IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E EXPANSÃO DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO NAS ORDENS DOMÉSTICA E GLOBAL

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E EXPANSÃO DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO NAS ORDENS DOMÉSTICA E GLOBAL

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático

de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo “Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – “TTMMs”, o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONTRAMAJORITÁRIAS: TENSÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DEMOCRACIA.

THE LEGITIMACY OF COUNTER-MAJORITARIAN JUDICIAL DECISIONS: TENSION BETWEEN FUNDAMENTALS RIGHTS AND DEMOCRACY.

Roberto Alcântara De Oliveira Araújo [1]
FlÁvia Moreira GuimarÃes Pessoa [2]

Resumo

Ao Estado cabe buscar a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna. O cerne do trabalho encontra-se no desrespeito ou na não efetivação dos comandos fundamentais, e na atuação do Poder Judiciário na missão de retificar tais determinações e omissões, promovendo a interpretação e aplicação da Constituição. Este artigo objetiva chegar a conclusões, apontando que o conceito de democracia representa mais do que a simples regra majoritária, e que o Judiciário busca sua legitimidade na força argumentativa, mediante um processo justo e participativo, com o desiderato da efetividade dos direitos fundamentais e da promoção do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Democracia, Legitimidade, Decisões judiciais contramajoritárias

Abstract/Resumen/Résumé

The State should seek the effectuation of Fundamental Rights established in the Constitution. The heart of the issue is the breach or non-fulfillment of basic commands and the Judiciary role in the mission to rectify such determinations and omissions, promoting the interpretation and application of the Constitution. This article aims to reach conclusions, pointing out that the concept of democracy is more than the simple majority rule and that the Judiciary seeks its legitimacy in argumentative force through a fair and participatory process with the desideratum of the effectiveness of Fundamental Rights and the promotion of Democratic Law State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Democracy, Legitimacy, Countermajoritarian judicial decisions

---

[1] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado Sergipe. Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito - Prodir da Universidade Federal de Sergipe – UFS. E-mail: alcantara.roberto@hotmail.com.

[2] Mestre pela Universidade Gama Filho e doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora adjunta da Universidade Federal de Sergipe e juíza do trabalho TRT 20ªRegião. Email: flaviampessoa@gmail.com.

"Mergulhemos no Jordão constitucional"
(ASSIS, Machado. **Quincas Borba.** São Paulo: Globo, 2008, p. 132).

INTRODUÇÃO

Na busca da melhor aplicação do direito, bem como na repercussão social da aceitação pelos destinatários das decisões e comandos contidos em suas normas, cabe ao operador do direito encontrar referenciais teóricos sólidos diante da grande carga axiológica do conceito de direito e justiça.

E é justamente na interseção desses elementos que encontramos a Constituição como marco de uma fronteira tênue e movediça, separando os domínios da política e do direito, da vontade e da razão, da legislação e da jurisdição[1].

As noções de Constituição e de Estado Democrático de Direito estão intimamente ligadas a organização/estruturação do Estado e as garantias de direitos fundamentais aos cidadãos.

Na atual quadra histórica, diante da essencialidade dos direitos fundamentais, que representam conteúdos axiológicos positivados necessários ao gozo e exercício dos demais direitos; da sua universalidade, vista como direitos de todos, sem qualquer distinção; da natureza de indisponibilidade (imprescritibilidade e irrenunciabilidade), que não permite transferência, alienação, cessão ou anulação; e da expansividade ou dinamicidade, já que não se esgotam no rol da Constituição Federal/1988, conforme dicção do §2º do art. 5º,[2] a Constituição do Estado não se contenta em ser mera declaração de direitos e pactos programáticos. Posiciona-se direta e imediatamente de

[1] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116.
[2] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […]§ 2º 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."

forma eficiente e eficaz, na concretização de seus comandos, especialmente dos direitos fundamentais[3].

Assim, no dizer de J.J. Gomes Canotilho, a Constituição, como norma fundamental do ordenamento jurídico, passa a exercer como principais funções a de revelar os consensos fundamentais, de legitimar a ordem política, de garantir e proteger os direitos fundamentais, de organizar o poder político[4].

A revelação normativa do consenso fundamental da sociedade representa a explicitação dos princípios, valores e ideais que são caros a dada comunidade em suas condutas políticas e jurídicas, legitimando a própria Constituição e a ordem jurídica como um todo.

> A Constituição jurídica logra conferir forma e modificar à realidade. Ela logra despertar "a força que reside na natureza das coisas", tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. [...] Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)[5].

A Constituição Federal de 1988, já em seu art. 5º, §1º,[6] confere aplicação imediata às normas de direitos e garantias fundamentais, indo além ao estabelecer proteção contra atos ofensivos do legislador ordinário e até do poder constituinte reformador (art. 60, §4º, da CF/1988[7]).

Compete ao Estado a efetivação dos direitos fundamentais, mediante a atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, lançando mão de prestações normativas e fáticas.

Quando, na sua concretização, o Estado desrespeitar ou não efetivar os comandos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário, Guardião da Carta Magna, a

---

[3] SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 550/556).

[4] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1438.

[5] HESSE, Konrad. A força normativa da constituição [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

[6] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

[7] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: […] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: […] IV - os direitos e garantias individuais."

missão de retificar tais determinações, promovendo a interpretação e aplicação da Constituição Federal[8].

Exercer tal missão, por vezes, coloca o magistrado no limite de invasão da esfera de competência dos outros poderes do Estado, pois promove os direitos fundamentais da minoria em face da maioria, numa postura aparentemente antidemocrática e que colocaria em risco a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Porém, o que aparenta ser um aspecto contrário ao conceito de democracia, funciona como elemento de reforço e efetividade da Constituição, funcionando como defesa e desenvolvimento da própria democracia.

> Verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade[9].

Eis o questionamento: qual a legitimidade democrática das decisões jurisdicionais nessas situações? Como encarar a estrutura do Estado constitucional e a tensão entre os direitos fundamentais e a democracia?

A pesquisa realizada neste trabalho será de natureza bibliográfica/documental e descritiva. Abordará qualitativamente o tema, através de métodos racionais de argumentação e reflexão de diversas obras referentes à efetividade dos direitos fundamentais, à supremacia constitucional, ao controle de constitucionalidade, a separação dos poderes do Estado e ao papel do Poder Judiciário pátrio exercido por meio de decisões por vezes contramajoritárias.

Ao final serão apresentadas as conclusões a que se chegar, apontando-se que o conceito de democracia representa mais do que a simples regra majoritária, que o Judiciário busca sua legitimidade na força argumentativa, mediante um processo justo e participativo. Tudo na busca do desiderato da efetividade dos direitos fundamentais

---

[8] CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 66.

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 62.

e na promoção do Estado Democrático de Direito.

DESENVOLVIMENTO

Para a efetivação dos direitos fundamentais, em especial por meio da atuação do Poder Judiciário, mostra-se necessária a conjugação de dois aspectos que aparentemente configurariam contradições e antinomias insuperáveis, quais sejam: a ideia de democracia e de superioridade constitucional.

Tal questão destaca o ponto que ao promover a leitura e compreensão de todo o ordenamento jurídico por intermédio do prisma dos direitos fundamentais, caberá ao Judiciário o controle da constitucionalidade das leis. O que desagua, episodicamente, na sobreposição da decisão judicial à deliberação da maioria parlamentar, que representa a vontade soberana do povo, detentora e fonte da qual emana todo o poder estatal.

A primeira vista, a decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade da lei retira a eficácia da norma produzida pelo legislativo, com alcance *erga omnes* e sua consequente exclusão do ordenamento jurídico, numa atuação de verdadeiro legislador negativo e em caráter *contramajoritário.*

Algumas situações postas ao controle da jurisdição constitucional, contudo, fogem a aplicação das técnicas decisórias tradicionais, exigindo do magistrado a utilização de ferramentas novas na interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, bem como da instrumentalidade do processo, sob pena da não realização do direito ou sua realização de forma injusta, desarrazoada e desproporcional[10].

Destarte, em atenção ao citado princípio da supremacia da Constituição, o qual impõe que as normas jurídicas infraconstitucionais sejam interpretadas em consonância com o texto da Carta Magna, cabe ao magistrado, dentro do quadro processual brasileiro, interpretar a norma jurídica conforme a Constituição Federal, eliminando, fixando e por vezes modificando/manipulando os sentidos normativos originais do texto positivado pelo legislador[11].

---

[10] SIMÃO. Calil. Elementos do sistema de controle de constitucionalidade. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 180.

[11] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393/394.

A doutrina pátria ressalta ambas as formas de atuação do poder judiciário, *in verbis:*

> O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.,* de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional[12].

Essa dicotomia da soberania popular e vontade da maioria *versus* a limitação de poder e respeito aos direitos fundamentais conduz a relativização da distinção entre a política e o direito[13], e já aparece no nosso ordenamento pátrio logo no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, que institui a República Federativa como um Estado Democrático de Direito, portanto limitado pela ordem jurídica e, em seu parágrafo único, proclama que todo poder emana do povo, exaltando a democracia[14].

Para Robert Alexy, essa tensão entre os direitos fundamentais e a democracia pode ser encarada por três prismas: a) a forma ingênua, na qual não se concebe o confronto entre os dois pilares, visto que não cabe tensão entre "duas coisas boas", inadmitindo o conflito; b) a forma ideológica, que admite a tensão, mas projeta uma sociedade ideal, representada por parlamentares ideais, que seriam incapazes de violar direitos fundamentais. E c) a forma realista, que encara os direitos fundamentais em seus aspectos democráticos e não democráticos, a depender das funções a serem desenvolvidas, ora promovendo e projetando as decisões da maioria parlamentar na promoção do desenvolvimento da sociedade e dos direitos da liberdade e igualdade e

---

[12] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 476.

[13] GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69: "[...] enquanto a política exibe o caráter democrático das relações e a dinamicidade do seu processo, o Direito exibe a rigidez da fórmula constitucional".

[14] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

a tutela da liberdade de expressão, ora afastando do legislador ordinário (maioria de ocasião) a apreciação da matéria e regulando o processamento adequado da participação popular[15] (ALEXY, 2015b, p. 52/53).

Na busca da compatibilização de tais facetas democráticas e não democráticas dos direitos fundamentais, Alexy busca conceituar os direitos fundamentais como valores importantes para todos os cidadãos, ao ponto de retirá-los da esfera de apreciação por parte da maioria parlamentar, por meio de concepção moral pública e não pessoal/particular (naturalmente impregnada de conflitos e antagonismos).

Baseado na conceito de *overlapping consensus,* de autoria de John Rawls, o autor chega a conclusão que o conteúdo dos direitos fundamentais representa o conjunto de condições de cooperação social justa (consenso comum) entre os cidadãos racionais e razoáveis, marcado pelo pluralismo da sociedade.

Após 3 séculos de pensamento democrático e desenvolvimento da prática constitucional é possível alcançar não apenas algum entendimento público, mas também alguma fidelidade aos ideais e valores democráticos desenvolvidos pelas instituições políticas existentes. Isto abre caminho para a elaboração da ideia do consenso sobreposto em uma concepção política da justiça: tal consenso é moral tanto em seu objeto quanto em suas bases e, assim, é distinto de um consenso – inevitavelmente frágil - baseado apenas em interesses pessoais ou de um grupo, mesmo quando descrito em uma constituição bem estruturada. A ideia do consenso sobreposto permite entender como um regime constitucional caracterizado pelo pluralismo pode, apesar de suas divergências, alcançar a estabilidade e a unidade social através do reconhecimento público de uma concepção política razoável de justiça[16].

Destarte, essa reserva de matérias do poder legislativo (representante da maioria)[17], a efetivação dos direitos fundamentais[18] e o exercício da jurisdição

---

[15] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo [Tradução: Luís Afonso Heck]. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 52/53.

[16] RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus. Oxford University Press, 1987. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/764257>. Acesso em 09 abr. 2013, 19:29:00, p. 2.

[17] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais".

[18] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

constitucional[19] representam atributos contramajoritários, que aliados ao crescente fenômeno da judicialização da política, revelam um risco de crise ao princípio democrático e da ausência de legitimidade das decisões judiciais.

Esses questionamentos de ordem política, doutrinaria e ideológica, podem ser reduzidos ao argumento de que falta competência ao judiciário, composto por agentes públicos não eleitos para invalidar decisões de órgãos legitimados pelo voto popular e pela falta de controle democrático sobre os pronunciamentos judiciais[20].

Ditas conclusões são alcançadas diante da concepção comum de democracia, cujo significado etimológico resume-se no poder do povo, exercido de forma direta ou por meio de representantes eleitos.

Essa concepção formal ou procedimental representa elemento indissociável da essência do conceito de democracia, mas, na atual quadra histórica, não se mostra suficiente para a definição de um sistema político como democrático, em especial como uma democracia constitucional, na qual nos deparamos com a fixação de limites e conteúdos substanciais definidos pelos direitos fundamentais em face do exercício dos poderes dos Estado.

> Estes limites e vínculos são impostos a tais poderes pelos direitos constitucionalmente estabelecidos, os quais identificam aquela que podemos chamar de *esfera do indecidível*: a esfera *daquilo que não pode ser decidível*, ou que não pode ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos de liberdade, os quais têm poder de tornar inválidas as decisões com eles contrastantes, e a esfera *daquilo que não pode não ser decidido*, ou que deve ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos sociais, os quais impõem como devidas as decisões destinadas a satisfazê-los[21].

---

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

[19] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
[…]
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; […] § 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.
[…]
Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: […] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

[20] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 95.

[21] FERRAJOLI, Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana [Tradução: Alexander Araujo de Souza]. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

Portanto, a noção de democracia constitucional não se satisfaz apenas com a legitimação pelo voto da maioria, exigindo também a efetividade de conteúdos materiais mínimos, tais como a realização dos direitos fundamentais mediante o respeito aos limites negativos (liberdades públicas) e as concretizações das prestações positivas (demandas sociais)[22].

O magistrado ao buscar a efetividade dos direitos fundamentais, seja afastando a lei em afronta a Carta Magna, seja suprindo a omissão de comando constitucional, deve apresentar argumentação suficiente e robusta para demonstrar que a ação/omissão do parlamento ofende hipótese constitucionalmente protegida e com *status* de imprescindível à ordem estabelecida na Constituição Federal pelo Poder Constituinte Originário[23].

> Tradicionalmente, a teoria democrática repudia limitações ao governo do povo, salvo aquelas decorrentes da própria vontade deste (CHOPER, 1980:4), exigindo que as políticas governamentais sejam fiscalizadas por pessoas eleitas (PERRY, 1982:9). A Justiça Constitucional, nesse sentido, seria um governo composto por pessoas não representativas da sociedade, porque não conduzidas a seus cargos pelo voto popular. Trata-se, aqui, evidentemente, de uma simplificação dos argumentos democráticos contrários À permanência do Tribunal Constitucional, mas que forçosamente apresentar os termos do debate jurídico que ainda se mantém ativo. Com esse raciocínio, a necessidade de representação eletiva é um axioma e, assim, prescinde de demonstração, ao passo que a judicial review necessitará, pois, de justificação (PERRY, 1982: 9)[24].

Aqui reside o cerne da legitimidade das decisões contramajoritárias: na força da argumentação e do discurso.

---

[22] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 100: "A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, quer se defenda uma noção procedimental de Constituição — que privilegia a definição das regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos —, quer se opte por um modelo substancialista141 — no qual certas opções materiais já estariam predefinidas".

[23] RAWLS, John. O liberalismo político [Tradução: Dinah de Abreu Azevedo]. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 286/288: "[...] a ideia de razão pública não significa que os juízes devam estar de acordo uns com os outros, mais do que os cidadãos em geral o estão, nos detalhes sobre o modo de cada qual entender a constituição. No entanto, devem interpretar, e devem parecer que interpretam, a mesma constituição à luz daquilo que vêem como as partes relevantes da concepção política e à luz daquilo que acreditam de boa-fé que pode ser defendido dessa forma. O papel do tribunal, enquanto intérprete judicial supremo da constituição, supõe que as concepções políticas dos juízes e sua visão dos elementos constitucionais essenciais situam a parte central das liberdades básicas mais ou menos no mesmo lugar. Nesses casos, pelo menos, suas decisões conseguem resolver as questões políticas mais fundamentais."

[24] TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 492/493.

A argumentação adequada e capaz de convencer a sociedade, por meio de fundamentos que justifiquem a opção jurisdicional pelos direitos fundamentais frente a maioria parlamentar.

Arremata o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

> O constitucionalismo democrático se funda na institucionalização da razão e da correção moral. Isso significa que uma decisão da corte suprema, para se inquestionavelmente legítima, deverá ser capaz de demonstrar: (i) a racionalidade e a justiça do seu argumento, bem como (ii) que ela corresponde a uma demanda social objetivamente demonstrável[25].

Essa democracia discursiva e argumentativa, como forma de legitimar a realização dos direitos fundamentais, recebeu de Robert Alexy o nome de *democracia deliberativa*, na qual os magistrados devem fundamentar seus julgados em bons argumentos ou argumentos plausíveis, visando o convencimento racional da sociedade[26].

> A deliberação pressupõe uma concepção dialógica da política e a consideração desta como um processo racional de discussão dos problemas e alternativas, de forma a obterem-se soluções justa, boas, ou, pelo menos, razoáveis, de ordenação da vida comunitária. A política serve para deliberar sobre a ordenação comunitária e não apenas para fornecer aberturas processuais à prossecução de interesses privados ou à optimização de preferências subjetivas[27].

Esse é o modelo democrático que vivemos, no qual o Poder Judiciário encontra sua fundamentação mediante um processo que apresente um procedimento aberto à participação em contraditório efetivo[28], com atos públicos e decisões fundamentadas[29] em argumentos convincentes e que apresente como desiderato a tutela dos direitos fundamentais.

---

[25] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 477.

[26] A inclusão da argumentação no conceito de democracia faz desta uma democracia deliberativa, a qual nada mais é do que uma tentativa de institucionalizar, tanto quanto possível, o discurso que defende a tomada pública de decisões. Por este motivo, a conexão entre a sociedade e o parlamento não pode ser determinada apenas pelas decisões expressas nas eleições e nos votos, mas também pela argumentação. Neste sentido, a representatividade da sociedade pelo Parlamento é, a um só tempo, volitiva ou decisiva, assim como argumentativa ou discursiva (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais [Tradução: Virgílio Afonso da Silva]. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 579).

[27] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1416.

[28] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

[29] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá

> Do ponto de vista decisional, o caráter democrático pode estar assegurado pela utilização de diversos instrumentos, como um processo participativo isso ocorre justamente porque a escolha pelo método da eleição não é a única forma de garantir a representatividade do Tribunal Constitucional (FRIEDRICH, 1946: 257) e de suas decisões[30].

Destarte, a função da razão pública é permitir que os princípios de justiça possam ser justificados perante todos os cidadãos e aplicados corretamente, estabelecendo-se uma relação necessária entre justiça e democracia[31].

> A razão pública é um padrão de argumentação moral que deve disciplinar a deliberação política, mas que não se confunde com ela, e, portanto, subsiste enquanto critério autônomo para julgar a legitimidade das decisões[32].

E é nessa linha de raciocínio que encontra-se o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº13.105, de 16 de março de 2016[33]), que exige no magistrado atitude argumentativa na fundamentação de julgados e decisões, *in verbis:*

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

---

sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

[30] TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 495.

[31] RAWLS, John. O liberalismo político [Tradução: Dinah de Abreu Azevedo]. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 273.

[32] MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 492.

[33] BRASIL. Código de Processo Civil, 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015.

> § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
> § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Destarte, a efetividade dos direitos fundamentais e a promoção do Estado Democrático de Direito mostram-se causa e consequência do fortalecimento da democracia deliberativa na realidade processual atual.

CONCLUSÕES

O conceito de democracia não pode ser restrito a técnica da vontade da maioria. A democracia, em seu viés substancial, exige mais!

Exige a participação de todos os cidadãos nos processos decisórios do poder público; o respeito a liberdade e igualdade de cada um dos membros da sociedade; a tolerância com a pluralidade de ideias e a vontade da minoria. Mas, sobretudo, a garantia dos direitos fundamentais encartados na Constituição da República.

O aparente choque de atuação entre as funções legislativa e judiciária não deve ser visto como crise no sistema democrático, mas como forma de preservar o sistema de *checks and balances,* evitando a concentração e abuso de poder estatal por parte de quaisquer representantes.

Ao promover a tutela dos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso), retirando do ordenamento leis inconstitucionais, ou suprimindo lacunas legislativas, apesar do comando da Carta Magna, o Poder Judiciário tem poder/dever de apresentar em sua decisão os argumentos racionais necessários ao convencimento da sociedade.

Mesmo que aparentem afronta ao princípio democrático, rejeitando a deliberação da maioria, as decisões judiciais contramajoritárias retiram sua legitimidade da discussão racional travada por meio do processo judicial, concebido através de um procedimento em contraditório e participativo, que conclua com uma decisão fundamentada que efetive a tutela dos direitos fundamentais previstos à espécie.

A exigência de fundamentação é garantia da imparcialidade do julgador e de legitimidade do Poder Judiciário, no exercício da atividade de interpretar, aplicar e dar concretude a tutela jurisdicional adequada, como espelhado pelo espírito presente no Novo Código de Processo Civil/2015 com um Estado Democrático e Social de Direito contemporâneo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review and representation**. Oxford University Press, 2005. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/572.full.pdf>. Acesso em 05 jun. 2016, 16:38:00.

_____, **Teoria dos direitos fundamentais** [Tradução: Virgílio Afonso da Silva]. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015a.

_____. **Constitucionalismo discursivo** [Tradução: Luís Afonso Heck]. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____, **Código de Processo Civil,** 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores** [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana** [Tradução: Alexander Araujo de Souza]. São Paulo: Saraiva, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

RAWLS, John. **O liberalismo político** [Tradução: Dinah de Abreu Azevedo]. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____, **The idea of an overlapping consensus.** Oxford University Press, 1987. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/764257>. Acesso em 09 abr. 2013, 19:29:00.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SIMÃO. Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.