da própria Constituição, e como se analisou, é exatamente em razão do Judiciário não ter representantes eleitos pelo povo que se torna possível a preservação dos ideais democráticos, uma vez que ele constitui um freio e um contrapeso fundamental ao equilíbrio entre os poderes.

No mais, observou-se que, no que tange a atuação dos membros do Poder Judiciário, há uma série de limites que lhe são impostos, descritos pela própria Constituição, não podendo de forma alguma excedê-los, sob pena de invalidade do ato.

E nesse sentido, ressalta Luiz Flávio Gomes (1997, p. 122):

“A legitimação política, só porque é representativa, não significa que é mais importante ou que goze de maior hierarquia perante a legitimação judicial (formal ou legal): ambas as modalidades de legitimação foram concebidas pelo Poder Constituinte e estão previstas na Constituição; ambas estão no mesmo pé de igualdade. Se o Constituinte quisesse, poderia ter estruturado de modo distinto o Poder Judiciário. Não o fez, certamente, por respeito à tradição brasileira que afasta qualquer tipo de eleição direta (do povo) para cargos judiciais. Não cabe discutir, assim, qual das duas legitimações é mais democrática: ambas o são. O que se espera, isto sim, é que cada Poder estatal cumpra suas tarefas, sobretudo as constitucionais, rigorosamente dentro de seus limites, sob pena de rompimento do necessário equilíbrio entre os poderes.”

Dessa forma, por mais que hajam críticas quanto ao fato dos componentes do Judiciário não serem membros eleitos pelo povo, é incontestável que o atual movimento constitucional lhe autoriza e lhe obriga uma maior atuação, no que tange a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, impondo, dessa forma, um maior equilíbrio entre os poderes, visto que todos estão inequivocamente submetidos à Lei Fundamental.

5.6.2 Mal uso dos preceitos neoconstitucionais

Foi abordado anteriormente que as mudanças na sociedade conduziram o Estado a assumir uma outra perspectiva no que tange às relações entre os poderes estatal. Observou-se, também, principalmente no período do pós-guerra, uma normatização da Constituição e a necessidade de uma expansão da jurisdição constitucional, que muitos autores denominou de neoconstitucionalismo.

Lenio Luis Streck, que prefere não utilizar a expressão acima empregada, atribui a esse movimento de normatização da Constituição e de integridade da jurisdição o nome de Constitucionalismo Contemporâneo, e afirma que o Brasil incorporou as perspectivas desse movimento de maneira equivocada.

O autor esclarece que sob o signo do neoconstitucionalismo, os juristas brasileiros recepcionaram de forma errônea a teoria alemã da Jurisprudência de Valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy, aplicando-as de forma acrítica e sem método.

Nesse sentido, Streck (2011, p. 48) expõe:

“Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestadas a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos interpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais.”

E continua explicando:

“Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção -, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.” (STRECK, 2011, p. 50)

De fato, como os princípios configuram comandos normativos gerais, realmente observa-se uma facilidade de justificar qualquer defesa apoiando-se em princípios. Contudo, não cabe aos membros do Judiciário afastarem-se da imparcialidade e da impessoalidade, decidir como lhes convém, e então justificar a

decisão com base em comandos normativos. Isso não só geraria insegurança jurídica, como também configuraria ato dotado de arbitrariedade.

Há de se concordar que não é atribuído aos membros do Judiciário aplicar a norma ao caso concreto de forma acrítica e sem método, e há de se ressaltar, também, que as decisões judiciais devem ser vinculadas a critérios específicos de valoração jurídica, sendo vedada a valoração pessoal. No entanto, afastar a tese da argumentação jurídica, seria estagnar as possibilidades jurídicas e ignorar a dinamicidade do direito, atribuindo a ele uma perspectiva estática, o que de fato não é.

Os preceitos neoconstitucionais se incorporaram no ordenamento como forma de promover conquistas sociais, e não como meio de deturpar situações para atender interpretações parciais. Por isto, é relevante que os operadores do direito estabeleçam critérios de avaliação e interpretação da norma ao caso concreto, e que se afastem de qualquer justificativas superficiais que denunciem uma arbitrariedade. Muito se conquistou com a possibilidade do exercício contramajoritário do Judiciário e da probabilidade do exercício de uma função política, contudo cabe aos magistrados exercê-la de forma responsável.

6 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL POR MEIO DE DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

Foi analisado durante todo o trabalho que, por meio de decisões contramajoritárias, é possível o exercício da função política do Poder Judiciário. Dessa forma, é importante analisar, no âmbito concreto, como se configura o exercício dessa função, por parte dos órgão julgadores. Para tanto, apresenta-se, então, dois julgados de repercussão nacional que demonstram o exercício da função política do Judiciário por meio de decisões contramajoritárias.

6.1 ADPF 54 – Anencefalia

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.
(ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

A ementa acima destacada consiste na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que garantiu a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo. Nesse julgamento, a reflexão em destaque residia basicamente em torno do princípio da extensão da proteção à vida, do princípio da dignidade da pessoa humana, direito à saúde, princípio da liberdade individual e inclusive discussões acerca da laicidade do Estado.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao eleger a vida como um dos bens jurídicos mais importantes, estendeu tal direito, inclusive, à vida humana intrauterina, de modo que tipifica o aborto como crime doloso contra a vida (art. 124 ao art. 128 CP), autorizando-o apenas em duas situações, quais sejam, quando não existir outro

meio de salvar a vida da gestante, e quando a gravidez for resultado do crime de estupro.

No entanto, já no início da gravidez, é possível detectar se haverá, no feto, a ausência de desenvolvimento de parte do cérebro, crânio e couro cabeludo, elemento que caracteriza a anencefalia. Essa anomalia inviabiliza a vida extrauterina, pois não será desenvolvido por completo o sistema nervoso do nascituro.

Diante desse quadro, e ante a ausência de legislação que descriminalizasse o aborto de anencéfalo, observou-se, na esfera do Judiciário, uma intensidade de pedidos de alvarás para a interrupção de gestações que se encontravam nessas condições. E nesse sentido, verificou-se, também, posicionamentos jurisdicionais díspares no que tange a este mesmo assunto.

Tamanha insegurança jurídica fez com que a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde – CNTS, propusesse a ADPF 54, requerendo que a Suprema Corte determinasse uma interpretação conforme a Constituição da legislação que criminaliza o aborto, para que ela não fosse aplicada nos casos de anencefalia.

Em seu pedido, a parte autora requereu que se observasse o estado da gestante, e que seus direitos fundamentais, tais como a dignidade, direito à saúde, liberdade e autonomia da vontade da mulher fossem protegidos, já que inexistia a viabilidade fetal extrauterina.

Após muitas discussões, em 2012 o Supremo, por maioria de votos, decidiu ser inconstitucional a interpretação que considera conduta típica a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Os debates desse julgamento, envolveram a análise de muitos princípios.

Nesse sentido, vale destacar alguns aspectos do voto do ministro Marco Aurelio de Mello:

“Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa.”

Concluindo, ao final:

“Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

Observa-se, dessa forma, que os ministros tiveram que usar diversas técnicas interpretativas, inclusive a ponderação, para se chegar então a um resultado. O deslinde dessa decisão, notadamente, teve caráter contramajoritário, visto que o tribunal impôs uma orientação contrária a lei, uma vez que a legislação infraconstitucional não havia excepcionado esse tipo de aborto.

Da mesma forma, verifica-se, nesse julgamento, o exercício da função política do Poder Judiciário, já que, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ação do controle concentrado, portanto, com efeito *erga omnes* e vinculante, foi determinada uma diretriz de atuação do Estado, que diz respeito a tema fundamental, compreendendo, pois, os elementos da função política.

6.2 ADPF 132 e ADI 4.277 – Equiparação da União Homoafetiva à União Estável

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro.

Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

Outro julgamento de repercussão nacional e que expressa o exercício da função política do Poder Judiciário é a ADPF 132, julgada conjuntamente com a ADI 4.277, que equiparou a união homoafetiva à união estável, reconhecendo-a como entidade familiar.

Por muito tempo, os casais homossexuais ficaram a margem da proteção do Estado, sem tutela jurídica no que tange às questões patrimoniais e de família, decorrentes de seus relacionamentos.

Embora na realidade constituíssem uma relação afetiva e duradoura, no plano normativo afasta-se a possibilidade de reconhecimento desta união, uma vez que a lei só reconhece a união entre pessoas de sexos diferentes.

Essa inconstitucionalidade aos poucos insurgiu no Judiciário por aqueles que buscavam uma proteção jurídica, e gradativamente a matéria foi

ganhando os tribunais. Cada vez mais a discussão sobre o tema adquiria relevância, e as decisões sobre a matéria eram muito divergentes.

Assim, foram propostas as referidas ações do controle, a ADPF 132 e a ADI 4.277, que, na essência, alegavam violação ao princípio da igualdade, ao princípio da liberdade e autonomia da vontade, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e ao princípio da segurança jurídica, requerendo a interpretação conforme à Constituição em relação ao artigo 1.723 do Código Civil.

Para a solução do problema, os ministros do Supremo tiveram que recorrer às técnicas interpretativas, e dessa forma, em 2011, determinaram que a união homoafetiva, desde que contivessem todos os requisitos da união estável, equiparava-se a ela.

Essa decisão, teve reflexos em toda sociedade, dentro e fora do plano jurídico. Ampliou-se o entendimento sobre o que se considerava família, e permitiu aos casais homossexuais maior facilidade de acesso à direitos, sendo, inclusive, um passo para se evitar a discriminação desse grupo de pessoas.

Verifica-se, portanto, que o resultado do julgamento dessas ações, fez com que o Judiciário estabelecesse uma conduta a ser observada pelo Estado, definindo questões sobre temas fundamentais, e exercendo, assim, uma função política por meio de uma decisão contramajoritária, já que a legislação infraconstitucional não prestigiou a relação amorosa desse grupo da sociedade.

7. CONCLUSÃO

Verificou-se no presente trabalho, que por meio de decisões contramajoritárias é possível o exercício de uma função política por parte do Poder Judiciário. Demonstrou-se que, em razão da força normativa da Constituição, ocorreu uma expansão da jurisdição constitucional, momento em que o Judiciário assumiu maior destaque nas questões do Estado. Observou-se que, através do controle de constitucionalidade, aumentou a incidência de decisões contramajoritárias, tendo como norte a busca da concretização dos direitos fundamentais.

Por tudo que se desenvolveu, afirmou-se que o contramajoritarismo é essencial para a dinâmica da democracia, uma vez que assume um posicionamento de freio e contrapeso em relação aos demais poderes. Isso porque o Judiciário consiste em um órgão imparcial e impessoal, composto por membros não eleitos pelo povo.

No mais, verificou-se que alguns setores da sociedade realmente obtiveram conquistas por meio de decisões contramajoritárias proferidas nas ações de controle de constitucionalidade, o que permitiu, na realidade, uma maior inclusão de grupos sociais à coletividade.

De fato, o exercício da função política do Poder Judiciário e suas decisões contramajoritárias são salutares à democracia e à satisfação de direitos fundamentais. Porém, deve-se destacar que, embora o Judiciário tenha proporcionado grandes avanços sociais, há de se observar, que boa parte dessas conquistas devem ser creditadas, também, às demais instituições do Estado que contribuíram para isto, como o Ministério Público e o Defensoria Pública. Tais instituições, dotados de autonomia e independência, possibilitaram maior acesso à justiça, maior concretização de direitos, e maior fiscalização na forma de atuação dos poderes, exercendo, também, um essencial papel de controle do poder.

De outro modo, algumas críticas proferidas contra a forma de atuação do Judiciário, frente a sua desneutralização, devem ser observadas na qualidade de alerta para a própria subsistência das condições democráticas.

Tendo em vista a atual relevância do Judiciário nas questões do Estado, é fundamental que ele não esteja, faticamente, vinculado aos demais

poderes. Nesse sentido, embora exista um processo de escolha e aprovação dos membros da mais alta cúpula deste Poder, torna-se um pouco temeroso que sua nomeação seja feita pelo Executivo, uma vez que essa escolha possa ser utilizada para fins políticos de influência. Assim, se esse for o desiderato, torna-se difícil acreditar que haverá uma completa imparcialidade por parte dos julgadores do Supremo nos casos em que existam interesses partidários. Desse modo, o ideal distanciamento político-partidário dos membros do STF, em relação aos demais poderes, restaria fracassado, ainda que seja vedado a filiação partidária por parte do órgão julgador.

É inadmissível, também, permitir a ausência de método nas decisões judiciais que envolvam os casos difíceis. A argumentação jurídica e as técnicas hermenêuticas são necessárias para a consolidação dos direitos fundamentais, no entanto, não podem ser dotadas de ausência de critérios, uma vez que isso tornaria as mais diversas justificativas válidas perante a ordem jurisdicional, o que acabaria culminado em uma verdadeira insegurança jurídica.

Contudo, embora essas condutas não sejam difíceis de acontecer em um governo democrático deficiente, a nova condição conferida ao Judiciário ainda é de máxima importância, uma vez que constitui freios à deliberações majoritária, para a consagração de uma maior integração de grupos minoritários à sociedade. O exercício da função política do Poder Judiciário, por meio de decisões contramajoritárias, nos casos que lhe são autorizados, se incorporaram no Estado como forma de atender o ideal democrático, ajudando a consolidar os preceitos constitucionais e a promover maior inclusão social.

A democracia é a forma de governo que mais observa os interesses de uma coletividade. E essa maior independência conferida ao Judiciário permitiu um real equilíbrio entre os poderes, para que se possa promover uma boa direção das condutas político-sociais do Estado, visando atingir, por completo, os anseios da sociedade.

O Estado que coloca como prioridade a satisfação do bem comum e as reais necessidades sociais, está apto a exercer uma boa democracia, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana; do contrário, quando se preza pela satisfação dos próprios interesses, é patente que reste uma democracia desvirtuada, que configura uma situação oposta à idealizada, e torna precária toda a estrutura de um país. Assim, a situação democrática de um Estado e seus reflexos sociais, não

consiste apenas em uma questão de escolha, mas também em uma questão de consciência.

BIBLIOGRAFIA

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 54/DF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acessado em: 21 out 2014.

Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 4.277/DF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acessado em 21 out 2014

AGUIAR, Renan. Estado e Direito. **Curso de teoria geral do Estado**. Organizadores Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimyr Lombardo Jorge. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo Judicial. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial>>. Acesso em: 11 abr. 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

Aristóteles. **Política**./ Aristóteles; tradução do ex. 1- Torrieri Guimarães, tradução do ex. 2 - Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2004-2008.

BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/1222>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BARROS, Pedro Henrique Gonçalves; e LIMA JÚNIOR, Fernando César Vilhena Moreira. **A atuação e os limites do poder judiciário no brasil: a responsabilidade dos juízes na concretização da constituição**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj034433.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 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/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 20 out. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos sociais e limites do poder judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurelio. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

BOFF, Salete Oro. **Divisão e Equipotencial dos Poderes. Curso de teoria geral do Estado**. Organizadores Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimyr Lombardo Jorge. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jurgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. Lei Federal nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940.

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

BRASIL JR, Meira Samuel. **Os limites funcionais do poder judiciário na teoria sistêmica e a judicialização das políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/4.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2013

CALVEZ, Jean-Yves; GOLDFEDER, Sônia. **Política: uma introdução**. São Paulo: Ática, 1997.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext>. Acesso: 17 out. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da Constitucionalidade: teoria e prática.** 4 ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DAHL, Robert A.. **Sobre a Democracia/** Robert A. Dahl; tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito; independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista.** Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Fabris, 1998

KELSEN, Hans. **A democracia.** 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993

LIMA JUNIOR, Manoel Agripino Cecílio de. **A função Contramajoritária do Poder Judiciário**. Presidente Prudente, 2013. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2013

MACAHDO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MARTINS, Marianne Rios. Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf>. Acesso em 19 out. 2013.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Ativismo judicial: limites da criação judiciária no estado de direito**. Presidente Prudente, 2011. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2011

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: atividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis: texto integral**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010

NEGRELLY, Leonardo Araújo. **O ativismo judicial e seus limites frente ao estado democrático**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2013

PAIXÃO, Leonardo André. A função política do Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/>

PARDO, David Wilson de Abreu (Coord.). **Casos constitucionais em destaque:** princípios fundamentais. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

ROMÊO, Christiane Itabaiana Martins. Mecanismos Institucionais de Controle e Limitação do Poder. **Curso de teoria geral do Estado.** Organizadores Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara, Vladimyr Lombardo Jorge. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O princípio contramajoritário como característica do controle de constitucionalidade.** Presidente Prudente, 2011. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2011

SILVEIRA, Paulo. **Freios e contrapesos:** (checks and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.