

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

JOSE EVERTON DA SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SINARA LACERDA ANDRADE CALOCHE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jose Everton da Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sinara Lacerda Andrade Caloche – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-504-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria Constitucional. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II:

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob o tema geral “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Trata-se da quinta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde, democracia e direitos da personalidade; segurança jurídica dos servidores públicos; ideologias de Carl Schmitt e Hans Kelsen; mandatos coletivos; ativismo judicial; protagonismo judicial; inconstitucionalidade via embargos de declaração; princípio do concurso público; Supremo Tribunal Federal como corte recursal; limites à liberdade de expressão, direito à informação, fake news e democracia; neoliberalismo na ordem constitucional brasileira, estado democrático de direito; efeito backlash; notários, registradores e os direitos fundamentais; decisão judicial e neoliberalismo; legitimidade democrática do poder judiciário brasileiro; a criminalização da homotransfobia e diálogos constitucionais nos sistemas jurídicos ocidentais, também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado

e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares double blind peer review. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Jose Everton da Silva

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Prof.^a Dr.^a Sinara Lacerda Andrade Caloche

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO
BRASIL À LUZ DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

**THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE JUDICIARY ACTING IN BRAZIL IN
THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL ROLE OF THE FEDERAL SUPREME
COURT**

**Italo Diêgo Sousa de Alencar ¹
Sara Barros Pereira de Miranda ²
Edson Barbosa de Miranda Netto ³**

Resumo

O artigo visa analisar a legitimidade democrática da atuação do STF ao exercer a jurisdição constitucional no Brasil. Quanto à metodologia, realizou-se uma revisão de literatura, buscando o atual entendimento da doutrina acerca da atuação do STF, do ativismo judicial e da judicialização. Concluiu-se que o próprio ordenamento constitucional brasileiro alçou o STF ao patamar de principal intérprete de suas normas, bem como ampliou as suas hipóteses de atuação no que se refere a pautas políticas. Portanto, resta fragilizada a crítica quanto à falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário no Brasil.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Judicialização, Legitimidade democrática, Supremo tribunal federal, Constituição federal de 1988

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the democratic legitimacy of the judicial review used by the Brazilian Federal Supreme Court. As for the methodology, a literature review was conducted, seeking the current understanding of the doctrine about the Court, the judicial activism and the judicialization. It was concluded that the Brazilian constitutional order raised the Federal Supreme Court to the main interpreter of the Constitution, as well as expanded its competences related to political agendas. Therefore, the criticism regarding the lack of democratic legitimacy of the Judiciary in Brazil remains fragile.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Judicialization, Democratic legitimacy, Federal supreme court, Federal constitution of 1988

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade CEUMA. Bolsista FAPEMA. Membro do Núcleo de Estudos em Municipalidades e Direito (NEMUD) do CEUMA. E-mail: italodiegosousadealencar@gmail.com

² Mestre em Direito pela UFMA. Graduada em Direito pela Universidade CEUMA. Professora da Universidade CEUMA. E-mail: sbarros.adv@gmail.com

³ Doutorando em Direito pelo IDP. Mestre e Graduado em Direito pela UFMA. Professor da Universidade CEUMA. E-mail: prof.edson.miranda@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, observou-se, em todo o mundo, um processo de expansão do poder e da atuação dos Tribunais em assuntos que, até então, eram abordados pelas esferas políticas dos órgãos públicos. A partir da compreensão desse processo, a doutrina construiu os conceitos de judicialização da política e de ativismo judicial. No Brasil, esses fenômenos ganharam força, especialmente, por meio do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Ao contexto brasileiro, esse crescimento dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial é agravado pela crise da democracia representativa enfrentada pelas esferas políticas dos órgãos públicos, além dos questionamentos sobre a legitimidade democrática dessa atuação dos tribunais.

Em razão disso, muitas vezes, o Poder Judiciário brasileiro e, em especial, o STF acabam sendo provocados a se manifestarem em determinadas questões de grande repercussão política ou social, que não foram analisadas pelas instâncias políticas tradicionais, isto é, pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo.

Nesse sentido, levanta-se o questionamento se essa transferência de poder para juízes e tribunais supera os limites jurisdicionais estabelecidos pelo ordenamento jurídico para o exercício de seus poderes por meio de decisões e interpretações em caráter ampliativo, e qual o seu papel na garantia das disposições constitucionais. Quanto ao objetivo geral, o presente artigo visa analisar a legitimidade democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer a Jurisdição Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Para a concretização desse objetivo, optou-se pela realização de uma revisão de literatura, buscando-se a compreensão da doutrina acerca da atuação do STF diante dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política. Quanto ao método de abordagem, optou-se pela utilização do método ou raciocínio indutivo, sendo foi realizada a observação de fenômenos e fatos com o objetivo de estabelecer generalizações e de encontrar as relações entre eles, utilizando-se a revisão de literatura supracitada de forma a possibilitar um amplo conhecimento das principais discussões e posicionamentos quanto à matéria alvo da pesquisa. Também foi realizada a coleta de dados primários relativos a decisões judiciais que representem o papel exercido pelo Poder Judiciário no sistema federal previsto na Constituição Federal de 1988.

Assim, inicialmente, foram abordadas as origens e bases teóricas da jurisdição constitucional e de sua expansão nos últimos anos por meio da judicialização da política e do

ativismo judicial, a fim de averiguar se o Poder Judiciário brasileiro estaria cometendo excessos e arbitrariedades ou não no exercício das suas funções constitucionais. Posteriormente, procurou-se evidenciar os principais fatores que envolvem a crise de legitimidade democrática enfrentada no Brasil que atinge, sobretudo, os Poderes Executivo e Legislativo.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos, verificou-se, em todo o mundo, um processo de expansão da atuação dos Poderes Judiciários em assuntos que, até então, eram abordados apenas pelas esferas políticas dos órgãos públicos. Este fenômeno progressivamente vem ganhando força no contexto do Brasil desde a redemocratização nos anos 1980, sobretudo por meio da jurisdição constitucional exercida pelo STF, resultando nos conceitos de judicialização da política e de ativismo judicial.

O termo judicialização da política ingressou no vocabulário científico através de um estudo analítico apresentado de forma coletiva em *The Global Expansion Of Judicial Power*, coordenado por C. N. Tate e T. Vallinder em 1995. Contudo, no Brasil, o termo só foi introduzido por meio do estudo de Marcus Faro de Castro em 1997 (CARVALHO, 2009). Desta forma, é importante compreender que a judicialização da política é um tema que vem sendo discutido em todo o mundo, sendo possível observar que, na maioria das democracias contemporâneas, os tribunais têm se tornado cada vez mais um componente importante do processo político.

De acordo com Barboza e Kozicki (2012), no Brasil, a política se judicializa através da tentativa de garantir à sociedade seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (CF) de 1988. Conforme afirmam as referidas autoras, existe um consenso sobre o exercício de novos papéis desempenhados pelo Poder Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, uma vez que estes veem o judiciário como um órgão apropriado para enfrentar essas questões.

Conforme leciona Carvalho (2009), a judicialização da política é um termo que procura abarcar causas e consequências da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Mais adiante, explica o autor que a judicialização é responsável por potencializar a participação dos membros do Poder Judiciário na *policy-making* (ou elaboração de políticas, em tradução livre).

Para Barroso (2008), a judicialização da política é um fenômeno que envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Em termos simples, judicialização significa que algumas questões de grande repercussão política ou social não estão sendo decididas pelas instâncias políticas tradicionais, isto é, pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo, mas sim pelos órgãos do Poder Judiciário.

Desse modo, é importante destacar que a judicialização da política se manifesta quando o Poder Judiciário começa a lidar com questões e a efetivar direitos que não lhe competem na condição de poder subsidiário, pois se tratam de políticas públicas que deveriam ser abordadas, exercidas e efetivadas pelo Poder Executivo e pelo Congresso Nacional (NISTLER, 2016).

Com isso, é possível afirmar que a judicialização da política representa um processo de efetivação dos direitos sociais e de cumprimento das promessas do Estado Democrático de Direito por meio da atuação jurisdicional do Estado, com o intuito de efetivar as determinações emanadas pela CF de 1988.

Ao conceituar judicialização, Barroso (2008), demonstra que se trata de um fenômeno que apresenta múltiplas causas, algumas delas expressando uma tendência mundial e outras diretamente vinculadas ao modelo institucional brasileiro. Assim, em uma tentativa de sistematização da matéria, o autor destaca três importantes causas para a judicialização da política no Brasil, quais sejam: I) a redemocratização do país; II) a constitucionalização abrangente; e III) o sistema brasileiro do controle de constitucionalidade.

Conforme aponta Barroso (2008), tais causas foram responsáveis por fortalecer e expandir a atuação do Poder Judiciário, aumentando a demanda por justiça na sociedade brasileira, além de possibilitar que qualquer questão política ou moralmente relevante seja levada para apreciação do Judiciário.

Ademais, Verbicaro (2008), em um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil, apresenta outras circunstâncias que contribuíram para a expansão da judicialização e, conseqüentemente, das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário.

Segundo a referida autora, no contexto brasileiro, destacam-se como condições facilitadoras da judicialização da política: I) a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal (STF); II) a universalização do acesso à justiça; III) a existência de uma Constituição com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; IV) a hipertrofia legislativa; V) a existência de novas forças sociais representadas por importantes

movimentos, organizações e grupos sociais, além de inúmeras outras causas decisórias que contribuíram no processo de expansão da autoridade do Poder Judiciário.

Assim como Barroso (2008) e Verbicaro (2008), existem diversos outros autores que apresentam um conjunto diversificado de fatores determinantes para a judicialização da política no Brasil. O fato é que, no contexto brasileiro, o fenômeno da judicialização foi proporcionado, principalmente, pela promulgação da Constituição de 1988 e é responsável por demonstrar um protagonismo do Judiciário, pois, ainda que subsidiariamente, este vem desempenhando o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da Constituição com o exercício de Poder Legislativo (VIEIRA, 2008).

Esse protagonismo desempenhado pelo Poder Judiciário, apesar de possuir uma regulamentação jurídico-formal, faz com que surjam inúmeras críticas destinadas ao papel desenvolvido pelas cortes brasileiras, com especial destaque para o STF. Em que pese as críticas ao “governo dos juízes” ou Supremocracia, como denomina Vilhena Vieira (2008, p. 04), elas são insuficientes para reprimir um processo que parece ter se tornado irreversível (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Segundo Barboza e Kozicki (2012), o protagonismo do Judiciário é, muitas vezes, chamado de ativismo judicial, o qual deve ser entendido não quando uma corte é ocupada, mas quando os juízes estão dispostos a desenvolver o direito, saindo da posição de um mero órgão técnico-especializado e passando a exercer um papel mais ativo na vida institucional do país, interferindo no espaço de atuação dos outros Poderes.

O ativismo judicial é um fenômeno que pode estar associado às práticas proativas, voltadas a um direcionamento centrado numa maior participação do Poder Judiciário em questões políticas que, em tese, são tipicamente desempenhadas pelos poderes políticos por excelência (WANDERLEY NETO, 2016). Em síntese, a ideia do ativismo judicial está relacionada a uma ampla e intensa participação do Poder Judiciário na efetivação dos objetivos constitucionais.

Assim, é imprescindível destacar que, apesar das semelhanças, o ativismo judicial não pode ser confundido com a judicialização da política. De acordo com Barroso (2008), a judicialização e o ativismo judicial são primos, isto é, vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não possuem as mesmas origens e, portanto, não são gerados pelas mesmas causas imediatas.

Segundo o referido autor, no contexto brasileiro, a judicialização decorre do modelo constitucional que se adotou no país, e não de um exercício deliberado de vontade política, isto é, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, ao juiz cabe

dela conhecer, decidindo a matéria.

Sendo assim, o Judiciário decide questões de grande repercussão política e/ou social, porque é o que lhe cabe fazer, sem alternativa. Já o ativismo judicial é uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, de modo a expandir o seu sentido e alcance, fazendo com que o judiciário venha exercer maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2008).

Como oposto do ativismo judicial e, conseqüentemente, da judicialização da política está a autocontenção judicial ou ativismo judicial de contenção, o que equivaleria em atribuir ao ativismo uma ponderação exclusivamente negativista, pelo fato de um tribunal usar de uma política mais conversadora de suposta submissão aos poderes políticos para garantir uma “melhor interpretação” (WANDERLEY NETO, 2016, p. 63). Ou seja, o tribunal deixaria de agir mesmo sendo possível, procurando reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.

Por essa linha conservadora, que impõe um ativismo exclusivamente negativista, os juízes e tribunais: a) evitam aplicar diretamente a Constituição em situações que não estejam expressamente no seu âmbito de incidência, aguardando um posicionamento prévio do legislador ordinário; b) utilizam critérios conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) não interferem na definição de políticas públicas (BARROSO, 2008).

Dessa forma, é importante ressaltar que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa inequívoca linha de atuação do Judiciário deixou de ser utilizada no Brasil, dando espaço para o ativismo judicial e para a judicialização da política que procuram extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem restringir o espaço de incidência da Constituição em favor de instâncias tipicamente políticas e nem mesmo invadir o campo de criação livre das normas jurídicas.

3 A CRISE DOS ÓRGÃOS REPRESENTATIVOS

A esse crescimento da judicialização e do ativismo judicial, soma-se a crise de representatividade enfrentada por agentes políticos dos Poderes Executivo e Legislativo. Com isso, a falta de conexão entre o interesse dos cidadãos e a atuação dos representantes eleitos apresenta-se como um dos principais fundamentos da crise da democracia representativa

observada no Brasil e ao redor do mundo (KIERECK, 2016).

Nos últimos anos, houve inúmeras discussões sobre a crise dos órgãos representativos que diversas nações pelo mundo têm experimentado. Esta, por sua vez, é uma discussão que ultrapassa as barreiras do mundo acadêmico e alcança os noticiários que a população assiste todos os dias em seus lares. A referida crise atinge, sobretudo, os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento (América Central, América do Sul, África, etc.) em que os sistemas políticos se encontram desacreditados e submersos em práticas de corrupção (AMADO; SOARES, 2018).

No Brasil, apesar de atualmente haver um grande destaque para a crise política que assola o país, não se trata de um fenômeno recente, pois sempre esteve presente, de uma maneira ou de outra, na realidade política nacional. Dito isto, esta breve explanação é direcionada ao contexto brasileiro e tem como principal finalidade apresentar os argumentos que compõem a crise de representatividade política enfrentada no país.

Desde a antiguidade clássica, na Grécia Antiga, a democracia foi instituída com a finalidade de estabelecer um “governo da população”, isto é, um governo em que o povo exerceria diretamente o poder. Contudo, durante esse período o exercício da democracia e da cidadania tinha contornos bastantes peculiares, diferentes de nossos tempos (AMADO; SOARES, 2018).

De acordo com Kierecz (2016), a realidade grega na antiguidade e a democracia direta de Atenas passam a impressão de um ambiente ou espaço público voltado à ideia de democracia e do exercício concreto de direitos por parte dos cidadãos, de maneira semelhante aos moldes e valores contemporâneos.

Entretanto, o reconhecimento de direitos e valores, como se conhece hoje, não possui semelhança alguma com aquela época. Inclusive, a democracia na antiguidade e, especificamente em Atenas, era exercida apenas por quem era considerado Cidadão, em outras palavras, homens, livres e atenienses, de modo que mulheres, escravos e estrangeiros não eram considerados cidadãos e, portanto, não possuíam poderes sobre quaisquer decisões relacionadas a *Pólis*.

De acordo com Streck e Moraes (2014), nos tempos modernos, a democracia representa um conjunto de regras que estabelecem quem são os legitimados que estão autorizados a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Isso significa que a democracia simboliza a montagem de um arcabouço de normas que definem, antecipadamente, os atores e a forma do jogo, estabelecendo questões relativas a quem vota, onde se vota e quais procedimentos devem ser adotados.

Em suma, atualmente, entende-se por democracia o governo em que o povo exerce o poder, direta ou indiretamente, por meio de representantes eleitos, instituído com a finalidade de promover o bem comum, a paz social e o reconhecimento de direitos e valores de todos os cidadãos.

Assim, pode-se garantir que atualmente o exercício da democracia é bastante diferenciado, visto que predomina a regra de que a representação popular ocorre por meio de um pequeno grupo eleito que terá a finalidade de representar, de forma indireta, a vontade popular.

Com isso, é importante destacar que, no Brasil, atualmente, vigora o modelo de democracia indireta ou representativa que pressupõe um conjunto de institutos voltados ao sistema de representação, isto é, trata-se de um processo político, por meio do sufrágio universal, das eleições, dos partidos políticos e dos mandatos eletivos, em que o povo elege representantes periodicamente para tomar decisões políticas (MACEDO, 2008).

No entanto, a Constituição Federal de 1988 também prevê a possibilidade do exercício direto da democracia por meio de alguns instrumentos jurídicos, como, por exemplo, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, que acabam proporcionando uma participação mais efetiva e concreta dos cidadãos nas decisões políticas.

De certo modo, é possível afirmar que a implantação do sistema de eleição de representantes tem profunda ligação com o tamanho territorial e da população das unidades políticas, pois, quanto maior e mais complexa a organização estrutural política de uma nação, mais difícil é a implementação de uma democracia direta. Sendo assim, para que todos os cidadãos possam, de alguma forma, participar da composição do governo, a eleição de representantes para as Assembleias é a melhor forma de viabilizar a participação popular (KIERECZ, 2016).

No entanto, os representantes eleitos possuem total autonomia de como votar e expressar as suas opiniões no parlamento e, portanto, não estão vinculados às opiniões de seus próprios eleitores. De acordo com Manin (1995), desde que os sistemas representativos começaram a ser adotados no século XVIII, até a atualidade, nenhum país instituiu um sistema em que os representantes teriam a obrigação legal de seguir as orientações de seus eleitores, isto é, depois de eleitos os indivíduos têm total autonomia para agirem como quiserem, pois não há qualquer tipo de obrigação, decorrente do ordenamento jurídico, que seja capaz de fazer com que os representantes eleitos venham cumprir com os interesses da população.

Em termos simples, isso significa que os representantes podem formular promessas

de campanha, mas não necessariamente possuem uma obrigação legal de cumpri-las e, caso estejam interessados em uma reeleição, podem tentar convencer os eleitores das razões pelas quais não as cumpriu.

Conforme leciona Mustafá Filho (2019), no cenário atual, constata-se que a vontade popular se tornou secundária quando comparada com a de seus representantes, seja no Executivo ou no Legislativo, tendo como consequência cada vez menos os interesses do povo e cada vez mais interesses particulares de grupos e classes dominantes, ou seja, os agentes públicos parecem desconsiderar o fato de que a vontade popular é o alicerce que os autoriza a administrar o patrimônio estatal.

Outro aspecto importante que desafia o atual modelo de democracia representativa diz respeito à perda de generalidade da lei. Para Kierecz (2016), a lei tem se tornado cada vez menos abstrata, deixando de ser um instrumento que representa a coerência política da sociedade e passando a ser um instrumento de combate e competição entre diversos grupos sociais.

Com isso, já que a lei não vem cumprindo devidamente com seus objetivos, em razão da participação popular na composição do direito se dar justamente pela eleição de representantes para aprovação de leis que, por vezes, desviam-se do interesse geral, tem-se uma crise de representatividade democrática.

Apesar de não ser ampla a literatura acerca do assunto, é possível apresentar ainda outros fatores que acabam impactando diretamente os órgãos representativos. Mustafá Filho (2019), aponta, por exemplo, a ilegalidade do Poder Público como causa. Conforme o referido autor, a patologia que tem enfraquecido o sistema representativo brasileiro é mais profunda e danosa do que determinados atos públicos, pois abrange a atuação de todos os três Poderes e evidencia uma ingenuidade de se concluir que o Poder Judiciário é capaz de evitá-la.

Em síntese, entende-se que o conflito entre interesse público e o interesse particular, a perda de generalidade da lei e, conseqüentemente, a complexidade, indeterminação e descrédito do Direito e a ilegalidade do Poder Público, podem ser considerados como alguns dos principais fatores que contribuem para a crescente crise dos órgãos representativos enfrentada no Brasil e ao redor do mundo.

4 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Nos últimos anos, com o advento dos Estados Democráticos de Direito, observou-se

uma crescente força do discurso de proteção dos direitos humanos e das virtudes sociais. Notadamente, houve uma grande mobilização por parte dos diferentes atores sociais em torno dos direitos humanos.

Esse movimento foi responsável por impulsionar um crescente protagonismo do Poder Judiciário, ao colocar novas expectativas sobre a sua capacidade de resolver conflitos de caráter político e social não solucionados de forma adequada pelas instâncias político-representativas (VERBICARO, 2012).

Dessa forma, inicialmente é importante compreender que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos e, portanto, não passam pelo crivo de aprovação da vontade popular. No entanto, apesar de não terem sido escolhidos pelo povo, juízes e tribunais exercem, por força do próprio texto da CF de 1988, um poder que, por vezes, assume um papel político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes do Estado.

Assim, ressalta-se que a possibilidade de um órgão como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República, eleito por milhões de votos, ou até mesmo do Congresso Nacional, que possui centenas de representantes escolhidos pela vontade popular, é identificada na teoria constitucional contemporânea como dificuldade contramajoritária (BARROSO, 2008).

A dificuldade contramajoritária consiste na possibilidade dos membros não eleitos do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – invalidarem decisões do parlamento, cujos membros são escolhidos pelo povo, evidenciando, assim, uma falta de lastro democrático em suas investiduras. Além disso, normalmente, os magistrados baseiam suas decisões em normas constitucionais que são passíveis de leituras diversas e reclamam uma análise mais criativa por parte do intérprete (RODRIGUES, 2014).

Em suma, tal situação acaba intensificando um constante atrito entre a manifestação da vontade popular por meio dos representantes políticos e a decisão judicial. Para piorar ainda mais o problema, o Poder Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal possuem o monopólio da última palavra em matéria constitucional, visto que suas decisões são proferidas em caráter definitivo.

Assim, caracteriza-se a questão da (i)legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Nesse sentido, ao propor objeções à crescente intervenção judicial na vida brasileira e apresentar os riscos que a judicialização e, sobretudo, o ativismo judicial, podem provocar à legitimidade democrática, Barroso (2008) levanta o seguinte questionamento: onde estaria, então, a legitimidade do Poder Judiciário e, especialmente, do STF, para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular e que foram escolhidos democraticamente

pelo povo?

Segundo o referido autor, existem duas justificativas para responder a esse questionamento, uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo decorre da Constituição Federal de 1988, que atribuiu expressamente ao Poder Judiciário e, especificamente, ao STF esse poder.

Já o fundamento filosófico da jurisdição constitucional evidencia que entre democracia e constitucionalismo podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Dessa forma, a Constituição passa a desempenhar uma dupla função. A primeira é a de determinar as regras do jogo democrático proporcionando uma participação política ampla, e a segunda está relacionada à proteção de direitos e valores fundamentais, mesmo que isso venha a contrariar a vontade de quem tem mais votos.

Em síntese, mesmo possuindo um poder político conferido pelo Estado Democrático de Direito, magistrados não possuem uma vontade política própria, isto é, ao aplicarem a Constituição e as leis, estão apenas concretizando decisões que foram tomadas pelos representantes do povo.

Assim, levando em consideração as justificações filosóficas e normativas para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional, constata-se que a legitimidade do Poder Judiciário para invalidar decisões daqueles que foram eleitos pelo povo decorre, principalmente, da Constituição Federal de 1988 e do estabelecimento do Estado Democrático de Direito nela instituído, que reserva a agentes públicos não eleitos uma parcela de poder político por considerar sua atuação mais técnica e imparcial.

No entanto, apesar de possuir um fundamento constitucional, muitos teóricos direcionam uma série de críticas ao exercício da jurisdição constitucional pelo STF. A grande maioria dessas críticas concentra-se nos riscos que a judicialização da política e o ativismo judicial podem apresentar para a legitimidade democrática. Contudo, conforme leciona Barroso (2008), o exercício da jurisdição constitucional, quando bem executado, é antes uma garantia para a democracia do que um risco.

Além disso, essas críticas à dificuldade contramajoritária e à legitimidade democrática acabam sendo minimizadas quando percebemos que as instituições explicitamente políticas (os Poderes Legislativo e Executivo), não são mais considerados como o fórum de representação da vontade geral, sendo antes apenas um agregado de diferentes vozes presente na arena política pelo voto de maiorias absolutamente instáveis e pontuais (RODRIGUES, 2014).

Com isso, verifica-se que o fenômeno da dificuldade contramajoritária e da

legitimidade democrática do Poder Judiciário possui uma face positiva, pois, muitas vezes, quando os Tribunais atuam de modo a limitar e/ou invalidar decisões dos outros dois Poderes, eles estão atendendo a demandas da sociedade que não foram solucionadas pelos Poderes de natureza política. Assim, é possível afirmar que a jurisdição constitucional, quando exercida para a concretização da CF, representa uma verdadeira garantia constitucional ao Estado Democrático de Direito.

5 O STF E A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

O Poder Judiciário é composto por um conjunto de órgãos públicos que tradicionalmente exercem o papel de dizer direito nos casos concretos. A organização jurídica, que ainda é dominante nos tempos modernos, corresponde ao modelo pelo qual o Legislativo é o responsável pela elaboração e formação das normas jurídicas, enquanto ao magistrado é atribuída a função de aplicar as leis produzidas pelo legislador. Sendo assim, o Judiciário seria um poder politicamente nulo por exercer uma função de mero aplicador das normas (DONATO, 2006).

No entanto, o contexto político-social de transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional Contemporâneo, ocorrido no período do pós-Segunda Guerra Mundial, onde os valores e interesses sociais foram introduzidos na Constituição por meio de princípios, foi responsável por fazer com que o Judiciário passasse a assumir um papel importante na realização do estado constitucional, principalmente, ao enaltecer as regras constitucionais e os direitos fundamentais (BARBOSA, 2012).

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por redefinir o papel do Judiciário no que diz respeito à sua posição e atribuição na organização tripartite de poderes e, conseqüentemente, ampliou o seu poder político. Seu espaço de atuação foi ainda mais ampliado com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos (SADEK, 2004).

Assim, pode-se afirmar que tal instrumento foi responsável por proporcionar uma grande expansão e fortalecimento da autoridade do Poder Judiciário e, especialmente, do STF, pois, tal tribunal, dotado de uma postura mais ativista, tem exercido o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da Constituição com o exercício de Poder Legislativo (VIEIRA, 2008).

Entretanto, não se pode deixar de observar que o cidadão possui um direito subjetivo, isto é, um direito que tem como contrapartida o dever de prestação por parte de outrem, ao

passo que o legislador possui um dever jurídico de legislar. Deste modo, se o legislativo não cumpre o que foi imposto pela Constituição, o direito continua sem regulamentação, mas não deixa de ser direito e nem por isso deixa de ser exigível judicialmente. Isso significa que a Constituição garante aos cidadãos o direito, no entanto, muitas vezes ele fica obstaculizado em virtude da mora do legislador ordinário em cumprir com a sua regulamentação (BARBOSA, 2012).

Sendo assim, cabe destacar que, em muitos casos, é comum que determinadas questões cheguem ao conhecimento do Poder Judiciário antes de serem analisadas e reguladas pelo Legislativo. No entanto, mesmo nessa situação, não poderá o magistrado deixar de reconhecer o direito, pois a ausência de uma norma regulamentadora não significa uma ausência de direito (DONATO, 2006).

Isso ocorre exatamente porque a sociedade não pode ficar à espera de uma ação do legislador, impossibilitada de usufruir de um direito garantido constitucionalmente. É nesse cenário que a atuação do Poder Judiciário e, especialmente, do STF se torna fundamental, visto que, por meio de uma decisão, o magistrado poderá conceder aos cidadãos o exercício de determinado direito obstado e sanar uma inconstitucionalidade caracterizada pela violação a uma norma constitucional, decorrente, principalmente, de uma omissão do poder público (BARBOSA, 2012).

A omissão legislativa é responsável por impossibilitar os cidadãos de exercerem seus direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Assim, diante do cenário traçado acima, justifica-se o estudo da temática da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo diante de situações em que há omissões inconstitucionais, sendo o STF chamado a atuar por meio de Mandados de Injunção e de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

Contudo, conforme afirma Barbosa (2012), essa solução jurisdicional apresentada pela CF de 1988 deve ser limitada, restringindo-se a legislar apenas em casos que forem levados a juízo, sem causar prejuízos futuros ao Legislativo no exercício de suas atribuições constitucionais. Dessa forma, é importante compreender com mais clareza a forma como o Judiciário lida com a problemática do controle de omissão legislativa inconstitucional e os instrumentos que utiliza para alcançar tal fim, quais sejam: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O mandado de injunção foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 como um remédio constitucional e está previsto no artigo 5º, LXXI, sob os seguintes termos, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o

exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 2018, p. 11).

Para Martins (2019, p. 1208), o mandado de injunção é uma ação constitucional baseada na chamada “jurisdição de equidade”, que deve ser aplicada sempre que a norma legal for insuficiente para resolver com justiça o caso concreto.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma das ações do controle de constitucionalidade que, assim como o Mandado de Injunção, foi introduzida pelo constituinte como uma solução a ser utilizada pelo Judiciário para enfrentar a mora do Poder Legislativo (BARBOSA, 2012).

Atualmente, a referida ação encontra-se no artigo 103, § 2º, da atual Carta Magna, o qual afirma que “declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder Público e, em se tratando de órgão administrativo haverá o prazo de 30 dias para que sejam adotadas as providências necessárias” (BRASIL, 1988, p. 38).

Em termos simples, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, objetiva a garantia de uma norma inexistente, de modo que, seja declarada a omissão inconstitucional e que o poder inerte seja comunicado de sua mora, para que, posteriormente, sejam tomadas as medidas que tornem efetivas as normas constitucionais.

Com isso, vislumbra-se que tanto o Mandado de injunção quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão são utilizados como instrumentos de controle das omissões legislativas inconstitucionais e que objetivam, principalmente, a concretização dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional, reforçando o papel institucional do STF como guardião da Constituição. Essa atuação, por sua vez, não viola os postulados formais da teoria de separação dos poderes, visto que não há uma interferência do Judiciário na competência administrativa, no que diz respeito a realização das políticas públicas, nem tampouco na competência legislativa, em virtude de já haver uma previsão expressa em lei (SCHOENHERR; MORAES, 2021).

Portanto, não há dúvidas de que o Poder Judiciário necessitava passar por um processo de modernização para acompanhar a dinâmica social de maneira satisfatória, nem mesmo que a Constituição Federal de 1988 foi responsável por inovar na ordem jurídica ao conceber estruturalmente e funcionalmente o Estado e o Direito, o que implica a necessidade de mudanças no Poder Judiciário.

Com isso, verifica-se que, no cenário atual, o Poder Judiciário, mas, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, tem ocupado o centro do sistema político brasileiro, fato que evidencia a fragilidade do nosso sistema representativo. Isso ocorre porque o Supremo

Tribunal Federal, como guardião da Constituição, vê-se, então, obrigado a editar normas diante da inércia do poder público, pois não pode deixar que a sociedade aguarde *ad eternum* uma ação do poder competente (BARBOSA, 2012).

Nesse sentido, constata-se que o controle realizado pelo STF em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por omissão e de Mandados de Injunção pode ser considerado como uma verdadeira prerrogativa constitucional que, se executada da maneira correta, representa uma verdadeira garantia ao Estado Democrático de Direito e aos preceitos constitucionais.

CONCLUSÃO

Após as discussões levantadas, pode-se concluir que o Poder Judiciário e, especialmente, o STF, enquanto Guardião da Constituição, possui uma legitimidade democrática conferida, principalmente, pela própria Constituição Federal de 1988 para exercer a jurisdição constitucional em situações de grande repercussão política e social, a fim de sanar possíveis desrespeitos ao texto da CF ou mesmo omissões inconstitucionais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo.

Apesar da existência de críticas quanto a essa expansão expansiva por parte dos Tribunais no Brasil (com especial ênfase para o STF), há um forte contexto de crise de representativa por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, o que acaba por levar o Poder Judiciário a ser acionado diante de violações ou omissões que afetem direitos fundamentais previstos na CF.

Constatou-se que o controle de constitucionalidade realizado pelo STF em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão e de Mandados de Injunção é considerado como uma verdadeira prerrogativa constitucional que, se executado de forma ponderada, representa uma importante garantia ao Estado Democrático de Direito e aos preceitos constitucionais. Tal escolha constitucional realizada na Constituinte de 1987/1988 autoriza expressamente a atuação do Poder Judiciário (sobretudo do STF) em pautas permeadas por discussões políticas.

Verificou-se também que a atuação do STF evidencia o dever do Poder Judiciário de proteger a Constituição Federal de 1988 e garantir a máxima efetividade das disposições constitucionais. Portanto, resta fragilizada a crítica quanto à falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário no Brasil.

REFERÊNCIAS

AMADO, Marco Aurélio Nascimento; SOARES, Ricardo Maurício Freire. Crise da democracia representativa e a (i)legitimidade política através do direito: a solução grega. **Revista Populus**. Salvador, p. 350, 2018.

BARBOSA, Cibele Borges. **Postura do STF diante da omissão inconstitucional**. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília. 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 059-085, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn)thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 13 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733**. Rel. Min. Edson Fachin. Diário de Justiça, Brasília, 13 jun. 2019.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise social**, p. 315-335, 2009. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/41012717?read-now=1&refreqid=excelsior%3A6080dbabaddfc4bbdb723a1ca1284be2&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 06/08/2021.

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle**. 2006. Tese de Doutorado. Dissertação de Mestrado (Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Ceará.

KIERECZ, Marlon Silvestre. A crise da democracia representativa no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 360-385, 2016.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na constituição brasileira. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 178, p. 181-193, 2008.

MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 10, n. 29, p. 5-34, 1995.

MUSTAFÁ FILHO, Ricardo Migliorini. A crise da democracia representativa: causas e consequências. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 15, n. 15, 2019.

NISTLER, Regiane. A judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais. **Revista**

Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 11, n. 1, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Sobre Juízes e Políticos: repensando a dificuldade contramajoritária à luz do modelo de Georg Vanberg. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, v. 39, n. 1, p. 139-150, 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SCHOENHERR, Mateus Henrique; MORAES, Tiago de Sousa. A expansão da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais e a garantia da separação dos poderes: quais os limites interpretativos desses objetos na definição de ativismo e autocontenção a partir da jurisprudência do STF. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2021. Disponível em: <https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:TwQ0cX_IRrMJ:scholar.google.com/+STF+e+a+expans%C3%A3o+do+poder+judici%C3%A1rio&hl=pt-BR&as_sdt=0,5> Acesso em: 15/12/2021.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-463, 2008.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 389-406, 2008.

VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, n. 101, p. 445-488, 2012.

WANDERLEY NETO, João Bosco de Barros. **Ativismo Judicial**: entre a efetividade e a autocontenção. Dissertação de Mestrado. Programa de Estudos Pós-graduados em Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil, 2016.