



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO**

JOSÉ FLÁVIO FONSECA DE OLIVEIRA

**LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA REALIZAR O
CONTROLE CONCENTRADO MATERIAL DA MORALIDADE POLÍTICA**

**FORTALEZA
2021**

JOSÉ FLÁVIO FONSECA DE OLIVEIRA

LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA REALIZAR O
CONTROLE CONCENTRADO MATERIAL DA MORALIDADE POLÍTICA

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Juliana Cristine Diniz Campos.

FORTALEZA
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

O11 OLIVEIRA, JOSE FLAVIO FONSECA DE.

Legitimidade da jurisdição constitucional para realizar o controle concentrado material da moralidade política / JOSE FLAVIO FONSECA DE OLIVEIRA. – 2021.
164 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.

1. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. 2. Moralidade Política. 3. Limites do Controle de Constitucionalidade. 4. Democracia Deliberativa. 5. Teoria dos Diálogos. I. Título.

CDD 340

JOSÉ FLÁVIO FONSECA DE OLIVEIRA

**LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA REALIZAR O
CONTROLE CONCENTRADO MATERIAL DA MORALIDADE POLÍTICA**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: 05 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Juliana Cristine Diniz Campos (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. George Marmelstein Lima
Centro universitário 7 de setembro (UNI7)

Para Neile e Gustavo.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são muitos. À Deus pela criação!

Agradeço à minha esposa Neile, pela dedicação e amor. Obrigado pela compreensão, por perceber os momentos difíceis durante todo o percurso e no apoio sempre incondicional, quando busco realizar meus sonhos. Sempre que me senti desanimado durante o caminho, nunca me deixou cair em tentação para desistir, incentivando-me e mostrando o quão próximo do objetivo já tinha caminhado. Neste último passo, desde a decisão inicial de cursar o mestrado, incentivou-me e, também, durante os estudos, as aulas, os artigos para avaliações, e nas diversas noites, até tarde, ou nos sábados e domingos, que fiquei ausente, permitindo-me construir os caminhos para concluir este estudo. Esta dissertação é também tua. Te amo!

Gustavo, minha vida, meu filho! Que Deus te dê ainda mais sabedoria e mais paixão pela profissão que você escolheu seguir e, nesses dias tão incertos, seja um guia de muitas pessoas.

Aos meus pais, Manoel e Tereza, pelos exemplos simples e honestos, que me guiaram até hoje nessa trajetória. Aos meus amigos, irmão e irmã, Fábio e Sônia, nós três que compartilhamos sempre juntos nossos sonhos e nos sentimos mais irmãos a cada dia.

Esta vitória acadêmica é de todos vocês, que sempre estão do meu lado.

À orientadora, Professora Juliana, que me guiou durante todo o mestrado. Desde a seleção, quando me sabatinou sobre o projeto de pesquisa até as correções de rumo daquele projeto inicial que se modificou e se transforma agora nesta dissertação. Sutilmente, fez-me refletir sobre o tema e aprofundar naquilo que poderíamos apresentar de novo e contribuir para a Universidade Federal do Ceará. Muito obrigado!

Especial agradecimento aos Professores Felipe Braga, pela gentileza de compor as bancas de qualificação e defesa, e aos Professores e colegas, Nagibe e George, pelos incentivos e por terem participado das bancas de qualificação e de defesa desta dissertação. De todos colhi valorosas contribuições para a conclusão desta pesquisa, de críticas e sugestões, muitas das quais foram incorporadas a esta dissertação.

Não haveria espaço para agradecer a todos os professores. Por isso, faço um especial agradecimento, extensivo a todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal, através dos Professores Marcelo Guerra, João Luís e Hugo Segundo, dos quais colhi profundos ensinamentos nesses dois anos de estudo e convivência.

Aos servidores da 12^a Vara Federal, especialmente Cleber, Roberta e Maxwell, pela compreensão e auxílio durante estes dois anos do curso, que fez coincidir o início do mestrado com minha remoção para Fortaleza, bem como as mudanças em nossas vidas acadêmica e profissional.

Enfim, ao final sempre fica a desconfiança de não ter agradecido a todos, mas aqueles, que contribuíram de algum modo e não estão aqui citados diretamente, sintam-se também prestigiados com estas sinceras palavras de agradecimento.

Muito obrigado!

RESUMO

Objetiva-se nesta dissertação abordar a legitimidade da jurisdição constitucional para realizar o controle concentrado de constitucionalidade material de leis ou atos normativos que confrontem a moralidade política. O método usado foi o hipotético-dedutivo a partir de pesquisas bibliográfica dos principais autores sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade em temas de moralidade política. Parte-se do recorte teórico de Ronald Dworkin que trata a moralidade política como o conjunto dos princípios morais da comunidade política que, ao traduzir o sentimento de justiça coletivo, fornece a melhor interpretação de como o cidadão deve agir *na sociedade e em nome da sociedade* e relacionar-se diretamente com os direitos fundamentais. A hipótese principal é de que não cabe ao Supremo Tribunal Federal realizar o controle concentrado de constitucionalidade material quando a lei ou ato normativo afronta a moralidade política, porque essa função deve ser exercida pelo Legislador, cujo resultado do processo legislativo dever ter como limite o respeito aos direitos fundamentais. Justifica-se este estudo em razão da expansão da jurisdição constitucional em vários países ao redor do mundo, movimento que também ocorre no Brasil em temas de moralidade política. A dissertação apresenta três capítulos e, no primeiro, são apresentados os conceitos de moralidade política, moralidade pública e opinião pública, bem como se propõe responder em que medida a moralidade política está inserida nos direitos fundamentais. No capítulo seguinte, apresentam-se as características do controle de constitucionalidade, os conceitos de parâmetro de constitucionalidade e bloco de constitucionalidade e, ao final, debate-se sobre a integridade política no âmbito do Legislativo e Judiciário para finalizar respondendo se a moralidade política pode ser um parâmetro de controle de constitucionalidade. No último capítulo são apresentados os limites substanciais e parâmetros procedimentais que tornam o processo de decisão mais democrático e mais deliberativo. Defende-se a adoção de uma Corte Deliberativa, a abertura da interpretação constitucional a todos os interessados, bem como o diálogo institucional entre os três poderes em temas de moralidade política. Conclui-se o estudo defendendo o abandono da ideia do último guardião, para privilegiar a ideia de que cada poder decida temas de moralidade política em diálogo permanente entre si e com a participação direta ou indireta dos envolvidos e com isso concretizar os direitos de todos.

Palavras-Chaves: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Moralidade Política. Limites do Controle de Constitucionalidade. Democracia Deliberativa. Teoria dos Diálogos.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to address the legitimacy of constitutional jurisdiction to make concentrated control of material constitutionality of laws or normative acts that confront political morality. The method used was the hypothetical-deductive method based on bibliographic research of the main authors on the legitimacy of constitutionality control in topics of political morality. It starts with the theoretical framework of Ronald Dworkin who approaches political morality as the set of the political community's moral principles, when translating the feeling of collective justice, provides the best interpretation of how the citizen should act *in* society, and *in the name of* society, and it is directly related to the fundamental rights. The main hypothesis is that it is not up to the Supreme Court to carry out the concentrated control of material constitutionality when the law or normative act affronts political morality because this function must be exercised by the Legislator, whose legislative process's outcome must be limited to respect for fundamental rights. This study is justified due to the expansion of constitutional jurisdiction in several countries around the world, a movement that also occurs in Brazil in matters of political morality. The dissertation presents three chapters and in the first one the concepts of political morality, public morality and public opinion are presented, as well as the response to which political morality is inserted in fundamental rights. The following chapter presents the characteristics of constitutionality control, the concepts of constitutionality parameter and constitutionality "block" and, at the end, there is a debate about political integrity of the Legislative and Judiciary in order to answer whether political morality can be a parameter of constitutionality control. The last chapter presents the substantial limits and procedural parameters that make the decision-making process more democratic and more deliberative. It advocates the adoption of a Deliberative Court, the opening of the constitutional interpretation to all interested parties, as well as the institutional dialogue between the three branches in matters of political morality. The study's conclusion in the *last guardian* idea should be abandoned, to privilege the division of constitutional functions in which each branch of government decides on issues of political morality in permanent dialogue with each other and with the direct or indirect participation of those involved and thereby materializing the rights of all.

Keywords: Legitimacy of the Constitutional Jurisdiction. Political Morality. Limits of Constitutionality Control. Deliberative Democracy. Theory of Dialogues.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A MORALIDADE POLÍTICA	17
2.1	Direito como integridade e a crítica ao positivismo jurídico	17
2.2	O que é a moralidade política?	21
2.2.1	<i>A moral e a moralidade pessoal</i>	21
2.2.2	<i>A comunidade política ou comunidade de princípios</i>	24
2.2.3	<i>O conceito de moralidade política para Dworkin</i>	26
2.3	Moralidade Política, Moralidade Pública e Opinião Pública	28
2.3.1	<i>Moralidade Política e Moralidade Pública</i>	29
2.3.2	<i>Moralidade Política e Opinião Pública</i>	32
	2.3.2.1 <i>Os conceitos de esfera pública e sociedade civil</i>	32
	2.3.2.2 <i>A opinião pública e a moralidade política</i>	36
2.4	Moralidade Política e Direitos Fundamentais	41
2.4.1	<i>O contexto histórico do surgimento dos Direitos Fundamentais</i>	43
2.4.2	<i>Conceito de Direito Fundamental</i>	47
2.4.3	<i>Direitos fundamentais: o núcleo da moralidade política</i>	54
	2.4.3.1 <i>O proceduralismo e os direitos fundamentais</i>	55
	2.4.3.2 <i>Substancialismo e a defesa dos direitos fundamentais como núcleo da moralidade política</i>	60
3	MORALIDADE POLÍTICA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	64
3.1	As bases do controle de constitucionalidade no Brasil	64
3.2	O controle concentrado de constitucionalidade – características	68
3.2.1	<i>O Supremo Tribunal Federal como órgão central no controle concentrado de constitucionalidade</i>	69
3.2.2	<i>O método de controle concentrado, pela via principal do controle de constitucionalidade, e os efeitos normativos do julgamento pelo Tribunal Constitucional</i>	74
3.2.3	<i>Os legitimados do controle concentrado de constitucionalidade</i>	78
3.3	Parâmetro de Constitucionalidade e “Bloco de Constitucionalidade”	80
3.4	A Moralidade Política como parâmetro de controle de constitucionalidade	84
3.4.1	<i>A moralidade política na legislação: integridade legislativa e a limitação do pluralismo político</i>	87

3.4.2	<i>A integridade judicial e a moralidade como parâmetro de interpretação no controle de constitucionalidade</i>	97
4	OS LIMITES E PARÂMETROS AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA DE MORALIDADE POLÍTICA	
	101
4.1	A legitimidade da jurisdição constitucional para o controle da moralidade política	103
4.2	Os limites materiais da jurisdição constitucional para julgar legislação com escolhas morais	110
4.2.1	<i>As questões políticas. É possível estabelecer esse limite?</i>	111
4.2.2	<i>Juízo de constitucionalidade e juízo político ou decisão política. Juízo de constitucionalidade e juízo de legalidade</i>	117
4.2.3	<i>Direitos fundamentais como limite material à jurisdição constitucional</i>	120
4.3	Parâmetros mínimos para o reconhecimento da legitimidade da jurisdição constitucional para questões de moralidade política	126
4.3.1	<i>A garantia do procedimento legislativo democrático: o respeito das maiorias aos direitos fundamentais e aos direitos das minorias</i>	128
4.3.2	<i>A deliberação dialogada entre os poderes do Estado e entre Corte e os diretamente e indiretamente envolvidos – procedimento e substância em favor da democracia ..</i>	132
	<i>4.3.2.1 A necessária abertura da interpretação constitucional</i>	133
	<i>4.3.2.2 A Corte Deliberativa</i>	136
4.3.3	<i>A Corte Deliberativa e o diálogo institucional entre os poderes do Estado</i>	140
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	147
	REFERÊNCIAS	153

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo sobre a moralidade e o Direito e como esses dois campos estão entrelaçados para emprestar legitimidade à jurisdição constitucional, quando tratar da moralidade política. Parte-se da premissa de que há legitimidade da jurisdição constitucional em temas de moralidade política, mas esse ramo do poder não detém a última palavra nem deve ser o principal agente de implementação de uma moralidade política pululante na sociedade. Em temas de grande desacordo na sociedade, o princípio democrático deve ser o guia para a solução dos desacordos, contudo isso não pode significar que todos estão atados apenas ao princípio da maioria. O objetivo investigatório principal é estudar a moralidade política e a legitimidade da jurisdição constitucional e demonstrar que a jurisdição constitucional não é a guardiã da moralidade política quando realiza o controle material da legislação em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A moralidade política encontra-se diretamente relacionada com a maneira como se adquire e se concretiza o direito das pessoas ou de um grupo de pessoas. O debate sobre a separação entre direito e moral não se traduz apenas num problema de aplicação do direito justo, mas também de onde as pessoas podem extrair direitos e, especialmente, *como* reconhecer que alguém tem direito a algo. Nesse aspecto, a moralidade política encontra-se inserida no debate sobre qual é o papel do Poder Judiciário e do Poder Legislativo em sua interpretação quando exercer as funções para os quais foram formalmente designados pela Constituição.

A influência da moral em relação ao direito sempre estará na base dos estudos sobre a aplicação do direito, ainda que se defenda a tese de que a interpretação deve ser neutra. Essa é uma questão que gera controvérsia e envolve a discussão sobre a moralidade política existente na sociedade e sua influência sobre o ordenamento jurídico e também sobre os aplicadores do direito, bem como, sendo reconhecida essa influência, se ela se apresenta conscientemente na base da argumentação utilizada pelos juristas em geral, não apenas pelos juízes.

Com efeito, a busca por descortinar a relação entre direito e moral é antiga, porque, mesmo sendo possível uma atuação imparcial do julgador, a neutralidade em questões morais é improvável, demandando uma teoria do direito que aborde a interconexão entre as questões morais e jurídicas na formação da decisão. Com efeito, segundo Zanon Jr.¹, é

¹ ZANON JR., O. L. **Teoria complexa do direito**. 2^a ed., Curitiba: Prismas, 2015, p. 96.

inviável que autoridades públicas escapem de questões de moralidade política: primeiro, na fase da positivação, quando estabelecem os textos normativos; segundo, na fase de interpretação e aplicação, dado que a formação de uma norma para regulamentação geral envolve a avaliação valorativa das reações a favor e contra essa norma, no primeiro caso, e uma avaliação prospectiva de adequação social e justeza na sua aplicação.

Essa premissa inicial tem implicações profundas. A ideia de que há um campo decisório em que o julgador é livre para escolher entre as melhores respostas para um caso – tratando-se de mera política como sustenta Hans Kelsen, ou mesmo em razão da textura aberta do direito², através da qual o julgador irá apontar soluções isentas de valor a questões controvertidas – não passa de uma escolha moral *ex ante*, tornando essas decisões em escolhas discricionárias, fomentando o decisionismo e a também a insegurança e incerteza jurídica.

Isso representa a base inicial da discussão sobre a moralidade política, que parte do reconhecimento de que a moral faz parte da realidade que o Direito regula e, em maior grau, faz parte das relações sociais, porque dela deflui em diversas situações da vida. E essa discussão, em relação à formação do Estado e ao modelo de democracia, tem uma implicação ainda mais vertical, porque terá um impacto sobre as instituições constituídas desse Estado, na divisão dos poderes entre essas instituições, assim como determinará a relação entre esses poderes, estabelecendo, ou uma relação horizontal, sem que um tenha ascendência sobre os demais, ou uma clara preferência de um sobre os outros, momento que se debitará uma maior responsabilidade, quando não a palavra final, em relação à concretização dos comandos da Constituição.

Nisso, algumas indagações se impõem: o que é moralidade política? A moralidade política está na Constituição? Os direitos fundamentais podem ser considerados a moralidade política? Que outros valores demandam a observância da moralidade política? A quem cabe o reconhecimento da moralidade política? Qual um formato de tomada de decisão propicia um legítimo reconhecimento da moralidade política no ordenamento jurídico?

As respostas a essas questões podem fornecer um caminho para a compreensão da formação do direito e a sua adequada aplicação, a qual pode considerar ou não as posições e opiniões daqueles que serão os destinatários ou titulares de direitos. Essas discussões envolvem questões cotidianas, mas que não têm uma resolução conclusiva ou consensual na sociedade, como assuntos sobre pena de morte, pornografia, adultério, divórcio, racismo,

² HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmera. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 326.

homossexualidade, casamento de pessoas do mesmo sexo, uso de drogas, prostituição, nudez pública, jogos de azar, crueldade com animais, eutanásia, embriaguez, aborto, entre outros.

Isso tudo envolve direitos básicos de uma comunidade e como eles são instituídos, interpretados e aplicados. São discussões sobre vida e morte, liberdade e igualdade, que geram enorme controvérsia no campo ético e moral. Em cada um é possível desdobrar outras questões; por exemplo, sobre o início da vida e sobre o momento da morte, está em relação a viver ou morrer com dignidade. Sobre se a liberdade individual permite uma relação entre pessoas de mesmo sexo e, sendo permitida, se possibilitaria a fruição dos mesmos direitos de casais heterossexuais, como o mais básico, que envolve corpo e vontade, a exemplo das relações sexuais, ou o mais complexo, que estabelece o direito ao casamento, ou direito a adotarem filhos em comum. Sobre o direito à igualdade, há ainda outras tantas controvérsias, porquanto, nesse campo – em se verificando a adoção de um Estado Social ou com um dos componentes a isso voltado, como no caso de um Estado Democrático e Social de Direito – espraiam-se as discussões sobre direitos sociais e sobre em qual base essa igualdade deve ser considerada, para além da mera discussão entre igualdade formal em contraposição à igualdade material.

Os direitos fundamentais, como visto nos exemplos acima, são as bases sobre as quais a moralidade política pode ser discutida e disputada, porque têm potencial para promover o reencontro entre direito e moral. Por uma vertente, os direitos fundamentais são considerados como uma ordem objetiva de valores e, com isso, a jurisdição torna-se a guardiã dos valores materiais positivados e reconhecidos numa constituição, fazendo com que a moralidade política compartilhada por todos os membros da sociedade seja utilizada para a solução dos “casos difíceis”. Por outra vertente, os direitos fundamentais não devem emprestar conteúdo material à ordem constitucional, mas funcionar como elementos procedurais para a formação da opinião e da vontade, tendo a principal função de garantir a participação livre de todos no processo de comunicação. Ante essa disputa da posição dos direitos fundamentais, é possível compatibilizar uma defesa material da constituição com o processo democrático? Há espaço para que a moralidade política possa ser compartilhada pelos cidadãos na criação e na aplicação dos direitos?

Como uma possível consequência dessa discussão, é possível identificar, após a Segunda Guerra Mundial, um movimento de expansão das jurisdições constitucionais e do poder judiciário em temas da política (judicialização da política), das relações sociais³, nas

³ Cf. VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

quais se envolvem os direitos fundamentais e a moralidade política. Essa expansão do poder judiciário é uma constante desde o surgimento do *judicial review*, a partir do julgamento pela Suprema Corte americana do caso *Marbury v. Madison*, pelo *Chief Justice* Marshall, em 1803. Segundo Torbjörn Vallinder, fatores contribuíram para essa expansão, logo após o final da Segunda Guerra: (i) o crescimento do totalitarismo (ex. Alemanha nazista); (ii) a mudança na vida econômica e política nesse período: planejamento econômico e de desenvolvimento para a reconstrução dos países; nos países socialistas, a planificação econômica e base do sistema da segurança social; os partidos trabalhistas promoviam a igualdade econômica e a liberdade política (UK e Suécia).⁴

Esse movimento levou à mudança na centralidade da Constituição no ordenamento jurídico. Antes, os códigos eram tidos como centrais na legislação, sendo a Constituição apenas uma lei-regulamento da política; a partir de então, as constituições passaram a realizar a conformação política do Estado, entre os poderes, e tornaram-se, gradativamente, normas juridicamente vinculantes das relações entre Estado e sociedade.

Nos Estados Unidos, desde o caso *Brown v. Board of Education*⁵ até o caso *Roe v. Wade*⁶, esse movimento levou um avanço da jurisdição constitucional em temas de moralidade política, que ainda não cessou naquele país. Igualmente, na Alemanha, a partir de casos sobre aborto, há identificação da expansão da jurisdição constitucional sobre temas de moralidade política.⁷

⁴ Cf. VALLINDER, Torbjörn. When the court go marching in. In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. E-book. Pos. 20.

⁵ Nesse julgamento a Suprema Corte reverteu decisão anterior da corte (decisão em *Plessy v. Ferguson*, de 1896) e declarou que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Controle de Constitucionalidade nº 347 U.S.** 483, 1954. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁶ A Suprema Corte, com fundamento na cláusula do devido processo legal, declarou que mulheres teriam o direito fundamental sobre seu próprio corpo, proibindo os estados federados de legislarem para criminalizar o aborto até o terceiro mês de gravidez. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Suprema Corte. **Controle de Constitucionalidade nº 410 U.S.** 113, 1973. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁷ No caso Aborto I (*Schwangerschaftsabbruch I*), em 25/02/1975, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha considerou inconstitucional lei que regulamentava prazos que permitissem o aborto, em razão da incidência do direito constitucional à vida do nascituro em face do direito à autodeterminação da grávida. No caso Aborto II (*Schwangerschaftsabbruch II*), julgado em 28/05/1993, o Tribunal Federal alemão reafirmou essa jurisprudência, anulando lei que manteve válido o aborto até a 12ª semana, após o período de reunificação da Alemanha Oriental e Ocidental, permitindo-se apenas nos casos em que houvesse grave ameaça à vida da gestante, determinando que o Estado realizasse o aconselhamento e incentivasse as mulheres a darem a luz. Cf. ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE). **Controle de Constitucionalidade nº 39/1**, 1975. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>. Acesso em: 29 jan. 2021; ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE). **Controle de Constitucionalidade nº 88/203**, 1993. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>. Acesso em: 29 jan. 2021. Cf. Tradução e comentários in: MARTINS, Leonardo (organização e introdução, coletânea original de J. Schwabe). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. Beatriz Hennig et. al. Montevideu: Konrad Adenaeuer-Stilfburg, 2005.

No Brasil, não tem sido diferente, pois, com a Constituição Federal de 1988, fortaleceram-se os direitos individuais e o papel do poder judiciário, bem como foram estabelecidos diversos dispositivos para controlar as funções estatais, seja na criação, na execução e também na aplicação das leis, o que gerou, igualmente, uma expansão da jurisdição sobre a política e também sobre temas da moralidade política. Além dos temas nitidamente de questões políticas, as discussões que envolvem a moralidade política têm se avolumado no decorrer dos anos após a Constituição Cidadã.

A partir da análise de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal⁸, percebe-se que o uso da moralidade política em julgamentos envolvendo direitos fundamentais tem levado ao uso de princípios mais abstratos ou genéricos, que podem fundamentar qualquer entendimento, possibilitando ao julgador escolher, com base em posições subjetivas ou mesmo baseado na moralidade pessoal, aquele resultado que se adapte ao interesse que pretende defender naquele caso, muitas vezes desconsiderando a divisão de competência dos poderes constituídos e o conjunto de normas constitucionais pactuadas.

No entanto, toda essa discussão, na verdade, deve ser considerada infrutífera para fins do reconhecimento do direito, porque tem por ênfase *quem* tem a última palavra e não, propriamente, a concretização da Constituição a partir dos meios democráticos. A discussão não pode ser apenas sobre se há direitos morais na Constituição, muito menos sobre quem deve concretizar esses direitos. É necessário construir respostas democráticas e, por isso, não se pode aguardar de um único órgão ou, muitas vezes, de uma única pessoa a “solução” para problemas complexos, que estão carregados de valores e sobre os quais há grande dissenso. Com efeito, a moralidade política não se encontra à disposição de nenhum órgão do Estado, nem mesmo da sociedade civil.

É a partir desse quadro que se pretende discutir a problemática geral deste estudo: é possível a Corte Constitucional deslegitimar legislações por ofensa à moralidade política? A Jurisdição Constitucional é guardiã da moralidade política?

Para tratar de algumas possíveis respostas a esses problemas, esta dissertação encontra-se exposta em três capítulos. No primeiro capítulo, o tema é a moralidade política. O objetivo é apresentar o conceito de moralidade política e sua relação com outros temas difusos, como a moralidade pública e a opinião pública e, ao final, apresentar também a

⁸ Ao longo da dissertação, serão citados casos, a exemplo: ADI 3510 que debate sobre ações afirmativas e quotas raciais; O julgamento sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva, na ADI 4277 e ADPF 132; os julgamentos em ação de controle concentrado ou em ações individuais, que trataram sobre o aborto, pela ADPF 54 e HC 124.306; e, também a discussão sobre a prisão após o julgamento em segunda instância, no HC 126.292 e nas ADPFs nº 43 e 44.

correlação entre a moralidade política e os direitos fundamentais. É essencialmente importante partir dessas diferenciações, porque são conceitos que, embora se interpenetrem entre si, são distintos e atuam em campos diferentes na sociedade, gerando respostas diferentes em caso da atuação preponderante num campo ou outro. Ao final do capítulo, faz-se a abordagem dos direitos fundamentais e da moralidade política no âmbito do substancialismo e do proceduralismo. Se, por um lado, a teoria substancialista defende que os valores objetivos expressos nos direitos fundamentais estão fora da democracia e que sua proteção é tarefa do Poder Judiciário; por outro lado, a teoria proceduralista, ao contrário, mantém-se fiel aos ideais da Revolução Francesa, em que prepondera o Poder Legislativo, colocando o procedimento como garantidor da democracia, da liberdade e da igualdade. O cerne dessa discussão é pontuar qual poder constituído deve realizar a interpretação e o desenvolvimento dos direitos fundamentais; não obstante, como será visto no último capítulo, isso se revela insuficiente.

No segundo capítulo, para fins de fazer uma crítica ao modelo de Corte Constitucional quando trata do controle concentrado das normas infraconstitucionais, foram apresentadas, na primeira parte, as características do modelo de controle de constitucionalidade concentrada. Expõem-se, ainda, os conceitos de bloco de constitucionalidade e de parâmetro de controle de constitucionalidade, os quais são relacionados com o conceito de moralidade política. Neste capítulo, faz-se o debate sobre a integridade política, dividindo-a em duas vertentes: uma aplicável ao Poder Legislativo e outra ao Poder Judiciário; tratou-se de separar os papéis desses dois ramos do poder, quando tratam da moralidade política. O objetivo do capítulo é discutir se a moralidade política pode ser considerada como parâmetro de constitucionalidade de leis ou atos normativos e, sendo positiva essa possibilidade, se isso permite que o Supremo Tribunal Federal possa afastar a vigência de uma lei ou de ato normativo, quando adotado pelos demais poderes, apenas em razão da afronta à moralidade política tida como dominante na visão da maioria dos ministros integrantes da Corte Constitucional.

No último capítulo, tem-se por objetivo a discussão sobre os limites à jurisdição constitucional como guardião da moralidade política. Para isso, construiu-se a argumentação em torno dos limites materiais à atuação da jurisdição constitucional em temas de moralidade política. Abordam-se as questões políticas como uma barreira à jurisdição constitucional e como os direitos fundamentais não devem ser reconhecidos como meras garantias apenas em face dos dois outros poderes do Estado (Executivo e Legislativo), mas também em face do próprio Poder Judiciário, o qual tem, como missão, a proteção do núcleo essencial dos direitos

fundamentais. Por fim, apresentam-se diversos parâmetros procedimentais para o controle sobre limites materiais impostos às Cortes Constitucionais em temas de moralidade política, como a defesa de uma Corte Deliberativa e de uma teoria dos diálogos institucionais de matriz deliberativa.

2 A MORALIDADE POLÍTICA

O objetivo deste capítulo é apresentar o conceito de moralidade política na abordagem de Ronald Dworkin, o qual classifica o direito como ramo da moralidade política, subdivisão da moralidade pessoal, que decorre diretamente da moral. Expõem-se as principais características do conceito e as distinções com conceitos de moralidade pública e opinião pública e, ao final, sua correlação com os direitos fundamentais. Parte-se da hipótese de que a moralidade política constitui o conjunto de decisões e escolhas difusas da sociedade representada pelo modo de vida de cada grupo e a partir da história institucional da comunidade pública.

Antes de debater a moralidade política na visão de Dworkin, é necessário revisitar a discussão entre Dworkin e Hart sobre o positivismo, porque esse é o pano de fundo inicial da discussão sobre essa visão da moralidade política e perpassa toda a doutrina de Dworkin, que parte de um sistema dual de direito e moral, para um sistema unitário, que tem a moral como geral e o direito como decorrente e especial.

A questão central que se coloca neste início da discussão é se a moralidade política é a única fonte dos direitos, ou se haveria outras fontes oriundas da sociedade, em contraponto ao positivismo jurídico, que defende que o direito é totalmente apartado da moral e que seu reconhecimento depende das fontes sociais. A problemática, portanto, situa-se em saber se a moralidade política é a fonte de toda a positivação do direito e, sendo positiva a resposta, se essa positivação ocorreria através dos direitos fundamentais presentes nos textos constitucionais, ou seja, seriam os direitos fundamentais a ponte dessa ligação entre direito e moral (e política), amparando as liberdades individuais e coletivas e, principalmente, impondo limites aos poderes do Estado? É o que se busca compreender neste primeiro capítulo.

2.1 Direito como integridade e a crítica ao positivismo jurídico

A teoria de Dworkin é uma crítica ao positivismo jurídico⁹, especialmente à versão defendida por Herbert Hart, mas também à defendida por Joseph Raz. O jurista

⁹ Foge ao objetivo desta dissertação realizar um estudo aprofundado sobre o positivismo jurídico e suas diversas vertentes. Pode-se dizer, com fundamento em Dimitri Dimoulis, que o positivismo abrange desde a concepção da jurisprudência dos interesses, passando pelo o realismo jurídico e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, bem como o pragmatismo de Richard Posner. Para Dimoulis, os principais elementos comuns aos diversos tipos de positivismo jurídico são (i) a separação entre direito e moral, (ii) a definição do direito como decorrência exclusiva de mandamentos humanos e (iii) o direito dependente de autoridade soberana em certas sociedades. Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico:** teoria da validade e da

americano resume sua teoria, na fase inicial, no seu livro *Levando os direitos a sério*¹⁰ e depois em *Uma questão de princípio*¹¹, fixando-se na ideia de que o direito não é apenas um sistema de regras, cuja identificação seja realizada apenas por um teste fundamental (um pedigree); além das regras, é composto por princípios, um padrão que deve ser observado na aplicação do direito.¹²

Segundo as palavras de Dworkin, “[a] diferença entre regras e princípios é de natureza lógica”¹³, pois enquanto as regras são aplicadas à maneira de tudo ou nada – ou seja, se ocorrer o fato, a regra se aplica, do contrário, a regra não contribuirá para a solução do caso¹⁴ – os princípios, por outro lado, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, isto é, eles enunciam “uma razão que conduz a argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita uma decisão particular”¹⁵.

Dentro dessa discussão, em outro livro, *O Império do Direito*¹⁶, Dworkin finaliza sua teoria formulando a tese do *direito como integridade*, em que parte da ideia base de que o direito é um conceito interpretativo e possui uma prática argumentativa e, por isso, traz a obrigatoriedade de qualquer decisão ter, como referência, as decisões do passado, bem como de estabelecer coerência com os princípios existentes no ordenamento jurídico.

No último livro citado, Dworkin aprofunda seu debate com Hart¹⁷, na crítica ao positivismo jurídico, especialmente o tratado em *O conceito de Direito*¹⁸. Dworkin ataca as bases dessa teoria nos seguintes pontos: (i) a crítica à tese das fontes sociais do direito, tese

interpretação do direito. 2. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. Segundo George Marmelstein, o positivismo pode ser dividido em há três grupos, que têm como elemento central a norma, variando nas perspectivas ideológica, metodológica e epistemológica. O positivismo jurídico ideológico ou legalista tem centro na autoridade combinada com a defesa da fiel observância ao sistema de leis. O positivismo jurídico metodológico ou formalista distancia-se da autoridade, mas busca a objetividade do processo de aplicação do direito, com predominância de métodos lógico-subsuntivos e tendo ainda o texto da lei como fonte principal do direito. Por fim, o positivismo jurídico epistemológico ou conceitual tem por objetivo compreender o direito como é, distanciando-se de um sentido ideal ou do direito como deveria ser. Cf. MARMELSTEIN, George. **A judicialização da ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 200 *et. seq.*

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹² DWORKIN, 2002, p. 39.

¹³ *Ibid., loc. cit.*

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 287.

¹⁵ DWORKIN, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014a. p. 271.

¹⁷ Conforme MACEDO Jr.: “Acredito que não seria nenhum exagero afirmar que o grande marco dessa transição para um novo tipo de filosofia do direito teve como um de seus principais divisores de água os trabalhos de H. L. A. Hart”. MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 22.

¹⁸ Cf. também: DWORKIN, 2002, p. 24 e 34; e MACEDO Jr., 2013, p. 160.

aprofundada por Joseph Raz em seu livro *O conceito de sistema jurídico*¹⁹; (ii) a crítica à tese da convencionalidade; (iii) a crítica à tese do caráter descritivo da teoria do direito; (iv) a crítica à tese da obrigação e (v) a crítica à tese da discricionariedade.

O estudo desse debate entre Dworkin e Hart é importante porque foi Hart quem estabeleceu as bases, no campo da teoria do direito, da chamada “virada linguística” ou invasão do direito pela filosofia da linguagem e, em seu livro *O conceito de Direito*, expõe o rompimento com o fisicalismo que dominou o positivismo precedente de Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen; este, em certa medida, inicia a compreensão atual do próprio objeto do direito²⁰.

Dworkin insiste na crítica à tese de que o juiz estaria autorizado a agir discricionariamente diante dos casos difíceis, momento em que poderia criar, em caso de não existir regra aplicável no ordenamento jurídico, uma nova regra jurídica, a qual seria uma solução *ex post facto*²¹. Sustenta que o positivismo desconsidera os princípios como norma vinculante, na solução dos casos difíceis, pois os considera meros padrões extrajurídicos²², mesmo que corriqueiramente utilizados nos tribunais.²³

Hart rebate as críticas de Dworkin afirmando que, em sua teoria da decisão, não haveria propriamente um poder discricionário dos juízes que os equiparasse ao legislador, criando direito, porque seria necessário o juiz justificar sua decisão através de aplicação de regras gerais. Ademais, sustenta Hart que, como as decisões somente valem para casos individuais, os juízes não poderiam introduzir reformas gerais. Dessa forma, Hart, rebatendo

¹⁹ Joseph Raz, apesar de ser simpático às teses de Hart, defende um positivismo “duro” (*hard positivism*). É o denominado positivismo exclusivista, no qual Raz defende uma separação completa entre direito e moral, ou seja, que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico nunca depende, tampouco incorpora, quaisquer critérios morais. Algo será juridicamente válido se corresponder a fatos sociais e os argumentos morais nunca adquirem relevância jurídica para verificar se uma norma é ou não válida. Hans Kelsen, em Teoria Pura do Direito, é considerado um positivista exclusivo, porque defende que o direito se afasta de qualquer fator extrajurídico, seja moral, ético, político, religioso ou metafísico. Joseph Raz desenvolve esse recorte kelsiano, inclusive em oposição a seu professor Herbert Hart, desenvolvendo as bases do não incorporacionismo moral no direito. Cf. RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

²⁰ MACEDO Jr., 2013, p. 58. Jeremy Bentham e John Austin podem ser identificados como os primeiros a lançar as bases do positivismo jurídico. A principal reivindicação comum a essas primeiras correntes era de que o direito não decorre mais da vontade de fontes religiosas (busca-se a laicização) ou de entidades sobrenaturais ou metafísicas, mas é um *direito posto por uma autoridade*, da qual retira sua validade, buscando, assim, estabelecer um nível adequado de segurança e certeza na aplicação do direito.

²¹ Cf. DWORKIN, *op. cit.*, p. 54: “se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidir-lo exercendo seu poder discricionário”.

²² Paulo Bonavides leciona sobre essa conclusão do positivismo: “Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade,[29] estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica.” BONAVIDES, 2017. p. 268. (omitiu-se a citação).

²³ Esse debate é importante, porque é a base da leitura moral da constituição, adotado por Dworkin. Conferir o desdobramento desse debate in COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the 'Concept of law'**. London: Oxford University Press, 2001.

Dworkin, aduz que o poder discricionário dos juízes é compatível com a democracia, já que se harmoniza com o princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, Dworkin, em *A justiça de toga*, contra-ataca Hart ao afirmar que o argumento jurídico é também, e sempre, um argumento moral, porque não é possível identificar o direito sem que se faça uma valoração dessas normas. Dworkin rebate as críticas do que chamou de concepção filosófica “arquimediana”, que estaria presente na obra de Hart e de outros filósofos. Essa visão “arquimediana” seria uma espécie de “metaética”, que é uma doutrina filosófica que defende que a observação de “juízos de valores” tanto pode ser considerada como uma expressão objetiva de um comportamento, como pode ser considerada uma expressão de uma emoção em que se emite uma opinião e que, em ambos os casos, é apenas uma descrição desses “juízos” e não, igualmente, juízos de valor²⁴.

Além disso, para os positivistas, os princípios têm peso controverso, o que pode ser importante para uma pessoa, pode não ter tanta importância para outra, de modo que não podem ser obrigatórios. Esse argumento é também atacado por Dworkin, que vê nessa posição a atribuição do que chama de poder discricionário forte das cortes, deixando o julgador não limitado por padrão algum²⁵.

Dessa forma, reafirma Dworkin, o direito como integridade deve ser a base sobre a qual o Poder Judiciário, na análise dos casos difíceis, aplica as normas e os precedentes de forma coerente, com fundamento em princípios que justifiquem, da melhor maneira possível, a prática jurídica.²⁶

Na sua teoria do direito como integridade, para demonstrar, através de metáfora, que os juízes devem decidir de forma coerente, Dworkin explica a ideia do romance em cadeia²⁷. Na aplicação do direito, tal como um romancista que recebe um romance em série de outro autor e deve escrever um novo capítulo de modo a criar, da melhor maneira possível, a continuidade do romance, o juiz deve considerar as decisões anteriores como parte da história para a qual deve apresentar a solução, de modo a criar a melhor interpretação possível, como se fosse o único “autor” do “romance”²⁸.

²⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 201 e 203.

²⁵ DWORKIN, 2002, p. 55.

²⁶ Cf. ainda o seguinte trecho: “O segundo a aceita: o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado.” DWORKIN, 2014a, p. 164.

²⁷ *Ibid.* p. 275. Cf. subseção 3.4.2 deste estudo.

²⁸ DWORKIN, 2014a, p. 276.

Nisso Dworkin, para demonstrar a possibilidade dessa empreitada, que certamente é árdua, cria a figura do juiz Hércules, juiz com capacidades sobre-humanas, criterioso, metódico, impassível, que aceita o direito como integridade. Esse juiz tem o encargo de encontrar a resposta correta e enfrentar todos os argumentos contrários²⁹.

Com base nesse conjunto teórico, Dworkin rejeita a impossibilidade de se chegar a uma resposta correta, ou ao menos à melhor resposta possível para a solução do caso. O direito como integridade busca superar a ideia de que o direito é um mero instrumento formal para as decisões políticas³⁰, como se fosse um subsistema da política³¹.

Postas as bases dessa discussão, a seção seguinte aprofundar-se-á no âmbito conceitual da moralidade política.

2.2 O que é a moralidade política?

Para uma compreensão do conceito de moralidade política, primeiramente é preciso partir dos conceitos mais gerais, como os de moral e ética, assim como do conceito mais próximo, o da moralidade pessoal, que não deve ser confundida com a moralidade privada. Além disso, nas bases do conceito de moralidade política, há necessidade de exposição das ideias de comunidade política e comunidade de princípios. Por isso, a necessidade das subseções prévias ao desenvolvimento do conceito de moralidade política.

2.2.1 A moral e a moralidade pessoal

A moralidade política é um dos temas centrais de Dworkin em sua teoria do direito como integridade, em que defende a tese de que o direito é parte da moral, ou seja, de que não há diferença funcional entre os dois sistemas, porque um encontra-se no interior do

²⁹ Eros Roberto Grau critica a possibilidade de se encontrar uma resposta correta: “Nem valores ou princípios, nem a argumentação segundo um sistema de regras que funcione como um código da razão prática (*Gesetzbuch der praktischen Vernunft*) [Alexy 1998: 35] permitirão o discernimento da única resposta correta. Essa *resposta verdadeira* (única correta) não existe”. GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 66. Cf. também Streck, que aceita a resposta correta, mas “a resposta correta proposta nesta obra, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin (...) e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva: 2011, p. 387.

³⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro, Elsevier, 2008. p. 38.

³¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 148: “2. Constitucionalização simbólica como sobreposição do sistema político ao direito”.

outro.³² Entretanto, a ideia da vinculação entre direito e moral encontra resistência desde Kant e Fichte, segundo Simone Goyard-Fabre³³, à teoria do direito de Hans Kelsen, os quais defendem que o Direito é um sistema completamente autônomo da Moral, tanto que Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*, sustenta, como princípio metodológico fundamental, a total independência do direito e da moral³⁴, sendo a decisão um ato de vontade que, dentro da moldura da norma, não encontra nenhum parâmetro no direito. Herbert Hart, partindo desses pensadores, sustenta a relação não contingente e não necessária, mas possível, entre direito e moral, quando uma regra secundária de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos.

Dworkin, em contraposição ao juspositivismo, desenvolve uma versão radical do jusmoralismo que, a partir da unidade de valor, sustenta que o direito decorre diretamente da moralidade política³⁵, que é um ramo ou parte de uma moralidade pessoal, mais geral e mais abrangente, que, por fim, é ramo de sua teoria ética, que trata do viver bem.³⁶ Os pressupostos básicos em que Dworkin se firma para definir essa visão unissistemática de direito e moral são, em primeiro lugar, que há uma grave falha na visão da separação, que pressupõe dois sistemas independentes³⁷ e, em segundo lugar, de que não existe um ponto neutro a partir do

³² Dworkin trata da moralidade política em quatro livros seus: *Life's Dominion* (Domínio da Vida), *Sovereign Virtue* (A virtude soberana) e *Is Democracy Possible Here?* (A democracia é possível aqui?) e, por último, em *Justice for Hedgehogs* (A raposa e o porco-espinho: justiça e valor), no qual apresenta essa versão final de seu pensamento no último capítulo desse livro (cap. 19 – Direito).

³³ “Embora a intuição de uma diferença de natureza entre a obrigação moral e a obrigação jurídica exista de maneira difusa em autores como Montesquieu, Linguet ou Mably, a cisão entre os conceitos de moral e de direito só se efetua com Kant e Fichte.” GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XXV.

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1: “Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”.

³⁵ “Seria melhor trabalhar com uma topografia intelectual diferente: **poderíamos tratar o direito como um segmento da moral**, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. **Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política**, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais”. DWORKIN, 2010, p. 51. (grifamos).

³⁶ Segundo Tugendhat, moral e ética não têm uma distinção clara quanto à origem, porque parte-se do mesmo sentido do termo *sitten* (costumes, no alemão, decorrente da tradução do latim). Contudo, destacando-se a moral a partir de um critério de reconhecimento, pode-se vincular aos termos ou grupos de palavras “ter de”/“não pode”/“deve” e do grupo das palavras “bom”/“mau”. Em resumo, ambas tratam do dever ser, do “ter de” agir de um determinado modo ou maneira. Contudo, atualmente, há clara distinção entre moral e ética. Cf. TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Trad. grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul; revisão e organização da tradução Ernildo Stein. 5^a ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996. p. 31 *et seq.*

³⁷ O problema é que não há como ler um material sem adotarmos, por detrás e até inconscientemente, uma teoria moral. Cf. Dworkin: “Suponhamos que a questão seja entendida como jurídica. Examinamos o

qual seja possível avaliar essa relação, chegando-se a argumentos circulares quando se parte da avaliação apenas de um dos sistemas separadamente.

Sobre a moralidade política, desenvolvida dentro dessa teoria unissistemática, Dworkin não pretende estabelecer um conceito ou defini-la, apontando o que poderia ser, mas sustenta essa tese na ideia de que as pessoas devem ser tratadas igualmente, com igual consideração e respeito, além do princípio da responsabilidade especial, que cada pessoa deve ter com sua própria vida. Segundo Habermas, essa norma fundamental, que sustenta a teoria de Dworkin sobre a moralidade política, coincide com a ideia kantiana do direito e também com a teoria da justiça de John Rawls³⁸.

Dworkin desenvolve uma teoria da ética do bem viver como se fosse uma grande árvore, que se subdivide em vários ramos, entre eles, o da moralidade pessoal. Como um grande ramo dessa árvore, a moralidade pessoal é a mais geral, mas não deve ser confundida com a moralidade privada. Enquanto a moralidade privada é individual e diz respeito à percepção de cada um sobre fazer a coisa certa, como guia da própria vida, a moralidade pessoal parte do ideal crítico dessa moral em cada indivíduo; sob uma visão humanista, todos teriam uma mesma atitude em condições reflexivas e objetivas, levando a moralidade pessoal a ser unívoca.

A moralidade pessoal, na base que Dworkin aborda, tem origem kantiana no imperativo categórico e é um dos ramos que fundamenta outros segmentos da mesma árvore. Essa concepção de moralidade pessoal decorre do liberalismo individualista de Dworkin e, embora ele trabalhe com a ideia de liberalismo igualitário com fundamento em Rawls, sua concepção se biparte em dois princípios básicos: a igual consideração, que se fundamenta na liberdade, e a responsabilidade pessoal especial, que se fundamenta na liberdade. De fato, Dworkin fundamenta essa concepção de moral pessoal em uma concepção kantiana, não que seja, conforme a lição de Tugendhat, a fundamentação última da moral (no seu imperativo categórico), mas que seja o que é “bom”, que poderia, em uma argumentação racional, ser assim considerado por todos. Há, portanto, uma pretensão de que esse “bom” seja reconhecido por todos.³⁹

material jurídico – a Constituição, as leis, as decisões judiciais, as práticas consuetudinárias e tudo mais – e perguntamos: segundo a leitura correta de todo esse material, qual é a relação entre direito e moral? Não podemos responder a esta pergunta sem adotar de antemão uma teoria acerca de como devemos ler o material jurídico, e não podemos adotar essa teoria sem antes decidirmos qual o papel que a moral desempenha na determinação do conteúdo do direito”. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014b, p. 616.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Siebneichler. Templo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997, v. 1, p. 252.

³⁹ TUGENDHAT, 1996, p. 80.

Em resumo, desse campo da moralidade pessoal, deriva, na teoria de Dworkin, a moralidade política, a qual visa à integridade do valor, à reunião, sob a mesma perspectiva, de dois vetores principais: a igual consideração e respeito e a responsabilidade especial pessoal. Esses dois princípios decorrem da comunidade de princípios ou da comunidade política da qual os cidadãos fazem parte e devem ser tratados em seus direitos e deveres pelo Estado.

Na próxima subseção, expõem-se a comunidade de princípios e as condições da participação moral.

2.2.2 A comunidade política ou comunidade de princípios

A comunidade de princípios não cria o direito nem a moralidade política apenas em razão da reunião das pessoas em um território, mas cria a partir de como essa comunidade política trata as pessoas, faz cumprir as obrigações e distribui os direitos entre seus membros.

A comunidade política reúne, como membros, todos os cidadãos de uma comunidade (uma nação, um Estado) que têm alguma influência nas decisões das instituições existentes – legislativo, executivo e judiciário – e que sofrerão mais diretamente as consequências dessas decisões. A comunidade política, conforme afirma Dworkin, tem vida própria e independente e não pode ser considerada apenas o conjunto (ou reunião) de seus cidadãos, mas deve ser considerada como um ente autônomo, cujas decisões das suas autoridades constituem atos coletivos porque essas autoridades atuam numa estrutura constitucional e desempenham esse papel em nome da comunidade política⁴⁰.

A condição de membro dessa comunidade não decorre apenas da participação nas decisões das instituições ou de sofrer as consequências dessas decisões, porque nem todos participam das decisões, também nem todos sofrem todas as consequências dessas decisões. Para que se possa realmente indicar que uma pessoa faz parte de uma comunidade política, devem ser levadas em conta as condições democráticas da participação moral de cada um. Segundo Dworkin, essas condições são estruturais e de relação⁴¹.

Por condições estruturais, pode-se dizer que são aquelas que determinam o caráter da comunidade como um todo, ou seja, são aquelas tradicionais, como a soberania, o povo e o território, elementos constitutivos do Estado. Já as condições de relação são aquelas que formam o vínculo do cidadão com a verdadeira comunidade política, traduzido na maneira

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 317.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 37 e 38.

como cada um é tratado, bem como nas relações intersubjetivas. Tendo em vista que as condições estruturais já são conhecidas na doutrina da Teoria do Estado, elas não demandam um aprofundamento neste estudo de seus conceitos e estrutura. No entanto, cabe uma melhor análise das condições de relação no que importa para considerar uma comunidade política comprometida com a condição moral de seus cidadãos.

Em primeiro lugar, para a compreensão desta segunda condição, consoante Dworkin, as condições de relação têm por base a possibilidade de uma *participação* do cidadão em qualquer decisão coletiva da comunidade, de modo que, primeiramente, esse membro possa ter a oportunidade de *modificar*, de algum modo, as decisões coletivas, levando em consideração a efetividade dessa modificação e não apenas aspectos como capacidade, talento, renda ou gosto. Na oportunidade de *modificar*, de algum modo, as decisões coletivas, não se pode desconsiderar as desigualdades de riqueza e poder distribuídas na sociedade, que impactam essa capacidade de atuação do cidadão. Assim, numa avaliação da amplitude dessa condição, devem ser consideradas a partir da concretização do sufrágio universal, de eleições periódicas e de efetiva representatividade pelos políticos⁴².

Em segundo lugar, deve-se observar se o processo político da comunidade política expressa alguma concepção do valor *igual consideração e respeito* a todos os membros da comunidade, de modo que as decisões que afetam benefícios, distribuições de rendas, encargos e direitos sejam compatíveis com essa igualdade. Conforme diz Dworkin,

[...] a participação moral acarreta uma reciprocidade: um indivíduo não pode ser um membro a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências da mesma decisão para a vida de todas as outras pessoas.⁴³.

Por último, a comunidade política deve respeitar a independência moral em relação a essas decisões, porque, a partir dela, a participação moral do cidadão leva em consideração que todos os membros se encontram num empreendimento comum (como no exemplo de uma orquestra)⁴⁴, mesmo que a condução do empreendimento não seja de acordo

⁴² DWORKIN, 2019. p. 37 e 38.

⁴³ *Ibid., loc. cit.*

⁴⁴ Dworkin faz um paralelo entre uma orquestra os seus músicos: “O regente da orquestra pode decidir, por exemplo, como a orquestra vai interpretar uma peça em particular: é preciso que a aceitação dessa decisão seja obrigatória para todos; e o regente é o único que se encontra na posição adequada para tomar a decisão. Ao aceitar que uma outra pessoa tenha essa responsabilidade, os músicos não sacrificam nenhum elemento essencial do controle que têm sobre a própria vida; mas isso já não seria assim se o regente quisesse determinar, por exemplo, não só como os violinistas devem tocar sobre o seu comando, mas também o padrão de gosto musical que devem cultivar em sua vida particular. Ninguém que aceitasse a responsabilidade de decidir por si mesmo suas questões de gosto musical poderia considerar-se sócio de um empreendimento conjunto que se propusesse a decidir essas questões para ele.” DWORKIN., 2019, p. 39.

com todos ou nem todos concordem. Contudo, esse empreendimento comum não significa que a pessoa deva abandonar as suas preferências individuais, suas concepções de bem viver ou o direito de traçar seus objetivos de vida. Em resumo, não se pode impor nada além do que diz respeito à vida coletiva da sociedade, não podendo o Estado invadir as esferas individuais e de moralidade pessoal de cada um, mas agir apenas naquelas esferas de moralidade política e que são reguladas pelo direito a partir da moralidade política.

Assim, somente quando uma comunidade política trata seus membros com igual consideração e respeito e preserva a responsabilidade especial de cada um por suas próprias vidas, é que pode impor obrigações aos seus membros. Esse respeito se traduz na implementação das três condições de relação entre o indivíduo e a comunidade política, ou seja, quando preserva a participação ativa dos cidadãos nas escolhas políticas do Estado, leva em consideração as diferenças como cada cidadão é tratado, com consideração e respeito; por outro lado, preserva a independência moral quando respeita e incentiva a responsabilidade especial de cada um por sua vida boa ou seu bem viver.

2.2.3 *O conceito de moralidade política para Dworkin*

A partir desses pressupostos básicos da comunidade política e dos conceitos de moralidade pessoal, parte-se para o conceito⁴⁵ ou definição da moralidade política como sendo a representação dos princípios morais dessa comunidade, traduzindo o sentimento coletivo de justiça mais profundo. Institucionaliza, através das agências formais do Estado ou da sociedade de maneira difusa, as questões políticas relacionadas aos direitos e deveres da comunidade política unida sob um sistema jurídico, por meio de interpretações justificadoras do direito, da moral e da própria política, visando à integridade política. Não representa, portanto, os sentimentos subjetivos da moralidade, não é a moralidade pessoal ou a moralidade individual, porque representa a moralidade da comunidade como um todo.

A moralidade política é representada pelo conjunto de princípios morais da comunidade que fornecem a melhor interpretação de como os cidadãos devem agir *na e em*

⁴⁵ Dworkin não traz uma definição de moralidade política, antes fala que a leitura moral insere a moralidade política no direito constitucional: “A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. A moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo o sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los.” DWORKIN, 2019. p. 2.

nome da sociedade⁴⁶. Os princípios são as bases da moralidade política, porque, para Dworkin, são os princípios que oferecem as razões para as ações das pessoas e também fornecem a melhor explicação dessas ações e, por meio dos quais, deve-se buscar a integridade política. Daí por que os princípios traduzem o sentimento de justiça da comunidade, uma vez que, por meio deles, busca-se a reconstrução da solução não apenas por meio de decisões passadas, da própria história e tradição da comunidade, em seus costumes e hábitos, mas também em suas percepções de equidade.

As questões políticas⁴⁷ são, explícita ou implicitamente, relacionadas aos direitos e deveres, dado que a legislação, quando cria direito e impõe deveres, não o faz sem recorrer à moralidade política, aos princípios morais ou a adequação das regras a essa moralidade política. A relação de criação do direito pelas legislaturas está diretamente ligada à moralidade política, senão com base na percepção da moralidade reinante no parlamento, como também daquilo que prevalece na sociedade. Os parlamentos e legisladores em geral são, por natureza, os primeiros intérpretes da moralidade política, extraíndo desse campo as regras individualizadas ou explicitando os princípios que formam as normas jurídicas. A moralidade política relaciona-se diretamente com o ponto de origem de como se adquire e se concretiza o direito de uma pessoa ou grupo de pessoas.

Por isso, a interpretação dos direitos também é um campo de importância para descortinar a moralidade política. Para Dworkin, somente através de interpretações justificadoras do direito, da moral e da própria política, tudo isso visando à integridade política, é possível extrair os direitos e deveres legais da moralidade política.

A moralidade política apresenta elementos substantivos para a interpretação, mas a moralidade política depende da interpretação e a interpretação depende do valor. Os conceitos políticos são conceitos de valor e, como valores políticos, esses conceitos são integrados em uma rede de convicções que são mutuamente comprobatórias entre si, com conexões que levam a conclusões decorrentes entre valores morais e políticos, dentro de um contexto mais amplo da ética.⁴⁸

Conforme visto, na metáfora do romance em cadeia, a interpretação construtiva respeita os elementos constitutivos para compreender a obra, como a coerência, a identidade e a integridade. Dworkin sustenta que se tem direito a uma decisão que seja decorrente de um

⁴⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo (RS). 2014. p. 164.

⁴⁷ Cf. o conceito de questões políticas e a discussão na subseção 4.2.1.

⁴⁸ DWORKIN, 2010, p. 51.

direito prévio e coerente, o qual deve estar de acordo com os princípios da moralidade política da própria comunidade política.

A integridade tem um valor fundamental porque não permite que os juízes criem um direito novo ou descubram um direito apenas com base nas decisões do passado, mas busquem a solução a partir dos princípios morais da comunidade política, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. O direito tem um papel importante na interpretação, mas não representa apenas o limitado conteúdo explícito nas normas e nas decisões passadas, mas também contém a justificativa para as decisões em casos atuais, bem como contém os princípios necessários a tais decisões.

Por conseguinte, tanto a moralidade pessoal como a moralidade política nascem numa comunidade de princípios, através dos quais se origina o direito – no momento da criação, pelas legislaturas, ou na aplicação administrativa ou judicial, no momento interpretativo. O direito, portanto, entrelaça-se e surge da moralidade política, na interpretação dos valores que compõem essa moralidade política. Contudo, não é somente na criação do direito que há o dever de integridade, mas também na interpretação jurídica que deve ser realizada sob a luz da moralidade política, com respeito aos valores constituídos. Isso ocorre porque o direito não se desvincula totalmente da moral, porque, ou na criação de um direito, ou na aplicação de uma norma em relação a uma situação fática, a interpretação deve retomar valores políticos, valores jurídicos e valores éticos, que façam o direito corresponder à realidade de criação e aplicação. Nesse momento, a moral vai se relacionar com a justiça, a qual dará sustentação ao direito, porque um agir errado leva ao sentimento de injustiça.

2.3 Moralidade Política, Moralidade Pública e Opinião Pública

Nas subseções seguintes, busca-se fazer uma distinção entre moralidade política – como se definiu e foram estabelecidas suas premissas principais – e outras categorias que fundamentam o direito de uma comunidade ou são fontes das discussões para a criação do direito. Não se busca fazer propriamente uma comparação com essas categorias, mas uma análise de seus pressupostos para estabelecer a correlação entre moralidade política e essas categorias, sobre as quais o direito intervém ou das quais brota. Por isso, justifica-se a análise dos conceitos de moralidade pública e de opinião pública e, ao final, um aprofundamento sobre direitos fundamentais, que são o núcleo da moralidade política e com ela não se confundem, mas lhe representam no direito constitucional.

2.3.1 Moralidade Política e Moralidade Pública

Não há um conceito de moralidade pública que seja unânime. Quando o tema é tratado, observa-se que é utilizado mais como um limite da atuação individual em relação aos costumes e à ordem pública do que a partir de um conceito determinado ou delimitado, o que torna a discussão aberta, pela vagueza e ambiguidade do tema. Neste tópico, entretanto, não se pretende esgotar a discussão sobre a moralidade pública, mas apenas tem por objetivo apresentar alguns conceitos de moralidade pública e a comparação desse conceito com o conceito de moralidade política para Dworkin.

A moralidade, tema mais geral do qual se parte a moralidade pública e a moralidade política, é também um daqueles temas que não se tem consenso, igualmente, entre os estudiosos sobre seu conceito. Em resumo, a moralidade é relacionada com as perguntas “como devemos agir?” e “por quê?”

A moralidade pública, no contexto da moralidade geral de “como devemos agir”, relaciona-se, entretanto, com questões mais difusas na comunidade, direcionadas a questões de conduta moral e a padrões gerais de conduta de todas as pessoas. Não se vincula à comunidade política em si, mas é relativa ao comportamento da pessoa na comunidade, seja no âmbito privado, seja no âmbito público; ações que geram consequências para a comunidade como um todo ou para outras pessoas.

Por um lado, pode-se dizer que a moralidade pública relaciona-se a assuntos sobre os quais, embora regulamentados pelo Estado, não há consenso quanto à forma de regulamentação nem mesmo quanto à necessidade de regulamentação. Entre os assuntos, pode-se incluir pornografia, adultério, divórcio, incesto, poligamia, homossexualidade, casamento de pessoas do mesmo sexo, uso de drogas, prostituição, nudez pública, jogos de azar, crueldade com animais, eutanásia, embriaguez, aborto etc.

Por isso, não se pode afirmar que a moralidade pública relaciona-se com temas com maiores consensos e decorrentes de princípios morais já incorporados à comunidade historicamente, como a proibição de assassinato, roubo, difamação, estupro, entre outros. Não obstante, nesses assuntos mais gerais, ainda há discussão sobre pena de morte como medida legítima em alguns países, ou como a punição apenas de mulheres em caso de adultério, também como forma de proteção à cultura.

Por outro lado, a moralidade pública, embora possa ser regulada pelo Estado através de leis, é, na prática, guardada e protegida pelas instituições sociais, como a família, a igreja, comunidades religiosas, organizações sociais, que colaboram entre si e com os

indivíduos. São essas instituições que mantêm as tradições de costumes morais e geram uma compreensão da moralidade vigente e promovem sua manutenção.

Numa forma mais geral, a moralidade pública, segundo Gianotti⁴⁹, consiste numa esfera em que todas as pessoas participam, em que cada sistema moral, através de sua unilateralidade, precisa ser confrontado por outros sistemas morais compartilhados, surgindo daí uma moral cosmopolita, que estabelece as regras de convivência e direitos que asseguram que os homens possam ser seres morais. Os homens não perdem suas morais unilaterais, porque, ao mesmo tempo em que compartilham suas morais unilaterais com outros, agem individualmente dentro dos sistemas morais mais amplos, interagindo para manter ou modificar a própria moralidade pública.

Assim, todos esses assuntos de moralidade pública são assuntos particulares e públicos ao mesmo tempo, mas que cada pessoa, na sua unilateralidade, adere ao comportamento social, comportando-se conforme suas predileções e sem se afastar da ação individual possível, quando não há atuação efetiva ou violenta do Estado contra essas opções individuais. Foi assim a questão do divórcio, que acabou resultando em leis que vêm sendo alteradas desde 1977 até recentemente com o Código Civil brasileiro de 2002, como tem sido, igualmente, a luta pelo casamento de pessoas do mesmo sexo, que o Poder Judiciário tem reconhecido, mas que ainda não há leis vigentes.

Outra variação do conceito de moralidade pública pode ser considerada a partir de instituições, como a polícia, que faz o controle das atividades das pessoas em espaços públicos, impedindo que atos imorais ocorram, segundo a moralidade vigente na sociedade. Essa era a visão na Inglaterra do século XVIII, em que o jurista inglês Sir William Blackstone definiu o conceito de polícia em face da regulação da ordem interna do reino, vinculando-a ao controle da conduta geral da população às regras de correção, decoro e boas maneiras.

Esse sentido de polícia foi recepcionado pelos americanos, ainda enquanto colônia inglesa; por ser utilizado na Suprema Corte, após a independência, passou logo a ser chamado de “poder de polícia.” Segundo Santiago Legarre⁵⁰, a Suprema Corte adotou dois sentidos ao poder de polícia: um comprehensivo – que abrange todo o poder residual do Estado para a regulação de qualquer matéria pública – e outro mais estreito – que regula especialmente temas de segurança, saúde e moralidade pública.

⁴⁹ GIANOTTI, José Arthur. Moralidade pública e moralidade privada. In: NOVAES, Adauto (org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 239.

⁵⁰ LEGARRE, Santiago. Ensaio de delimitação do conceito de moral pública. *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 166-181. 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/issue/view/805>. Acesso em: 7 fev. 2020. p. 177.

A moralidade pública era, e ainda é, tema de regulação do Estado, que, ao lado da segurança e saúde, ganham destaque nos poderes do Estado. Em países como os Estados Unidos e o Brasil, com divisão de competência e repartição federativa, onde os poderes reservados são titulados pelos estados-membros, esses poderes de regulação são exercidos tipicamente pelos estados-membros.

Diante dessas variações do conceito de moralidade pública, pode-se estabelecer uma série de distinções com a moralidade política. A moralidade pública, que parte desde logo desse ponto, não se confunde com o conceito dworkiniano de moralidade política, porque não há um controle judicial sobre a moralidade pública, necessariamente, e também não se tem um controle da própria moralidade política, embora seja esta última a base da definição de direito ou de deveres numa comunidade política.

Assim, enquanto a moralidade política diz respeito ao certo e errado, no que se refere ao sistema de governo, às ações de governo e à criação de direitos e deveres, a moralidade pública relaciona-se não com o que o governo faz, mas com aquilo que a sociedade, os atores individuais e privados, os cidadãos em sua relação consigo ou com o próximo e o bem comum.

A moralidade política, firmada no conjunto de princípios morais da comunidade, baliza a aplicação da justiça e a criação dos direitos, mas não podem atingir a moralidade pública senão a partir da própria discussão no momento da criação de direitos. Não pode a moralidade política ser usada, por outro lado, já numa fase posterior de aplicação dos direitos que sequer foram discutidos ou firmados na comunidade política, porque haverá um corte desse processo de restauração ou incorporação de valores na sociedade a partir da moralidade política.

Como visto, a moralidade pública é, em regra, protegida e guardada por instituições sociais, sendo que essas instituições têm natureza conservadora de valores sociais já firmados na sociedade e se impõe à eventual regulação em temas morais já regulamentados ou são fortemente contrárias à desregulamentação em temas morais já outrora bem sedimentado na legislação. Veja-se o exemplo do adultério, que deixou de ser criminalizado apenas em 2005, com a Lei nº 11.106/2005.

Por outro lado, a moralidade política atua no reconhecimento do certo ou errado, do momento da discussão, atuação nas fases de criação de direitos e também no reconhecimento de direitos, ao passo que a moralidade pública é fase de controle, seja do que já se encontra regulado por legislação que definem direitos, seja no campo onde a regulação dos direitos não é possível, pela falta do consenso, pela falta das condições políticas de

mudança, que jogam aqueles que sofrem com a regulação moral imposta pela maioria em situação de vulnerabilidade social, tendo que abdicar socialmente de opções que, do contrário, teriam direito se houvesse uma relação mais tolerante entre as maiorias e as minorias.

2.3.2 Moralidade Política e Opinião Pública

A expressão *opinião pública* é polêmica e também polissêmica, porque é estudada por diversas áreas do conhecimento (sociologia, filosofia, psicologia, ciências políticas, história, comunicação etc.) e contém diversos elementos conceituais com indefinições e indeterminações. A proposta desta subseção do estudo refere-se a um conceito de opinião pública relacionada à esfera pública e sua diferenciação da moralidade política proposta neste estudo.

Primeiramente, por uma opção metodológica, expõem-se, de forma resumida, os conceitos de esfera pública e sociedade civil que fundamentam o conceito de opinião pública. Essa antecipação pressupõe que a opinião pública não pode ser dissociada da esfera pública, tampouco é uma expressão da opinião do Estado ou de seus representantes. Por óbvio, um aprofundamento nas origens históricas desses conceitos seria recomendável, mas isso furtaria o objetivo desta seção, que é demarcar uma diferença entre os conceitos de opinião pública e moralidade política.

Concentra-se o estudo da esfera pública, contudo, apenas em Habermas, embora em Luhmann e Hannah Arendt também seja possível extrair concepções notáveis desse conceito. A escolha de Habermas nessa seção se justifica, dada a proximidade com a temática da moralidade política em Dworkin, com se perceberá nas demais subseções.

2.3.2.1 Os conceitos de esfera pública e sociedade civil

A esfera pública moderna, segundo Habermas, desenvolve-se como palco de atuação da autonomia pública e autonomia privada, sobre a qual o filósofo alemão sustenta sua concepção de democracia deliberativa. Habermas argumenta que, a partir da implantação do capitalismo moderno, há uma mudança do significado de “autoridade pública”, que se move da vida palaciana para funcionários do Estado. Habermas afirma que, no surgimento da esfera pública burguesa, supera-se a representatividade pública da “corte”, que passa a acomodar a esfera pública literária, composta pelos *cafés*, *salões* e outros espaços de

discussão livre⁵¹, fato que contribuiu também para um ambiente de livre expressão do pensamento. A esfera pública ora se apresenta como um âmbito do público, em oposição ao privado, ao que ocorre no âmbito fechado, como também a esfera da opinião pública que se contrapõe diretamente ao poder público.⁵² Nesse primeiro momento de sua teoria, a esfera pública, para o filósofo alemão, pode ser definida como um “campo de manobras de um raciocínio público que gira em torno de si mesmo, ou seja, um processo de autocompreensão das pessoas privadas em relação às genuínas experiências de sua nova privacidade”⁵³.

Na evolução de seu pensamento, Habermas⁵⁴ aperfeiçoa esse conceito para sustentar um projeto de democracia deliberativa, que exige uma esfera pública que concilie a visão liberal e republicana na organização política democrática. Por isso, a esfera pública habermasiana deixa de se voltar apenas para o privado e passa envolver o público (ou governamental), de modo que passa a ser tratado como espaço público político. A esfera pública passa a ser, portanto, “uma estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida através da sociedade civil.”⁵⁵

É nesse espaço que há a interação entre os diversos atores da sociedade civil, mas que não encontra eco no espaço político, funcionando como um sistema de alarme com sensores não especializados, mas sensíveis no âmbito de toda a sociedade⁵⁶. Nas palavras de Juliana Diniz Campos, na esfera pública, é possível “tematizar e ‘dramatizar’ os problemas identificados pela comunidade de participantes do discurso, a fim de que tais problemas sejam assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar”.⁵⁷ Por meio da esfera pública, a repercussão dos problemas é canalizada ao Parlamento ou aos canais judiciais, através do

⁵¹ Segundo John B. Thompson, “[f]oi na Inglaterra do começo de século XVIII que se criaram as mais favoráveis condições para a emergência da esfera pública burguesa. A censura e o controle político da imprensa eram menos rígidos que em outras partes da Europa, e periódicos e jornais proliferavam. Ao mesmo tempo, os cafés prosperavam; em torno da primeira década do século XVIII, estima-se que havia três mil cafés apenas em Londres, cada um com um núcleo de clientes regulares.” Cf. THOMPSON, J. B. **A mídia e a modernidade:** uma teoria social da mídia. Trad. Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 68.

⁵² HABERMAS, Jünger. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 14-15

⁵³ HABERMAS, 2003. p. 44.

⁵⁴ Habermas aperfeiçoa esse conceito em seu livro de 1992: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 91 *et. seq.*

⁵⁵ *Ibid., loc. cit.*

⁵⁶ *Ibid., loc. cit.*

⁵⁷ CAMPOS, Juliana C. Diniz. **O povo é inconstitucional:** poder constituinte e democracia deliberativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 156.

sistema político, que são canais de formação da vontade ou tomada de decisões no âmbito público⁵⁸.

Nessa reformulação, em face da teoria da democracia deliberativa, a esfera pública torna-se “uma rede adequada de comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões”. Para isso, Habermas diferencia esfera pública de organização e sistema, porque não é estruturada por regras próprias, com competências ou papéis, tampouco é possível fixar limites internos, já que se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis ou deslocáveis.⁵⁹

Sua principal função se desdobra em servir de fluxo comunicacional e tomadas de posições, na qual surgem e se formam a opinião pública, sobre temas específicos, bem como se liga a funções gerais de reprodução do mundo da vida, nos variados campos, como a religião, escola, família e também na validade de saber científico, entre os campos da ciência, moral, arte, política etc. De todo modo, Habermas salienta que a esfera pública não se especializa em nenhum desses campos, deixando a cargo de cada área específica a sistematização, como a exemplo da política e da moral.⁶⁰

Portanto, em síntese de seu conceito, Habermas afirma que a esfera pública é uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, relacionada com o *espaço social* que é gerado pelo agir comunicativo, mas sem as *funções* nem os conteúdos da comunicação cotidiana.⁶¹

Esse conceito de esfera pública encontra-se imbricadamente relacionado ao conceito de sociedade civil. A sociedade civil, para Habermas, não abrange o domínio da economia (sociedade burguesa, da tradição liberal), nem do aparelho burocrático do Estado, mas é formada por associações e organizações livres ancoradas nas estruturas de comunicação da esfera pública e nos componentes do mundo da vida; tem como núcleo uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, oriundos das esferas privadas, remodelando-os ou reorganizando-se nas diversas esferas públicas especiais, em questões de interesse geral.⁶²

A sociedade civil tem como fundamentação básica os *direitos fundamentais*, como a liberdade de opinião e de reunião, assim como o livre direito de associação, que interferem na opinião pública e na esfera pública. Utilizando-se dos partidos políticos e das

⁵⁸ SILVA, Filipe Carreira da. **Espaço Público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2018. E-book. p. 161.

⁵⁹ HABERMAS, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁰ *Ibid., loc. cit.*

⁶¹ *Ibid., loc. cit.* Citação indireta, com pouca modificação do que consta no original.

⁶² *Ibid.*, p. 99.

atividades eleitorais, o sistema político faz a conexão entre esfera pública e sociedade civil, esta última pela atuação direta dos cidadãos ou pelas eleições periódicas. Contudo, somente ao se apoiar num pluralismo de formas de vida, subculturas e credos religiosos, que a sociedade civil pode se considerar autônoma das instituições do Estado e conservar sua espontaneidade nessa formação da opinião pública e na atuação perante os sistemas políticos. Por isso, não é suficiente apenas aqueles direitos fundamentais, mas outros que protejam os diversos domínios da vida privada das interferências indevidas de fora das próprias associações ou movimentos sociais.⁶³

A sociedade civil, então, atua dentro da esfera pública, ao lado dos partidos políticos e dos meios de comunicação ou da mídia, na formação da opinião pública, mas todos devem atuar para sustentar as estruturas comunicacionais da esfera pública de forma autônoma, pelos próprios sujeitos privados, fazendo com que a esfera pública política se estabilize por si mesma, ou seja, “pelo peculiar caráter auto-referencial da prática comunicacional da sociedade civil.”⁶⁴ Com isso, segundo a concepção habermasiana, há uma *dupla orientação*, ou seja, enquanto há influência da sociedade civil no sistema político, ao mesmo tempo, são buscadas reflexivamente a estabilização e a ampliação da sociedade civil e da esfera pública, assegurando, assim, sua identidade apartada do Estado e sua capacidade de ação perante esse mesmo Estado.⁶⁵

É nesse contexto de esfera pública, sociedade civil e opinião pública, que Habermas viabiliza seu projeto de democracia deliberativa, fundado, ainda, na vontade institucionalizada do Estado pelo Parlamento.⁶⁶

Como será visto na subseção seguinte, há uma coexistência da opinião pública e da moralidade política na esfera pública, que faz a mediação entre sociedade civil e sociedade política (Estado), retroalimentando-se em face dos canais disponíveis, em que um influencia o outro em questões controversas que envolvem direitos de todos.

⁶³ Habermas enumera diversos outros direitos fundamentais que protegem a sociedade civil, como os direitos fundamentais da proteção da personalidade, da liberdade religiosa e de crença, da liberdade de consciência, sigilo de comunicações e telefônicas, inviolabilidade dos domicílios e direitos relativos à proteção da família e à integridade física. HABERMAS, 1997, v. 2. p. 101.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 102.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 103.

⁶⁶ Esses aportes teóricos de Habermas são feitos em apoio às ideias de Jean Cohen e Andrew Arato, os quais são citados expressamente em seu texto. Deixo de fazer referência aos dois, porque o objetivo deste tópico é apenas fazer uma síntese do conceito de sociedade civil, para posterior exposição sobre a relação opinião pública e moralidade política.

2.3.2.2 A opinião pública e a moralidade política

Opinião pública e moralidade política são frutos do consenso realizado em momento espontâneo na esfera pública. O estudo sobre a relação entre opinião pública e moralidade política, por certo, não é recente, mas, para fins deste estudo e nos termos do pensamento predominante na modernidade, pode-se observar que já era abordado pelos principais filósofos do contratualismo.

Para Vicente Price⁶⁷, a opinião pública é um produto da Ilustração, como produto das ideias das filosofias políticas do final do século XVII e do século XVIII e em especial da teoria da democracia do século XIX. Durante o auge do Iluminismo, tiveram grande influência, num primeiro período, Hobbes, Locke, Rousseau e Kant.

Para Bobbio *et. al.*⁶⁸, é no período do Iluminismo que aflora a relação da opinião pública, então nascente, com a moralidade política. Expõe Bobbio que, enquanto para Hobbes a “[...] opinião pública é condenável por introduzir no Estado um germe de anarquia e de corrupção, a primeira reivindicação clara da sua autonomia só se dá com o pensamento liberal”, por outro lado, Locke “[...] fala de uma ‘lei da opinião ou reputação’, que é uma verdadeira e autêntica lei filosófica: ela é a norma das ações, serve para julgar se elas são virtuosas ou viciosas.”⁶⁹

Até esse período, havia duas concepções de opinião vinda da antiga Grécia: a *doxa*, como conhecimento incerto, oposto de *episteme*, e a opinião como imagem e reputação diante dos outros. Em cima dessas duas concepções, os liberais se põem contra as concepções gregas e defendem a opinião como diálogo ou debate, como uma maneira de chegar à verdade. Já a concepção de opinião como imagem será desenvolvida pelo jornalismo ou em certas concepções elitistas da sociedade.

Segundo Habermas, o primeiro sentido foi desenvolvido por Hobbes, Bayle, Rousseau, Burke e Kant. Apoiado nas ideias desses autores, a opinião pública era considerada, pelos democratas liberais ou pela classe média ilustrada, uma salvaguarda em face do governo, atuando como agente do progresso. Para o liberalismo, a opinião pública passou a se desenvolver em círculos de ideias, em debates com outros homens e mulheres racionais interessados em assuntos públicos. A opinião pública é aquela que brota das

⁶⁷ PRICE, Vicente. **La opinión pública**: esfera pública y comunicación. Barcelona: Ediciones Paidós, 1994. p. 18.

⁶⁸ Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I**. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* 11^a. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 842.

diversas opiniões individuais dos cidadãos, como ponto de união da esfera privada com a esfera pública.⁷⁰ Por outro lado, os conservadores viam a opinião pública como potencialmente perigosa, transitória e superficial, que necessitava de limitações práticas pelas forças políticas, evitando ainda mais desinformação.⁷¹

Habermas aborda as ideias de Hobbes sobre a opinião pública, que, se utilizando da distinção entre consciência e consciência moral, define esta como a “corrente de opinião” que vai da fé (crença) ao julgamento e, então, busca a nivelação dos atos de crer, de julgar e de imaginar, todos na esfera do “opinar”. Hobbes conferia significado à consciência moral como exigência da verdade, por isso queria distingui-la do conceito de opinião. Contudo, ainda conforme Hobbes, com a equiparação da consciência moral à opinião, após a emancipação das pessoas privadas dos laços semipúblicos entre Igreja-Estado, privilegiou-se pela primeira vez a opinião.⁷²

Na verdade, o que se observa nesse primeiro separar já é um ato de julgamento sobre a moralidade política do *povo*, na emissão da opinião pública sobre questões políticas, de direitos e deveres, mas que, por ser ainda incipiente a participação popular nas lutas pelo poder, restrito ainda a uma camada de nobres e proprietários, não há como expor uma moralidade política geral, mas uma versão inicial da moralidade política.

Em Locke, Habermas apresenta essa imbricação na forma geral de opinião; quando expõe o pensamento de Locke em seu *Ensaio acerca do entendimento humano*⁷³, fala de três tipos de leis e cada uma com obrigações diferentes: a lei divina, o direito civil e a lei da opinião, reputação e moda (*Law of Opinion*). Essa terceira lei trata da consciência coletiva que toda sociedade vai adquirindo ao longo do tempo sobre o juízo de vícios e virtudes, aprovável ou reprovável, conforme seus escritos em *Law of Opinion and Reputation*, quando restaura o significado original da *opinião*, como *a ideia que um tem dos demais*. As pessoas, por serem gregárias, preferem aderir com o tempo e espontaneamente aos padrões da maioria do que serem isoladas, de forma que essa lei, na prática, passou a ser nomeada como *Law of Private Censure*, já que é mais efetiva que as ameaças da Igreja ou do Estado⁷⁴. Essa fase embrionária da opinião pública, na leitura que Habermas faz dessa obra de Locke, demonstra que havia a formação de um consenso de opiniões sobre a moralidade, especialmente sobre a moralidade pública, mas que já desenvolve uma forma de *moralidade política* como está

⁷⁰ HABERMAS, 2003, p. 121-132.

⁷¹ PRICE, 1994, p. 29.

⁷² HABERMAS, *op. cit.* p. 111-112.

⁷³ LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

⁷⁴ HABERMAS, 2003, p. 112.

apresentado neste estudo. Segundo Locke, havia um “*opinion*” que não surge ainda da discussão pública nem tinha força de lei, porque não é imposta pelos homens eleitos, mas tinha obrigatoriedade “*by a secret and tacit consent*”⁷⁵. Assim, para Locke, a opinião pública expressaria a lei moral, ao passo que o Parlamento, já em formação e com força naquela época, expressaria a lei civil, denotando, assim, um contraste entre a lei e a política.

Para Rousseau, tanto a opinião pública e a moralidade política estão relacionadas, como também a moralidade pública relaciona-se com a opinião pública, embora não expostos de forma direta, mas percebe-se a distinção nessas três realidades de expressão pública. Conforme leciona Cándido Monzón, Rousseau estabelece uma relação estreita entre opinião, costume e lei, atribuindo à opinião pública duas funções principais: a de desenvolvimento da vontade geral, e a de árbitro moral da sociedade, pela censura.⁷⁶

Rousseau vincula, assim, a *vontade geral* a uma opinião pública que coincide com uma opinião espontânea, sem reflexão. Apesar de Rousseau buscar superar o modelo liberal em o Contrato Social, acaba defendendo que a vontade geral não emerge da concorrência entre interesses privados, porque busca afastar do espaço da sociedade a propriedade e a sociedade burguesa, e pensa que a vontade geral está ancorada no coração do cidadão, ou seja, na opinião (nos usos, costumes e opinião popular). Rousseau, portanto, propõe a vontade geral como consenso dos corações, não dos argumentos, de modo que defende que a sociedade mais bem governada será aquela em que as leis coincidem com os costumes arraigados. Enfim, Rousseau tenta afastar a opinião pública do público esclarecido, possibilitada pela imprensa ou pelos *cafés* e salões da época, mas a considera uma influência corrupta.⁷⁷

Por fim, ainda nessa fase dos filósofos do contratualismo moderno, Kant traz a discussão da opinião pública, que envolve política e moral a outro patamar, porque tratou da publicidade no âmbito da atuação governamental. É nesse campo que a política e a moralidade vão atuar fortemente, florescendo não apenas o interesse, mas a necessidade das discussões pelas pessoas sobre a coisa pública, ou seja, temas convergentes de moralidade política.

Em *O que é Iluminismo*, Kant apresenta o uso da razão como forma de concretizar a ilustração e esse uso deve ser público, já que o uso privado pode levar a um entrave para o progresso. O uso público da razão deve ocorrer em todos os campos – tanto pelos públicos

⁷⁵ Tradução livre: “sob segredo e consentimento tácito”. HABERMAS, *op. cit.*, p. 113.

⁷⁶ MONZÓN, Cándido. **Opinión pública, comunicación y política:** la formación del espacio público. Madrid: Tecnos, 1996, p. 49.

⁷⁷ HABERMAS, *op. cit.*, p. 120-121.

leitores, como pelos membros da comunidade – e deve se dirigir ao povo, tornando-o cada vez mais capaz de exercer a liberdade de agir e de construir a própria opinião, bem como de dirigir o Estado, o qual deve ouvir os lamentos do povo.⁷⁸ Bobbio enfatiza a leitura de Kant sobre a publicidade, que deve se dar no interior de uma república, cuja primeira função desse princípio é esclarecer o povo sobre seus direitos e deveres. Esse esclarecimento deve ser realizado pelos cultores do direito, pelos filósofos⁷⁹. Habermas afirma que a “publicidade” em Kant é considerada como aquele princípio único a garantir o acordo entre política e moral.⁸⁰

Kant, em *À paz perpétua*⁸¹, faz uma discussão sobre a separação entre política e moral e sobre a autonomia da sociedade civil, que deve ser composta por indivíduos autônomos e racionais, em contraposição ao Estado. Nessa separação, a publicidade serve para superar o conflito entre esses dois âmbitos da política e moral, superado pelo ideal do direito. A publicidade, defende Kant, é a única que constrange a política, servindo de mediadora dessa com a moral, e entre o Estado e a sociedade civil, bem como serve ao debate público, para que os indivíduos possam, pelo debate, alcançar a autocompreensão e o entendimento. Pode-se estabelecer que, pela defesa de Kant da publicidade, a moralidade política irá aflorar diretamente da opinião pública esclarecida e do povo cada vez mais autônomo e autocompreensivo da realidade política.

Numa releitura, portanto, desses contratualistas, Habermas apresenta a opinião pública em duas instâncias: na instância crítica e na instância receptiva. Na instância crítica, a opinião pública tem relação com a notoriedade pública normativamente proposta pelo exercício do poder político e social. Contudo, nessa instância da notoriedade pública, não há uma relação entre norma e fato, uma vez que a atuação efetiva dos agentes públicos e dos atores privados nessa instância encontra-se subordinada ao mesmo princípio de atuação da opinião pública (já que esta se encontra subordinada à conduta do público).

Esse é um primeiro aspecto da opinião pública, que pode ser relacionado, ainda que de forma geral, com a moralidade política. Isso porque, a moralidade política também se encontra subordinada à conduta do público, no sentido de que é uma expressão de um sentimento de justiça, que pode estar ou não positivado nas leis ou na Constituição, mas que por influxos na esfera pública são elevados à discussão através do sistema político.

⁷⁸ KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo. In: **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 13.

⁷⁹ BOBBIO *et. al.*, 1998, p. 843.

⁸⁰ HABERMAS, 2003, p. 128.

⁸¹ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

Na instância receptiva, num segundo aspecto, a opinião pública fica sujeita à notoriedade pública “representativa” ou manipulativamente divulgada, por pessoas ou instituições (imprensa em geral e, hoje, pelos meios de comunicação de massa), como bens de consumo ou como programas.⁸² A partir desta segunda instância, há uma crítica de Habermas ao uso da opinião pública, que não mais tem o fim de controlar as instituições do Estado, mas o de comercializar um conjunto específico de opiniões, que são dissociadas, em geral, do interesse público ou interesse comum.

No entanto, para Habermas, a opinião pública segue sendo a única base reconhecida de legitimidade do domínio público, sustentando as instituições constitucionais da democracia de massa estatal-social. Dessas lições, Habermas apresenta, então, duas concepções atualizadas da opinião pública: a liberal e a instrumental. Na concepção liberal, a opinião pública surge a partir da razão exercida com a circulação de ideias e pelo debate com outros homens racionais interessados em assuntos públicos. A opinião pública resultará da união entre a esfera do privado (hoje, também do negócio e da esfera íntima) e a esfera pública, entendida como bem comum ou interesse geral.⁸³

Na concepção instrumental, Habermas se fundamenta na já citada concepção de Rousseau e sustenta a opinião pública pelo procedimento, em especial, na discussão parlamentar. Assim, o parlamento seria o porta-voz da opinião pública, de modo que a vontade dos partidos coincide com a vontade da maioria, com a vontade geral. A vontade do partido é idêntica à vontade do cidadão, o partido representa a maioria e transmite a “opinião pública” e é através do partido que a opinião “não” pública se transmuda em opinião pública⁸⁴.

Essa visão, como exposto acima, necessita, por um lado, da esfera pública, tanto como meio de formação da opinião como elemento para o sistema político e, por outro lado, necessita da atuação da sociedade civil junto aos partidos políticos, que se mostra essencial, uma vez que dessa relação irão surgir as soluções para os problemas apresentados ao Parlamento. O parlamento, na concepção de democracia de Habermas, é elemento essencial, seja porque pode responder mais diretamente às demandas da população, seja porque faz essa intermediação entre as diversas esferas públicas, em formação da opinião pública, no sistema político.

⁸² HABERMAS, 2003, p. 128.

⁸³ *Ibid.*, p. 276.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 277.

Habermas traz, além da opinião pública, a opinião não-pública e a quase opinião. Na opinião não-pública são tratadas também as questões culturais e as questões morais, assim como o preconceito de todas as espécies e os assuntos tratados pelo senso comum do cidadão. Nela se pode discutir pena de morte, aborto, prostituição, racismo, os temas da sexualidade, desde o casamento entre pessoas do mesmo sexo até como a mudança de sexo, entre outros.⁸⁵ A quase opinião trata de opiniões que circulam, em um plano que escapa a massa da população, entre círculos relativamente reduzidos da grande imprensa política, de publicistas racionais, em geral, e dos órgãos constituídos e agentes com competência politicamente relevantes (governos, secretários, entidades administrativas etc.).⁸⁶

Por fim, embora se possa constatar certa similaridade da opinião pública expressa com algum conteúdo da moralidade política, não se pode fazer a assertiva de que a moralidade política é a opinião pública expressa pelos diversos meios na esfera pública. Isso porque, como visto nas subseções precedentes, a moralidade política não se expressa apenas por opinião da sociedade, mas também por meios do Parlamento, através de leis e também pelos direitos fundamentais, como será visto na subseção seguinte.

A opinião pública, como visto, é o resultado da circulação de ideias e pelo debate com outros homens racionais interessados em assuntos públicos, conforme exposto na concepção liberal de opinião pública em Habermas. Por outro lado, conforme exposto na sua concepção instrumental, o conceito de opinião pública aproxima-se do conceito de moralidade política, conforme identificamos acima, mas não pode com ela convergir, porque uma opinião pública, na acepção instrumental, pode representar qualquer expressão emergida na esfera pública, sem, com isso, expressar o próprio sentimento de justiça dos grupos, mas apenas a confluência das opiniões públicas formadas na consecução de algum interesse através do sistema político.

2.4 Moralidade Política e Direitos Fundamentais

A ligação entre moralidade política e direitos fundamentais tem, como uma das bases mais remotas, a própria discussão da tese da separação e da tese da conexão entre direito e moral. Enquanto os juspositivistas, especialmente os que defendem as correntes mais fortes, tratam a tese da separação entre direito e moral como um pilar de sustentação do ordenamento jurídico, impedindo que valores subjetivos ou mesmo valores objetivos

⁸⁵ HABERMAS, 2003, p. 284.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 288.

interfiram na validade da norma, os jusnaturalistas debatem, ainda hoje, a conexão entre direito e moral. Essa conexão, por óbvio, para estes últimos, não somente ocorre na validação das normas, mas, com muita força, na aplicação das normas de um ordenamento jurídico.

Retomando a discussão inicial deste capítulo, da defesa de um ordenamento unissistemático, que engloba a um só tempo o direito e a moral, sendo esta mais abrangente que aquele, pode-se sustentar, conforme a teoria de Dworkin, que a moral sempre tem influência no direito. Primeiro, a moral é fonte do agir, para o bem ou para o mal, e gera as atitudes e reações em favor da construção de normas jurídicas pelo legislador. Exemplo disso pode ser mostrado nas legislações sobre a morte e a vida (aborto, eutanásia, suicídio etc.) e também em legislações que atuem sobre a moralidade pública geral (prostituição, casamento de pessoas do mesmo sexo, opção de gênero etc.). As legislações nesse campo, não menos do que nos demais, mas com uma disputa mais acirrada, são fruto da imposição de maiorias sobre minorias ou, para ser um pouco mais realista, de minorias no poder sobre o próprio sentimento mais geral da população e até sobre maiorias.

A moralidade política, como visto, sendo o conjunto dos princípios morais reidores da sociedade e que traduz o sentimento de justiça coletiva ou, dito por outra forma, como o conjunto dos princípios morais da comunidade que fornecem a melhor interpretação de como o cidadão deve agir na sociedade e em nome da sociedade, relaciona-se diretamente com os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais podem ser considerados como a representação única desses princípios, sendo que somente através deles a moralidade política pode se manifestar no ordenamento jurídico. É uma tese sedutora, que comporta mais discussão. Em segundo lugar, os direitos fundamentais podem ser as balizas que a moralidade política não deve ultrapassar. Essa barreira é necessária para evitar que princípios tidos como direitos fundamentais sejam construídos em bases fora de pilares democráticos, que poderia permitir a tirania ou injusta força imposta por um grupo ou por um indivíduo contra todos os demais.

Numa análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem mesmo um aprofundamento sobre as razões que sustentaram certas decisões, os direitos fundamentais estão sempre em grande contraste com a negativa de outros direitos e na regulação de direitos e deveres. É claro que a variação de interpretação dos direitos fundamentais tem importância fulcral nas determinações de direitos e deveres, mas deve-se considerar que, sem um direito fundamental base sobre o qual se sustenta uma dada interpretação, por exemplo, sem o direito à intimidade, o âmbito do que seja o sentimento de justiça coletiva é mais restrito ou o âmbito do que se pode fazer ou do que os governantes podem nos impor é bem maior.

Assim, esta última seção deste capítulo, sem se prestar a uma conclusão, direciona a discussão sobre a moralidade política na sociedade democrática. A hipótese básica é que a moralidade política não se confunde com os direitos fundamentais, apesar de estes serem a expressão mínima da moralidade política de uma comunidade que deve ser respeitada pelas maioria e pelas minorias. A moralidade política é mais ampla, porque, segundo a concepção acima defendida, é representada pelos princípios morais de toda a sociedade, mas nem todos estão positivados na legislação, nem nas Constituições dos Estados. Os direitos fundamentais, pode-se dizer, são a moralidade constitucional e resta saber, como um dos objetivos principais deste estudo, se essa moralidade política, para além do que já está positivado como moralidade constitucional, vincula a análise dos casos difíceis e até que ponto?

Eis o ponto de partida da caminhada desta seção. Em que medida a moralidade política se confunde ou se diferencia dos direitos fundamentais?

2.4.1 O contexto histórico do surgimento dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais estão no meio da disputa entre direito e política. Foram estabelecidos, desde muito cedo, através de grande debate, após muita violência e luta, que culmina ainda em diversas revoluções recentes na modernidade. Os direitos fundamentais foram conquistados politicamente, razão pela qual a sua interpretação e aplicação gera, continuamente, discussões políticas.⁸⁷ A grande discussão desta dissertação tem base nessa disputa, que já se prolonga por vários séculos, mas para fins de estudo, e a própria história moderna, coloca-se como corte o estabelecimento do Estado moderno e a instituição do controle de constitucionalidade americano, que tem por base, por um lado, a supremacia da constituição e, por outro lado, os direitos fundamentais.

Desconsiderando, portanto, para fins deste estudo, que os direitos fundamentais têm antecedentes históricos na antiguidade⁸⁸, a defesa dos modernos direitos fundamentais ocorre no surgimento do próprio Estado moderno a partir do século XVII. Segundo Damoulis e Martins, é possível falar em direitos fundamentais da conjunção de três elementos: Estado, indivíduo e texto normativo. O Estado, porque é em face dele que os direitos fundamentais

⁸⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Posição 37.

⁸⁸ Para Manoel Gonçalves, “Remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais é, na Antiguidade, a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens mas dado a estes pelos deuses. Nesse passo cabe a citação habitual à Antígona, de Sófocles, em que isso é, literalmente, exposto, em termos inovadáveis. A mesma ideia, com tratamento sistemático, acha-se no diálogo *De leigibus*, de Cícero.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 27.

vão limitar o poder do Estado. Noutro elemento, eleva-se ao centro do sistema o indivíduo, que passa a ser tratado como o titular desse direito, tanto perante o Estado, como perante a sociedade civil. Por fim, o texto normativo é o regulador desses dois elementos e vem na constituição formal, que contém os direitos fundamentais e permite ao indivíduo atuar na sua esfera própria de direitos e garantias.⁸⁹

Para Dimoulis e Martins, esses três elementos foram reunidos no final do século XVIII, quando das Revoluções Americana e Francesa. Com a reunião deles, adotou-se, em um dos lados do Atlântico, a “Declaração de Direitos” ou “Bill of Rights” na Declaração de Independência das 13 ex-colônias, no Estado da Virgínia de 1776, bem como na Declaração de Direitos do Estado da Pensilvânia⁹⁰. Embora não tenham sido incluídos na Constituição Federal de Filadélfia em 1787, os direitos fundamentais foram incluídos com a promulgação e ratificação das dez primeiras emendas em 1791, quando se estabeleceu os direitos à liberdade de religião, a livre manifestação do pensamento, a segurança, a proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias e a propriedade individual. No outro lado do Atlântico, na França, os direitos fundamentais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual foram reconhecidos os direitos à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão, à liberdade de religião e ao pensamento, além de garantias contra a repressão penal.⁹¹

O contexto histórico na França revolucionária foi determinante para o modelo de constituição e de proteção dos direitos fundamentais, em razão da adoção de um modelo de soberania nacional organizada em torno da separação rígida dos poderes, em que a cada um dos poderes é atribuído um conjunto de competências e cabe ao próprio poder a limitação da sua extensão, sem interferência dos outros poderes.⁹² Nesse período, havia, segundo Alves e Brega Filho⁹³, uma profunda desconfiança sobre a atuação dos magistrados, oriundos da nobreza, que ainda defendiam os privilégios oligárquicos e aristocráticos do *Ancien Régime*.

⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11 e 12.

⁹⁰ Segundo PIEROTH; SCHLINK, 2012. Pos. 48: “[...] a Declaração de Direitos da Pensilvânia (1776), que continha um capítulo intitulado “Frame of Government”, era condensada na ‘Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania’. Esta foi, assim, a primeira Constituição no sentido dos tempos modernos, sendo integrada por uma parte sobre direitos fundamentais e por uma parte orgânica.”

⁹¹ DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 12 e 13.

⁹² PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia**: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 28.

⁹³ ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadeldireito/article/view/948>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 4-5.

Na América, na compreensão do princípio da separação dos poderes, foi adotado o modelo flexível da separação dos poderes pela Constituição de 1787 dos Estados Unidos, fundado na ideia de que todo aquele que detém um poder tende a abusá-lo, conforme defesa que fazia Montesquieu dessa doutrina. Nesse modelo, os poderes são independentes e harmônicos, mas não são absolutos em si, havendo a adoção do *checks and balances*, de modo que cada ramo exerce uma função típica do poder do Estado e também de forma atípica uma parcela da função do outro, visando ao controle de um pelo outro.⁹⁴

Com a Revolução Americana e a desconfiança no Parlamento, que era predominante no período colonial, a adoção de diversos direitos fundamentais nas primeiras emendas à Constituição americana dão condições para a histórica decisão em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, pelo qual o Juiz Marshall, na Suprema Corte, decidiu que o texto da constituição federal não pode ser afastado por lei ordinária, tornando a jurisdição protetora da supremacia constitucional e, necessariamente, dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional.

As formas de constituição das Repúblicas tanto na França, como nos Estados Unidos, a adoção de modelos de separação de poderes e o surgimento do controle de constitucionalidade, são fatores jurídicos e políticos para a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e no nascente direito constitucional.

Frente a esses dois modelos, é preciso observar o contraponto surgido noutra parte do continente europeu, que tem relevância no estudo do desenvolvimento dos direitos fundamentais na ainda não unificada Alemanha, em razão da sua fragmentação em monarquias até metade do século XIX. Segundo Pieroth e Schlink, as revoluções francesa e americana não tiveram impacto imediato na Alemanha, uma vez que, no ano de 1848, ainda não havia um clima para a formação do Estado, que somente foi concluído na Revolução de 1918 e consolidado, após a ruptura do nazismo (de 1933 a 1945), com a atual Lei Fundamental de 1949.⁹⁵

No século XIX, na Alemanha, não havia um direito anterior ao Estado e, portanto, não se falava em direitos fundamentais, mas direitos dos súditos. Ainda que houvesse direitos e deveres reconhecidos como o direito à segurança da pessoa e a propriedade (conforme § 8 da Constituição bávara de 1818), não se falava em parte alguma de direitos fundamentais. Vigoravam as tradições antigas sobre os direitos, de que só se concebia a liberdade enquanto liberdade garantida pelo Estado. As monarquias constitucionais impunham sua constituição

⁹⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁹⁵ PIEROTH; SCHLINK. 2012. pos. 47 e 53.

ou acordavam com os órgãos de representações das classes, através de acordo entre a nobreza que exercia a Administração Pública e a burguesia.⁹⁶

O primeiro momento em que se defendeu uma lista de direitos fundamentais foi na Revolução de 1848, na Assembleia da Igreja de São Paulo, mas que ante a vitória contrarrevolucionária, esses direitos não foram implementados. Apesar disso, algumas constituições dos estados monárquicos alemães, como a Carta Constitucional Prussiana de 1850, traziam alguns desses direitos (liberdade de opinião, liberdade de imprensa, liberdade de associação e de reunião, por exemplo), mas, por outro lado, exigiam, conforme o art. 3º dessa Carta, a atuação do legislador, que por lei deveria determinar as condições sob as quais seriam adquiridos, exercidos e extintos os direitos civis. Também a Constituição Federal Alemã, com a unificação por Bismarck, de 1867/1871, não trouxe os direitos fundamentais, salvo as liberdades de estabelecimento e de indústria. Algumas liberdades foram garantidas apenas por leis ordinárias do império.⁹⁷

Ainda segundo Pieroth e Schlink⁹⁸, essa limitação dos direitos fundamentais era consequência da repressão da representação popular. Na segunda metade do século XIX, na Alemanha, a soberania popular não conseguiu nenhum avanço no campo dos direitos liberais políticos, tendo havido movimento somente visando à superação dos direitos feudais, consolidados nesse período da história alemã, sobretudo porque a monarquia cedeu e se compôs com a burguesia, atendendo parcialmente seus interesses. Mesmo com alguns direitos fundamentais já existentes e reconhecidos, predominava a “reserva legal”,, pela qual se realizava a proteção dos direitos fundamentais contra o legislador.

Em resumo, Dimoulis e Martins⁹⁹ demonstram as diferenças entre a adoção dos direitos fundamentais nos Estados Unidos, na França e na Alemanha, que podem ser consideradas as bases das discussões atuais sobre os efeitos dos direitos fundamentais e também as bases das principais críticas ao Poder Judiciário.

Se, por um lado, no constitucionalismo norte-americano, concebia-se, mesmo sem contornos jurídico-dogmáticos precisos, a vinculação do legislador ordinário à constituição e aos direitos fundamentais, por outro, na França, defendia-se a coibição do arbítrio do Poder Executivo, privilegiando o Legislador, sem vínculo aos direitos fundamentais. Já na Alemanha, ainda mais tardia nesse desenvolvimento, não havia, igualmente, a necessidade de vincular o legislador aos direitos fundamentais, porque o objetivo era meramente controlar a

⁹⁶ *Ibid.* pos. 53 e 54.

⁹⁷ *Ibid.* pos. 57.

⁹⁸ *Ibid., loc. cit.*

⁹⁹ DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 20.

legalidade dos atos da Administração Pública em face das liberdades econômicas a serem defendidas pelo Parlamento perante o Executivo.

Os direitos fundamentais encontravam-se, portanto, enlaçados sob a base da separação entre sociedade civil e a sociedade política (Estado)¹⁰⁰, na desconfiança da atuação do Parlamento, nos Estados Unidos; todavia, no outro lado do Atlântico, havia a desconfiança à atuação do Poder Judiciário e da Administração Pública, predominante entre os franceses, e na regra da “reserva legal” alemã. O sistema jurídico, a partir desse período, passou a ser um conjunto de regras abstratas para a garantia da segurança jurídica e, principalmente, para atuar na limitação do poder do Estado.

No Estado Liberal, o ideário da liberdade é preponderante, sendo anterior ao Estado e ilimitado, conforme leciona Paulo Bonavides, citando o professor alemão Gerhard Leibholz.¹⁰¹ Os direitos individuais seriam a positivação dos direitos naturais inalienáveis, existentes em razão da própria natureza humana, o que os tornavam inalienáveis e irrevogáveis pelo legislador ordinário. As constituições, no período do Estado Liberal, teriam papel de assegurar a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral.

Essa base de surgimento dos modernos direitos fundamentais ainda se mantém como sustentação das discussões sobre constitucionalismo, separação de poderes, democracia e sobre moralidade política, visto que os direitos fundamentais, se não são a concretização do sentimento de justiça de dada comunidade, ao menos são os parâmetros mínimos dessa busca pela justiça.

Discute-se na subseção seguinte o conceito e a natureza dos direitos fundamentais e busca-se responder se a moralidade política encontra sua inteira correspondência aos direitos fundamentais ou se estes se revertem apenas de argumentos morais que sustentam certas posições prevalentes na sociedade.

2.4.2 Conceito de Direito Fundamental

Para seguir na discussão objeto deste estudo, faz-se necessário estabelecer a qual conteúdo formal ou material se referem os direitos fundamentais, em termos conceituais. Essa distinção pode parecer muito academicista, mas não é, porque, a partir de uma definição específica do que são os direitos fundamentais, será possível debater se eles são ou não um

¹⁰⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53.

limite à moralidade política ou se são a própria moralidade política. Essa discussão tem alcance prático, porque, dado que os direitos fundamentais possuem normatividade, um conceito amplo poderá afetar a discussão de direitos e deveres que as pessoas reivindicam para si.

Como visto na subseção precedente, os direitos fundamentais nascem em duas vertentes. Na vertente historicista americana, esses direitos são concebidos como direitos anteriores ao Estado e ligam-se ao jusnaturalismo, que tem continuidade no direito constitucional daquele país, mesmo após a adoção da constituição escrita. Na segunda vertente, a francesa e continental europeia, os direitos fundamentais serão aqueles estabelecidos pelo poder constituinte na constituição formal, delegando-se ao legislador a realização desses direitos no plano jurídico e material.

Noutro viés, é ainda importante fazer uma distinção, de natureza terminológica, com outros conceitos, como o de “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos humanos fundamentais”, liberdades públicas (negativas ou positivas) e outros termos que suportam a mesma ideia.

Nesse campo, a principal distinção é com o conceito de direitos humanos. Antes, ainda, por “direitos humanos” englobam-se, neste estudo, as expressões ou conceitos de “direitos do homem” ou “liberdades públicas”.¹⁰² São expressões usadas por alguns autores, em diversas línguas, como sinônimos de direitos humanos. Como o escopo do trabalho trata da moralidade política, sintetiza-se essa discussão na diferenciação da expressão hoje mais comum: direitos humanos e direitos fundamentais.

Por direitos humanos, pode-se conceber os direitos positivados ou não que são consagrados no direito internacional e são considerados para a vida humana, com fundamento na liberdade, igualdade e dignidade humana.¹⁰³ Como se verá adiante, os direitos fundamentais se limitam àqueles direitos que forem estabelecidos no ordenamento jurídico de um determinado país, em sua constituição escrita ou costumeira.

O âmbito essencial dos direitos humanos é a vinculação dele com a finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana. Conforme leciona Fábio Konder Comparato, a dignidade da pessoa humana hoje, para muitos, é o fundamento último dos direitos humanos, superando as posições sobrenaturais de fundamentação divina ou religiosa e também as fundamentações metafísica ou fundada na natureza, como essência imutável dos entes no

¹⁰² Sobre a variedade de terminologias, conferir: RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book, s. p.

¹⁰³ RAMOS, 2011, s.p.

mundo. Esse fundamento é o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial própria da pessoa.¹⁰⁴

Segundo Ingo Sarlet, a dignidade humana relaciona-se com o respeito à vida e à integridade física e moral do ser humano e diz respeito às condições mínimas para a existência digna, com garantia da liberdade, autonomia e igualdade dos direitos e para assegurar a limitação do poder do Estado em face das liberdades individuais, ou seja, é um complexo de direitos, mas também de deveres fundamentais, que asseguram a pessoa contra o Estado e também contra todos os outros, para evitar qualquer comportamento degradante, assim como para a garantia da participação ativa na comunidade civil e política.¹⁰⁵

Dworkin também traz um conceito de dignidade humana quando discute a diferença entre ética e moral na sua teoria¹⁰⁶. Para o filósofo americano, a dignidade humana encontra fundamento ético em dois princípios: o respeito próprio e a autenticidade. O respeito próprio refere-se ao que cada pessoa tem de fazer para levar sua própria vida a sério, “tem de aceitar que é importante que a sua vida seja uma realização bem sucedida e não uma oportunidade perdida.” O segundo princípio, o da autenticidade, postula que cada pessoa tem uma responsabilidade própria para estabelecer essa vida através de sua narrativa ou de um estilo que seja coerente com ela própria.¹⁰⁷

Neste estudo, as três concepções acabam se complementando, tratando a dignidade humana como o fundamento básico dos direitos humanos, porquanto a dignidade humana deve relacionar-se ao próprio ser humano, no seu sentido substancial e não apenas formal, considerar as condições mínimas de vida com garantia da liberdade, autonomia e igualdade dos direitos, e que essa dignidade respeite ao menos o autorrespeito e a autenticidade, sem as quais não haveria autonomia individual.

Escudado nesse fundamento basilar dos direitos humanos, impõe-se apresentar as características dos direitos humanos para, ao concluir essa análise, poder estabelecer duas

¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da USP, 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

¹⁰⁵ Conforme leciona Sarlet: [...] temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4^a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 60.

¹⁰⁶ DWORKEIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte Lisboa: Almedina, 2012. Cf. a edição brasileira: DWORKEIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: Justiça e Valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

¹⁰⁷ DWORKEIN, 2014b. p. 211.

relações, como será visto: de que os direitos fundamentais são, em sua maioria, direitos humanos e de que uma das notas características dos direitos humanos impõe uma análise especial dos direitos fundamentais, dado a natureza moral implícita em seus atributos.

Segundo Robert Alexy, os direitos humanos têm como características serem (1) universais, (2) preferenciais, (3) abstratos, (4) fundamentais e (5) morais. A universalidade relaciona os direitos humanos a todos os seres humanos, porque todos são titulares desses direitos. A preferenciabilidade ou superioridade normativa implica a superioridade das normas de direitos humanos sobre todas as demais normas. Os direitos humanos são abstratos por exigir limitações e restrições dos direitos dos outros, de todos, pela conservação ou fomento dos bens coletivos, a exemplo dos direitos ambientais. Essa abstratividade exige, por um lado, um rol amplo e aberto de direitos e, por outro lado, em caso de conflito, a aplicação da ponderação entre os direitos conflitantes e também eventual sopesamento de valores envolvidos.¹⁰⁸

Para Alexy, mais importante são as notas características da fundamentalidade e moralidade dos direitos humanos. Não que essas outras três características acima citadas não sejam importantes, mas são a fundamentalidade e a moralidade dos direitos humanos que os tornam centro dos direitos e base para sua utilização nos ordenamentos dos países democráticos.

A fundamentalidade dos direitos humanos representa a prioridade necessária que esses direitos representam não apenas em âmbito de um país ou de uma localidade específica, mas porque são considerados indispensáveis à promoção da dignidade da pessoa humana. A fundamentalidade pode ser formal, escrita em tratado internacional ou numa constituição, ou pode ser material, quando vinculada ao fundamento último dos direitos humanos. Quando estabelecidos apenas em tratados, essas normas são consideradas como direitos humanos formal e material. Quando normatizadas em constituições escritas, são consideradas também direitos fundamentais.

Os direitos humanos são a interpretação das questões morais básicas, especialmente nas questões de liberdade e igualdade. A moralidade política nesta fase histórica tem assento claro nos direitos humanos universais, abstratos, preferenciais, quer sejam reconhecidos como direitos fundamentais ou não. Basta a fundamentalidade desse direito com caráter moral para que se possa impor uma barreira, primeiramente moral, e

¹⁰⁸ Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book, s. p. Cf. também ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Org. e trad. Luís Afonso Heck. 3^a ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011, p. 48.

posteriormente jurídica, contra a tentativa de subjugar as pessoas a outros ou a maiorias, sejam maiorias éticas, políticas ou mesmo maiorias econômicas.

Entretanto, essa fundamentação ou essa característica dos direitos humanos como direito moral tem suporte nos estudos de Dworkin, mas não é consenso entre os estudiosos, porque Dworkin trata os direitos humanos como direitos subjetivos oriundos diretamente dos valores ou de seu conteúdo substantivo.¹⁰⁹ Neste caso, Dworkin afasta-se da fundamentação de que os direitos humanos como inerente à soberania dos países, bem como não endossa a ideia de que os direitos humanos seriam os mais importantes entre os direitos políticos. Para ele, a essência dos direitos humanos decorre da capacidade de justificar uma atitude: a atitude de ser tratado como ser humano, com igual consideração e respeito, ou seja, a dignidade como fundamento moral dos direitos humanos.¹¹⁰

Uma primeira conclusão é que os direitos humanos são uma barreira de moralidade política interpresa entre maioria e minorias, uma relação moral e também jurídica entre as pessoas, individualmente ou coletivamente, umas em face das outras ou em face de grupos de qualquer tipo de união (ética, ideológica, política, religiosa, moral e econômica).

Após tratar essas características dos direitos humanos e seu conceito, pode-se avançar na caracterização de uma de suas espécies: os direitos fundamentais. Esses direitos são essenciais em razão da adoção do constitucionalismo, que exige, como base fundamental, o estabelecimento de direitos fundamentais dos seus cidadãos e daqueles que estejam em seu território.

Mas o que se pode entender por direitos fundamentais?

Por direitos fundamentais, parece ser consenso na doutrina que são aqueles direitos estabelecidos no texto da constituição de determinado país. O estabelecimento de uma lista de direitos fundamentais em uma constituição já é algo relevante e representa um acordo moral das pessoas de uma comunidade, pelo qual se reconhece, primeiramente, a necessidade da limitação do poder do Estado através de texto escrito que estabeleça direitos; além disso, representa outro consenso sobre quais direitos devem ser considerados fundamentais e quais não são.

Essa é inegavelmente uma premissa contratualista e liberal, que pressupõe que a inclusão dos direitos fundamentais em uma constituição é o reconhecimento de um acordo prévio dos representantes reunidos para definir a nova constituição. Esse acordo é o quanto

¹⁰⁹ DWORKIN, 2014b, p. 511.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 512.

basta para a inclusão na constituição e o reconhecimento de um determinado direito como direito fundamental nesse modelo de pensamento.

Também tem fundamento positivista, pelo que se reconhece como direito fundamental apenas o direito positivado, ou seja, somente aqueles direitos humanos ou outro direito considerado essencial a um determinado Estado que seja positivado no texto constitucional, para, então, ter sua legitimidade haurida em razão de sua validade formal. Essa fundamentação, entretanto, tem sérias críticas em razão do surgimento no século XX de movimentos totalitaristas, como o nazismo na Alemanha durante o Terceiro Reich. Para Fábio Konder Comparato, esse fundamento para os direitos fundamentais é insuficiente, uma vez que “sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que esta se baseie numa Constituição formalmente promulgada”¹¹¹.

Com efeito, esse critério meramente formal de determinação é insuficiente para a fundamentação e a conceituação dos direitos fundamentais. No entanto, ainda assim, nesse primeiro aspecto, esse critério determina um ponto mais seguro para se debater o critério material e finalístico, por ser possível partir de uma lista estabelecida pelo constituinte originário.

O segundo aspecto do conceito é um critério material ou de conteúdo. Trata-se de conceito finalístico ou de base axiológica. Os direitos fundamentais são aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana. Não se trata, como visto acima, de ser fundamental apenas porque é inerente à condição humana, mas da relação com a *dignidade* do ser humano, em não ser tratado como um meio, mas como um fim em si mesmo, não permitindo, assim que o ser humano seja rebaixado a uma condição de mero instrumento de outro ser humano ou dos grupos de poder.

O princípio da dignidade humana, portanto, presente nos direitos fundamentais, justifica sua colocação no centro do constitucionalismo, como coluna de sustentação do controle e limitação dos poderes, que não podem ter uma finalidade que não a proteção do ser humano, enquanto ser em si mesmo.

Sendo os direitos fundamentais uma espécie de direitos humanos e havendo estabelecido que estes são direitos morais, pode-se defender que aqueles também são direitos morais e, com isso, eles estabelecem uma relação entre a moral, o direito e a política. Essa ligação dessas três áreas é a principal vantagem dos direitos fundamentais em uma

¹¹¹ COMPARATO, 1997, p. 6.

democracia. Alexy entende que a democracia e os direitos fundamentais são os elementos principais do constitucionalismo democrático.¹¹²

Na conceituação de Prieto Sanchís, os direitos fundamentais são “a tradução jurídica das exigências morais mais importantes que em cada momento (histórico) foram erigidas a critério fundamental para medir a legitimidade de um modelo político e, portanto, para justificar a obediência a suas normas”.¹¹³

Também Pieroth e Schlink entendem que “os direitos fundamentais são, enquanto parte do direito público e do direito constitucional, direito político e estão sujeitos à mudança das ordens políticas. Os direitos fundamentais, por outro lado, são também, simultaneamente, uma resposta à questão fundamental invariável da relação entre a liberdade individual e a ordem política.”¹¹⁴

De todo esse encadeamento de argumentos, pode-se estabelecer, para fins deste estudo, que os direitos fundamentais são aqueles direitos estabelecidos em disposições normativas constitucionais, que têm relação com a dignidade da pessoa humana, com a precípua finalidade de limitar o exercício do poder do Estado e a preservação das liberdades individuais, estabelecendo a ligação entre o direito, a moral e a política.

Esse conceito apresenta, portanto, os sujeitos do direito, que são todos os seres humanos em relação ao Estado, a finalidade principal, que é a limitação do poder do Estado em face das liberdades individuais dos sujeitos e a forma de definição dos direitos, todos estabelecidos pela constituição. Há uma grande vantagem na formulação de um conceito analítico de direitos fundamentais nesses moldes, porquanto se pode ter a segurança jurídica de que há um rol de direitos a serem respeitados pelo Estado, cujo teor formal já se encontra pré-estabelecido em listas definidas, ou mais ou menos definidas, e há uma relação direta com um princípio básico, que é a dignidade da pessoa humana.

Sobre a ligação que os direitos fundamentais fazem entre o direito, a moral e a política, essa hipótese será defendida na subseção seguinte, sustentando que os direitos fundamentais são resultantes da moralidade política da comunidade, mas não se confundem com ela. Nem todo direito fundamental é um direito moral, não obstante os direitos humanos, como gênero desse direito, seja intrinsecamente um direito moral não necessariamente positivado, mas reconhecido no âmbito internacional, seja positivado como direito

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 354 *et seq.*

¹¹³ SANCHÍS, Luís Prieto. Derechos fundamentales. In: VALDÉS; LAPORTA. **El derecho y la justicia**, Madrid: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 508.

¹¹⁴ PIEROTH; SCHLINK, 2012. *E-book*. Pos. 37.

fundamental, no âmbito constitucional e interno e, com isso, sirva como uma baliza maior da moralidade política.

2.4.3 Direitos fundamentais: o núcleo da moralidade política

Os direitos fundamentais devem ser considerados, dentro de um ordenamento jurídico, por um lado, como a ligação entre legalidade e legitimidade desse sistema, por outro, em razão dessa ligação, como o ponto de encontro entre o direito e a moralidade política. A moralidade política aqui não se limita ao que se encontra positivado no ordenamento jurídico, tampouco se limita aos direitos fundamentais, mas a todas as normas jurídicas ou morais que expressam a vontade, o sentimento dos indivíduos ou da coletividade de um dado território.

Nessa discussão, confluem duas correntes que debatem não apenas o papel do poder judiciário no constitucionalismo moderno, mas, no que interessa neste estudo, sobre o papel dos direitos fundamentais: se eles são valores substantivos ou uma ordem objetiva de valores, ou se são instrumentos ou meios para garantir o procedimento da livre formação da vontade dos cidadãos no processo democrático. Trata-se de saber qual o papel dos direitos fundamentais dentro dessas teorias e qual a relação deles com a moralidade política.

A teoria substancialista defende que os valores objetivos expressos nos direitos fundamentais estão fora da democracia e que sua proteção é tarefa do Poder Judiciário, enquanto a teoria proceduralista, ao contrário, mantém-se fiel aos ideais da Revolução Francesa, em que prepondera o Poder Legislativo, colocando o procedimento como garantidor da democracia, da liberdade e da igualdade. Os direitos fundamentais, nessa teoria, devem ser interpretados e desenvolvidos pelo Poder Legislativo, e não pelo Poder Judiciário, que deve realizar apenas o controle procedural das escolhas do legislador.

Essas duas correntes buscam uma solução comum ao problema do modelo de regras e a superação da incompletude desse paradigma, bem como objetivam estabelecer uma nova relação entre o direito e a moral, que com isso possam superar os paradigmas da filosofia da consciência, o decisionismo e a discricionariedade na aplicação do direito¹¹⁵. Reconhecem essas duas correntes a importância da jurisdição constitucional, sendo essencial ao Estado Democrático de Direito, mas divergem sobre seu papel na garantia da autonomia individual ou na relação com a cidadania ativa, bem como qual órgão deve ter a última palavra.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 80 *et. seq.*

Um dos primeiros autores a debater a tensão entre proceduralismo e substancialismo no Brasil foi Luís Werneck Vianna, que traçou uma comparação entre essas duas correntes.¹¹⁶ Salientou Vianna que o proceduralismo, em um polo da discussão, restaura as previsões de Tocqueville sobre o avanço da igualdade que iria esvaziar os ideais de liberdade, porquanto a igualdade somente daria bons frutos se acompanhada de cidadania ativa e o contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos e com a abertura de todas as possibilidades no processo de formação da vontade majoritária.¹¹⁷ No caso do substancialismo, Vianna afirma que o enfoque, segundo defende Cappelletti, seria na defesa da agenda igualitária, em detrimento do liberal, tendo os juízes como uma *intelligenzia* especializada para declarar como direito os princípios já admitidos socialmente.¹¹⁸ Esse modelo distancia-se dos ideais revolucionários liberais (especial da Revolução Francesa) e se aproxima dos processos não-revolucionários da modernidade, como o que ocorre no direito anglo-saxão, o que remete à confiança na tradição e nos valores comuns da comunidade política.¹¹⁹

Segue-se o debate dos direitos fundamentais nessas duas correntes hermenêuticas, que tem como tema principal o papel da jurisdição constitucional, mas que abrangem também a relação entre moral e direito e sua ligação pelos direitos fundamentais.

2.4.3.1 O proceduralismo e os direitos fundamentais

Não se discorrerá sobre todas as correntes do proceduralismo neste estudo, até porque não é seu objeto específico, mas apenas sobre seus aspectos gerais e com enfoque em Habermas, que, com a teoria do discurso, capitaneia uma corrente que defende o proceduralismo-deliberativo.¹²⁰ Antes, contudo, deve-se fazer um breve resumo da teoria

¹¹⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

¹¹⁷ *Ibid., loc. cit.*

¹¹⁸ *Ibid., loc. cit.*

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁰ Outros autores são dignos de aprofundamento, como Antoine Garapon, na França, que defende o protagonismo do Poder Legislativo em detrimento do Poder Judiciário, que tendo protagonismo gera um paternalismo estatal que acaba causando a erosão da democracia representativa. Cf. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. E, ainda, Robert Alexy também tem se destacado na defesa do proceduralismo, através da teoria da argumentação jurídica e do constitucionalismo discursivo. Cf. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org. e trad. Luís Afonso Heck. 3^a ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório Alexandre Travassoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. E, ainda, ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

de John Hart Ely¹²¹, que contribui para a análise do proceduralismo habermasiano; porém ambas têm diferenças de fundamentação e de perspectivas¹²².

O cerne da crítica da corrente proceduralista se centra na tarefa da jurisdição constitucional, que não pode ir tão longe na tarefa de proteção do texto constitucional, sob pena de ameaça à própria legitimidade democrática do direito, assim como na defesa de que o poder judiciário tem a tarefa principal de garantir os procedimentos democráticos e os direitos fundamentais relacionados a eles.

John Hart Ely, em *Democracia e desconfiança*, apresenta uma versão proceduralista que visa a solucionar esse déficit da jurisdição constitucional, fixando certos parâmetros para a compatibilização da jurisdição constitucional com o princípio democrático. Ely faz uma crítica ao interpretativismo e, ao defender o não interpretativismo, propõe uma solução procedural que, ainda assim, assegura algumas garantias substanciais.

Para Ely, a teoria interpretativista (ou literalista) restringe a interpretação à análise do texto constitucional dos valores explícitos ou claramente implícitos¹²³, apresentando-se como uma concepção usual dos juristas e, para seus defensores, compatível com a democracia, possibilitando a redução da discricionariedade judicial e concentrando as decisões políticas nos órgãos legitimados pela vontade popular. Os interpretativistas defendem que qualquer anulação de uma decisão dos legitimados pela vontade popular somente ocorra em razão da dedução de premissas claramente extraídas da Constituição.

Noutro norte, Ely propõe que a jurisdição constitucional somente teria legitimidade em questões que envolvem o direito de participação política, bem como sobre os direitos instrumentais de liberdade (especialmente os de expressão e imprensa) que assegurem esse direito¹²⁴, condicionando assim a eficácia do princípio democrático. Estaria legitimado a atuar mesmo contra as maiorias eventuais, mas apenas nesse propósito, o que não permitiria a invalidação de outras escolhas substantivas adotadas pelo Parlamento.

¹²¹ ELY, Jonh Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

¹²² Como adverte Cláudio Ari Melo, há diferenças na abrangência das teorias e nos fundamentos dos dois autores: “Sem embargo, entre o constitucionalismo procedural norte-americano, inclusive o defendido por John Hart Ely, e a teoria deliberativa do direito de Habermas há diferenças importantes de fundamentação e de perspectiva. A teoria do direito do filósofo alemão está inserida em um projeto filosófico muito mais abrangente e ambicioso em relação aos debates do constitucionalismo norte-americano e cobre um espelho da teoria do Estado que transita pela ciência política, pela filosofia moral, pela sociologia e pelo Direito. Além disso, teorias procedimentais como as de Ely estão voltadas a construir uma interpretação da Constituição norte-americana, vale dizer, estudam uma constituição histórica concreta, ao passo que Habermas propõe um nítido enfoque universalista, a partir de uma concepção de constituição ideal.” MELO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 42.

¹²³ ELY, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁴ ELY, 2010, p. 140.

Igualmente, o proceduralismo capitaneado por Garapon e Habermas destaca a invasão da política pelo direito, ou em termos mais comuns no Brasil, a judicialização da política. Ainda que seja realizada em nome da igualdade, essa postura leva à perda da liberdade individual, gerando uma “privatização da cidadania”, porque prepondera, cada vez mais, um “paternalismo” do Estado, e nos estados ainda em desenvolvimento (ou com desenvolvimento tardio) fica centrado gradualmente na figura do juiz. Há um aumento da burocracia estatal ou ainda a adoção de “uma justiça de salvação”.¹²⁵

Habermas não considera satisfatórias as respostas apresentadas a esse problema, que se dar entre a autonomia privada (liberdade e direitos fundamentais) e a autonomia pública (soberania popular)¹²⁶. Habermas considera, portanto, que uma validação intersubjetiva a partir da linguagem pode estabelecer uma estrutura discursiva comum do direito e da moral, que apela simultaneamente para as liberdades subjetivas e para a autodeterminação democrática dos povos que irá determinar a legitimidade do direito positivo.¹²⁷

Habermas considera que a sociedade civil é anterior ao Estado¹²⁸ e que, em razão disso, a relação existente entre a autonomia pública e a autonomia privada parte de cinco categorias de direitos que devem ser pressupostas para regularem o direito positivo vigente. Com relação à autonomia privada, esse sistema de direito parte dos: (i) direitos a iguais liberdades subjetivas de ação, (ii) direitos que garantam o status do membro como igual e autônomo na comunidade jurídica e também (iii) os direitos que afirmam a possibilidade de postulação judicial. Já a autonomia pública confere (iv) direitos iguais de participação no processo de formação da opinião pública e da vontade e criação do direito. A junção desses dois campos implica (v) “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento”¹²⁹ e que sejam garantidos em condições de igualdade.

Assim, Habermas busca conciliar a soberania popular (autonomia pública) e os direitos fundamentais (autonomia privada) e, para isso, defende que a legitimidade do direito só pode ser alcançada se for produzida por meio de procedimentos democráticos discursivos. Habermas promove, dessa forma, uma conciliação entre essas duas vertentes da democracia atual, o republicanismo e o liberalismo, estabelecendo uma mediação recíproca através do

¹²⁵ VIANNA *et. al.*, 1999, p. 24.

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1. p. 128-139.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 139.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 159.

¹²⁹ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 159-160.

procedimento deliberativo. Habermas parte das concepções de Kant e Rousseau sobre autonomia e vontade geral e busca afastar o bem-estar como objetivo ou finalidade da democracia, colocando no centro exatamente a autonomia como expressão dessa vontade geral.

Habermas faz uso da teoria do discurso para sustentar que o agir comunicativo deve substituir o agir prático, que legitima as decisões num procedimento democrático. Por isso, Habermas centraliza a função principal de criação e interpretação do Direito no Poder Legislativo, ficando ao Poder Judiciário apenas a função de garantidor do procedimento legislativo legítimo na formação da vontade majoritária. É que a competência legislativa não comporta em grau algum a judicialização da política, porque esta prejudicaria a racionalidade do processo de produção da lei, que, “sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do direito”¹³⁰

Ainda na fase de criação no Poder Legislativo, para Habermas, o Direito só tem legitimidade se o procedimento de criação de regras for elaborado por um meio que garanta a aceitabilidade universal. Habermas sustenta que em uma ação comunicativa, o discurso deve ser mediado pela linguagem, numa relação entre mundos objetivos, normativo e subjetivo, o que dá pretensão de validade e pressupõe uma pré-compreensão do mundo da vida. Nesse fundamento, dois princípios regem esse processo de comunicação e, em última instância, o processo de criação do direito pelo legislador: o princípio do discurso (D), segundo o qual “uma norma só pode pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar) a um acordo quanto à validade dessa norma”,¹³¹ e o princípio da universalidade (U), estabelecida por uma condição de que “cada um dos afetados pode aceitar as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultarem da observância universal do preceito (ou ao menos preferi-las frente às alternativas conhecidas)”.¹³²

Trata-se de norma moral, a qual busca se interpor dentro do direito, mas fora do problema da fundamentação metafísica, sem recorrer à indução como forma de argumentação, uma vez que não há base empírica sobre valores. Contudo, ela terá sua fundamentação a partir do consentimento intersubjetivo de todos os concernidos, afastando assim aquelas normas inválidas que não tenham obtido tal consentimento em procedimento discursivo.¹³³

¹³⁰ *Ibid.*, p. 297.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido Antônio Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86.

¹³² HABERMAS, 1997, v. 1, p. 10.

¹³³ Segundo Habermas, “o princípio-ponte possibilitador do consenso deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma *vontade universal*.” Cf. HABERMAS, 1989, p. 84. Segundo Lacombe Lauss, o princípio da universalidade de Habermas não se confunde com o de Kant ou

Na conciliação desses dois princípios, há a definição dos papéis do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e, mais além, a colocação da moral, não como subordinante do direito, nem como subordinada, mas ambos numa relação de interdependência entre si, bem como na relação entre esses dois sistemas com a política. A moral, como fundamento nos princípios procedimentais do discurso, passa a fazer parte do direito, na estrutura do Estado Democrático de Direito.

Assim, a partir da conciliação de soberania e direitos de liberdades nesses dois princípios, em conjunto com os cinco direitos pressupostos de um Estado de Direito Democrático, Habermas propõe a fundamentação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como sendo condição de possibilidade de cada indivíduo atuar como sujeito autônomo no processo coletivo de discussão, fundamentando as escolhas dentro de um agir comunicativo que justificaria as escolhas racionais do legislador. Isso ocorre porque esses dois princípios (autonomia pública e autonomia privada) se pressupõem mutuamente, fundamentando essa lista de direitos abstratos.

Esse é o papel dos direitos fundamentais em uma teoria proceduralista de matriz habermasiana, pela qual se incorpora na constituição os direitos fundamentais. Ademais, o papel da Constituição é de condição de possibilidade para a democracia, limitando os poderes existentes e sendo instrumento procedural no processo de criação e aplicação do direito.

Os direitos fundamentais têm, portanto, papel relevante, porque são o elo de ligação entre moral, direito e o espaço ético-político. Como conteúdos pós-metafísicos, eles são estampados como princípios constitucionais, não se referindo a direitos materiais, mas a procedimentos de formação da opinião pública e da vontade e criação do direito, sendo o Legislador que irá realizar a concretização de seu conteúdo.

Com isso, a moralidade política não entraria em confronto com a soberania popular, não haveria concorrência, mas complementação entre moral e direito, e o conflito entre os Poderes ou funções do Estado não mais se sustentaria, uma vez que haveria campos definidos de atuação para cada um, tendo em vista que emergiria um resultado lógico pelo processo discursivo racional, sem haver contraposição entre vontade da maioria e opinião de todos.

Rawls, porque com tais princípios – que tomara o individual e egoístico do sua própria ideia – e permitiria “que os valores que eles próprios defendem passem a integrar a teoria na qualidade de regras racionais.” Cf. LAUSS, Lacombe. **A ética do discurso em Habermas.** s. l. 2017. Disponível: <https://ideallibertario.wordpress.com/2016/06/06/a-etica-do-discurso-em-habermas/>. Acesso em: 1 set. 2020. p. 25.

Essa tensão entre republicanismo e direitos liberais ou entre autonomia pública e autonomia privada é, portanto, conciliada por meio de um conceito processual de justiça, através de métodos que garantam que a lei seja criada em procedimento democrático. Essa é uma conciliação de Kant e Rousseau, sobre a qual a teoria habermasiana se coloca sobre seu suporte e desenvolve a partir do agir comunicativo e da teoria do discurso.

2.4.3.2 Substancialismo e a defesa dos direitos fundamentais como núcleo da moralidade política¹³⁴

Em contraponto ao proceduralismo, o substancialismo tem como ponto central a defesa de uma ordem objetiva de valores especificada como direitos fundamentais e coloca como principal garantidor dessa ordem uma Corte Constitucional, como garantidora da efetividade constitucional. Assim, a proposta substancialista parte da premissa que compete ao Estado Democrático de Direito a garantia e efetividade dos direitos fundamentais, a partir do reencontro entre o direito e a moral, através da própria Constituição, que estampa os valores fundamentais da sociedade. A um só tempo, considera essencial a Constituição e os direitos fundamentais como base da estrutura jurídica. Enquanto a Constituição fixa os limites e imposições da atuação política, os direitos fundamentais, além de serem a positivação dos ideais de justiça, requerem uma posição destacada do Poder Judiciário na garantia e concretização, no âmbito das liberdades individuais e também nas políticas públicas.

Num resumo dessa corrente, Streck sintetiza que

[...] a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.¹³⁵

Ronald Dworkin defende uma posição liberal-contratualista, de matriz do *common law*, e considera que a função judicial e a jurisprudência são mecanismos importantes para a efetividade dos direitos e tem a Corte Constitucional como fórum de princípios. Essa configuração tem eixo historicista, como visto, remetendo à tradição, prestigiada nos países anglo-saxões, assim como aos valores comuns encarnados no direito ocidental.

¹³⁴ Também aqui não se fará necessário um inventário dos diversos pensamentos e autores sobre o substancialismo, valendo destacar a contribuição de Cappelletti, que junto com Ronald Dworkin defendem o substancialismo e são referenciais para a discussão sobre a concretização dos valores constitucionais. Outros autores de grande importância também são nortes no estudo do substancialismo.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 141.

A defesa de Dworkin da Corte como fórum de princípios parte da divisão de funções, ficando ao Poder Legislativo a atribuição de concretizar as políticas públicas, ou como ele afirma, para se utilizar do argumento de *policies*, enquanto o Poder Judiciário é mais adequado a trabalhar com os argumentos de princípios.

A Constituição estabelece não uma condição de possibilidade da democracia, mas contém as condições do agir político-estatal, os valores fundamentais das liberdades e a limitação dos poderes do Estado, sendo a materialização do contrato social. O Poder Judiciário, então, torna-se o guardião das promessas¹³⁶ constitucionais e os juízes passam a ser os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia.

Em razão disso, há necessidade da leitura dos valores contidos na Constituição, que, na visão de Dworkin, em razão da vaguedade e ambiguidade dos textos, são valores morais e necessitam ser lidos como são, numa verdadeira leitura moral da constituição. O intérprete, nessa forma de visualizar, deve fazer uma leitura ativa e assumir uma posição construtiva.

Nessa corrente, a existência de um órgão de controle é condição de existência da democracia. O Poder Judiciário tem como missão garantir a complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, permitindo a maleabilidade da lei, do direito e da justiça. A necessidade desse órgão decorre da tendência natural do abuso do poder, porque detém a maioria, em detrimento da minoria. Nos sistemas republicanos e democráticos, há uma predominância do legislativo e a mera separação de poderes não se mostra suficiente para assegurar que os governos sejam inclusivos e respeitem as minorias. Disso decorre que as constituições já criam mecanismos *ex ante* para solução de conflitos entre maiorias e minorias, objetivando a funcionalidade instrumental de limitar objetivamente a atuação do legislativo, tanto no processo de criação de leis (aspecto formal), quanto no aspecto substantivo ou material.

Para Vianna, isso tem como consequência a judicialização de questões que antes eram solucionadas por processos de mediação individual, que passam hoje para a tutela do Estado, que, por meio do Poder Judiciário, através de interpelação direta de indivíduos, grupos sociais e até de partidos políticos, prevalecendo a lógica dos princípios, do direito material, “deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário do ético e do justo”¹³⁷.

¹³⁶ Como já acusa Garapon, na crítica ao substancialismo. Cf. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹³⁷ VIANNA *et. al.*, 1999, p. 23

Os direitos fundamentais constituem, então, o centro dessa estrutura e ganham, com a implantação de um modelo de Estado Democrático de Direitos,¹³⁸ relevância concreta, transformando-se numa ordem objetiva de valores, que não pode ser nem mesmo modificada pelo Legislador constituído. Parte-se da premissa de que os direitos fundamentais promovem o reencontro entre direito e moral, e a Constituição é esse ponto de encontro e o Poder Judiciário o seu intérprete final, com última palavra.

Em Dworkin, essa caracterização dos direitos fundamentais como ordem objetiva ficar mais evidente, porque para ele os direitos fundamentais pressupõem princípios morais substantivos, os quais estão presentes na moralidade política da comunidade política, em cada membro, quando se exige “igual consideração e respeito”. Para essa teoria, a leitura moral dos direitos fundamentais é necessária, porque se evita que uma questão seja decidida, por exemplo, não apenas naquilo que seria a opinião dos constituintes (numa interpretação originalista)¹³⁹, mas sim a partir da moralidade política atual e existente hoje na sociedade.

Por essa concepção substancialista, garante-se, com adoção de uma ordem objetiva de valores, que liga Direito e Moral, e ao adotar uma leitura moral da constituição, primeiro o respeito à tradição, como também à proteção contra as maiorias eventuais, uma vez que defende o filósofo americano que esse modelo não viola a regra da maioria. Dworkin entende que há como conciliar as regras da maioria (democracia) e o constitucionalismo (direitos fundamentais), porque parte de uma concepção comunitária de democracia. Essa concepção pressupõe o povo agindo como um agente coletivo especial (uma comunidade) e,

¹³⁸ Segundo Streck: “(...) o Estado Democrático de Direito, teria (tem?) a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare state neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito (...) tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado e garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da Construção do Direito. 7^a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

¹³⁹ Dworkin em *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana* dá um exemplo, pois considera que se fosse aplicada da interpretação originalista, os juízes da Suprema Corte deferiam: “Se a concepção de Hand [originalista] tivesse sido aceita, a Suprema Corte não poderia ter decidido o que decidiu no famoso caso *Brown*, de 1954: que o dispositivo de igualdade de proteção torna ilegal a segregação racial nas escolas públicas. [...] Hoje em dia, quase todos consideram que essas decisões não só estão corretas do ponto de vista legal como também constituem exemplos brilhantes da nossa estrutura constitucional funcionando em sua melhor forma.” E mais a frente concluiu: “A decisão do caso *Brown* que acabo de mencionar ilustra claramente essa distinção. A decisão da Corte era claramente exigida pela leitura moral, pois hoje em dia é óbvio que a segregação oficial nas escolas não é compatível com a igualdade de status e igualdade de zelo para com todas as raças. Mas a estratégia originalista, se aplicada como coerência, teria exigido a conclusão oposta, porque, como eu disse, os autores do dispositivos da igualdade de proteção não acreditavam que a segregação escolar, que eles mesmos praticavam, era uma negação da igualdade de status, e não esperavam que um dia viesse a ser vista como tal.” Cf. DWORKIN, 2019, p. 18-20, *com acréscimos nosso*.

ao mesmo tempo, pressupõe que, quando as instituições coletivas decidem, elas dispensem a todos os membros da comunidade política a mesma consideração e respeito.¹⁴⁰

Dessa forma, nessa concepção comunitária de democracia, considera-se mais importante, não apenas a liberdade, mas a igualdade política resultante da relação do cidadão em seu conjunto, como um todo, como um povo. Também é importante, para essa concepção, a segurança oferecida pelas instituições, porque se permite saber o *que* as leis dessa comunidade dizem, sendo desimportante *quem* diz, ou *como* se diz ou quando essas leis foram feitas. A democracia, portanto, é decorrente conciliação entre os direitos fundamentais, que lhe servem de base, e a soberania popular, a qual não será posta sob ameaça apenas em razão de a interpretação dos direitos fundamentais ficar a cargo de juízes ou de uma Corte Constitucional, porque não se pode analisar a democracia ou seu grau de concretização apenas pelo procedimento, mas pelo conteúdo desse direito, que se encontra representado pelos direitos fundamentais.

Em resumo, a partir dessas duas correntes (procedimentalismo e substancialismo) é possível concluir, provisoriamente, que a moralidade política – caracterizada na subseção 2.2.3 como princípios morais da comunidade, que fornecem a melhor interpretação de como o cidadão deve agir *na sociedade* e *em nome da sociedade* – relaciona-se diretamente com os direitos fundamentais. Contudo, os direitos fundamentais – que, para a primeira corrente, são condições de possibilidade de ação do indivíduo como sujeito autônomo no processo coletivo, e, para a outra corrente, são a positivação dos ideais de justiça e que estabelecem uma ordem objetiva de valores – não podem ser considerados como a própria moralidade política. Na verdade, são apenas uma parte da moralidade política. Os direitos fundamentais, nessa conclusão, fazem o papel, em ambas as correntes acima tratadas e, em cada uma a seu modo, de ponte entre o Direito e a Moral, usando como substrato a moralidade política. Em razão disso, é necessário analisar se a moralidade política pode ser parâmetro de constitucionalidade, quando poderia ser usada para invalidar leis ou atos normativos por inconstitucionalidade material, antes de vislumbrar alguns limites à jurisdição constitucional, avalizando a utilização de uma dessas duas correntes nessa solução proposta.

É o que se pretende no próximo capítulo.

¹⁴⁰ DWORKIN, *op. cit.*, p. 25.

3 MORALIDADE POLÍTICA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo, objetiva-se discutir se a moralidade política pode ser considerada como parâmetro de constitucionalidade de atos normativos e, sendo positiva essa possibilidade, se isso permite que o Supremo Tribunal Federal possa afastar a vigência de uma lei ou de ato normativo, quando adotado pelos demais poderes, apenas em razão da afronta à moralidade política tida como dominante na visão da maioria dos ministros integrantes da Corte Constitucional.

Nesse intuito, após uma breve contextualização da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, o qual tem matriz tanto americana como austriaca, apresentam-se as características do modelo controle concentrado de constitucionalidade, bem como das principais modificações que ocorreram após a Constituição de 1988. Essas modificações podem ser consideradas como permissivos constitucionais e legais de uma maior atuação da Corte Suprema em temas de moralidade política.

Essa discussão tem dois propósitos relacionados ao objetivo principal desta dissertação. O primeiro é apresentar resumidamente esse atual formato da Corte e o modelo de deliberação, para demonstrar que esse formato potencializa o uso da moralidade política em decisões de temas controversos, discussão que será retomada no capítulo seguinte, quando será definido um formato de Corte Constitucional que atua em diálogo com os outros poderes e com a sociedade civil, em temas de moralidade política. O segundo, dentro do objeto principal deste capítulo, é apresentar a discussão sobre a integridade política – oportunidade em que será defendida a não obrigatoriedade de sua observância para o Poder Legislativo, mas que deve ser um norte para o Poder Judiciário, inclusive a ser considerada pela Suprema Corte – para, ao final do capítulo, sustentar a impossibilidade de a moralidade política ser parâmetro de controle de constitucionalidade.

3.1 As bases do controle de constitucionalidade no Brasil

O controle de constitucionalidade tem um marco moderno com a decisão histórica de *Marbury vs. Madison* em 1803, quando introduz, no sistema americano, o controle judicial de compatibilidade da lei à constituição. Esse modelo, embora não seja novo em sua concepção, teve e tem grande influência sobre as estruturas judiciais para o controle de compatibilidade da lei em face da constituição. O modelo americano, decorrente dos

movimentos constitucionalistas do século XIX, traduz um modelo tradicional de jurisdição constitucional, através de atuação difusa de todos os magistrados, cabendo à Corte Suprema americana a última palavra, quando possível a submissão de um caso decidido nas instâncias inferiores como questão de natureza constitucional.

A construção de Hans Kelsen para a Constituição da Áustria tornou-se uma alternativa à proposta de controle de constitucionalidade de criação americana do século anterior, mas as funções do Tribunal Constitucional se limitaram à atuação em casos previstos na Constituição, não havendo possibilidade de interferência nas atribuições e funções do Executivo ou do Legislativo. Nessa época, em que prevaleceram os ideais do Estado liberal, impunha-se a ideia do legislador negativo como função das Cortes Constitucionais.

Na formulação original na Constituição Austríaca de 1920, somente a Corte Constitucional e o Tribunal de Justiça Administrativo tinham o poder de controlar a constitucionalidade de lei, pela via principal, direta, através dos legitimados políticos. Somente com a emenda constitucional de 1929 é que foi permitida a submissão por juízes de instâncias inferiores àquelas cortes de casos concretos para a decisão sobre a constitucionalidade de leis. Antes, somente a Corte Constitucional e o Tribunal de Justiça Administrativo faziam o controle, sendo que os juízes das outras instâncias não poderiam recusar ou mesmo negar vigência às leis que considerassem inconstitucionais. A reforma, em 1929, da Constituição Austríaca aproximou os sistemas de controle americano e austríaco, porém manteve o controle principal, como formato que teve grande expansão após a Segunda Guerra Mundial.¹⁴¹

Assevera, nesse sentido, Häberle, que o controle de constitucionalidade concentrado de criação kelseniana, ou seja, a jurisdição constitucional autônoma passou a ser progressivamente adotada em diversos países europeus, como na Constituição Italiana de 1947, na Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e, mesmo que em outro formato, na Quinta República Francesa, na Constituição de 1958; inclusive, nesta última, Häberle comenta que se deu “nos processos de crescimento que ‘vão recolhendo’ competências, autoridade e legitimidade através, por exemplo, do Preâmbulo concebido normativamente e, com isso, o crescimento dos direitos humanos.”¹⁴²

¹⁴¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. pos. 2595.

¹⁴² HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na fase atual do Estado Constitucional. Trad. do espanhol: Tânia Abrão Rangel. Tradução do alemão para o espanhol: Joaquín Brage Camazano. **Revista de Direito Administrativo**. nº 244. Rio de Janeiro: Atlas, jan/abr. 2007. p. 208-230. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42470/41189>. Acesso em: 30 dez. 2019. p. 213.

Trata-se de um movimento de expansão da jurisdição constitucional, que ocorre, tanto na Europa e de resto também na América Latina e no Brasil, somente no pós-Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945, quando a constituição deixou de ser uma lei-regulamento de produção legislativa, para realizar a conformação política do Estado, entre os poderes, e tornou-se, gradativamente, em normas juridicamente vinculantes das relações entre Estado e sociedade.

Essa expansão que segue ainda modificando apenas a forma de controle, que progride de um controle difuso e, no caso concreto, para um formato cada vez mais concentrado e, em questões abstratas, para incluir abertamente a moralidade política na jurisdição constitucional, como se verá nas seções deste capítulo. É bem verdade que a moralidade acompanha a jurisdição constitucional desde o seu surgimento, porquanto os temas de grande controvérsia moral estão dentro do direito, não porque a moral seja parte do direito ou este parte daquela, mas porque a própria concretização de direitos, em especial os direitos fundamentais, como liberdade e igualdade, demanda a aplicação de normas constitucionais que nem sempre estão livres da vaguença ou da ambiguidade da linguagem. E mais, mesmo que isso fosse possível (a exclusão da moral na discussão de um direito), haveria divergências sobre a quem caberia declarar o sentido e significado dessas normas (e de consequência a moral subjacentemente declarada).

Nesse aspecto, no estreito tempo do início do século XIX até a metade do século XX, a jurisdição constitucional acumula, ainda que de forma imperceptível, no limiar desse movimento, cada vez mais protagonismo na concretização de temas em que a moral ou a moralidade política encontram-se permeada de direitos declarados em textos de Cartas Constitucionais, democráticas ou não.

No Brasil, a jurisdição constitucional difusa e concreta foi incorporada já na primeira Constituição provisória da República recém-proclamada, através do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, o que foi repetido integralmente na Constituição Federal de 1891, quando se incorporou no texto constitucional a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recurso de decisões em última instância da Justiça dos Estados, em razão de lei ou ato do governo local em face da Constituição Federal¹⁴³. As constituições de 1934¹⁴⁴, com

¹⁴³ A reforma constitucional de 1926 não alterou significativamente esse desenho institucional, mormente tenha aperfeiçoado o sistema e atualizado o instituto do *habeas corpus*.

¹⁴⁴ Na Constituição Federal de 1934, houve a instituição de *quorum* qualificado para declaração de inconstitucionalidade (art. 179), a criação da regra do Senado dá efeito *erga omnes* às decisões da Corte Suprema, “solução engenhosa encontrada para conferir efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo STF, em um caso concreto, sem que se criasse um atrito entre os “poderes” e, principalmente, sem que se permitisse a continuidade da existência de leis reconhecidamente inconstitucionais dentro do sistema”.

efêmera vigência; a do Estado Novo, de 1937¹⁴⁵; e a de 1946¹⁴⁶ não modificaram essa adesão ao modelo norte-americano de controle difuso e concreto.

Não obstante a isso, a representação interventiva foi incluída ainda na Constituição de 1934, já introduzindo uma espécie de controle abstrato restrito, quando o Procurador Geral da República, único legitimado, poderia postular perante o Supremo Tribunal Federal a resolução de conflito federativo que violasse o art. 7º, I, a a h, da Constituição de 1934. Observe-se que a eficácia da lei interventiva, contudo, dependia da iniciativa do Senado Federal (art. 41, § 3º), mesmo após a declaração de inconstitucionalidade de normas violadoras da constituição.

A jurisdição constitucional concentrada e abstrata somente foi trazida pela Emenda nº 16 de novembro de 1965 à Constituição Federal de 1946, ou seja, já na segunda ditadura do período republicano. Nessa Emenda Constitucional, foi introduzido o sistema misto de controle de constitucionalidade, porque, além do controle difuso de origem americana, também passou a existir a representação de inconstitucionalidade, com origem austríaca, com legitimidade ativa exclusiva do Procurador Geral da República. A Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional de 1969 não modificaram substancialmente esse meio de acesso à jurisdição constitucional. A última mudança importante, antes da Constituição de 1988, foi a modificação promovida pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que instituiu a regra do *quorum* especial (maioria absoluta) e da possibilidade de substituição do órgão pleno dos tribunais de justiça dos Estados-membros por órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Esse breve resumo das mudanças na jurisdição constitucional no Brasil, inicialmente de matriz norte-americana e, a partir de 1965, com traços mistos, incluindo o modelo austríaco, destaca já a expansão, embora ainda lenta, das atribuições de competência ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, para decisões sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos. É somente com a Constituição Federal de

Também foi novidade a representação interventiva, que seria posteriormente incorporada à hipótese de Ação Direta de Inconstitucionalidade, no texto de 1988. Cf. DIMOULIS, Dimitri *et. al.* **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. Coord. geral Dimitri Dimoulis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. pos. 323.

¹⁴⁵ “A Constituição de 1937 acrescentou a essas mudanças tão somente a possibilidade de “reconstitucionalização”, por iniciativa do Presidente da República e aprovação pelo Congresso Nacional por dois terços dos seus membros, conforme art. 96 daquela Carta Constitucional, outorgada na primeira ditadura da República. Segundo Dimoulis, esse dispositivo atualmente é semelhante ao que consta na Constituição de Portugal, que permite essa ‘reconstitucionalização’ (art. 279, 4 da atual Constituição de Portugal).” *Ibid.*, pos. 323.

¹⁴⁶ A novidade na Constituição de 1946 foi a inclusão do controle político preventivo pelo Presidente da República, com a possibilidade de vetar projetos de lei com a eiva da inconstitucionalidade (art. 70, § 1º). Regra repetida em todas as outras constituições até a de 1988.

1988 que houve uma hiperexpansão das hipóteses de controle de constitucionalidade, o que não leva à conclusão que, de imediato, essas atribuições foram exercidas desde 1988, tendo sido implementadas paulatinamente as mudanças, que ainda estão em curso.

O estudo de Vianna *et. al.*¹⁴⁷, já citado nesta dissertação, apresenta detalhadamente, em 1999, esse movimento na primeira década da Constituição de vigência, a contar de 1988, destacando os papéis representativos dos diversos legitimados na propositura de ações declaratórias de inconstitucionalidade de 1988 a 1998. Esse era apenas a constatação do início dessa mudança, que não deve ser desconsiderado nas análises sobre a judicialização da política ou politização da justiça, porque, após 1999, com a implantação de mudanças na competência do Supremo Tribunal Federal através de leis alterando¹⁴⁸ os poderes do tribunal ou de seus ministros, passou-se a ter uma forte atuação, seja individual dos ministros¹⁴⁹, seja na própria atuação do próprio Supremo Tribunal Federal, quando em atuação coletiva.

É necessário, neste momento, revisar, brevemente, as principais características do modelo de controle de constitucionalidade, no qual se discute qual o grau que cada característica afeta num cenário de expansão dos poderes da Corte Constitucional.

3.2 O controle concentrado de constitucionalidade – características

O Brasil, como visto, adota o controle de constitucionalidade misto, eminentemente judicial, através da adoção da via difusa e concentrada, e ainda o controle político, com participação do Executivo e Legislativo apenas em caráter preventivo, antes de o projeto virar lei.

O modelo difuso-concreto diferencia-se do modelo concentrado-abstrato, porque aquele é caracterizado pelo exercício da ação perante qualquer juízo ou tribunal (em qualquer instância), em caráter incidental e no caso concreto, pela via da defesa ou exceção, e produzir efeitos *inter partes*.¹⁵⁰ Esse modelo remonta à primeira da Constituição de 1891, subsiste até hoje e é exercido, desde essa época, perante o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário, instrumento modificado na Constituição de 1988, quando da criação do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁴⁷ Cf. VIANNA, 1999. p. 45 *et. seq.*

¹⁴⁸ A Emenda de Revisão nº 3/1993 acrescentou a ação declaratória de inconstitucionalidade no âmbito federal de lei ou ato normativo federal, assim como a ação de descumprimento de preceito fundamental. Em 1999, com as leis nº 9.868 e 9.882, que regulamentaram a atuação do STF, esses poderes foram alargados, como melhor será discutido nas seções seguintes.

¹⁴⁹ A ponto de haver a crítica de que há “onze” supremos. Cf. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze:** o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

¹⁵⁰ MENDES; BRANCO, 2012. *E-book*. pos. 2591.

O controle via ação direta e concentrada, de forma abstrata, surgido no Brasil em 1965 (EC 16/65 à Constituição Federal de 1946) e ampliado pela Constituição Federal de 1988, se caracteriza basicamente por seu exercício de ação ser de forma direta e principal perante o Supremo Tribunal Federal e a decisão ter eficácia *ex tunc*, ou seja, com nulidade do objeto da ação¹⁵¹, e produz efeito *erga omnes*. Outra característica relevante, que será melhor explanada a seguir, é a que se trata de controle abstrato, sem vinculação a um caso concreto entre partes, de modo que nesse caso a discussão da moralidade política é ainda mais latente. A legitimidade de proposição da representação passou a ser atribuição de um rol restrito de legitimados (antes da Constituição de 1988, a legitimidade era apenas do Procurador Geral da República). Por último, não menos importante, a ação de controle concentrado tem como objeto a lei, abstratamente considerada, ou ato normativo com força de lei ou equivalente, definido na constituição, sem vinculação a qualquer caso concreto.

Apresentam-se, em detalhes, essas características e qual sua influência no atual modelo de deliberação da Corte Constitucional e algumas consequências em temas de moralidade política.

3.2.1 O Supremo Tribunal Federal como órgão central no controle concentrado de constitucionalidade

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é a figura central do sistema de controle de constitucionalidade, porque exerce as funções de Corte Constitucional e, por isso, é o principal órgão nacional do controle de constitucionalidade concentrado. A adoção do controle concentrado no Brasil teve inspiração doutrinária em Kelsen, que originalmente havia concebido esse modelo para a Constituição Austríaca de 1920.

Por isso, nesta seção, é necessário apresentar brevemente o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”, para debater, posteriormente, sobre a centralidade que o Tribunal Constitucional brasileiro tem em temas de moralidade política. Além disso, essa discussão repercute não apenas na discussão da legitimidade do controle de constitucionalidade sobre temas da moral política, mas também é tema de fundo do debate proceduralismo e normativismo (Kelsen) e substancialismo e decisionismo (Schmitt).

¹⁵¹ MENDES; BRANCO, 2012. E-book. pos. 2596.

Kelsen defendeu um modelo de jurisdição concentrada perante uma Corte Constitucional, para garantir que normas que contrariassem a Constituição fossem anuladas e excluídas do ordenamento, evitando-se que somente houvesse a apreciação de inconstitucionalidade em casos concretos, o que poderia gerar falta de unidade das soluções e insegurança do direito. Rebateu a ideia de que tal órgão violaria a autonomia do Parlamento e também seria uma intromissão do Poder Judiciário no Poder Legislativo, uma vez que a separação dos poderes não significa isolá-los um do outro, mas em “dividir os poderes” para que haja um controle recíproco de um sobre o outro. Além disso, enquanto o legislador só está preso à Constituição quanto ao procedimento nela estabelecido e aos princípios gerais, a jurisdição constitucional não pode aplicar o direito para além do que estabelecido na constituição e na legislação que não a contrariar.¹⁵²

Em crítica a Kelsen, Carl Schmitt defendeu que o “guardião da Constituição” deveria ser o presidente do Reich, conforme a Constituição de Weimar, de 1919. Questiona Schmitt o papel do Tribunal Constitucional como garantidor da constituição, o que poderia gerar a politização da justiça (ou judicialização da política, conforme termos de hoje). Para Schmitt, o presidente do Reich como “guardião da Constituição” teria função politicamente neutra ante as forças políticas no Parlamento e na política partidária, o que seria uma vantagem, especialmente em razão do pluralismo de partidos ou de correntes de ideias no Parlamento, que poderia paralisar a tomada de decisão. Schmitt analisa que o risco de o Estado controlar totalmente a sociedade, no século XIX, vinha do executivo (as monarquias absolutistas), enquanto no século XX esse risco provinha do Parlamento e que, portanto, deveria haver uma tutela contra as maiorias.¹⁵³

Baseado nas ideias de Benjamin Constant e sua teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur*, decorrente da Revolução Francesa, e implantado no Brasil pela Constituição de 1824, pelo Imperador Dom Pedro I, Schmitt interpretou que o art. 48 da Constituição de Weimar permitiria essa interpretação de que o presidente do Reich poderia realizar a proteção da Constituição. Desconfiava da suposta neutralidade e objetividade dos juízes, que não poderiam ser neutros, já que não seria possível realizar a despolitização completa dos conflitos constitucionais, só pelo fato de essa decisão ser confiada a um grupo de funcionários públicos. Se esse fosse o formato adotado, salienta Schmitt, estar-se-ia, na

¹⁵² Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduardo Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁵³ Cf. SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 193 *et seq.*

verdade, criando uma nova instância da alta política, superior aos demais poderes (executivo e legislativo), dotada também de poderes legislativos, o que contrariaria o princípio democrático, porque haveria uma transferência desses poderes a uma aristocracia de toga.¹⁵⁴

Contudo, em 1932¹⁵⁵, Kelsen fez uma tréplica a esse argumento de Schmitt, sustentando seu posicionamento e rebatendo cada posição defendida pelo filósofo alemão. Rebateu que, no Estado de Direito, é necessário que seja realizado o controle dos órgãos subordinados à constituição, ou seja, o controle do Parlamento e do Governo. Confiar esse controle ao próprio Governo seria uma ingenuidade, porque seria confiado a um dos controlados e, afinal, ninguém deve ser juiz de causa própria. Também rebate a ideia de que um órgão nos moldes idealizados por Constant, por quanto no caso da Constituição de Weimar, Schmitt teria feito essa atribuição do controle ao presidente do Reich através da interpretação extensiva do art. 48, mas tais poderes excepcionais não eram compatíveis com quem deveria garantir a Constituição. Além disso, Kelsen criticou e rebateu a ideia de que haveria a cisão entre criação e aplicação do direito, conforme descrito por Schmitt, por quanto, além de ultrapassada essa ideia, enquanto o legislador criaria normas gerais, o tribunal criaria normas individuais e, no exercício do controle de constitucionalidade, a Corte Constitucional teria a função de *legislador negativo* e não de legislador positivo, criando leis gerais.

Assim, para Kelsen, haveria uma garantia maior em submeter as questões de constitucionalidade ao Judiciário, por quanto nada iria garantir que o presidente do Reich iria “salvar” o Estado dos “métodos destruidores da Constituição próprios do sistema pluralista”. Como se vê, essas ideias já antecipam a sua Teoria Pura do Direito, sustentando uma ciência pura, buscando uma separação rigorosa entre o conhecimento jurídico e as decisões políticas. Além disso, após a Segunda Guerra Mundial, além dos fortes argumentos de Kelsen, os horrores do holocausto e de tudo que foi produzido pelo regime nazista gerou uma guinada para a adoção de sistemas que buscassem o controle das funções do executivo e do parlamento.

Essa é uma discussão importante na crítica que se faz neste estudo à possibilidade de controle da moralidade política. Como se pode perceber do debate entre Schmitt e Kelsen, desde o surgimento das primeiras cortes constitucionais que detém a centralidade do controle concentrado de constitucionalidade, a principal questão subjacente é sobre *quem* detém

¹⁵⁴ SCHMITT, 2007, p. 193.

¹⁵⁵ Cf. KELSEN, 2003, p. 237 *et. seq.*

legitimidade para atuar em questões políticas e em questões morais¹⁵⁶. Quando se atribui a palavra última a uma Corte Constitucional, segue que a legitimidade fica dissociada de uma vontade direta dos eleitores e cidadãos, propiciando a contestação de soluções em temas polêmicos, em razão da existência de diversas correntes de pensamento, principalmente em temas de moralidade política que afloram nosso sentimento de justiça, em face de decisões que ora afrontam direitos de minorias, ora afrontam direitos das maiorias.

Por outro lado, a mera alegação de representatividade das minorias pelos membros dessas Cortes, que exercem um poder contramajoritário, não é suficiente para superar alguns argumentos de déficit de legitimidade de decisões mais polêmicas, principalmente quando os Parlamentos não adotam essas soluções por opções políticas das maiorias existentes em dado momento. Além disso, a substituição por decisões majoritárias, ou mesmo unânimes, pelas Cortes, ainda que baseadas em razões de princípio, nem sempre trará o apaziguamento da disputa, quando se tem no outro lado argumentos razoáveis que também poderiam sustentar uma decisão em sentido diverso, muitas vezes também baseadas em razões de princípio.

Não está sendo defendido que o controle de constitucionalidade seja realizado pelo Presidente da República ou por um poder moderador nos temas de moralidade política, nem que a centralidade da Corte Constitucional se limite apenas à função de legislador negativo. Na verdade, é necessário mais do que isso. O Supremo Tribunal Federal deve ter a função principal no controle de constitucionalidade, mas essa função não pode lhe emprestar a última palavra, nem lhe dar um protagonismo exagerado na solução de conflitos sociais e políticos que não estão pacificados perante os poderes competentes, especialmente no âmbito do Congresso Nacional.

Com efeito, nos últimos anos, o Supremo Tribunal tem assumido o protagonismo, em razão desse formato de Suprema Corte, em decisões polêmicas, que abordam temas de moralidade política. São diversos exemplos. O julgamento sobre a possibilidade de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, realizado em 2008¹⁵⁷,

¹⁵⁶ Essa discussão, contudo, não é direcionada apenas a esse modelo de controle, porque já vimos que, desde o surgimento do próprio controle de constitucionalidade no julgamento *Marbury vs. Madison*, já tem a crítica sobre a centralidade do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade da lei, sob a alegação de usurpação de competência. No entanto, aqui se faz uma análise relacionada à figura da Corte Constitucional, que, no âmbito do Poder Judiciário, concentra essa atribuição e o efeito dessa concentração torna essa possibilidade de invasão sobre as questões políticas ainda mais patente. Essa discussão será retomada nas subseções seguintes.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 29 maio. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 maio. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 27 dez. 2020.

pode ser um primeiro exemplo que atesta a centralidade do Supremo Tribunal Federal nesse tema, mesmo que o tenha feito para manter parte da legislação como vigente, em face de contestação da lei que autorizou a pesquisa em células-tronco. Outro exemplo foi o debate sobre ações afirmativas e quotas raciais¹⁵⁸, que foi julgado em 2012 e reconheceu a constitucionalidade de leis que reconheciam como política pública o auxílio a estudantes em razão da raça e da renda, com fundamento no princípio da igualdade material. Nesse primeiro grupo, é possível perceber uma deferência às resoluções tomadas pelo Parlamento, mantendo as legislações com fundamento em princípios de moralidade de política e cuja interpretação dada pela Corte conforme a interpretação adotada pelo Parlamento.

No entanto, em outros julgamentos, as soluções apresentadas pelo Supremo Tribunal desbordam desse modelo de autocontenção e deferência, conforme esses dois exemplos acima podem ser exemplo de atuação em matérias polêmicas. Pode-se ter como exemplos os julgamentos em ação de controle concentrado ou em ações individuais que trataram sobre o aborto: o julgamento sobre aborto de fetos anencéfalos¹⁵⁹ e o julgamento sobre o aborto até décima segunda semana de gestação.¹⁶⁰ Esses dois exemplos são julgamentos realizados pela nossa Corte Suprema baseados especialmente em argumentos de moralidade política, afastando a omissão deliberada do Parlamento na regulamentação mais atualizada desse tema.

Por fim, outro exemplo polêmico, que envolve moralidade política, foram os julgamentos sobre o cumprimento de prisão após o julgamento em segunda instância¹⁶¹. Ao longo da última década (de 2009 a 2019), o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento pelo menos três vezes, possibilitando, entre 2016 e 2019, a execução provisória

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 03 maio. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em: 27 dez. 2020.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 27 abr. 2005. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 31 ago. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>. Acesso em: 27 dez. 2020.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 124306**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF. 09 ago. 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 mar. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345> Acesso em: 27 dez. 2020.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF. 17 fev. 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 maio. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 27 dez. 2020. Em 2019 o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 43**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 07 nov. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 nov. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 27 dez. 2020.

independentemente do trânsito em julgado. Entende-se, neste estudo, que todos foram fundamentados em razões de moralidade política. Nesse último caso, a variação na jurisprudência em poucos anos demonstra uma volatilidade das posições predominantes do Supremo Tribunal Federal, que não condiz com um papel de Corte Constitucional. Essa variação, ainda que indesejada, é mais característica de decisões dos Parlamentos, porque pode ocorrer em razão da regra de periodicidade das eleições, quando há a possibilidade de alteração significativa dos grupos majoritários existentes no Parlamento, a justificar uma oscilação da decisão sobre a qual momento é devido o início da execução de uma sentença.

No capítulo 4, haverá um aprofundamento sobre o papel de uma Corte Constitucional deliberativa e o modelo dialogado de deliberação que sejam favoráveis ao modelo democrático e participativo, aberto a soluções dialogadas com os demais poderes e, principalmente, aberto à sociedade¹⁶².

3.2.2 O método de controle concentrado de constitucionalidade e os efeitos normativos do julgamento pelo Tribunal Constitucional

A ação perante a jurisdição constitucional ou Corte Constitucional é exercida pela via principal, diretamente pelos legitimados, que atuam através de processo constitucional autônomo e específico. Trata-se das ações de controle de constitucionalidade previstas no art. 102 da Constituição Federal de 1988: a) a ação direta de inconstitucionalidade; b) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; c) a ação declaratória de constitucionalidade; d) ação de descumprimento de preceito fundamental.

Todas essas modalidades de ações constitucionais são instrumentos para realizar o controle abstrato das normas e não têm o contraditório de partes no sentido processual, porquanto visam à garantia da Constituição, à defesa das normas constitucionais e da legalidade democrática¹⁶³, buscando afastar normas ou mesmo interpretações dessas normas que violem direta ou indiretamente a Constituição.

Os efeitos dessas ações ou das decisões da Corte Constitucional podem variar de ordenamento jurídico para outro. No Brasil, como regra atual, o controle concentrado de inconstitucionalidade gera a nulidade das leis ou dos atos normativos (efeito *ex tunc*) e

¹⁶² Cf. as subseções 4.3.2. e 4.3.3.

¹⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7^a ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 900.

também efeito *erga omnes*, ou seja, retira do ordenamento jurídico a norma ou o ato normativo e gera efeito para todas as pessoas.

Entretanto, a doutrina das nulidades no direito constitucional brasileiro, segundo Gilmar Mendes, embora tendo sido sustentada desde o início da República, durante a primeira Constituição, somente em 1965 foi reconhecida no ordenamento constitucional. De matriz americana, na máxima “*the unconstitutional statute is not law at all*”, não se concebia a possibilidade de nulidade parcial ou efeito prospectivo (*ex nunc*), uma vez que a atribuição de qualquer efeito seria, na verdade, o reconhecimento de algum efeito e importaria na suspensão parcial da Constituição.¹⁶⁴ Se antes da Constituição Federal de 1934 – que inseriu, pelo Senado Federal, a regra de suspensão de lei declarada inconstitucional (art. 91, IV), norma que foi repetida em todas as demais constituições, inclusive na atual Constituição Federal de 1988 (art. 52, X) – não era possível atribuir efeito de nulidade a essas leis, com essa regra constitucional, passou-se a permitir o efeito *ex tunc* da declaração de constitucionalidade proferida em julgamento, em caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal. Para Gilmar Mendes, essa regra, na verdade, era a negação da aplicabilidade da teoria das nulidades no sistema constitucional brasileiro, porque exigia que órgão político levasse a efeito essa nulidade de toda a norma declarada inconstitucional e para todos os casos.¹⁶⁵

A Emenda Constitucional nº 16/65, que introduziu a representação interventiva de legitimidade do Procurador Geral da República, propôs a aplicação *ex tunc* e *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade da lei, mas cabia ainda ao Senado Federal a declaração de eficácia dessa decisão. Somente em 1977 foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal que a declaração do Senado, para excluir a lei do ordenamento jurídico em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, aplicava-se apenas aos julgamentos em caso concreto (controle de constitucionalidade difuso), valendo desde a publicação do acórdão a declaração de inconstitucionalidade e o afastamento da lei do ordenamento jurídico.¹⁶⁶

A Constituição Federal de 1988 manteve esse modelo de 1965, com eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, adotando-se a teoria da nulidade da lei inconstitucional, sem possibilidade de modulação dos efeitos. Contudo, em 1999, com as leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, estabeleceu-se novas regras, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a declaração

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional:** Controle de Constitucionalidade. v. 5. Porto Alegre: Emagis – Escola da Magistratura do TRF 4ª Região, 2006. p. 296. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf. Acesso em: 17 fev. 2013.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 296-298.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 302-303.

de efeitos prospectivos ou a declaração da nulidade a partir de outro momento, que não a vigência da lei inconstitucional.

Essa é mais uma regra que permite ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo de conveniência e oportunidade sobre a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, ato típico da atividade legislativa e executivo. Agregam-se poderes à nossa Corte Constitucional, quando o próprio constituinte havia negado, conforme expôs Gilmar Mendes, a rejeição de dispositivo a ser inserido na futura constituição, durante a Assembleia Constituinte de 1986-1988, de autoria do então Senador Maurício Correia, que posteriormente tornou-se Ministro do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁷.

Outra característica do controle abstrato-concentrado, conforme leciona Gilmar e Branco, citando o autor alemão Schlaich¹⁶⁸, que o diferencia do controle concreto-incidental, é a que se verifica no pressuposto de admissibilidade e no objeto ação de controle concentrado, que, por não estabelecer uma relação subjetiva, e sim uma relação objetiva em face de uma lei ou ato normativo, “o controle realizado, a decisão proferida e as consequências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário”.

Esse modelo concentrado de decisão, os efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, assim como a natureza objetiva do controle das normas infraconstitucionais que são questionadas em face da Constituição Federal, são características que tornam o controle de constitucionalidade aberto a tratar de questões políticas e de moralidade política, sem que haja, necessariamente, uma norma violadora da Constituição. Basta a utilização das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ou mesmo a ação de descumprimento de preceito fundamental, para se ter aberta a jurisdição constitucional. Essa característica da jurisdição constitucional, conforme debatido sobre os limites materiais da jurisdição constitucional nas subseções 4.2.1 e 4.2.3¹⁶⁹, permite a atuação da Corte Suprema, a um só tempo, em questões políticas e na defesa de direitos fundamentais. Por outro lado, também permite que a Corte, em sua composição plenária, ou até mesmo através de um relator, em decisão monocrática, desconsidere as vontades votadas legitimamente no Parlamento, quando se tratar especificamente de questões políticas ou quando a interpretação dada a um determinado

¹⁶⁷ Conforme leciona Gilmar Mendes: “O Projeto, do Senador Maurício Corrêa estabelecia, *verbis*: ‘Art.127.... § 2º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória.’” Cf. MENDES, 2006, p. 307.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1014.

¹⁶⁹ Cf. as subseções 4.2.1 As questões políticas. É possível estabelecer esse limite? e 4.2.3 Direitos fundamentais como limite material à jurisdição constitucional do Capítulo 4.

direito na atente contra o núcleo de algum direito fundamental, fazendo prevalecer a moralidade política que prepondera na Corte e não aquela que é representativa de grupos sociais ou políticos.

É que esse modelo, por mais consolidado que esteja nas diversas democracias constitucionais ao redor do mundo, ainda tem como resultado, não apenas a declaração de nulidade e consequente exclusão da norma do ordenamento jurídico, mas pode gerar como resultado a instituição de normas que equiparem direitos, com base no princípio da igualdade, assim como a própria criação de novos direitos, mesmo não havendo norma legal ou mesmo constitucional expressamente permissiva dessa competência da Corte Constitucional de inovação da ordem jurídica em tema de direitos.

Pode-se ter como exemplo, o julgamento que reconheceu a união estável homoafetiva¹⁷⁰, o qual tem uma importância diferenciada, uma vez que não há uma legislação nem proibindo nem permitindo a união ou sua equiparação ao casamento, tendo o Supremo Tribunal Federal usado de argumentos de moralidade política para realizar esse julgamento. De fato, da leitura do julgamento dessa ação, observa-se que o reconhecimento de união estável de casais do mesmo sexo foi realizado com fundamentos em princípios fundamentais como a igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não há dúvida de que esse julgado é de grande importância no contexto de reiteradas omissões do Parlamento brasileiro na regulação do direito constitucional dessas pessoas, que exercem a livre vontade de se unirem em união estável com outra pessoa do mesmo sexo e buscam que essa união seja reconhecida como instituição, mas não se pode deixar de reconhecer que, para além desse tema ser polêmico, a atuação do Supremo Tribunal Federal é nitidamente normativa e adentra o campo da moralidade política, com a adoção de opção que não foi discutida e votada pelo Parlamento.

Em arremate sobre esta característica e sua relação com a moralidade política, não se questiona o formato em si do controle de constitucionalidade pela via concentrada e principal, mas a utilização desse modelo para atuar fora da competência constitucional, normatizando situações que são atribuídas ao Parlamento. Mesmo que se alegue que isso se deve pela omissão do Parlamento brasileiro, é necessário deixar claro que não cabe ao Poder Judiciário, nem à Suprema Corte, no exercício da jurisdição constitucional, atuação como

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 05 maio. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 out. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 27 dez. 2020.

guardião da moralidade política, trazendo soluções sem que o Parlamento e a sociedade sejam protagonistas.

3.2.3 Os legitimados do controle concentrado de constitucionalidade

Sobre os legitimados da ação de controle de constitucionalidade, com a implementação do controle concentrado pelo Brasil em 1965, apontou-se como legitimado, primeiramente, apenas o Procurador Geral da República que “exercia” a função de “advogado” da Constituição, em nítida adoção do que fora defendido por Kelsen. Contudo, esse monopólio exercido pelo Procurador Geral da República não levou a uma mudança significativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹⁷¹ Somente com a Constituição de 1988 houve uma mudança contínua e profunda, não apenas nesse aspecto da legitimidade ativa, mas em outros que impulsionam ainda mais a expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal.

A constituinte de 1988 fez uma alteração que promove a ampliação dos legitimados, mudando o sistema que já vigorava por mais de trinta anos, colocando ao lado do Procurador Geral da República, o Presidente da República, as Mesas das duas casas legislativas (Senado e Câmara), a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Distrital, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, CRFB/88).

Essa modificação é um importante acréscimo de elemento democrático à jurisdição constitucional, no formato preconizado por Peter Häberle. Segundo o filósofo alemão, a interpretação constitucional não pode ser uma ferramenta manuseada apenas pelas autoridades públicas e as partes formais do processo de controle constitucional, mas deve ser ampliada a todos os cidadãos, grupos sociais, opinião pública democrática e também a doutrina.¹⁷²

¹⁷¹ MENDES; BRANCO, 2017, p. 1012.

¹⁷² Assim diz Häberle: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos sociais, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1997. p. 13.

Em 1999, com as Leis nº 9.868¹⁷³ e nº 9.882¹⁷⁴, foi adotada na primeira lei a figura do *amicus curiae* (art. 7, § 2º da Lei nº 9.868/99), que é a admissão de órgãos ou entidades que possam colaborar com o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade desses terceiros interessados. É nítida a influência e adoção do pensamento de Häberle nessa alteração legislativa, que foi adotada, embora não presente na segunda lei, no processo objetivo da ADPF. Essa intervenção tem também o objetivo de emprestar mais legitimidade às decisões do STF, que sempre tem sido questionado sobre a “dificuldade contramajoritária” de suas decisões.¹⁷⁵

Outra modificação importante nesse campo de abertura à sociedade para intervenção no controle concentrado de constitucionalidade foi a inclusão da audiência pública (art. 9º, § 1º, e art. 20, § 2º, da Lei nº 9.868/99), que permite ao relator, a depender de certa circunstância presentes no processo¹⁷⁶, marcar audiências públicas, quando serão ouvidas pessoas com experiência sobre a matéria objeto do processo.

Essa inclusão de outros legitimados, cidadãos, grupos sociais, opinião pública democrática, contribui para incorporar a moralidade política vigente na sociedade no debate realizado no controle de legislação que afetem diretamente a vida das pessoas. A questão dos

¹⁷³ Lei que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁴ Lei que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

¹⁷⁵ Nesse sentido há diversos julgados do STF que ressaltam a relevância do *amicus curiae* para um acréscimo democrático de legitimidade das decisões da nossa Corte Constitucional: [1] “a admissão de amicus curiae confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.” (ADI 3.494, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 22-2-2006, DJ de 8-3-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.859, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática, julgamento em 28-2-2014, DJE de 13-3-2014. [2] (...) a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.” (ADI 4.167, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 10-12-2008, DJE de 17-12-2008.); [3] “Amicus curiae. Controle normativo abstrato. Intervenção desse ‘colaborador do tribunal’ justificada pela necessidade de pluralizar o debate constitucional e de afastar, com tal abertura procedural, sempre em respeito ao postulado democrático, um indesejável ‘déficit’ de legitimidade das decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5022-MC.** Relator: Ministro Celso de Mello (decisão monocrática). Brasília, DF. 16 out. 2013, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 23 out. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=178764841&ext=.pdf>. Acesso em 30 out. 2020.

¹⁷⁶ “Art. 9º [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em **audiência pública**, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” Cf. BRASIL. Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

legitimados e abertura dos intérpretes da constituição será retomada no capítulo seguinte, quando da análise do parâmetro e limites da jurisdição constitucional¹⁷⁷.

Antes de passar à questão da moralidade política como parâmetro de constitucionalidade, é preciso deixar clara a ideia considerada sobre dois conceitos que estão na base dessa discussão: o conceito de parâmetro de constitucionalidade e de bloco de constitucionalidade.

3.3 Parâmetro de Constitucionalidade e “Bloco de Constitucionalidade”

A ideia de constituição, ainda que flexível ou semiflexível, e de sobremodo a constituição rígida, pressupõe um conjunto de normas que devem servir de parâmetro de controle, a partir do qual se pode fazer a comparação dos atos normativos produzidos pelo poder constituído que violam a constituição. É o princípio da supremacia da constituição que pressupõe esse conjunto de normas, regras e princípios como forma de garantir que o legislador ordinário não irá modificar a constituição através de leis ordinárias. Isso porque, sem uma delimitação precisa ou aproximada do que pode ser considerado como uma norma pertencente à constituição, há um risco que pode levar à insegurança sobre as decisões sobre a constitucionalidade de uma lei ou de um ato administrativo ou até sobre uma decisão proferida num caso concreto.

Trata-se do parâmetro de constitucionalidade, que no caso do Brasil é representada pela própria Constituição Federal, conforme bem expôs o Ministro Celso de Mello, ao afirmar que “[a] Constituição da República, em tema de ação direta, qualifica-se como o único instrumento normativo revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização abstrata de constitucionalidade.”¹⁷⁸

O Supremo Tribunal Federal, no aprofundamento desse conceito, tem expressado em outras decisões a extensão desse entendimento para assentar que é apenas a Constituição atualmente vigente que se presta a servir de parâmetro ao controle abstrato de constitucionalidade. Logo, normas das constituições anteriores ou normas do texto original da Constituição Federal de 1988, já revogadas, não mais integram o parâmetro de

¹⁷⁷ Cf. o item 4.3.2.1 do capítulo 4, no qual tratamos dos intérpretes da constituição, na visão de Peter Härbelerle e nossa proposta de abandono da decisão individual pelo Supremo Tribunal Federal, para uma decisão coletiva e que leve em consideração as manifestações de todos os interessados.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1347.** Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. 05 set. 1995. Diário da Justiça, Brasília, DF, 01 dez. 1995. p. 41685. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346990>. Acesso em: 02 out. 2020.

constitucionalidade. Por outro lado, mesmo esse entendimento mais extensivo, encontra-se abrandado pelo Supremo Tribunal Federal, pois a revogação da norma constitucional parâmetro não acarreta a automática perda de objeto da ação de controle de constitucionalidade.

Dentro dessa base que serve ao controle ou à substância da atividade de controle, há, ainda, o debate sobre sua abrangência: se o parâmetro refere-se apenas às normas presentes no texto constitucional, as quais podem servir como fundamento para analisar a sua constitucionalidade, ou se há outros textos dos quais se possam extrair normas, ainda que implícitas, para serem utilizadas como parâmetro. No âmbito dessa discussão, insere-se a ideia de *bloco de constitucionalidade*.

O termo *bloco de constitucionalidade* tem origem na França, adotado em razão de decisão do Conselho Constitucional Francês. Louis Favoreu¹⁷⁹ utilizou a expressão “bloco de constitucionalidade” para explicar a Decisão DC nº 71-44 de 16 de julho de 197 do Conselho Constitucional Francês, qualificando a decisão como inovadora, uma vez que a Corte deu força normativa ao preâmbulo da Constituição Francesa, que fazia referência à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Com isso, o Conselho incluiu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão como parâmetro do controle de constitucionalidade, para interpretar uma disposição legislativa de 1901 e limitar o regime das associações. Favoreu buscou da doutrina e jurisprudência administrativa a expressão “bloco de legalidade”, utilizada por Maurice Hauriou, para fazer a mesma referência a normas não incorporadas diretamente no próprio texto da constituição e invalidar um ato normativo.

Canotilho, ao tratar sobre os parâmetros constitucionais, assevera que todos os atos normativos devem estar subordinados, formal, procedural e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**. Esse parâmetro oscila, segundo o constitucionalista português, em duas vertentes: (1) o parâmetro constitucional equivale ao texto escrito da constituição ou às leis em vigor com valor constitucional ou (2) é a *ordem constitucional global*, a qual passa a ser parâmetro de julgamento da legitimidade constitucional de atos normativos segundo normas, dos tipos princípios e leis escritas, e também os princípios não escritos integrantes dessa ordem global.¹⁸⁰

O bloco de constitucionalidade, portanto, é integrante dessa segunda vertente, agregando ao parâmetro de constitucionalidade, além do próprio corpo de normas vigentes do texto constitucional, outros normativos não considerados formalmente integrantes da

¹⁷⁹ Cf. FAVOREU, Louis at. al. **Droit constitutionnel**. 21^a ed. Paris: Dalloz, 2019. p. 135-136.

¹⁸⁰ CANOTILHO, 2003. p. 918.

constituição ou outros princípios não escritos ou implícitos na constituição como normas superiores aos demais atos normativos (leis, atos inferiores etc.).

Zagrebelsky¹⁸¹ utiliza-se da expressão *las normas interpuestas* para referir-se ao bloco de constitucionalidade, uma vez que tais normas, que igualmente servem de parâmetro de controle, são utilizadas quando certas normas constitucionais fizerem o reenvio a outras normas não escritas na constituição, porém são indicadas com o fim de serem respeitadas. São normas interpostas porque, não estando no mesmo nível constitucional, estão, porém, acima das normas gerais (complementares e ordinárias).

O problema da interpretação, segundo assevera Zagrebelsky, neste caso, é de ordem lógica e não sistemática. Isso porque, a garantia dada pela Constituição não comprehende a norma integrante do bloco de constitucionalidade, mas apenas a norma que faz referência a alguma norma externa ao texto, daí que a violação da constituição é somente indireta. Além disso, a mudança da norma referida segue seu próprio regramento, podendo ser livremente modificada ou revogada, o que pode afetar o bloco de constitucionalidade.¹⁸²

As normas que compõem o bloco de constitucionalidade variam de país a país, conforme não apenas o que contém a constituição, mas a incorporação ou não de uma norma no bloco depende da interpretação de cada Corte Constitucional. Como exemplo, na França, segundo Favoreu, consta como normas do bloco de constitucionalidade, além do texto da Constituição de 1958, também a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, que fundamentou a Decisão DC nº 71-44 de 16 de julho de 1971 do Conselho Constitucional Francês, sobre a liberdade de associação, também fazem parte do bloco os princípios políticos, econômicos e sociais estabelecidos no Preambulo da Constituição de 1946, os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República mencionadas neste mesmo Preambulo e, por fim, a Carta Ambiental que foi constitucionalizada em 2005.¹⁸³

Já na Itália, segundo Zagrebelsky, as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos fazem parte do bloco de constitucionalidade¹⁸⁴. Outro caso, cita o autor italiano, é o da lei delegada que desrespeita o decreto ou lei de delegação porque violaria indiretamente a constituição (no caso da Constituição Italiana, o art. 76). Também é exemplo a lei revogada por referendo ou de leis posteriores que violam o resultado do referendo.

¹⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. **Justicia constitucional**. v. 1: História, princípios e interpretaciones. Traducción César E. Moreno More. Puno: Zela, 2018. p. 379

¹⁸² *Ibid.*, p. 380.

¹⁸³ FAVOREU. 2019. p. 135 e 137.

¹⁸⁴ Zagrebelsky trata esse caso de forma diferenciada. Ele aduz que a compatibilidade de normas infraconstitucionais na Itália tem sido tratada, progressivamente, como questão de “tratamento sistemático”, com aplicação da ponderação, com vista a reduzir a fricção entre normas de proveniência externa e o ordenamento interno. *Op. cit.* p. 380.

No Brasil, a doutrina também traz um conceito de bloco de constitucionalidade. Para Souza Neto e Sarmento¹⁸⁵, esse instituto é o “conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento.” Não são apenas as normas do texto Constitucional, mas também aquelas que podem ser tomadas como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Pelo entendimento jurisprudencial atual, no bloco de constitucionalidade enquadra-se, primeiramente, o próprio texto vigente da Constituição Federal de 1988 (art. 102, I, CF/88). Assim, nesse rol de normas não se incluem as normas revogadas por revisão ou reforma constitucional, como visto acima. Contudo, tais normas podem ser parâmetro pela via incidental ou através da ação de declaração de descumprimento de preceito fundamental.

Diante da redação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal¹⁸⁶, autores como Flávia Piovesan e Cançado Trindade sustentaram que no Brasil as normas decorrentes de tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento interno passariam a ter hierarquia constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade. Mas o Supremo Tribunal Federal não adotou esse entendimento, em suma, em razão da rigidez constitucional que reclama o quórum qualificado e dupla votação em cada casa do Congresso Nacional, enquanto os tratados de direitos humanos exigiriam apenas a maioria simples dos membros do Congresso Nacional para aprovação. Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o Congresso Nacional endossou essa interpretação e inseriu ao art. 5º o parágrafo 3º, que diz “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.¹⁸⁷

Ao se adotar o segundo entendimento de bloco de constitucionalidade, admite-se que, por parâmetro de constitucionalidade, também estão inseridos os princípios não escritos integrantes dessa ordem global que forma o bloco de constitucionalidade. Nesse caso, a partir de interpretação construtiva, é possível observar que há uma expansão dos poderes das Cortes

¹⁸⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. E-book. pos. 76.

¹⁸⁶ Art. 5º [...] § 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.” In: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituaocompilado.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

¹⁸⁷ Atualmente, somente dois tratados foram aprovados por esse rito: A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008; e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 261, de 25.11.2015.

Constitucionais, as quais têm se utilizado desse entendimento e ampliado cada vez mais a base do próprio texto da Constituição vigente com a “extração” desses princípios implícitos, em geral, conjugando-se com um princípio mais geral para, com base nesse resultado interpretativo, concluir pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Na seção a seguir, faz-se a análise sobre essa ampliação e, em razão da premissa desta dissertação, se a moralidade política é ou não parte do parâmetro de constitucionalidade do ordenamento constitucional.

3.4 A Moralidade Política como parâmetro de controle de constitucionalidade

A questão se a moralidade política deve ou não ser considerada como presente no parâmetro de constitucionalidade encontra-se inserida na discussão sobre qual papel tem o Poder Legislativo e o Poder Judiciário na interpretação da moralidade política quando exercem as funções para os quais foram formalmente designados pela constituição, ou seja, os papéis típicos de criação e de adjudicação de direitos e deveres. Essa discussão, na verdade, espraia-se sob duas questões que perpassam a moralidade política como base de fundo. A primeira questão diz respeito à adoção do ideal da integridade ou da coerência na criação de normas pelo legislador (integridade legislativa) e também na aplicação ou adjudicação de normas pelo Judiciário (integridade judicial). A segunda, diretamente vinculada à aplicação ou adjudicação de normas, dá-se na utilização de princípios implícitos para declarar a (in)constitucionalidade de normas existentes ou também da omissão do Legislador ao não regulamentar temas de grande desacordo na sociedade.

Tanto na primeira como na segunda questão aqui tratadas aborda-se a possibilidade de expansão dos poderes do Judiciário, especialmente da Corte Constitucional, utilizando-se a moralidade política como parâmetro de constitucionalidade, porquanto não haveria princípios ou regras explícitas que dariam base para esse exercício da jurisdição. De fato, em muitos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, há um uso cada vez mais corriqueiro de princípios mais abstratos ou de princípios genéricos que podem fundamentar qualquer proposta de julgamento, possibilitando uma utilização pelo julgador de entendimentos mais subjetivos ou baseados na moralidade pessoal e não propriamente presente na sociedade ou no conjunto de normas constitucionais previamente pactuadas.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Um exemplo é o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4650, que tratou da vedação do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas. Não obstante a conclusão do julgado, não há normas constitucionais expressas que garantam a vedação desse financiamento. A questão foi equacionada no

Nesse primeiro momento, portanto, é relevante destacar que, em razão de a moralidade política estar presente na Constituição através da utilização de princípios, principalmente dos princípios implícitos, deve-se fazer a discussão sobre como ela pode ser usada como fundamento para declarar a invalidade de leis ou atos normativos. Nessa discussão, rememore-se que a moralidade política é a representação dos princípios morais de uma comunidade, que traduz o sentimento coletivo de justiça mais profundo¹⁸⁹.

Sendo a moralidade política a tradução do sentimento coletivo de justiça mais profundo, a primeira função estatal criada para realizar essa institucionalização no direito é o Poder Legislativo, que deve realizar, pela divisão de competência prevista constitucionalmente, a criação de direitos e deveres a todos vinculantes. A segunda função estatal que deve observar esse sentimento de justiça da comunidade política é o Poder Judiciário, o qual deve adjudicar os direitos a partir das regras e princípios existentes no ordenamento jurídico, sem deixar de considerar a moralidade política nessa tarefa definida na repartição de competência.

A partir disso, deve-se observar que a discussão sobre a moralidade política e sobre a divisão de competência para criação e aplicação do direito encontra-se inserida no que Dworkin chama de ideal da integridade. Dworkin considera que integridade é um valor, independente e ao lado dos valores equidade e justiça¹⁹⁰, os quais podem entrar em conflito

âmbito de uma interpretação construtiva, extraída de princípios como a soberania popular, a vedação da influência do poder econômico na normalidade e legalidade das eleições (fundamento usado pela Ministra Rosa Weber). A norma do art. 14, § 9º, da Constituição Federal, apesar de ter uma teleologia para evitar o abuso do poder econômico, não veda, peremptoriamente, o financiamento de campanha por empresas.

¹⁸⁹ Cf. o capítulo 2, na subseção 2.3.2, no qual se expõe o conceito de moralidade política na teoria de Dworkin. Nela expomos que “A moralidade política institucionaliza as questões políticas relacionadas aos direitos e deveres da comunidade política unida sob um sistema jurídico, através de interpretações justificadoras do direito, da moral e da própria política, visando à integridade política. As agências formais do Estado (especialmente os poderes do Estado) e da sociedade civil são as responsáveis pela institucionalização da moralidade política, seja através de atos legislativos de natureza geral, seja através de atos políticos, realizados pelas mais diversas instâncias do Estado e da sociedade, ou, por fim, através de atos judiciais, nas discussões em causas concretas, propostas entre cidadãos, ou entre os cidadãos e o Estado.”

¹⁹⁰ Dworkin entende que justiça e equidade são valores distintos e, por isso, podem colidir entre si. Há três posições sobre justiça e equidade: a primeira, segundo alguns filósofos, a equidade e a justiça derivam uma da outra. Aduz “que, separada da eqüidade, a justiça não tem sentido, e que em política, como na roleta dos jogos de azar, tudo aquilo que prova de procedimentos baseados na eqüidade é justo. Esse é o extremo da idéia denominada justiça como equidade” [Defendida por Jonh Rawls]. Na segunda, os filósofos “pensam que, em política, a única maneira de pôr à prova a eqüidade é o teste do resultado, que nenhum procedimento é justo a menos que tenda a produzir decisões políticas que sejam aprovadas num teste de justiça independente. Esse é o extremo oposto, o da eqüidade como justiça” [Defendida por filósofos do utilitarismo]. Por fim, a terceira corrente, defendida por Dworkin, “a eqüidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as que não são imparciais às vezes tomam decisões justas.” DWORKIN, 2014a, p. 214 e 215. *Grifou-se.*

entre si e exigir que um seja parcialmente sacrificado em favor do outro.¹⁹¹ Quando isso ocorre, a integridade pode ser usada em sacrifício de um ou de outro, na busca da coerência no processo de decisão coletiva, impedindo que se adotem soluções conciliatórias que resultem em vulneração dos demais princípios (equidade ou justiça).

A integridade, segundo Dworkin, exige que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios em favor de todos os cidadãos, estendendo a eles um padrão de justiça e equidade. E a integridade política insiste que o Estado é uma entidade não fragmentária e autônoma, que é portadora de suas próprias convicções e ideais políticos. Ela insiste que o Estado deve ser tratado como uma comunidade política, formada por um conjunto único e coerente de princípios, ainda que seus cidadãos estejam divididos sobre temas de moralidade política, a exemplo do aborto, da homofobia, do casamento etc.¹⁹²

Ainda que considerar o Estado como uma comunidade personificada possa levar à conclusão de que os princípios possam ser extraídos de uma entidade metafísica transcendental, a defesa que Dworkin faz na sua teoria é de que os legisladores e juízes, quando tratarem de integridade política, devem buscar a (re)construção do direito pela interpretação das práticas jurídicas a partir de uma metodologia específica, com fundamento em Dilthey, Gadamer e Habermas, quando defende, a partir do primeiro, uma interpretação construtiva, que procura essencialmente o propósito das práticas sociais interpretadas, não como causa.¹⁹³

Dworkin faz uma divisão desse ideal de integridade política em dois ideais próprios: a integridade legislativa e a integridade judicial. O legislador, pelo primeiro ideal, tem que se esforçar “em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade”.¹⁹⁴ Por outro lado, na integridade judicial, o judiciário deve entender o direito, em suas interpretações, de modo “moralmente coerente”. A exigência de coerência da legislação e das decisões judiciais não se fundamenta em caráter puramente formal, mas através de uma consistência em termos de princípios, ou seja, demanda a integridade que os “standards públicos da comunidade sejam tanto construídos como observados, tanto quanto possível, de modo a expressar um único e coerente esquema de justiça e equidade (*fairness*) na relação correta entre esses valores”.¹⁹⁵

¹⁹¹ DWORKIN, 2014a, p. 215.

¹⁹² *Ibid.*, p. 202.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 62 e 63, especialmente nota 2.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 266.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 219.

Essas duas espécies de integridade política são discutidas nas subseções a seguir.

3.4.1 A moralidade política na legislação: integridade legislativa e a limitação do pluralismo político

O que se impõe saber, para fins deste estudo, é se a integridade política obriga o legislador. Noutros termos, o legislador é obrigado a observar a integridade e a coerência quando cria um direito ou impõe um dever à comunidade política? Sendo positiva essa obrigação, o controle de constitucionalidade dessa divergência com o ideal de integridade legislativa se imporia, quando da análise de questões morais pela Corte Constitucional, também em razão da integridade judicial, que caberia observar a legislação como criada a partir desse ideal próprio.

Duas correntes divergem sobre essa obrigação. Dworkin defende sua obrigatoriedade, recebendo de Jeremy Waldron uma parcial concordância. Por outro lado, Andrei Marmor discorda dessa obrigação, sendo o legislador livre para observar ou não a integridade quando tratar de moralidade política na produção de qualquer ato normativo.

No âmbito do poder legislativo, Dworkin sustenta que a integridade deve ser observada na concepção de equidade, pelo que o parlamento deve observá-la ao decidir o significado de leis para toda a comunidade política. Também a integridade deve ser observada na concepção de justiça que o parlamento adotar, considerando os princípios necessários para justificar as escolhas valorativas ou morais adotadas na legislação. E por fim, a concepção da integridade deve ser observada no devido processo legal, que impõe a criação de procedimentos para a realização de julgamentos nas esferas administrativa e judicial, visando a alcançar o equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, considerando os direitos envolvidos e o tipo de procedimento, evitando-se falsos vereditos.¹⁹⁶

Pela equidade política, todos acredita-se que se deve ter mais ou menos os mesmos direitos de controle das decisões do Parlamento. Assim, na relação entre integridade legislativa e equidade, Dworkin entende que não se deve realizar escolhas morais apenas pelo critério da maioria e, por isso, devem ser evitadas legislações conciliatórias quando levem a soluções salomônicas, uma vez que o valor equidade não seria respeitado. Cita como legislação salomônica aquela que, por exemplo, exige indenização ao consumidor por defeitos em automóveis e não em máquinas de lavar; ou que proíbe a discriminação racial em ônibus,

¹⁹⁶ DWORKIN, 2014a, p. 203.

mas não em restaurantes; ou, ainda, aquela que criminalizasse o aborto para grávidas que nascessem em anos pares, mas não para aquelas que nascessem em anos ímpares. Para ele, utilizar legislação conciliatória, que entrega tudo a um grupo e nada para outro, em mesma situação, é tratar a ordem pública de uma coletividade como uma mercadoria, que é distribuída equitativamente, em partes iguais a cada grupo.¹⁹⁷

No entanto, em outras situações, é possível admitir legislações com soluções conciliadoras, quando não estiverem em jogo questões de princípios. Em decisões coletivas que envolvam questões de princípio, o processo deliberativo do Parlamento deve tentar fundamentar-se em algum conjunto de princípios coerentes e que a influência se estenda além dos limites de sua autoridade. Ou seja, nessas situações, a solução conciliatória poderá ser aceita, mesmo que não seja uma solução mais justa para um dos grupos envolvidos, desde que seja uma solução mais equitativa, quando atender aos critérios da integridade política. Dworkin exemplifica também na questão do aborto, que é melhor uma legislação que permita o aborto em caso de estupro, por exemplo, do que uma legislação que permitisse o aborto para mulheres nascidas em uma década e não permitisse para aquelas mulheres nascidas em outra década. A primeira solução coloca como definidora de dois princípios numa certa ordem, definindo a situação da permissão do aborto, o que não ocorre na segunda. Essa solução, embora possa ser rejeitada ou pela aplicação do princípio de equidade ou pela aplicação do princípio da justiça, atende tanto a integridade política, como o critério da coerência.¹⁹⁸

Essa conclusão de Dworkin é analisada por Thomas Bustamante e Christina Brina¹⁹⁹, os quais fazem um resumo das críticas de Andrei Marmor sobre o risco que a integridade gera ao pluralismo político, com a possibilidade de que a adoção de uma coerência moral, que se contém no ideal de integridade, poderia gerar mais conservadorismo, especialmente em pautas morais, com imobilismo no âmbito da moralidade política, o que é contrário ao Estado Democrático de Direito, como hoje tem sido defendido.

Andrei Marmor, em *Should we value legislative integrity?*²⁰⁰, parte inicialmente das diferenças entre integridade e coerência, e também entre consistência e contradição, para,

¹⁹⁷ DWORKIN, 2014a, p. 216.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 216-223.

¹⁹⁹ Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BRINA, Christina Vilaça. Deve a integridade vincular o poder legislativo? Uma análise das críticas de Andrei Marmor à integridade legislativa em Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 137 – 153. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47835>>. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰⁰ MARMOR, Andrei. Should We Value Legislative Integrity. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi. (org.) **The least examined branch:** The role of legislatures in the Constitutional State. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ao final, defender o argumento de que a integridade legislativa é ofensiva ao pluralismo político. Embora a coerência possa assumir dois sentidos, com os quais Dworkin trabalha, no caso da integridade legislativa, sustenta Marmor, a coerência é tida como valor de moralidade política, ainda que não desempenhe um papel na determinação do que seja o direito. Assim, para Marmor, é possível uma legislação incoerente, desde que não seja inconsistente. Isso porque, nem toda incoerência gera inconsistência, mas toda inconsistência gera incoerência. A coerência, segundo Marmor, é algo além da consistência lógica entre normas, já que, ao lidar com a coerência, deve-se ter em mente normas que de alguma forma se sustentam mutuamente.²⁰¹ Segundo Bustamante e Brina, Marmor procura demonstrar que uma teoria ou grupo de proposições pode ser incoerente, ainda que não possua contradições evidentes.²⁰² Na verdade, sustenta Marmor, o que devemos evitar são normas moralmente contraditórias, porque elas geram inconsistência na legislação como um todo.

Seguindo o argumento, Marmor objetiva desconstruir a tese de Dworkin de que integridade legislativa é um valor a ser obedecido pelo legislador. Primeiramente, mesmo que a integridade seja um ideal para a elaboração de leis do ponto de vista moral, a lei pode ser incoerente sob o ponto de vista pragmático, a exemplo de legislações sobre economia, política, meio ambiente etc. Ora, se isso é possível, a incoerência da lei não irá afetar o ideal da integridade, o que demonstra que integridade e coerência não são ideais sinônimos, na concepção de Dworkin.²⁰³

Com essas premissas, Marmor considera um mau exemplo o apresentado por Dworkin, referente à lei que permite o aborto de mulheres que nasceram num mês e o proíbe para outras que nasceram noutro mês (ou permitindo para as que nascem em anos pares e negando para as que nascem em anos ímpares), não porque isso não violaria a integridade política, mas porque não há boas razões para essa discriminação. No caso do aborto, a permissão de abortar em razão da data de nascimento da mãe não reivindica qualquer boa razão, mas um ponto de corte arbitrário. Isso não quer dizer que essa lei é incoerente, mas apenas que não é suportada por uma boa razão.²⁰⁴

Marmor salienta que a lei é moralmente incoerente e, portanto, viola o ideal da integridade, quando várias normas ou prescrições que essa lei apresenta são moralmente contraditórias. Nesse aspecto, por um lado, ao apresentar a distinção entre conflitos e contradições, sustenta que, mesmo não sendo contraditórias as normas ou princípios

²⁰¹ MARMOR, 2006. p. 125.

²⁰² BUSTAMANTE; BRINA, 2017, p. 138.

²⁰³ MARMOR, *op. cit.*, p. 127.

²⁰⁴ *Ibid., loc. cit.*

estabelecidos numa lei, é possível que normas em conflito sejam também incoerentes e, em consequência, afastem a integridade legislativa. Exemplifica isso em dois casos: leis ambientais mais rígidas colidem com uma política de criação de emprego para pessoas mais pobres, mas tais leis não são contraditórias, e sim estão em conflito; por outro lado, um Estado tratar com igualdade as pessoas heterossexuais e homossexuais, mas não permitir que haja casamento entre pessoas do mesmo sexo, é não apenas um conflito, mas também uma contradição de leis ou de princípios.²⁰⁵

A partir daí, Marmor introduz o argumento principal de que a adoção da integridade legislativa viola o pluralismo político. Para isso, identifica dois tipos de incoerência moral que são relevantes para a integridade política: a incoerência interna e a incoerência externa. Sustenta, primeiramente, que uma teoria moral abrangente apresenta, invariavelmente, incoerências internas, que resultam da complexidade das fontes de pensamento moral. As preocupações morais e éticas não dão uma única resposta a uma única pergunta; eles refletem uma miríade de preocupações humanas, algumas delas privadas e individuais, outras públicas e sociais. Assim, não é possível construir uma visão única do mundo que seja coerente em todos os aspectos.²⁰⁶

O segundo tipo, a incoerência externa, torna a integridade legislativa conflitante com o pluralismo político. Esse conflito decorre do fato de que as doutrinas morais abrangentes estão potencialmente em conflito profundo, o que acarreta conflitos e até contradições diretas entre o pluralismo político e as posições morais abrangentes, estas, porque a integridade legislativa pretende unificar sobre um todo coerente e unificado. Todavia, embora nas sociedades contemporâneas haja esses conflitos entre essas visões morais abrangentes, é possível uma convivência dentro de um desacordo razoável. Além disso, nem todo conflito entre essas visões morais abrangentes representa um conflito profundo entre elas. Segundo Marmor, é preciso destacar a diferença entre os termos: pluralidade de doutrinas morais, que não representa necessariamente conflito profundo entre elas, e pluralismo de valores, que gera, invariavelmente, conflitos éticos ou morais profundos.²⁰⁷

Com isso, Marmor divide a discussão em duas questões, para demonstrar a inconsistência da integridade legislativa, sendo uma questão referente ao conflito entre

²⁰⁵ MARMOR, 2006, p. 128.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 132.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 129-130.

pluralismo de valores e a integridade legislativa e a outra questão referente às causas desse conflito.

Sobre a primeira questão, Marmor argumenta que, uma das principais razões para esse conflito, para Rawls, é uma sociedade liberal bem organizada dever respeitar o pluralismo político. Adotando-se um princípio da neutralidade como ideal moral-político, o Estado não deve promulgar em leis doutrinas morais abrangentes que são potencialmente controversas e sujeitas a desacordos morais entre os vários segmentos da população. Essas questões, segundo Rawls, não devem fazer parte da esfera da razão pública, numa sociedade liberal. Todavia, esse posicionamento contrasta com a necessidade de regulação dos assuntos pelo Estado, que não deve deixá-los sem solução porque gera mais conflito social. Isso, porém, não deve ser confundido com opção legislativa de não regular, porque essa opção significa uma via legítima do legislador, seja porque preserva a orientação hegemônica já adotada ou porque a regulação não terá nenhuma utilidade para pacificar o conflito existente, a despeito das soluções disponíveis.

Desenvolvendo seu argumento, Marmor apresenta dois contra-argumentos a possíveis objeções desse entendimento. No primeiro, sustenta que, no conflito entre pluralismo e integridade legislativa, deve prevalecer o pluralismo como valor mais importante. Na verdade, o que há é um conflito entre dois princípios opostos ou um conflito de segunda ordem, sendo que a integridade não é um valor ou não é um ideal valioso para ser respeitado. Respeitar o pluralismo é mais importante sob qualquer circunstância e não deve ser renunciada em favor da integridade. Já a integridade pode ser renunciada, até porque é certamente impossível que o conjunto de leis seja moralmente coerente.²⁰⁸

Um segundo argumento de Marmor é que, não sendo possível deixar de regular temas morais abrangentes e, por consequência, com desacordo, a adoção da integridade legislativa gera a necessidade de adotar uma única doutrina moral abrangente, ainda que de difícil alcance. Além disso, a adoção de um conjunto de leis coerentes é praticamente inconcebível, em razão da existência de diversas doutrinas morais abrangentes e razoáveis. Assim, se adotada a integridade legislativa, na prática se adotará a ideia de que o “vencedor leva tudo”, o que torna essa ideia diretamente conflitante com o pluralismo de valores. O receio da adoção desse sistema é que o modelo possa levar ou a uma supremacia da maioria (presente nos sistemas representativos no Legislativo) ou desloca o poder à Corte Suprema, que passa a impor as visões morais abrangentes sobre o resto da sociedade.

²⁰⁸ MARMOR, 2006, p. 134.

As causas desses conflitos, segundo Marmor, são basicamente três: (i) é a fragmentariedade do poder legislativo, dividido em diversas instâncias, nas diversas esferas, além dos níveis de autonomia de órgãos administrativos em regular certos aspectos do direito através de normas próprias; (ii) a *logrolling* e compromisso, que ocorre dentro do próprio parlamento, através de compromissos programáticos ou mesmo acordos em troca de favores (*logrolling*), pelos partidos ou parlamentares; e, por último, (ii) o realinhamento partidário e a continuidade da lei.

Das três causas da impossibilidade de coerência e integridade legislativa, a última gera a maior possibilidade de colocá-la em choque com o pluralismo político. Em democracias representativas, ainda que em países como o Brasil, em que há séria oscilação entre tendências democráticas e tendências ditatoriais, há uma alternância de poder que gera a ruptura da política desenvolvida, tornando o ideal da integridade legislativa quase impossível. Segundo Marmor, cada governo deseja implantar seus projetos e suas agendas políticas e ideológicas, promulgando leis que são incompatíveis com as leis existentes, trazidas não apenas do último governo, mas de vários governos anteriores, que tinham suas agendas morais e ideológicas.

Jeremy Waldron também é crítico da posição de Dworkin sobre integridade como ideal independente da justiça. Concorda em parte com Andrei Marmor, quando trata sobre a função da integridade, ao lado da justiça e da equidade. Em seu livro *Law and Disagreement*, Waldron afirma que, como as pessoas discordam sobre a justiça, há a necessidade de usar o que Dworkin chamou de equidade (*fairness*) para resolver esses desacordos através de métodos também justos de tomada de decisões. O procedimento da maioria, segundo Waldron, é um bom exemplo do princípio da equidade, porque leva em consideração as diversas visões das partes envolvidas e que, para chegar a um consenso, precisa seguir um caminho definido de ação. No entanto, mesmo com intervenção da equidade política e a utilização do princípio da maioria, precípuamente, para resolver desacordos sobre as visões da justiça, com o passar do tempo, ainda se pode produzir leis baseadas em opiniões que estão em desacordo com outras decisões passadas que ainda estejam em vigor. Em regimes de democracia representativa, com certa estabilidade, a alternância de poder entre conservadores e progressistas pode levar a um conjunto de leis do tipo “colcha de retalhos” (“checkerboard laws”), não sendo possível o reconhecimento a quem pertence o conjunto de política ou até mesmo o ideal de justiça presente nessa sociedade.²⁰⁹

²⁰⁹ WALDRON, 1999a, p. 188.

Sobre a integridade, diz Waldron, assim como John Rawls e David Hume falam sobre as “circunstâncias da justiça” como sendo a *discordância política* juntamente com a *necessidade fortemente sentida de decisões sociais* em certas circunstâncias, também Dworkin trata das “circunstâncias da integridade”, que seria o conjunto de condições sociais necessárias para que a integridade se torne aplicável, na qual se inclui a existência de um “desacordo sobre o que é justo ou injusto”.²¹⁰ Nessas circunstâncias também estariam os princípios processuais que definem a quem (ou qual instituição) cabe tomar decisões, quem deve receber a autoridade política e, também, a inevitável existência de legislação “colcha de retalhos” (“patchwork”, nas palavras de Waldron) ou como chama Dworkin, legislação “checkerboard”. A integridade, para tanto, seria um terceiro valor, que sacrificaria ou a justiça ou a equidade a fim de tornar coerente o conjunto de decisões de uma comunidade política.

Excluindo-se as sociedades utópicas, nas quais não seriam necessárias as intervenções da integridade, ou mesmo seriam redundantes, e também se excluídas as sociedades distópicas, na qual esse valor seria de impossível implementação, a integridade seria um ideal, segundo Dworkin, que garantiria que visões de justiça praticáveis numa sociedade não fossem totalmente contraditórias, devendo ser mantidas, ainda que sob tensão, numa base única e complexa. Waldron, entretanto, retruca essa conclusão, ao argumento de que tanto a equidade como a integridade não são valores independentes da justiça. Na verdade, essa explicação de Dworkin levaria basicamente à negativa da base sobre a qual sustenta o ideal da integridade, ou seja, o pluralismo de valores, como também ignora o fato de que cada uma das visões rivais sobre justiça na sociedade já é uma visão sobre como princípios concorrentes, como a autonomia e a preocupação mútua, devem ser classificados, relacionados e pesados dentro de uma única concepção.²¹¹

Dworkin se esforça em seu argumento de que a justiça e a integridade são dois valores que frequentemente entram em conflito, fazendo com que a justiça, em certas circunstâncias, seja sacrificada em favor da integridade. Isso ocorre, segundo Dworkin, porque, sem esse valor da integridade, haveria conflito entre a justiça e a equidade. Waldron critica essa conclusão, expressando que não ocorre um conflito entre os valores da equidade e integridade com a justiça, em certas circunstâncias, porque esses valores não atuariam de forma independente, mas “um está funcionalmente relacionado ao outro”. Segundo, Waldron, já que

210 BUSTAMANTE; BRINA, 2017, p. 148.

211 WALDRON, 1999a, p. 195.

[é] tarefa da equidade política lidar com a situação que surge quando as pessoas em uma sociedade não conseguem chegar a um acordo sobre justiça e, portanto, não podem *agir univocamente* como uma sociedade com base apenas em um apelo ao ideal de justiça. A invocação da equidade não é a introdução de nenhum valor novo e independente para alterar as probabilidades desse impasse. É antes a elaboração de procedimentos respeitosos para estabelecer a ação social *apesar* do impasse.²¹²

Outra forma que Waldron trata essa posição da equidade na discussão sobre justiça e processo legislativo, é utilizando-se da ideia de “razões de segunda ordem”, desenvolvida por Joseph Raz. Segundo Raz, “uma razão de segunda ordem é toda razão para atuar por uma razão ou para abster-se de atuar por uma razão.”²¹³ Assim, segundo Waldron, a equidade atuaria juntamente ao ideal de justiça, não como razão de primeira ordem ou como razão substantiva, como quer Dworkin, mas como uma razão adjetiva, de segunda ordem, que resolve as discordâncias entre visões de justiça. O procedimento da maioria é uma razão de segunda ordem em relação às razões pelas quais as pessoas discordam sobre justiça ou sobre política.

Contudo, o próprio procedimento da maioria pode não resolver essa questão, porque o fato de uma posição sobre justiça ter sido tomada pela maioria não torna essa opção mais correta, apenas torna essa opção aquela a ser adotada pelo Estado, em face das demais posições sobre justiça. Waldron enfatiza isso ao afirmar que o apoio da maioria oferece uma razão diferente, operando em nível diverso do nível da justiça, sendo uma ferramenta para aqueles que agem em nome da sociedade ao decidirem pela adoção ou abolição de uma posição como uma decisão social relevante.²¹⁴

Isso só demonstra que não há uma resolução da questão essencial ou substancial, que é exigida pelo ideal da justiça, já que se discorda sobre o que entra em conflito nesse âmbito. Esse argumento também pode ser oposto à integridade e ao conflito entre justiça e integridade ou entre integridade e equidade. A solução adotada pela aplicação da integridade pode apenas deslocar o problema de que há desacordo, sem que seja esse desacordo resolvido no nível adequado, que é o substancial ou da justiça. Daí a conclusão de Waldron, de que a competição entre justiça e equidade e entre justiça e integridade é ilusória, porquanto integridade e equidade funcionam no âmbito oblíquo sobre as questões de justiça. Em reação à adoção do ideal da integridade, afirma Waldron, que a integridade

²¹² WALDRON, 1999a, p. 196.

²¹³ RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 39. Em tradução livre do seguinte trecho: “A second-order reason is any reason to act for a reason or to refrain from acting for a reason.”

²¹⁴ WALDRON, *op. cit.*, p. 197.

[é] antes um valor cuja função é entrar em jogo quando o lugar propriamente atribuído à justiça na vida de uma comunidade – o papel de determinar uma distribuição adequada de direitos e deveres, encargos e benefícios etc. – acaba sendo disputada por concepções concorrentes de justiça.²¹⁵

Essa visão de Waldron concorda parcialmente com a de Andrei Marmor, como visto acima, sendo que, para o último, no caso de legislação conciliatória cuja solução é salomônica, esse conflito pode ser resolvido com o argumento de que essa solução não oferece boas razões para a adoção desse tipo de legislação, ao passo que, para Waldron, no próprio âmbito do ideal da justiça, a atuação da equidade e da integridade funcionaria como razões de segunda ordem e de forma oblíqua sobre a justiça, tal como as “boas razões” de Marmor. No entanto, é preciso destacar que, ao passo que Marmor rejeita a integridade, porque seria totalmente afrontosa ao pluralismo político, Waldron, discordando dessa conclusão, demonstra que a integridade não funciona sobre a justiça como um ideal independente, como quer Dworkin, mas como um ideal importante na adequação de soluções adotadas pelo legislador em casos de discordância sobre a justiça.

Em resumo do raciocínio e na esteira do problema proposto nesta subseção, embora a integridade legislativa seja um importante elemento a ser considerado na produção de leis, não se deve elevá-la ao mesmo nível substancial da justiça e, de consequência, não se deve obrigar o legislador a observá-la na produção de leis. No entanto, mesmo que esse ideal possa ser acusado de fomentar o conservadorismo na sociedade, usado para manter as tradições e os costumes passados, perpetuando situações de desigualdades já existentes, uma coerência legislativa também pode ser um fator progressista da legislação, porque pode possibilitar a fixação de legislações voltadas para a proteção da dignidade humana como fundamentação central e, a partir daí, reduzir as políticas de intolerância entre grupos heterogêneos, levando a legislação para novos e importantes temas que beneficie a todos com consideração a questões divergentes.

Por esse critério de Dworkin, a integridade legislativa bem poderia ser, obrigatoriamente, um critério a ser usado na análise de (in)constitucionalidade de leis ou atos normativos, integrando não o parâmetro de constitucionalidade propriamente, mas faria parte do procedimento para aferir a adequação da solução legislativa no todo coerente da legislação adotada pela comunidade política. Isso evitaria legislação do tipo “colcha de retalho” ou “checkerboard” e garantiria a certeza e a segurança jurídica tão almejadas pelo Direito.

²¹⁵ WALDRON, 1999a, p. 198. Em tradução livre do trecho: “It is rather a value whose job it is to come into play when the place properly assigned to justice in the life of a community – the role of determining a proper distribution of rights and duties, burdens and benefits, etc. – turns out to have been filled by disparate and competing conceptions of justice itself.”

Com efeito, utilizando-se das ideias de Waldron, ainda que a integridade legislativa não seja um ideal a ser implantado em todas as situações da vida de uma comunidade, buscar atingi-la é importante porque permite que um sistema constitucional como o brasileiro, que tem valores como a liberdade, a justiça e a solidariedade²¹⁶, seja implementado sem que se descuide desses valores, ainda que alguma legislação seja incoerente em relação às demais, mas que no todo seja consistente e sem que existam leis ou normas contraditórias.

Por outro lado, com suporte nas ideias de Andrei Marmor, a integridade legislativa seria mais prejudicial à democracia do que um princípio mais brando, porquanto atingiria as duas principais bases da democracia representativa atual. A primeira seria o pluralismo político, que seria fortemente atacado, reduzindo-se tudo a uma tentativa de unificação em uma teoria moral coerente, quase impossível em tempos atuais e até mesmo não recomendável. A segunda seria o sacrifício próprio da alternância de poder, com o desdobramento do impedimento de modificações mais radicais das legislações, porquanto estas mudanças não seriam coerentes ou levaria um tempo muito longo para implementá-las, pois poderiam ser abortadas em razão das renovadas alternâncias de poder que devem se seguir nesse tipo de modelo de democracia.

A conclusão mais indicada, portanto, parece a de que a moralidade política não deve ser parte nem do parâmetro de constitucionalidade nem de uma obrigação forte do ideal de integridade na legislação, sob pena da adoção de uma moral abrangente obrigatória, que sufocaria o pluralismo político e os ideais democráticos nas democracias representativas e liberais. Demais dessa conclusão, mesmo assim, a adoção de um ideal fraco de integridade legislativa é de extrema utilidade, por não impor uma obrigação ao Legislador de sempre fazer leis coerentes, porquanto impossível, como visto em democracias representativas, como também pela impossibilidade de usar a coerência legislativa como fator de declaração de (in)constitucionalidade de leis vigentes ou da omissão do legislador pela não adoção de legislações coerentes entre si ou com princípios implícitos na constituição. Portanto, o limite à adoção da integridade legislativa é o pluralismo político, que não pode ser reduzido nem rebaixado a segundo plano, sob pena de sufocarmos a diferença, a mudança social, a liberdade e a justiça entre diversos grupos com pensamentos diferentes.

²¹⁶ Art. 3º, I da Constituição Federal.

3.4.2 A integridade judicial e a moralidade como parâmetro de interpretação no controle de constitucionalidade

Não obstante a conclusão da subseção anterior, por um lado, de que o Poder Legislativo não tem obrigação de adotar uma integridade legislativa, muito embora deve, sempre que possível, buscar tornar coerente as diversas normas produzidas, no âmbito judicial, por outro lado, em que se realiza a adjudicação das normas, a integridade judicial deve ter papel importante quando se faz a análise de leis impugnadas pelo vício da inconstitucionalidade, especialmente quando envolver a moralidade política.

Como visto no início desta seção, a integridade judicial é uma das espécies de integridade política. A integridade judicial é voltada precipuamente para o Poder Judiciário, embora também seja direcionada a todo aplicador do direito, que deve entender o direito como um todo moralmente coerente.

Segundo essa teoria, todo julgador deve buscar compreender o direito como moralmente coerente, a partir da ideia de que o Estado deve governar por meio de um conjunto coerente de princípios cujos benefícios se estendam a todos, em igual consideração e respeito e conferindo a cada pessoa uma responsabilidade especial por suas vidas.

Sendo o Estado considerado uma comunidade política de princípios, a ser tratado como um corpo único e coerente, o intérprete não deve levar em consideração apenas as normas e fundamentos da época da criação, mas deve considerar também regras, princípios e decisões que hoje possam tornar essa prática do Direito mais coerente interpretativamente. Dessa forma, a interpretação deve abstrair-se do momento da produção ou da intenção do legislador original, para (re)construir o direito à luz de uma interpretação que hoje indique seu melhor fundamento. Dworkin equipara, portanto, essa interpretação à interpretação estética, a qual busca a melhor luz ou a melhor maneira de compreender uma obra.

Nessa perspectiva, a interpretação do direito é uma atividade criativa ou construtiva, em que o intérprete deve conduzir a interpretação tal como, no que exemplifica Dworkin, deve desenvolver a criação de um *romance em cadeia*. O juiz deve fazer a interpretação como se participasse (e de fato participa) da prática social, como um romancista de um romance em cadeia, que deve partir do material recebido e daquilo que ele próprio acrescentar, mas também daquilo que seus sucessores vão querer que seja acrescentado. Essa interpretação (ou romance) deve ser produzida de forma coerente, como se fosse uma obra de

um único autor, embora produzida por várias mãos.²¹⁷ Tanto o primeiro intérprete, como os seguintes, ao receber o caso e ao interpretá-lo, têm que buscar mostrar o direito em sua melhor luz, o que faz com que a própria comunidade política adira a essa interpretação e o intérprete deve demonstrar não o direito de *uma* comunidade personificada, mas *da* comunidade de princípios em que se encontra imerso.²¹⁸

A integridade judicial funciona, nesse formato construtivista, na interpretação do Direito envolvido sob dois momentos: da adequação e da justificação.²¹⁹ No primeiro momento – da adequação – devem ser levadas em consideração, nessa atividade interpretativa, as leis e as decisões jurídicas anteriores. Nesse momento, o intérprete não pode adotar nenhuma interpretação anterior, realizada no passado por outros intérpretes, ou no futuro, a ser realizada por quem irá interpretar essa nova interpretação, que não seja coerente com as diferentes leituras de personagens, tramas, temas e objetivos que a interpretação requer. Ou seja, deve buscar a interpretação ou interpretações adequadas. Não pode, no caso do direito, desconsiderar elementos importantes do passado, nem acrescentar elementos substanciais que não foram tratados pelos intérpretes anteriores e que não possam ser considerados pelos intérpretes seguintes. O intérprete “terá de encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem-sucedido.”²²⁰

Nos casos dificeis, que mesmo após o intérprete encontrar nesse primeiro momento a interpretação que apreenda a questão sob a melhor luz, poderá ainda haver mais de uma interpretação adequada. Assim, no segundo nível de interpretação, o da justificação, a interpretação deve se ajustar melhor à obra, depois de considerados todos os aspectos da questão²²¹. O intérprete, imerso na comunidade de princípios, deve avaliar a interpretação sob a ótica da justiça, da equidade, do devido processo legal e da integridade, fazendo prevalecer aquela que preserve a melhor interpretação nesta comunidade de princípios, que mostre o direito do melhor modo possível.

Nesses dois momentos, a moralidade política que se encontra dentro do direito, através dos princípios jurídicos explícitos ou implícitos no sistema constitucional, irá servir de sustentação dos argumentos das partes ou dos julgadores, tanto no primeiro momento da

²¹⁷ DWORKIN, 2014a, p. 276.

²¹⁸ CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O Direito como Integridade na Jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. *Seqüência* (Florianópolis), n. 67, p. 251-276, dez. 2013, p. 260.

²¹⁹ DWORKIN, 2010, p. 23.

²²⁰ DWORKIN, 2014a, p. 277.

²²¹ *Ibid.*, p. 278.

adequação, como no momento da justificação, quando se abre a interpretação para outros campos, como a moral, a política, a economia etc.

Feitas essas considerações sobre a integridade judicial na visão de Dworkin, importa questionar: a moralidade política, inserida na atividade interpretativa ou trazida para esse momento, pode ser considerada um parâmetro de constitucionalidade? A resposta não é simples, porque envolve afirmar que a moralidade política encontra-se presente nos princípios expressos e implícitos na constituição. Se assim é, então a moralidade política é parte do parâmetro de constitucionalidade, naquilo que estiver presente nesses princípios. Logo, não é parâmetro toda a moralidade política – no formato que foi definido no capítulo anterior –, mas apenas parte dela e, pode-se sustentar, a parte mais importante, ou eleita mais importante pelo poder constituinte originário ou constituído, somente será parâmetro naquilo que constar no texto da constituição de um país.

O problema surge na questão dos princípios implícitos, que nem sempre é possível visualizar, de pronto, a sua existência, nem mesmo é possível sustentar, em muitos casos, que o poder constituinte ou constituído os tenha previsto ou considerado sua existência. Como a interpretação construtiva, como num romance em cadeia, exige do intérprete considerar nas decisões passadas (leis ou decisões judiciais) ou que possa ser considerada pelos intérpretes seguintes essa interpretação adequada, a inclusão de princípios implícitos pode não se sustentar, seja no momento interpretativo da adequação ou da justificação, quando não for possível estabelecer, no processo interpretativo, que esses princípios se inseriram de forma coerente dentro da trama ou dos objetivos estabelecidos pelo texto constitucional.

Além disso, a inclusão de princípios implícitos, como parâmetro de constitucionalidade, em um desses dois momentos interpretativos, pode fazer com que a análise do controle de constitucionalidade seja levada ao campo do ativismo jurídico, porque pode ultrapassar o momento de adequação, trazendo princípios inexistentes ou inaplicáveis ao caso, como podem ser escolhidas justificações externas que não representem a melhor resposta (ou única resposta) correta ao caso.

Em arremate dos argumentos expostos no início deste capítulo, partiu-se da hipótese inicial de que a moralidade política não é parâmetro de constitucionalidade. Chegada a hora dessa hipótese ser revista; pode-se concluir, amparado na impossibilidade de impor uma integridade legislativa, que não é possível eleger como parâmetro do controle de constitucionalidade a moralidade política. Não obstante a possibilidade de adoção da integridade judicial no âmbito do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, mesmo

assim a moralidade política não pode ser reduzida àquilo que os tribunais dizem, porque deve perpassar pelos procedimentos de criação, perante o Legislativo, e de criação e aplicação do direito pelo Poder Judiciário. Por outro lado, se a outra premissa que ancora este estudo dissertativo for verdadeira, a de que os direitos fundamentais não são a moralidade política e que devem ser considerados como uma ponte entre o Direito e a Moral, usando como substrato a própria moralidade política, sem, contudo, com ela se confundir, é chegado o momento de avançar no desenvolvimento deste tema, para apresentar alguns limites e parâmetros para o controle das decisões judiciais em controle concentrado de constitucionalidade, quando envolvam temas de moralidade política extremamente controversos.

4 OS LIMITES E PARÂMETROS AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA DE MORALIDADE POLÍTICA

No capítulo anterior, foram sintetizadas as bases atuais e as características do controle concentrado de constitucionalidade, pondo em destaque o papel central do Supremo Tribunal Federal nessa modalidade de controle dos atos normativos do Estado, bem como apontou-se a partir dos conceitos de bloco de constitucionalidade e parâmetro de constitucionalidade que a moralidade política não é ou não pode ser parâmetro de constitucionalidade para deslegitimar escolhas morais realizadas pelo Parlamento.

Nessa discussão, aborda-se a integridade política como um valor; contudo demonstra-se que ela não pode ser obrigatoriamente observada pelos legisladores, porque se corre o risco de violar o pluralismo político, valor igualmente importante na sociedade atual. No entanto, a integridade política, na vertente integridade judicial, deve ser um valor incorporado à prática judicial, inclusive pela Suprema Corte e no controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que, com base na integridade judicial, será possível (re)construir o direito à luz de uma interpretação que hoje indique seu melhor fundamento, sem que, por isso, corra-se o risco de violar o pluralismo político e, ainda, dispensando a todos igual consideração e respeito e conferindo a cada pessoa uma responsabilidade especial por suas vidas.

Neste capítulo, objetiva-se, sem a pretensão de exaustão, debater os limites da jurisdição constitucional como guardiã da moralidade política e, para isso, apresentar um conjunto de propostas que permitam a realização de controles das decisões das cortes a partir das próprias regras constitucionais e a partir da adoção de regras procedimentais mais robustas, para o julgamento de temas substanciais mais consentâneos com os direitos fundamentais e com a adoção de teorias dialógicas que privilegie os direitos fundamentais, como escolha da soberania popular.

Trata-se de estabelecer limites e parâmetros que tornem o processo de decisão, especialmente, perante a Corte Constitucional, mais democrático e mais deliberativo, facultando e permitindo a abertura do processo de formação e decisão a todos os interessados, direta ou indiretamente.

A discussão neste capítulo é, portanto, sobre a imposição de limites à função criativa do Supremo Tribunal Federal, que tem sido de grande interesse da doutrina constitucionalista, porquanto traz ao debate os problemas de legitimidade democrática, de alteração informal do texto constitucional, de criação de direitos com fundamento em

princípios implícitos, mas sem consenso na jurisprudência e na doutrina, os quais dão origem ao ativismo judicial.

A moralidade política usada no controle de constitucionalidade de leis, especialmente nos casos de questões moralmente controversas, torna a Corte Constitucional um suprapoder frente à inexistente obrigação de o Poder Legislativo adotar uma moralidade política dominante, como visto no capítulo anterior. O argumento da coerência e integridade, quando aplicado à moralidade política, não pode se socorrer em princípios implícitos, que não são passíveis de reconhecimento no sistema jurídico, tampouco quando as soluções adotadas na resolução dos casos concretos ou mesmo no controle abstrato de constitucionalidade são feitas a partir de opções de política, que deve ser reservada exclusivamente ao Poder Legislativo.

Nessa discussão, o próprio reconhecimento da existência da moralidade política como uma das “matérias” que o controle de constitucionalidade utiliza para a interpretação e aplicação das normas é fundamental, porque, do final da Segunda Guerra Mundial para os tempos atuais, houve uma hiperexpansão dos poderes do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais sobre o campo político. A utilização de diversas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade torna a jurisdição constitucional quase infalível no controle da decisão política, restando apenas o apelo à deferência que alguns juízes ainda têm pela legislação como última janela de defesa de certas decisões políticas. Isso é insuficiente porque a manutenção de certas decisões políticas acaba sendo uma decisão política do ministro ou do próprio tribunal.

Com efeito, defende-se a imposição pelo poder político, seja em nível constitucional, por emenda ao texto da Constituição, ou mesmo em nível legal, de limites à atuação da corte em temas políticos, limitando o papel que deve desempenhar a Corte Constitucional num sistema que privilegia a soberania popular e adota a separação dos poderes.

Contudo, esses limites serão sempre incipientes, se não acompanhados de outras reformulações nos procedimentos de julgamento de questões constitucionais, especialmente em controle abstrato, exigindo-se a adoção de procedimentos internos da Corte para legitimar suas decisões em face das opções do legislador, assim como procedimentos que operem conjuntamente e em parceria com os demais poderes, buscando o entendimento da melhor interpretação, sem pretensão de última palavra, por um ou outro poder, num sistema de separação de poderes.

Primeiramente, segue-se a discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional em temas morais, para, em seguida, ser vista a apresentação dos limites e parâmetros do controle de constitucionalidade em temas morais.

4.1 A legitimidade da jurisdição constitucional para o controle da moralidade política

A legitimidade da jurisdição constitucional, mesmo sendo debatida desde seu surgimento, ainda tem chamado a atenção da doutrina, especialmente quando se identifica, a partir de diversos estudos sobre o assunto, uma expansão dos poderes dos tribunais constitucionais²²² ou a divisão do poder do órgão colegiado, com o aumento, até exponencial, dos poderes monocráticos dos ministros das Cortes Constitucionais. Entretanto, é possível afirmar que as crises do Estado de Direito e do Estado Social, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, alçam a discussão da legitimidade da jurisdição constitucional a um patamar ainda mais diferenciado, porque fazem surgir movimentos diversos em defesa da utilização da jurisdição constitucional como solução das crises constitucionais²²³ que assolam os Estados de Direito nas molduras postas atualmente.

Toda a discussão da legitimidade da jurisdição constitucional gira em torno do tensionamento entre os dois polos originários do modelo de Estado atual²²⁴, no qual o primeiro polo centra-se na soberania popular e o segundo, no constitucionalismo. Enquanto a soberania popular, por um lado, tem na separação dos poderes uma técnica para limitação dos poderes, dividindo (distribuindo) o poder do Estado em três funções primárias, o constitucionalismo eleva como elemento central, no outro lado, a exigência de um órgão estatal próprio para realizar o controle e a fiscalização da aplicação da Constituição. Embora os dois extremos fundamentem uma solução própria para o exercício do poder dentro da distribuição das funções do Estado, não se pode, só por isso, debitá-las apenas no

²²² Para um panorama dessa expansão da Jurisdição Constitucional em nível global: TATE, C. Neal *et. al. The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. E-book.

²²³ Paulo Bonavides faz a distinção entre *crise constitucional* e *crise constituinte*. Diz o professor: “A crise constitucional é a crise de uma Constituição, ou de modo mais frequente e preciso, de um determinado ponto da Constituição.” Já a “[a] crise constituinte costuma ferir mortalmente as instituições, compelindo à cirurgia dos tecidos sociais ou fazendo até mesmo inevitável a revolução.” [...] “A crise constituinte não é, por conseguinte, a crise de uma Constituição, senão do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra, nesse ato, de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.” Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 196-197.

²²⁴ O modelo originário da divisão das funções do Estado tem sustentação no Estado Liberal, no qual o constitucionalismo tem três pilares da legitimidade: a separação dos poderes, para garantir a limitação dos poderes dos governantes; a garantia dos direitos individuais, como direitos negativos oponíveis ao Estado; a legitimação pelo consentimento dos governados através da democracia representativa.

constitucionalismo a criação e a serventia da jurisdição constitucional, porque este órgão do poder jurisdicional do Estado também tem, exatamente por exercer uma parcela da jurisdição, na divisão de funções, um substrato de fundamentação ou legitimidade no princípio da separação dos poderes, uma vez que a finalidade da divisão das funções em órgãos independentes é o controle dos demais poderes.

Assim, nessa primeira divisão das funções do Estado, dentro da teoria da separação dos poderes, a legitimidade da jurisdição constitucional encontra-se, portanto, atrelada à legitimidade do próprio Poder Judiciário ou da função jurisdicional. O fundamento, portanto, dado pela teoria tradicional é que a legitimidade desse poder é decorrente da distribuição das funções pela teoria da separação dos poderes, atribuindo-se ao Poder Legislativo a função de produtor da legislação, ao Executivo a função de executor das leis e ao Poder Judiciário, nessa concepção clássica, a função de aplicação da lei nos casos concretos, com preponderância da subsunção das normas já existentes no ordenamento.

No entanto, neste momento, devem ser questionados a legitimidade e os limites da atuação do Poder Judiciário quando exerce os poderes de criação e de aplicação do direito no caso específico e extrapola sua atribuição, atuando na função própria do Poder Legislativo, criando direito ou inovando normativamente. Isso, além de implicar na falta de legitimidade desse poder quando atua substituindo o Legislador, também desborda dos limites impostos no texto constitucional, que pretende separar, não de forma estanque ou totalmente separada, mas sim de forma típica ou tópica cada uma das funções, exercida de forma preponderante. Por outro lado, é preciso deixar claro que esses limites e a própria legitimidade de todas as funções do Estado, não apenas do Poder Judiciário ou da jurisdição constitucional, vinculam-se claramente com o modelo de Estado, e, no caso da jurisdição constitucional, em especial, a interação (ou não interação) dessa área da jurisdição com a moralidade política presente na sociedade estará refletida na possibilidade efetiva de intervenção por suas decisões nos casos concretos.

A moralidade política, nesse modelo inicial, ainda pode ser considerada como monopólio ou da opinião pública, como ficou demonstrado na subseção 2.3.2, ou de inteira competência do Poder Executivo, quando atua na implementação de leis para manter a moralidade pública, ou do Poder Legislativo, que tem, a certo modo, nos países que adotaram a jurisdição constitucional, o monopólio das decisões políticas nas mais variadas áreas, com mais sustentação no campo da moral política.

No modelo de Estado Liberal, a moralidade política está fora do Estado e, portanto, não há necessidade nem de discutir se a jurisdição constitucional tem atuação sobre

ela, muito menos se tem legitimidade para atuar nesse campo. Nesse período, nos Estados Unidos da América, o surgimento da jurisdição constitucional se dá como desenvolvimento da tradição colonial de suspeita sobre o Parlamento, marcando um protagonismo da Constituição sobre todos os poderes. Na Europa, por outro lado, principalmente na França e na Inglaterra, a soberania do Parlamento, neste último, é absoluta, e na França revolucionária, a jurisdição constitucional foi desenvolvida para não interferir na competência do Legislador, mantendo-o a salvo da magistratura. Essa escolha dos franceses tem dois fundamentos: (1) do mito da lei – respeito cego às decisões do parlamento, que é o representante da nação e não pode haver um controle externo a esse poder; (2) de uma desconfiança profunda quanto à atribuição do controle de constitucionalidade aos juízes, por conta do imaginário de que a magistratura estava comprometida com privilégios de ordem oligárquica e aristocrática – fundamentos para o surgimento da Escola da Exegese e das condições sociais que possibilitaram a Revolução Francesa, em que os juízes representavam o Antigo Regime.²²⁵

Na verdade, nesse período, a jurisdição constitucional não tem legitimidade alguma sobre a moralidade política no modelo de divisão das funções no Estado Liberal, porque, segundo a concepção de Hans Kelsen, desenvolvida já no século XX para a Constituição da Áustria, que se tornou uma alternativa à proposta de controle de constitucionalidade de criação americana do século anterior, as funções do Tribunal Constitucional limitar-se-iam à atuação em casos previstos na Constituição, não havendo possibilidade de interferência nas atribuições e funções do Executivo ou do Legislativo. Nessa época do Estado liberal, prevalece a ideia do *legislador negativo* como função das Cortes Constitucionais²²⁶.

Os direitos fundamentais encontravam-se enlaçados sob a base da separação entre sociedade civil e sociedade política (Estado)²²⁷, na qual o sistema jurídico era um conjunto de regras abstratas para a garantia da segurança jurídica e, principalmente, para atuar na limitação do poder do Estado. No Estado Liberal, o ideário da liberdade é preponderante, sendo anterior ao Estado e ilimitado, conforme leciona Paulo Bonavides, citando o professor alemão Gerhard Leibholz.²²⁸ Os direitos individuais, portanto, representavam a positivação

²²⁵ ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadodireito/article/view/948>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 4-5.

²²⁶ Cf. a seção 3.1. que também fazemos esse debate quando tratamos das bases do controle de constitucionalidade no Brasil.

²²⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53.

dos direitos naturais inalienáveis, existentes em razão da própria natureza humana, o que os tornavam inalienáveis e irrevogáveis pelo legislador ordinário. As constituições, no período do Estado Liberal, teriam papel de assegurar a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral.

No entanto, com a crise do modelo tradicional, o afastamento do fundamento de legitimidade do Poder Judiciário, que o extraia do primado da lei e da completude do ordenamento jurídico, que entrou em declínio ante ao aumento da complexidade da vida social e da impossibilidade do direito regular todas as situações, bem como de o direito constitucional ser aplicado integralmente sobre os demais ramos do direito, passa-se a questionar a própria legitimidade do Poder Judiciário. Essa ainda é uma das bases das críticas à legitimidade da jurisdição constitucional atualmente.

É com o Estado Social e, depois, com o Estado Democrático de Direito, que a jurisdição constitucional passa a ter um papel central para a implementação dos direitos sociais e, com isso, um avanço sobre a moralidade política, que há muito era tema apenas da sociedade civil e, quando muito, em assuntos de moral pública, regulado pelo Poder Executivo, que atuava nos espaços públicos, como visto na subseção 2.3.1. Dessa forma, com essa nova atribuição, o Poder Judiciário terá que atuar sobre temas da moralidade política, afunilando-se a tensão entre soberania popular e constitucionalismo.

Para melhor situar essa temática, observa-se que as bases do Estado Democrático de Direito são o próprio Estado Social. Este foi inaugurado nas primeiras décadas do século XX, com a Constituição do México (1917) e de Weimar (1919), e nele o constitucionalismo e a jurisdição constitucional têm suas funções resignificadas. Para além da defesa da liberdade, protegida em essência pela cidadania representativa no Estado Liberal, o Estado Social se sustenta no valor da igualdade, que é a fonte dos direitos de segunda geração, com conquistas no campo dos direitos sociais, culturais, econômicos e dos direitos coletivos ou da coletividade, na busca da superação das desigualdades. Nessa nova formação do Estado, liberdade e igualdade encontram-se no mesmo patamar de concretude, com possibilidade de aplicabilidade imediata, superando o caráter meramente pragmático dos textos constitucionais.

Os direitos fundamentais, nesse período, passam a ter importância essencial para o constitucionalismo social e a jurisdição sofre uma mudança que a afasta radicalmente do modelo liberal. Os direitos fundamentais não são apenas direitos de primeira geração que defendem o cidadão do Estado; porém, para além dessa função, são direitos a uma prestação, como também passam a ter a função de incluir objetivos políticos através de princípios. Isso

modifica o eixo, como visto, da legitimidade, fazendo surgir, ainda que reconhecida tardiamente, uma ordem objetiva de valores definidos pelos direitos fundamentais, como já analisado no item 2.4.3.2. Conforme preleciona Habermas:

Comparada à tese positivista da separação, a materialização do direito carrega atrás de si uma “remoralização”, a qual *afrouxa* a ligação linear da justiça às vantagens do legislador político, na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípios e argumentos políticos visando à determinados fins.²²⁹

O judiciário afasta-se das amarras da revelação do que consta na lei para encarar a interpretação não apenas como aplicação, mas como ato de criação, complementar ao trabalho do legislador, com a finalidade de prestigiar a ideologia estabelecida no Estado Social.

A irredutibilidade a parâmetros simples, para fins de subsunção própria do paradigma anterior, do Estado Liberal, as normas dispostas em códigos passam a ser insuficientes na regência da complexidade da vida em sociedade. Nesse ponto, o papel da jurisdição constitucional, que já vinha atuando em razão da omissão do Legislador, passa também a atuar como legislador concorrente ou subsidiário para a concretização de uma “ordem de valores” extraída das normas constitucionais, que seriam a tradução da ordem axiológica hegemônica na sociedade²³⁰, superando, de vez, o dogma do legislador negativo.

A moralidade política passa para o centro dessa discussão. Observa-se, nos Estados Unidos da América, na Corte Warren (Chief Justice Earl Warren – 1953-1969), uma série de decisões sobre questões morais, a exemplo das decisões sobre igualdade racial (*Brown vs. Board of Education* e *Miranda vs. Arizona*), os direitos à privacidade e o direito ao aborto (*Roe v. Wade*). Essa é uma virada importante, porque as questões de direito sobre liberdade e igualdade passam a ser tratadas como questões de moralidade política e a Suprema Corte Americana passa a tratá-las como parte das questões jurídicas, resolvendo a controvérsia supostamente fora da política.

Neste momento, a discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional para decidir temas morais controversos em nome da sociedade passa a ser importante para todos, porque, no julgamento de um caso com grande repercussão nas vidas das pessoas, a depender da solução dada pela Corte Constitucional sobre os temas morais, essa decisão poderá ser qualificada como ativista, exatamente porque avança sobre a competência da política, gerando contestação sobre a legitimidade dessa decisão, mantendo o debate aceso na sociedade.

²²⁹ HABERMAS, v. 1, 1997. p. 306.

²³⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 188.

Com efeito, nesse ponto há mais uma crise, a do Estado Social, no surgimento do Estado Democrático de Direito a partir dos anos de 1950, no pós Segunda Guerra Mundial, quando o Poder Judiciário passa a ter funções crescentes, numa expansão de poderes, por vezes espontânea no tempo, por vezes incrementada por políticas de Estado, visando ao afastamento da crise do próprio Estado. Uma das causas pode ser o aprofundamento da crise do Direito moderno – simplificado e regido por códigos, em contraposição à complexidade da sociedade pós-moderna.²³¹

O surgimento do Estado Democrático de Direito, que não é apenas um paradigma que supera o Estado Liberal, consolida-se como uma síntese superadora e catalisadora dos pressupostos essenciais do Estado Social, modificando o seu eixo, que girava apenas sob o suporte da igualdade material e da justiça, adotando-as, mas se fundando, preponderantemente, na democracia, que não deixa de ser uma ideia síntese desses dois pressupostos, já que é voltada *para* o povo e *pelo* povo. Enquanto, no Estado Social, contentava-se com o Estado, prestando as atividades materiais em favor do povo, o que acabou levando ao paternalismo e imobilismo social, o Estado Democrático de Direito vai se reestruturar com o prestígio à participação, no qual os direitos fundamentais – princípios bases do constitucionalismo democrático – e os demais princípios constitucionais serão o cerne da legitimidade do exercício do poder.

Além disso, ao contrário do Estado Liberal e, também do Estado Social, que tinham bases mais fortes na função da lei, o Estado Democrático de Direito, embora ainda atue conforme a lei, essa atuação deve se encontrar condicionada pela forma e conteúdo conforme as normas constitucionais, especialmente os direitos fundamentais. Vale enfatizar que a validade substancial do ato editado pelo Legislador tem significativa importância na definição de uma lei, se constitucional ou não.

A legitimidade não decorre, tal como no Estado Liberal, apenas da legalidade. No Estado Democrático de Direito, ainda no mesmo pressuposto do Estado Social, a legitimidade é decorrente dos direitos fundamentais, é a parte inovadora da necessidade de ratificação popular das políticas do Estado, não bastando apenas a aprovação das leis, estas devem ser compatíveis com aqueles dois fundamentos. Mais do que fundamentado nos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito evolui e se fundamenta também na

²³¹ AGRA, Walber de Moura. **Jurisdição constitucional:** diretrizes para o incremento de sua legitimidade. 2003. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4861>. Acesso em: 21 dez. 2020. p. 234.

democracia, afastando a necessidade de tutela de ditaduras ou de justificativas em entes superiores, bastando a legitimização pela vontade popular.

Nesse ponto, a moralidade política pode ser colocada como uma ponte entre os direitos fundamentais, a igualdade material e a justiça, cimentando a atuação do Estado e, por certo, a atuação de todos os poderes, em especial do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional. A legitimidade, portanto, não mais deve ser haurida da legalidade, nem apenas da conformação da interpretação criativa dos direitos fundamentais, necessita corresponder aos valores éticos vigentes na sociedade, a padrões morais preponderantes, que a política, no seu atuar, não pode mais desconhecer, sob pena de violação das normas, regras e princípios existentes no ordenamento jurídico, com base na Constituição.

No entanto, essa mudança é mais um catalisador de expansão dos poderes da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário, porque a consideração da moralidade política nos julgamentos dos temas requer uma atuação fora do parâmetro constitucional das divisões dos poderes, uma vez que ao Poder Legislativo caberia a mediação da moralidade política através da edição de legislações para resolver, no nível normativo, os conflitos sociais com maiores impactos na vida social.

Mantém-se, portanto, a crise constitucional, que é resultante do agravamento da crise do próprio Estado, surgida com a pós-modernidade, caracterizada pela complexidade social das economias avançadas, decorrente especialmente do fenômeno da globalização, bem como da ressignificação do sentido da soberania dos Estados nacionais²³², com o surgimento de diversas instâncias supranacionais e regionais (como a União Europeia, transformada da Comunidade dos Estados Europeus). Há uma agudização da crise dos poderes constituídos, especialmente do Poder Legislativo, que tem seus poderes ora usurados por meios institucionais (como, no Brasil, as medidas provisórias) e também pelo Poder Judiciário, que tem sido cada vez mais acionado para resolver questões políticas.

A solução que se avizinha deve levar em conta essa mudança na sociedade pós-moderna, mas também na manutenção da soberania popular e do Estado Democrático de Direito, exigindo-se do Poder Judiciário a atuação para compatibilizar as decisões em controle de constitucionalidade com a moralidade política existente na sociedade, mas isso a partir de procedimentos que envolvam a maior quantidade de atores na interpretação das normas constitucionais, sendo uma solução que deve compatibilizar as posições substancialistas e

²³² Cf. ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica Dello Stato di Diritto. In: **Lo Stato di Diritto. Storia, Teoria, Critica.** Milano: Feltrinelli, 2003. p. 59-60.

procedimentalistas, com preponderância para os direitos fundamentais como vetores éticos de todo o sistema constitucional.

4.2 Os limites materiais da jurisdição constitucional para julgar legislação com escolhas morais

No Brasil, em razão da adoção do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988 e também pela regra estabelecida no art. 102, sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, acerca da *guarda da constituição*²³³, deve-se estabelecer quais os limites materiais da atuação desse *braço do poder*. Quais os limites, quem detém a última palavra e, em especial para este estudo, quais os limites da atuação da Corte Constitucional em temas de moralidade política são questões de grande relevância, porque visam a estabelecer mais elementos para aferir a legitimidade das decisões judiciais e, mais ainda, estabelecer até que ponto os demais poderes podem, livremente ou por opção popular, estabelecer políticas públicas sem violar a Constituição.

O esclarecimento sobre alguns limites materiais da jurisdição constitucional em temas morais, para além das pressupostas questões sobre os limites dos três poderes, põe-se como início para inverter a lógica atual, de que a Corte Constitucional tem a reserva da última palavra em todo e qualquer assunto e, como tal, a reserva sobre os limites dos poderes das demais funções do Estado. Contudo, na lógica de um Estado Democrático, as opções legais, estabelecidas pelo Direito, são ou devem ser realizadas pela via democrática, através daqueles órgãos legitimados e fixados na Constituição que estão mais próximos do povo, seja por um modelo de representação, numa democracia representativa, seja por um modelo deliberativo, quando a participação popular poderá ser ainda maior nos processos deliberativos ocorridos perante e pelas três funções estatais, ainda que nem todas tenham seus representantes eleitos.

Nesses dois primeiros pressupostos – Estado Democrático e Estado de Direito –, tem-se que algum limite deve ter os poderes da Corte Constitucional na análise das questões constitucionais em temas materiais, sendo que a moralidade política não está à disposição desse órgão constitucional, mas decorre da própria atuação, interpretação ou vontade da sociedade como um todo, não podendo a moralidade política ser tema exclusivo de um grupo

²³³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição, [...]: *in: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

reduzido de integrantes de um órgão, mesmo que emanada a sua competência da própria Constituição.

A moralidade política, nesse modelo de Estado Constitucional, é um vetor externo de limitação da jurisdição constitucional, com a qual a sociedade exerce pressão através de diversas formas, seja pela atuação dos agentes envolvidos na jurisdição constitucional diretamente (legitimados das ações constitucionais, advogados, constitucionalistas etc.) ou indiretamente, através da opinião pública ou da imprensa. Contudo, o meio pelo qual ingressa a moralidade política na jurisdição ainda é incerto, porque a Constituição e as leis não são as únicas manifestações da moralidade política, pelo contrário, trazem apenas uma parcela da moralidade política e, geralmente, uma parcela dominante, oriunda das decisões políticas que o constituinte originário, o derivado e o legislador ordinário impuseram no jogo das maiorias.

A moralidade política é mais do que isso e, em razão desse fato, a interpretação constitucional realizada pelos Tribunais Constitucionais tem importante tarefa de adequação das normas existentes à moralidade política e vice-versa. Os pontos de contato entre moralidade política e legislação e entre moralidade política e jurisdição constitucional estão todos estabelecidos no texto constitucional, porque falar em limites materiais da jurisdição constitucional é falar nessas normas que descortinam a atuação tanto do constituinte derivado e do legislador ordinário, no primeiro momento de estabelecimento de normas legais na implementação da Constituição proposta pelo constituinte originário, quanto da jurisdição constitucional que faz o controle em face das normas constitucionais.

Nesse contexto, serão analisados nesta seção quais limites existem na interação entre moralidade política e normas constitucionais, com enfoque na jurisdição constitucional, que é o tema deste capítulo e objeto de estudo desta dissertação. A doutrina da *political questions* é um primeiro limite, assunto que deve ser revisitado para se observar a correlação entre jurisdição constitucional e a política, ou seja, para a compreensão de como o jurídico e o político estão interligados, mas que até não vislumbra um limite bem desenhado, nem juridicamente, nem politicamente. Por fim, como um limite importante ao Estado Constitucional, os direitos fundamentais devem ser considerados como parâmetros da moralidade política, também a ser observado pela jurisdição constitucional.

4.2.1 As questões políticas. É possível estabelecer esse limite?

As questões políticas são os primeiros limites materiais a serem considerados para limitar a atuação da jurisdição constitucional em temas gerais e também sobre a moralidade

política²³⁴. O que se pode conceber como questões políticas? E, diante do atual desenvolvimento da doutrina e jurisprudência, ainda é possível fixar esse limite aos tribunais constitucionais?

Para Felipe Braga Albuquerque, as questões políticas não podem ser consideradas exclusivamente como “atos de governo”, primeiro porque as questões políticas são enquadradas como políticas mais pelo ângulo da competência do que pela matéria. Segundo, cada um dos três poderes deve aplicar e interpretar a Constituição no âmbito de suas competências atribuídas constitucionalmente²³⁵. Ainda segundo Albuquerque, citando Dromi, as questões políticas podem ser enumeradas como “a) atos relativos às relações internacionais (declaração de guerra, concessões de tratados, manutenção ou rompimento das relações diplomáticas); b) as ações relativas à segurança interna (estado de sítio, intervenção federal); c) as ações relativas às relações entre os poderes do Estado (veto, abertura e fechamento dos parlamentos).” Ou seja, as questões políticas seriam “àqueles assuntos que se inserem no domínio da prudência política, virtude por excelência inerente à atuação dos poderes políticos do governo: Legislativo e Executivo.”²³⁶

Essa discussão, no entanto, não é recente. As questões políticas (*political questions*) como objeto de atuação da Corte Constitucional é tema já discutido no início das primeiras decisões na Suprema Corte Americana, especialmente no já referido caso *Marbury vs. Madison*, no qual já houve uma tentativa de segregação das atividades que envolviam as competências dos outros poderes. Nesse julgado, o *Chief Justice* Marshall, mesmo que tenha estabelecido, com base no artigo VI da Constituição Americana²³⁷, o chamado controle de

²³⁴ Elival da Silva Ramos trata da necessidade de abordar esse assunto da seguinte forma: “Qualquer tentativa de assentar critérios dogmáticos para a filtragem das práticas judiciárias, reputando-as ativistas ou não, há de passar, necessariamente, pela doutrina das *questões políticas*. [...] tem sido esse o parâmetro invocado com mais frequência [...] para extremar o campo de atuação constitucionalmente franqueado ao Poder Judiciário, daquele em que lhe é vedada a incursão, sob pena da infringência ao princípio da separação dos Poderes”. Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 145.

²³⁵ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política:** Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2011. Disponível em <<http://dspace.unifor.br/handle/tede/87106>>. Acesso em: 07 set. 2018. p. 105.

²³⁶ *Ibid.*, p. 106.

²³⁷ O artigo VI da Constituição Americana traz o seguinte texto: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.” Em tradução livre: “Esta Constituição dos Estados Unidos e as suas Leis Complementares, feitas em seu cumprimento; e todos os tratados celebrados, ou que venham a ser celebrados, sob a autoridade dos Estados Unidos, são a lei suprema do país; e os juízes em todos os Estados serão obrigados a observá-los, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de quaisquer dos Estados”. In: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1776).

constitucionalidade difuso, conduziu seu voto pela improcedência do *writ of mandamus* impetrado por Marbury e estabeleceu, assim, a doutrina das *questões políticas*.

Segundo Lima²³⁸, essa doutrina das questões políticas é um inegável exercício de auto contenção da jurisdição, mas caracteriza uma fina ironia praticada pela Corte Constitucional, porque, por um lado, é uma incontestável decisão política deliberada pela própria Corte, a qual, por outro lado, adota critérios políticos para não decidir certos casos tidos como assuntos políticos. Dessa forma, ao estabelecer para esses casos critérios prévios, a Corte Constitucional acaba confirmando sua autoridade para decidir quais questões estão fora da competência dos outros poderes, ou seja, essa doutrina possibilita que seja definido, pela Corte Constitucional, qual tema e quem tem a prerrogativa de decidir esse tema. Em última análise, a Corte acaba tendo a última palavra sobre a competência dos demais órgãos e, por consequência disso, pode decidir nesses temas, porquanto poderá entender que não se trata de questões políticas afetarem os demais poderes e admitir que afetam direitos individuais e, assim, afastar o entendimento dado pelo poder originalmente competente pela Constituição.

A doutrina das questões políticas nasce, portanto, como uma forma de auto contenção da própria jurisdição ao se autoimpôr limites de atuação em questões que cabem aos outros dois poderes, contudo, a juízo dos próprios membros da Corte Constitucional.

Leda Boechat Rodrigues, que estudou a história do Supremo Tribunal Federal e também fez comparação da Corte brasileira com a americana, apresenta as questões políticas como aquelas não decididas pelo Poder Judiciário, mas que só são tratadas assim em razão de decisão do próprio Poder Judiciário, que escolhe quais questões e sob quais fundamentos elas são consideradas políticas.²³⁹

No Brasil, nas Constituições de 1891 (art. 68) e de 1934 (art. 94), ficou estabelecido que “[é] vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Também essa norma foi estabelecida durante a ditadura civil-militar, no Ato Institucional nº 5, que vedou toda ou qualquer atuação do Judiciário sobre as decisões

²³⁸ Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/article-6/>. Acesso em: 23 dez. 2020.

²³⁹ LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e auto contenção no Supremo Tribunal Federal:** uma proposta de delimitação do debate. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em: 21 dez. 2020.

²³⁹ RODRIGUES. Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano.** Rio de Janeiro: Revista Forense. 1958. p. 198.

tomadas com fundamento nesse ato.²⁴⁰ Na atual Constituição Federal de 1988 não há essa limitação da jurisdição constitucional, mas isso não significa dizer que ao Supremo Tribunal Federal caiba a análise e julgamento de toda e qualquer questão, mesmo que sejam questões *exclusivamente* políticas e de competência dos demais poderes da União.

Ao longo da sua história, o Supremo Tribunal Federal tem decidido diversos casos, enquadrando-os como questões políticas. O primeiro exemplo foi o tratado por Rui Barbosa, que impetrou *habeas corpus*, em 1891, sustentando que, no caso de violação de direitos individuais, não havia que se falar em *political questions*, requerendo então a atuação do Supremo Tribunal Federal, que não caberia ao Tribunal envolver-se em questões políticas do Poder Executivo ou do Legislativo.²⁴¹ O próprio Rui Barbosa, em seu livro *Atos inconstitucionais*, já tratou de defender a possibilidade da atuação da jurisdição constitucional quando o ato atacado violasse direito individual²⁴², evitando, segundo sua defesa, que houvesse “região política” “impenetrável à autoridade da justiça”, conforme salientou Elival Ramos em análise dessa posição do constitucionalista baiano²⁴³.

Sob a vigência da atual Constituição de 1988, um tema que envolve, por um lado, a própria política e, por outro, também a moralidade na atuação política, foi tratado e regulamentado por decisão do Tribunal Superior Eleitoral, desconsiderando-se o âmbito de competência do Poder Legislativo e até mesmo do poder constituinte derivado, que deveria ter regulamentado o tema da fidelidade partidária. O Tribunal Superior Eleitoral, em 2007, editou a Resolução nº 22.610/07, que tratou da perda do mandato por infidelidade partidária, o que gerou duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns nº 3999 e 4086), as quais foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou a referida resolução plenamente constitucional, até que o Congresso Nacional regulasse o assunto através de lei ordinária.

A decisão, conforme o voto vencido do Ministro Eros Grau, afronta a própria Constituição Federal, já que o TSE não tem poderes para “expedir novos princípios sobre

²⁴⁰ “Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como...”. Cf. BRASIL. **Ato Institucional nº 5**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em 29 dez. 2020.

²⁴¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal - 1891-1898**: Defesa das liberdades civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1, p. 22.

²⁴² Cf. BARBOSA, RUI. **Os actos inconstitucionais**: do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>. Acesso em: 29 dez. 2020.

²⁴³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 147.

matéria eleitoral”, que “nem poderia essa faculdade a ele ser conferida pelo Supremo Tribunal Federal”, sendo que, nesse caso, houve evidente exercício de poder normativo, que nenhuma das duas Cortes receberam da Constituição Federal.²⁴⁴

Nesse caso, o que houve foi o afastamento da doutrina das *questões políticas*, uma vez que o tema é de competência do Congresso Nacional, que tem poderes para regulamentar o processo eleitoral e os partidos políticos, conforme o art. 17, IV, e art. 22, I, ambos da Constituição Federal. Além disso, trata-se de questão política material, porque não se pode alegar que fere direitos individuais a omissão na regulamentação da fidelidade partidária, sendo que a regulamentação por resolução pelo TSE acabou criando direito não existente, que foi a aquisição de direito das agremiações partidárias de resgatarem os mandatos de seus parlamentares que mudaram de partido, assim como para o suplente reivindicar esse direito nos casos previstos na referida resolução.²⁴⁵

A análise desse limite material, no entanto, envolve três argumentos que permitem ao Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional brasileira, avançar sobre a competência dos Poderes Legislativo e Executivo. Trata-se do argumento da inafastabilidade da jurisdição constitucional, previsto no art. 5º, XXXV²⁴⁶ da Constituição de 1988; o segundo, decorrente desse dispositivo, refere-se à análise de *questões políticas*, quando violem direitos fundamentais ou individuais, e o terceiro, é o fato de a moralidade política ser considerada decorrente da interpretação dos princípios explícitos ou implícitos na Constituição.

O primeiro argumento, que defende a adoção da doutrina das *questões políticas*, utiliza-se da regra da inafastabilidade da jurisdição para sustentar que não é permitido ao Judiciário deixar de analisar ações que aleguem a lesão ou ameaça de direito e, de consequência, também deixar de apreciar, sob esse mesmo fundamento, questões constitucionais pela jurisdição constitucional, quando se tenha questões políticas discutidas nessas ações. Esse argumento tem sido utilizado para aceitar a apreciação de qualquer questão que seja lesivo a direitos previstos na Constituição, o que torna a jurisdição constitucional fora dessa limitação material, inclusive em razão da moralidade política, que, por ser um tema

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3999/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 abril 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88108/false>. Acesso em: 29 dez. 2020.

²⁴⁵ Não serão feitos estudos aprofundados sobre essa Resolução e sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidades nesta dissertação, porém trago o exemplo para demonstrar que, com o abandono da doutrina das questões política, o Supremo Tribunal Federal passa a ter poderes normativos para regulamentar ou chancelar a regulamentação por outros órgãos que não o expressamente competente, conforme a Constituição Federal, que, neste caso, entendemos ser o Congresso Nacional.

²⁴⁶ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompile.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

vinculado a direitos, dificilmente deixará de ter pelo Supremo Tribunal Federal a admissão de uma ação e o julgamento de afronta a direitos dessa natureza.

Decorrente disso, o Supremo Tribunal tem sempre ressalvado, em sua jurisprudência, que a análise de questões políticas somente deve ser admitida quando forem violados direitos individuais, em adoção à teoria americana fixada desde *Marbury vs. Madison* e trazida para o Brasil por Ruy Barbosa, com já citado alhures. Com base nessa alegação, o Supremo Tribunal Federal, na prática, não reconhece mais questões exclusivamente políticas, o que é lícito concluir que Suprema Corte brasileira pode apreciar toda e qualquer demanda que lhe seja apresentada, sob a alegação de violação dos direitos individuais. Assim, nesse caso, a alegação de que algumas matérias de moralidade política são tipicamente políticas se mostra insuficiente, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal exerça, como guardião da Constituição, a última palavra em todas as questões que envolvam moralidade política.

Por último, o tema das *questões políticas* tem ficado ainda mais arrefecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em razão da adoção dos pressupostos do neoconstitucionalismo, a doutrina dos princípios tem levado a jurisdição constitucional a analisar todos os principais temas de moralidade política. Além do exemplo citado acima (fidelidade partidária), podem ser citados outros não menos importantes julgamentos com temas de moralidade política, como as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); a restrição ao uso de algemas (Súmula Vinculante nº 11 e HC 91952/SP); o debate sobre ações afirmativas e quotas raciais (ADI 3330); a extradição do italiano Cesare Battisti (MS 27875/DF); o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132); o aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF).

Esses três argumentos favoráveis ao afastamento da doutrina das questões políticas e ao avanço ou expansão dos poderes da jurisdição constitucional não são compatíveis com um Estado Democrático, em que o poder emana do povo. Isso porque, como se verá na subseção seguinte, a jurisdição constitucional deve, por função precípua, preservar os direitos individuais e, com isso, implementar a proteção da democracia, contudo, realizando essa essencial função pela amplificação da participação popular nas discussões em temas morais e políticos.

Com efeito, como defende Elival Ramos, não se deve adotar a doutrina das questões políticas para deixar fora da jurisdição constitucional a análise de matérias políticas, que com questões políticas não se confunde, mas sim pela impossibilidade do controle jurisdicional de adentrar nos critérios de conveniência e oportunidade, na adoção de uma

determinada interpretação *constitucional* que o legislador estabelece através da lei.²⁴⁷ Isso não vedaria, entretanto, à jurisdição constitucional sindicar essa interpretação, se compatível ou não com as normas constitucionais, mas não lhe permitiria adentrar na conveniência de adotar uma legislação sobre um dado assunto, quando o legislador deixou de exercer sua competência.

Assim, embora não deva deixar de reconhecer a possibilidade do exercício da jurisdição constitucional em face de violação de direitos individuais, não é a Corte Constitucional, no exercício do controle abstrato, o local para encerrar discussão sobre temas tão relevantes, que, ao final, terão grande repercussão na vida coletiva (como no exemplo acima, da fidelidade partidária, que envolve o direito eleitoral), como na vida individual (a exemplo dos casos de regulações de temas que dividem a opinião pública de forma profunda).

Antes de tratar do segundo limite material proposto neste estudo, propõe-se na subseção seguinte uma distinção entre juízo de constitucionalidade e juízo político, que pode oferecer um caminho alternativo para evitar o avanço da jurisdição em questões políticas, sem a pretensão de tê-lo como solução única ou que resolva de vez o problema, mas como contribuição ao debate da expansão da jurisdição constitucional.

4.2.2 Juízo de constitucionalidade e juízo político ou decisão política. Juízo de constitucionalidade e juízo de legalidade

Marina Gascón Abellán, em *Interpretación y argumentación jurídica*²⁴⁸, faz a distinção entre juízo de constitucionalidade e juízo de legalidade e, também, entre juízo de constitucionalidade e juízo político ou decisão política, que pode ser um instrumento de interpretação bem útil na discussão desse limite material das questões políticas, cuja análise se concluiu anteriormente. Com efeito, essa separação entre distintos juízos interpretativos traz uma chave para atuação da jurisdição constitucional, que possibilita o controle sobre essa atuação das Cortes Constitucionais em questões morais e políticas. Além disso, essa distinção coloca em lados distintos a questão da competência, por um lado, do Poder Legislativo, nas escolhas políticas e, por outro, do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, no controle dos limites impostos na Constituição, seja através dos direitos fundamentais ou das regras de competência que distribui o controle político aos demais poderes.

²⁴⁷ RAMOS, 2015, p. 147-148.

²⁴⁸ ABELLÁN, Marina Gascón. **Interpretación y argumentación jurídica**. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003. p. 152-154.

De acordo com Abellán, na distinção entre juízo de constitucionalidade e juízo político (democrático), a lei, quando atua como expressão de direitos políticos democráticos, tem uma razão autônoma frente à Constituição e um âmbito próprio, sobre o qual a Constituição não pode incidir.²⁴⁹

Essa distinção, entretanto, tem como pressuposto a relação que a lei tem com a Constituição, que Abellán apresenta em dois modelos: o modelo constitucionalista ou judicialista e o modelo democrático ou legalista. No primeiro modelo, a Constituição é um projeto político bastante articulado ou fechado e ao legislador compete a sua execução, de modo que a Constituição determina em que grau deve o legislador atuar, bem como qual deve ser a orientação política em numerosas matérias. O modelo é *constitucionalista* porque é na Constituição que há a pré-determinação da solução, cabendo ao legislador *revelar* essa solução. E é *judicialista*, porque o controle dessa solução compete aos juízes, especialmente à jurisdição constitucional, que desempenha um papel fundamental na determinação das normas legais que configuram o sistema em cada momento.²⁵⁰

Esse é um modelo preponderante para os defensores do substancialismo, porque, partindo do pressuposto de que a Constituição tem normatividade e deve ser aplicada diretamente sem intervenção do Legislador, isso possibilitaria um controle ainda maior a ser realizado pela jurisdição constitucional e pelo judiciário sobre os diversos temas tratados na Constituição, inclusive sobre os temas morais. Isso, ainda, possibilitaria a intervenção judicial em omissões do Legislador, até mesmo na implementação de normas ou leis temporárias para colmatar lacunas ou incompletudes no sistema jurídico, como proteção de direitos individuais.²⁵¹

Já no segundo modelo, o *democrático* ou *legalista*, a Constituição se limita a fixar as regras do jogo democrático e as competências políticas, mas sem participar diretamente desse jogo, porque somente determina *quem manda, como manda* e, em alguma medida, *até onde pode mandar*. Por isso, pode-se determinar como *democrático* esse modelo, porque a Constituição não pré-determina a solução de todos os conflitos, mas traz tão somente as regras do jogo e os marcos abertos de valores onde o legislador pode mover-se. O modelo é, por esse

²⁴⁹ ABELLÁN, 2003, p. 152.

²⁵⁰ *Ibid., loc. cit.*

²⁵¹ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção (ADO nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733), julgou procedentes essas ações e determinou a aplicação da Lei nº 7.716/89 aos casos de homofobia ou transfobia, em clara adesão à moralidade política e em substituição da vontade do Legislador. Cf. OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. **REVISTA CEJ (BRASÍLIA)**. v. 24, p. 55-63, 2020.

enfoque, *legalista*, porque é o poder político, em cada momento, que se encarrega de fazer a realidade em que a Constituição é possível existir. Neste caso, o papel do legislador é preponderante, ficando à jurisdição constitucional a reserva de competência para declarar inconstitucional uma lei somente quando esta fugir dos marcos políticos que a Constituição permite.²⁵²

Assim, na primeira distinção entre juízo constitucional e juízo político, a adoção do modelo democrático valoriza a atuação do Poder Legislativo, o qual terá a missão de integrar a moralidade política através das opções políticas pela adoção da legislação compatível com a Constituição. Além disso, enquanto o Poder Legislativo exerce o poder político, cuidando das questões políticas, como são exemplos os temas de moralidade política, a jurisdição constitucional atua no juízo constitucional, evitando que a atuação política do Poder Legislativo seja realizada em confronto ou ao lado da Constituição.

Noutra distinção, entre o juízo de constitucionalidade e juízo de legalidade, Abellán trata de distinguir o campo de atuação da jurisdição constitucional e da jurisdição ordinária, especialmente em países como o Brasil, no qual a Corte Constitucional exerce as funções de jurisdição constitucional e de última instância da jurisdição ordinária. Nesse caso, o juízo de constitucionalidade não incide no âmbito próprio da legislação ordinária, que tem uma razão autônoma. Assim, somente seria possível revisar uma decisão dos juízes ordinários em questões constitucionais nos casos concretos quanto à sua adequação ao texto constitucional, ou seja, não consiste em fixar a “melhor” interpretação da lei, mas rechaçar aquelas interpretações que resultem em incompatibilidade com a Constituição.²⁵³

Essa última distinção realizada por Abellán contrasta com a teoria da Dworkin, que, adotando a teoria da integridade na jurisdição, exige que os juízes busquem a melhor interpretação possível, como se o caso fosse um romance em cadeia, tal como já rememorado acima na subseção 2.1.2.3 do capítulo dois. Contudo, essa distinção aplica-se na avaliação das leis pelo judiciário e, com mais razão, pela jurisdição constitucional quando analisar as interpretações realizadas pelo legislador dos temas constitucionais na aprovação de leis. Isso porque, como se sustenta neste estudo, o legislador não está obrigado a adotar a teoria da integridade, porque isso é pôr em perigo o pluralismo político²⁵⁴.

Dessa forma, é possível vislumbrar as distinções entre juízo constitucional e juízo político, com também entre juízo de constitucionalidade e juízo de legalidade, com critérios

²⁵² ABELLÁN, 2003, p. 152-153.

²⁵³ *Ibid.*, p. 154.

²⁵⁴ Cf. a seção 3.4.1. do capítulo 3.

razoáveis para evitar que a Corte Constitucional invalide escolhas políticas ou morais que não sejam a *melhor* interpretação da Constituição, desde que essas escolhas sejam uma das interpretações possíveis, não violando os direitos fundamentais, nem desfavorecendo as minorias em questões morais ou políticas. A defesa do contrário, por outro lado, prioriza a jurisdição constitucional, que não tem função política de exercer a melhor escolha em face das escolhas do Legislador, somente porque se entende que decide por último, tendo em vista que não há essa previsão na Constituição.

Em questão de moralidade política, essa adoção da distinção entre juízos políticos e juízos constitucionais, e também entre estes e juízos de legalidade, impõe à jurisdição constitucional, a partir da técnica de interpretação conforme, um exercício de autocontenção sobre as escolhas políticas. Como os direitos fundamentais são normas geralmente expostas em linguagem aberta ou com sentido indeterminado, essa tarefa da jurisdição constitucional deve ser melhor delimitada até mesmo pelo texto constitucional, buscando separar as competências dos órgãos e impondo à jurisdição constitucional o respeito a essa divisão, a partir de regras que privilegiam a competência do Legislador, em detrimento de interpretações manipulativas aditivas ou corretivas das escolhas políticas. A exigência de autocontenção não pode ser praticada pela Corte Constitucional e, de resto, pelo Poder Judiciário, apenas por opção pessoal ou institucional de uma gestão realizada por alguns membros ou apenas pelo presidente de uma Corte, mas como implementação de interpretações de normas constitucionais que devem redesenhar as atribuições das funções constitucionais, redistribuindo entre elas a análise, por um lado, de questões procedimentais para a garantia do regime democrático e, por outro, atribuindo-as em sua maioria ao Parlamento, e em sua minoria, à Corte Constitucional, das questões substanciais essenciais ao Estado Democrático.

4.2.3 Direitos fundamentais como limite material à jurisdição constitucional

Iniciou-se no capítulo 2, na seção 2.4. que trata dos direitos fundamentais, a ideia de que os direitos fundamentais são a moralidade constitucional, sendo discutido se haveria uma vinculação geral dessa moralidade aos poderes do Estado, debatendo-se as razões históricas dos direitos fundamentais, o seu conceito e o desdobramento deles como núcleo da moralidade política. Aqui é retomada essa ideia, não apenas para reforçar essa posição dos direitos fundamentais como esse núcleo, posicionando-se sobre uma das teorias debatidas na subseção 2.4.3, bem como sustentando a ideia de que os direitos fundamentais são também um limite material da moral no direito e, por consequência, não vinculam apenas o Poder

Legislativo nas suas funções típicas, mas vinculam o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional.

Por um lado, conforme Dworkin, os direitos fundamentais devem ser considerados como expressões da moral na Constituição, os quais “devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios abstratos e, por referência, incorporam-se aos poderes do Estado.”²⁵⁵ Isso não significa que tudo é moral, porque há normas sem conteúdo moral na Constituição, ao contrário do que defende Dworkin, de modo que somente em relação a normas com conteúdo moral incorporadas à Constituição é que se pode falar em leitura moral da Constituição.

No entanto, adotando-se uma leitura moral ou não da constituição, não se pode aceitar, porque a precípua função da jurisdição constitucional é de interpretação e de enunciação constitucional, como sustenta Tavares²⁵⁶, que os direitos fundamentais estejam à disposição da Corte Constitucional e que esta possa manipular essa interpretação ou enunciação, dando-lhe a configuração que lhe aprouver, como reconhece o realismo jurídico, tanto o americano como o escandinavo.

Na verdade, uma interpretação constitucional séria e adequada dos direitos fundamentais levará a jurisdição constitucional ao reconhecimento dos direitos que a soberania popular estabelece na Constituição originária de um determinado Estado, não como interpretação originalista desses direitos, mas como expressão da vontade popular, mediada por procedimentos deliberativos que tornem legítima a solução dada pela Corte Constitucional.

Por outro lado, conjugando-se as análises já realizadas nos capítulos anteriores, tendo em conta que a moralidade política está presente em toda a sociedade, não apenas através das interpretações realizadas pelos membros dos poderes públicos, muito menos somente através de interpretações proferidas pelos membros da Corte Constitucional, tem-se que o uso da moralidade política para deslegitimar as escolhas do legislador não pode ser

²⁵⁵ DWORKIN, 2019, p. 10.

²⁵⁶ André Ramos Tavares, em seu livro *Teoria da justiça constitucional*, faz um estudo sobre as funções da jurisdição constitucional, arrolando pelo menos cinco funções: interpretativa ou enunciativa, arbitral, legislativa, governativa e “comunitarista”. Segundo Tavares, “[a] função básica e primordial dos tribunais constitucionais deve ser a de *aplicar a Constituição*, especialmente contra as leis que a violem. Essa é a competência nuclear, na expressão de Enterria (1983, p. 137). Poder-se-ia dizer que essa é a função-matriz. Contudo, isso não quer significar (i) que toda aplicação da Constituição deva passar pelo crivo do Tribunal Constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 42), ou (ii) que seja monopólio deste aplicar a Constituição (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 65 et seq), ou, ainda, (iii) que o Tribunal Constitucional exerça uma única função (JOACHIM FRIEDRICH, 1946, p. 221), consistente na aplicação da Constituição ou, mais especificamente, no controle da constitucionalidade das leis (KELSEN, 1928, p. 31).” Cf. TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 202.

realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a não ser quando houver violação dos direitos fundamentais.

A moralidade política é fluída, modifica-se constantemente, altera-se em razão do lugar e de quanto abrangente é o grupo que expressa uma determinada moralidade. Isso não impede, contudo, que os órgãos políticos façam escolhas morais visando à conformidade com uma moralidade política e, decorrente disso, promovam a criação de direitos e a imposição de deveres. O que não se pode fazer é violar, com fundamento numa superioridade da moralidade política adotada naquela comunidade, os direitos fundamentais básicos da comunidade como um todo. Esse deve ser o fio condutor de uma análise da moralidade política adotada pelo Legislador, porque, se não violar nenhum direito fundamental, a Corte Constitucional perde legitimidade se realizar qualquer interpretação afastando-se dessa opção do Legislador, invadindo, assim, a política, que é o campo de atuação nesse tipo de escolha.

A jurisdição constitucional não é guardiã final da moralidade política, porque o compromisso deve ser voltado à proteção dos direitos fundamentais, ficando as escolhas políticas reservadas aos dois outros poderes, que representam a vontade popular. Nesse ponto, contudo, já deve ser adiantado que não há um guardião da moralidade política, porque, como se trata de um ideal que externaliza valorações sobre questões políticas relacionadas aos direitos e deveres de uma comunidade política unida sob um sistema jurídico, através de interpretações justificadoras do Direito, da Moral e da própria Política, em favor dos bons preceitos reguladores para sociedade, visando à integridade política²⁵⁷, não pode haver um único intérprete ou um representante desse ideal, mas várias vozes, vários intérpretes, vários meios de chegar a esse ideal.²⁵⁸ É preciso recapitular que a moralidade política não é um parâmetro de constitucionalidade, nem faz parte do bloco de constitucionalidade, como foi visto na seção 3.3, por isso, é possível extrair a conclusão de que não há um guardião da moralidade política, tampouco da opinião pública ou da moralidade pública, o que há são mediadores do poder do Estado dessas realidades, que perpassa, como visto, a Moral, o Direito e a Política.

Também, como visto na discussão sobre integridade legislativa e integridade judicial²⁵⁹, a primeira espécie de integridade não pode ser obrigatória, sob pena de violar o pluralismo político e, em consequência disso, caminhar para uma moralidade única. Contudo,

²⁵⁷ Cf. Cap. 2, seção 2.2, na qual analiso esse conceito.

²⁵⁸ Na subseção 4.3.2.1 deste capítulo, trataremos da sociedade aberta dos intérpretes, conforme defendeu o Häberle em Hermenêutica Constitucional, para apresentar uma visão sobre os legitimados no controle de constitucionalidade.

²⁵⁹ Cf. subseção 2.4.3 acima.

isso não impede a exigência da coerência e integridade no âmbito judicial, que serão aplicadas apenas após as escolhas morais já realizadas pelos meios e órgãos legitimados. Nesse ponto, contrariando a teoria de Dworkin, não se pode sustentar nem a hegemonia da integridade sobre o legislador, uma vez que o Parlamento tem liberdade de criação de direitos e deveres maior do que as demais funções do Estado, tampouco se pode defender a subordinação do legislador à integridade judicial. Esta impõe limites ao poder jurisdicional, dado que deve encampar as escolhas morais já realizadas pelos legitimados, buscando uma coerência de princípios e uma deferência à integridade.

Num Estado Democrático de Direito, os direitos não estão à disposição de um guardião ou de um soberano, mas são construídos democraticamente, com a participação dos cidadãos, através de diversos procedimentos próprios, a exemplo das eleições periódicas e regulares, participação populares em diversos ciclos ou níveis da Administração Pública ou mesmo através de ações judiciais, individuais ou coletivas, para controlar os atos dos demais poderes, ou seja, em cada um dos ramos do poder público, é possível desenvolver um procedimento democrático para realizar e controlar as escolhas com base na moralidade política, daí porque não se pode falar em guardião da moralidade política por um único órgão insulado de um dos poderes, porque tanto esse órgão não se desincumbirá dessa tarefa específica, como não se pode esperar desse órgão as soluções que os próprios cidadãos ou o povo (como queiram denominar) já fazem ou deveriam fazer de forma mais transparente.

É esse um ponto de limitação material da jurisdição constitucional, que não pode impor uma moralidade política sob a alegação de violação dos direitos fundamentais, sem demonstrar que efetivamente a interpretação do direito fundamental tido como violado não tutela a escolha do legislador democrático entre as possíveis interpretações da norma constitucional, seja na adoção de uma legislação infraconstitucional, seja na reforma da constituição através de emenda à constituição.

Os direitos fundamentais, nesse ponto, tornam-se, numa vertente, uma barreira ético-normativa. Quando apresentados numa constituição democrática, esses direitos fundamentais impõem limites aos órgãos do Estado e ao próprio povo, porquanto são considerados como parâmetro material da jurisdição constitucional. Com isso, deve-se existir uma liberdade de conformação do legislador, segundo a qual o legislador tem uma margem de discricionariedade na avaliação, valoração e conformação na regulamentação e delimitação do âmbito de incidência dos direitos fundamentais e, consequentemente, da moralidade política que está subjacente ao próprio direito fundamental ou ao contexto concreto de sua aplicação. Essa liberdade de conformação já foi amplamente tratada pelo Tribunal Federal alemão,

segundo o qual somente pode ser controlada pelo judiciário em casos excepcionais, dependendo da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo sobre os significados dos bens jurídicos envolvidos.²⁶⁰ Embora, na crítica de George Marmelstein, não se possa simplesmente transpor essa liberdade de conformação adotada pelo Tribunal Federal alemão para o Brasil, a partir de reformulação desse conceito às peculiaridades da democracia brasileira e à formação da tradição jurídica aqui existente, é possível utilizá-lo para se pensar em uma teoria da legislação adequada ao campo de atuação do legislador para regulamentar os direitos fundamentais, bem como para a construção de uma teoria que seja possível de utilização pela jurisdição constitucional, sem desconsiderar as peculiaridades no campo social, econômico e cultural e sem invadir a área de atuação dos demais poderes.²⁶¹

Por outro lado, os direitos fundamentais, formando um limite material nessa conformação legislativa, impõem uma função à jurisdição constitucional que não pode se descuidar da proteção do núcleo desses direitos. O núcleo dos direitos fundamentais torna-se, assim, um ponto de contato como limites mínimos de proteção pela jurisdição constitucional, não podendo haver o transbordo desse limite pelo legislador, o que levaria a imposição da atuação da jurisdição constitucional para censurar o legislador quando violar esse núcleo.

Há uma controvérsia, contudo, sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais que perpassa essa discussão, a depender da adoção de que um ou outro põe em questão o próprio limite desse núcleo. Alexy, em seu livro *Teoria dos direitos fundamentais*²⁶², explicita isso, com base nos julgados do Tribunal Constitucional Alemão e também na aplicação do art. 19, § 2º, da Constituição Alemã, norma que não há expressamente no texto da Constituição Federal de 1988.

Segundo Alexy, em resumo, as restrições a direitos fundamentais somente são permitidas quando, no caso concreto, for atribuído um maior peso ao princípio de direito fundamental em questão, que entre em colisão com outros direitos fundamentais. Uma vez que os direitos fundamentais são posições individuais, qualquer restrição ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais implica afetação a posições jurídicas fundamentais

²⁶⁰ MARTINS, Leonardo (organização e introdução, coletânea original de J. Schwabe). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. Beatriz Hennig et. al. Montevidéu: Konrad Adenaeuer-Stiftung, 2005. p. 308. Cf. também MARMELSTEIN, George. **Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha**. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2007. p. 125.

²⁶¹ Sobre isso, na conclusão deste capítulo tratamos dessa temática, uma vez que a adoção de uma prática deliberativa na Corte e também a implantação de uma efetiva teoria dos diálogos institucionais entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, permitirá o encontro de ferramentas para uma teoria da deferência que incorpore os elementos de uma discricionariedade legislativa de conformação da lei aos direitos fundamentais.

²⁶² ALEXY, 2011, p. 295-301.

individuais. Há sobre esse limite da restrição dois pares de teorias da interpretação: um par exposto numa situação objetiva ou numa situação subjetiva de regulação constitucional, e um par segundo se interpretem a garantia como relativa ou absoluta. Uma interpretação numa teoria objetiva, como a citada por Friedrich Klein, que afirma que o art. 19, § 2º da Constituição Alemã proíbe que a validade de uma disposição de direito fundamental que seja reduzida de tal forma que se torna um insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles pode, entretanto, coexistir com interpretações da teoria subjetiva, sem substituí-la, mesmo que a solução de uma garantia na teoria objetiva seja melhor desenvolvida. Em relação a uma teoria subjetiva, observa Alexy, desde que o limite esteja inserido na formatação subjetiva-relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental será aquilo que resta de um sopesamento entre direitos fundamentais. Assim, por este último par de teorias, restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental afastado. Com relação à teoria subjetiva-absoluta, esta sustenta que os direitos fundamentais são compostos por um núcleo duro, o qual não pode aceitar intervenções.²⁶³

Na adoção de uma teoria subjetiva-relativa, a moralidade política pode ser considerada para afetar interpretações ao próprio núcleo do direito fundamental, porque está sujeita a contínuo sopesamento ou aplicação do princípio da proporcionalidade, o que favorece a intervenção judicial, em detrimento da própria regulamentação pelo Legislador, em seu âmbito de competência. No outro polo, ainda assim, numa visão subjetiva-absoluta, será possível que haja mitigação da implementação da moralidade política segundo a visão do

²⁶³ ALEXY, 2011, p. p. 296 e ss. Cf., ainda, MARTINS, 2005, p. 94-95: “A verificação da violação do conteúdo essencial é conseguida por duas teorias: a absoluta e a relativa. Antes, porém, questiona-se se o limite do limite ‘conteúdo essencial’ visa a assegurar que o direito fundamental em geral, ou seja, em seu caráter normativo objetivo, não seja esvaziado, perdendo plenamente sua eficácia, ou alcançaria somente a posição jurídico-subjetiva. Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial somente poderia ser determinado caso a caso. Segundo a teoria absoluta, haveria uma substância dos direitos fundamentais que não poderia ser relativizada pela ponderação com bens jurídicos colidentes, como admitido pelos adeptos da teoria relativa. Há quatro combinações teóricas que não podem, porém, nos limites da presente exposição ser todas discutidas, a saber: uma objetiva-relativa, uma objetiva-absoluta, uma subjetiva-relativa e uma subjetiva-absoluta, dependendo de com qual dos dois ‘conteúdos’ (dimensões) principais de direitos fundamentais se trabalha, se com o objetivo ou o subjetivo. Ressaltem-se somente dois problemas principais. O primeiro, da teoria absoluta: segundo o Art. 2 II 3 GG, o direito à vida pode ser restringido com base na lei, mas retirar a vida não significa tirá-la sem resto, atingindo claramente o conteúdo essencial absoluto? A saída foi buscada aqui no respeito do direito à vida em geral (teoria objetiva-absoluta); mas o que adianta àquele que foi atingido o respeito do direito fundamental à vida em geral, ou seja, que a norma continue válida? A teoria relativa, principalmente em sua versão objetiva, acaba redundando em exame de proporcionalidade em sentido estrito, que não é passível de controle racional. O problema não teve solução satisfatória, nem na literatura, nem na jurisprudência do TCF, que evita até mesmo a menção do dispositivo. Preferível é, porém, na dúvida, buscar definir o conteúdo essencial em face da liberdade do atingido (teoria subjetiva), sem ceder às tentações de ponderação (opção pela teoria absoluta). O direito à vida, outorgado com reserva legal, permanece sendo a grande exceção.”

legislador, porque, nessa visão, essa regulamentação nem sempre poderá ser mitigada por esse sopesamento em deferência à posição do legislador, o que gera, também nessa situação uma dependência do posicionamento dos membros do tribunal constitucional, seja individualmente ou no colegiado.

Essas três questões que relacionam direitos fundamentais e moralidade política, além da necessária deferência da jurisdição constitucional à competência do legislador, poderão ser equacionadas ou mitigadas sempre que for adotado, no âmbito dessas duas funções estatais, um procedimento para uma solução dialogada institucionalmente. Essa solução deve ser buscada, mesmo que deflagrado o diálogo em razão de decisões inicialmente tomadas pela Corte Constitucional, nos casos em que o Legislador nem mesmo tenha atuado previamente, devendo, também, a Suprema Corte se sujeitar à posterior reinterpretação dada pelo Legislador aos direitos fundamentais utilizados como base para a adoção de legislação modificadora da interpretação dada pela Corte, desde que não viole o núcleo desses direitos. Essas reinterpretações poderão ser dadas até mesmo por leis ordinárias, quando fluírem no debate institucional deflagrado, como se verá nas seções seguintes deste capítulo.

4.3 Parâmetros mínimos para o reconhecimento da legitimidade da jurisdição constitucional para questões de moralidade política

As discussões sobre os limites materiais da jurisdição constitucional nos levou a reconhecer apenas dois temas básicos e gerais desses limites: as questões políticas e os direitos fundamentais. Isso é insuficiente para fixar limites à jurisdição, já que os ministros da Suprema Corte poderão desenvolver argumentativamente critérios para definirem o que são questões políticas e, com isso, ultrapassarem essa invisível barreira ao ativismo jurídico.

Nesta seção, será feita uma defesa dos direitos das minorias e dos direitos fundamentais, contudo, é necessária a adoção, na base do sistema democrático, de uma teoria dos diálogos entre as instituições, sem a qual não se solverá as disputas entre a Moral e o Direito e, também, entre o Direito e a Política. Isso leva a uma questão subjacente, que resolve, como uma das conclusões deste estudo, a tensão entre constitucionalismo e democracia.

Uma democracia não mais se sustenta sob o único critério de definição das controvérsias apenas pelo voto da maioria, não obstante este ainda seja a forma procedural mais equitativa para solver uma discordância entre posições. Sendo reconhecida a necessidade de correção das decisões majoritárias, a simples concordância da maioria pelo método da

contagem de votos não irá resolver, ao menos provisoriamente e para alguns anos, os principais desacordos sobre moralidade política presentes na sociedade. É dizer, se por um lado, a decisão da maioria já tem legitimidade só por ser uma decisão da maioria, por outro, haverá casos que, mesmo sendo uma decisão do consenso da maioria, a solução adotada não respeitará os direitos das minorias derrotadas ou insuladas em suas legítimas expectativas de igual consideração e respeito, mormente quando houver o desrespeito aos seus direitos fundamentais. Surgiria, assim, um desacordo mais profundo, porque fundado em direitos fundamentais, que teria uma pretensão de superioridade sobre os direitos estabelecidos pelas maiorias.

Assim, é preciso considerar essas duas inevitáveis questões no equacionamento do desacordo. A solução, por um ângulo, deve levar em conta a vertente procedural que torna o resultado dado pela maioria equitativa válido para todos os envolvidos. Por outro ângulo, em relação ao resultado dado à controvérsia, devem ser respeitados os valores substanciais que evitem que aqueles que foram derrotados não sucumbam em face dos vencedores, precisamente em seus direitos fundamentais.

Propõem-se, assim, nesta seção, as discussões sob quais condições mínimas é possível estabelecer uma solução dialogada entre os poderes, especialmente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, além da necessária ampliação da participação dos interessados direta e indiretamente nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Segue-se na discussão que leva a destaque os valores substantivos, mas desde que sejam considerados em uma etapa procedural de deliberação e, por fim, conclui-se com a descrição de um modelo de deliberação dialogada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, que de resto se prestará à base de toda a jurisdição.

Em resumo, as bases dessas três subseções levam em consideração o que foi apresentado nos dois capítulos precedentes, objetivando descrever, com isso, uma jurisdição constitucional cujas decisões são legitimadas pelo procedimento dialogal adotado e, mesmo que haja definição de valores substantivos em decisões sobre moralidade política, essas decisões sejam consideradas como início do diálogo institucional entre Judiciário e Legislativo, não impedindo que haja por um ou outro poder a mudança da decisão, sempre considerando a nova argumentação utilizada para essa alteração.

4.3.1 A garantia do procedimento legislativo democrático: o respeito das maiorias aos direitos fundamentais e aos direitos das minorias

A jurisdição constitucional, em razão de expansão desde o século XIX, tem se tornado centro de estudo dos mais diversos tipos, sendo que na presente dissertação tem-se estudado a legitimidade desse ramo do governo quando afasta as decisões dos demais ramos governamentais, os quais têm seus representantes eleitos diretamente pelo povo. Por outro lado, quando se postula o protagonismo do Legislador, a crítica é de que não há uma teoria da legislação tão desenvolvida quanto a teoria da jurisdição.

Uma vez que a moralidade política representa o conjunto dos princípios morais da comunidade que fornecem a melhor interpretação de como o cidadão deve agir, na sociedade e em nome da sociedade, o desacordo sobre a melhor maneira de estabelecer ou avançar numa sociedade mais justa sempre existirá entre os grupos que se formam com visões diferentes de moralidade política. Além disso, como se trata de um ideal que externaliza valorações sobre questões políticas relacionadas aos direitos e deveres de uma comunidade política unida sob um sistema jurídico, através de interpretações justificadoras do Direito, da Moral e da própria Política, em favor dos bons preceitos reguladores para sociedade, visando à integridade política, não é possível que essa valoração fique à disposição de um específico, mesmo que definido constitucionalmente, grupo de pessoas a serem reconhecidos como guardiões dessa moralidade política. Disso decorre a razão pela qual as disputas entre maiorias e minorias, entre maiorias e maiorias ou entre minorias e minorias não podem ser resolvidas sem considerar as diversas visões existentes na sociedade e a partir de um procedimento inclusivo dessas visões. Deve-se evitar, portanto, que o órgão responsável pela decisão, ou a Suprema Corte ou o Parlamento, resolva as principais questões em tema de moralidade política apenas por suas visões particulares da moralidade política.

Nesse raciocínio, há a necessidade de que seja fortalecida uma teoria proceduralista, tanto no âmbito judicial, como no âmbito legislativo, que tenha ênfase prioritariamente em questões de moralidade política que têm alta controvérsia na solução dada por um ou outro ramo do poder. Nesse aspecto, é preciso considerar que as leis aprovadas no Parlamento devem ter sido submetidas a procedimentos legislativos que considerem não apenas a regra da maioria, mas possa levar em consideração as diversas vertentes da comunidade política sobre o assunto deliberado pelos legisladores. Por outro lado, igualmente perante a Suprema Corte, que essas leis não sejam desconsideradas sem que se possa realizar, amplamente, o debate com o Parlamento, bem como seja processo de discussão perante o

Poder Judiciário, aberto a todos aqueles que tenham interesse direto ou indireto em participar desse processo de formação da decisão pela Suprema Corte, mesmo que não atingidos diretamente pela decisão final.

Trata-se de privilegiar uma visão proceduralista desses direitos, visando à participação dos órgãos estatais envolvidos e também da sociedade como todo, os quais poderão contribuir com interpretações justificadoras das práticas sociais representativas da moralidade política, excluindo o epíteto da ilegitimidade das decisões tomadas pela Corte Suprema.

O desenvolvimento dessa ideia será fundamentado no proceduralismo de Habermas, que foi visto no item 2.4.3.1 do capítulo 2, que aqui se retoma. O filósofo alemão, como visto, em parte, constrói seu proceduralismo a partir da construção de John H. Ely, mas adota uma alternativa para garantir a legitimidade das decisões também do Poder Legislativo. Habermas propõe, como fundamentação da legitimidade do direito produzido pelo Legislativo e das decisões da jurisdição constitucional, os direitos humanos e os direitos fundamentais como condição de possibilidade para que cada indivíduo atue de forma autônoma na sociedade e no processo coletivo de discussão, tudo mediado pelo agir comunicativo em substituição ao agir instrumental. Como visto naquela seção, os direitos fundamentais não representariam propriamente uma lista de direitos morais substantivos, mas devem ser tratados como elo entre a moral e o direito e entre estes e o espaço ético-político, todos como conteúdos pós-metafísicos, não se referindo a direitos materiais e sim a procedimentos de formação da opinião pública e da vontade para a criação do direito.

O problema dessas duas teorias – a de Ely e a de Habermas – é que elas propõem a solução do déficit democrático apenas movendo o guardião da Constituição, do Judiciário para o Parlamento, o que pode ser considerado insuficiente, dado certas condições da própria democracia de modelo liberal ou representativo. Conquanto o povo seja o mandatário, pelo voto periódico, em relação aos parlamentares e ao executivo, nada garante a vinculação desses representantes às pautas reais e diretamente vinculadas à vontade popular. O déficit de legitimidade é bem menor, mas ainda existe se não for adotada nenhuma teoria democrática que eleve à participação direta ou continuada do povo nas escolhas públicas.

Em razão disso, é de se adotar uma teoria mais geral, que envolva a participação popular, tanto no processo legislativo, como no processo judicial, pelo que podem ser reduzidos os déficits de legitimidade, no caso do Parlamento, ainda que se alegue inexistente na perspectiva de uma teoria da democracia representativa, mas existente o déficit se pensarmos na perspectiva da democracia deliberativa ou participativa.

Noutra dimensão de uma solução proceduralista, Waldron faz defesa do Legislador e do direito de participação, este como o “direito dos direitos”, citando William Cobbett²⁶⁴, não como um direito que sempre se sobrepõe aos demais, mas como um direito para solucionar o desacordo entre pessoas razoáveis que discordam sobre seus direitos.²⁶⁵ Como comenta Conrado Hubner Mendes, o doutrinador neozelandês não adota o proceduralismo puro, porque se baseia num valor substantivo, que é o direito à participação para firmar sua teoria e que a regra da maioria tem um valor moral.²⁶⁶

Mendes explica as divergências desse doutrinador com a teoria de Dworkin, as quais, nesta dissertação, são consideradas complementares em diversos pontos, mas que apresentam uma chave de solução para esse problema. Afirma Mendes, tanto Waldron como Dworkin partem de um pano de fundo contratualista, no qual há uma adesão moral prévia e indispensável para o grupo se manter coeso em questões morais mínimas para a convivência em grupo e os vencidos ou as minorias são estimuladas a permanecer integradas.²⁶⁷

A divergência surge na consideração do procedimento majoritário, o qual, em última análise, acaba sendo usado ou privilegiado pelas teorias proceduralistas, já que, na base dessas teorias, o consenso ou a possibilidade de consenso deve ser aferido de algum modo. Para Dworkin, o procedimento majoritário é indispensável apenas em questões de policy (política pública, por exemplo), mas não em questão de princípio. Ao contrário, Waldron entende que o procedimento majoritário deve ser aplicado também em questões de princípio, porque, em última instância, a divergência nos tribunais será resolvida pelo voto da uma maioria, que é bem mais restrita do que se fosse resolvida no Parlamento.

Na verdade, na análise de Mendes, as visões de Waldron e Dworkin, nesse ponto, divergem principalmente na questão de igualdade política, porque para Dworkin, a noção de igualdade justifica procedimentos contramajoritários e jamais haverá igualdade efetiva de poder numa democracia, dado que há outros fatores que influenciam na tomada de decisões, como a igualdade de influência e a igualdade de impacto, que são ou ilusória ou de pouco impacto.²⁶⁸

Isso justificaria o afastamento do procedimento majoritário, em prevalência da *judicial review*, posição que é duramente criticada por Mendes, uma vez que Dworkin faz

²⁶⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999a. E-book. p. 232.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 232

²⁶⁶ MENDES, 2008, p. 116.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 120.

²⁶⁸ MENDES, 2008, p. 119.

uma confusão da teoria de justiça com a teoria de autoridade. Não é o caso de aprofundamento dessa discussão neste estudo²⁶⁹, uma vez que não é o objeto de estudo.

Waldron, em outro estudo mais recente do que o abordado por Mendes, defende, centrado nesse direito de participação e também em crítica ao *judicial review*, um controle de constitucionalidade fraco. A distinção de constitucionalismo forte e constitucionalismo fraco é dado por Waldron em seu artigo *The core of the case against judicial review*, de 2006²⁷⁰. Por constitucionalismo forte, Waldron entende aquele no qual há um tribunal com autoridade para deixar de aplicar uma lei em julgamento ou para modificar o efeito dessa lei ou, ainda, para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais, sem que, num ou outro caso, seja possível extrair diretamente dessa lei essa interpretação dada pela Corte Constitucional. Assim, nessas situações, em razão da força vinculante desse precedente ou da coisa julgada, a lei perde sua validade, sem a necessidade de nenhum ato do legislador. Outra formatação seria aquela em que a Constituição permite a exclusão total da lei do ordenamento jurídico pela Corte Constitucional (que é o caso do Brasil). Por outro lado, no controle de constitucionalidade fraco, apesar da Corte Constitucional poder examinar a constitucionalidade da lei quanto à conformidade com os direitos fundamentais, não pode recusar sua aplicação ou alterar essa aplicação sob a alegação da violação desses direitos.²⁷¹

Na adoção de um constitucionalismo fraco, Waldron estabelece quatro premissas para que prevaleça a legislação sobre a jurisdição constitucional: (1) a existência de instituições democráticas em estado razoável de bom funcionamento (*democratic institutions*); (2) a existência de instituições judiciais, também em razoável estado de funcionamento, para resolver disputas (*judicial institutions*); (3) compromisso da sociedade e do Estado (*funcionários*) com os direitos individuais e direitos das minorias (*commitment to rights*), e (4) desacordo, persistente e de boa fé, sobre os direitos na sociedade (*disagreement about rights*).²⁷²

Dentro dessa concepção de Waldron, é possível sustentar uma posição intermediária entre substancialismo e proceduralismo e, com isso, fazer com que tanto a

²⁶⁹ Para um estudo nesse sentido, cf. MATOS, Rômulo Richard Sales. **Autoridade e conflito político:** justificação democrática da normatividade segundo Jeremy Waldron. 2018; Dissertação (Mestrado) - Programa de pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

²⁷⁰ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: **Yale Law Journal**. Vol. 115. Yale: 2006. p. 1315-1406. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>. Acesso em: 20 ago. 2018. Há uma tradução brasileira, na qual também me fundamento, em parte: WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Tradução de Adauto Villela. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luís (org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 1355.

²⁷² WALDRON, 2006, p. 1360.

jurisdição constitucional, como o Legislador atuem para resolver questões de moralidade política. É preciso, entretanto, que as normas produzidas pelo Legislador não violem os direitos fundamentais, por quanto, mesmo quando há a adoção da ideia proceduralista pura, há limites quanto ao respeito a esses direitos, ainda que visando apenas à proteção de participação política e aos direitos e liberdades instrumentais a esse direito. Isso não deixa, contudo, de ser uma expressão do substancialismo a sustentar o proceduralismo, como têm sido criticados os adeptos dessa corrente hermenêutica.

Como será tratado nas subseções seguintes, há a necessidade de uma abordagem substancialista pela jurisdição constitucional, mas essa necessidade pode ser mitigada através da adoção de uma Corte Deliberativa, bem como da adoção de uma teoria dos diálogos institucionais, o que potencializaria a adoção dessa versão do proceduralismo nas diversas instâncias democráticas.

4.3.2 A deliberação dialogada entre os poderes do Estado e entre Corte e os diretamente e indiretamente envolvidos – procedimento e substância em favor da democracia

Uma proposta que leva em consideração, ao final do procedimento, também as questões substanciais é a mudança da forma de deliberação da Corte Constitucional, adotando-se a ideia de Corte Deliberativa, a qual deve considerar as posições dos diversos ramos do governo, bem como expandir a comunidade de intérpretes da Constituição, inserindo-os dentro do procedimento deliberativo e propiciando uma decisão que leve em consideração todas as nuances e perspectivas dos envolvidos.

Essa proposta tem, por fim, encerrar a discussão sobre quem guarda o guardião, uma vez que, não havendo propriamente uma última palavra sobre a interpretação da constituição, não haveria necessidade de um fiscal propriamente dito do guardião final. Na realidade, nem mesmo haveria um guardião final, mas apenas a divisão de funções em que cada uma, desde que exercendo suas atribuições em conformidade com a Constituição, estaria cumprindo a sua missão constitucional.

Por outro lado, essa proposta tem duas características que podem conviver plenamente: a adoção de uma Corte Deliberativa e a ampliação dos intérpretes envolvidos na interpretação constitucional. Na verdade, uma é complementar da outra, levando a decisão da jurisdição constitucional ao melhor patamar de legitimidade, evitando soluções solipsistas de um ou de outro ministro relator e privilegiando a solução colegiada, com abertura para a comunidade política e para os destinatários diretos e indiretos da decisão em controle de

constitucionalidade abstrata, especialmente em temas morais. Além disso, a proposta abriria a possibilidade de o próprio Poder Legislativo, como um dos legítimos intérpretes da Constituição, realizar a revisão da decisão do Tribunal, na continuidade do diálogo sobre a melhor interpretação das leis e da própria Constituição.

Assim, esta seção apresenta duas propostas complementares entre si de solução para firmar a legitimidade da jurisdição constitucional em matérias que envolvam moralidade política e, de resto, a todos os demais temas de ordem constitucional. A adoção de uma Corte Deliberativa altera o papel da jurisdição constitucional de guardião final e detentor da última palavra para o guardião da Constituição que domina o diálogo institucional, em nome do Estado, entre os diversos ramos do governo, especialmente no diálogo com o Parlamento, e insere, ao mesmo tempo, a sociedade nas discussões do controle abstrato de constitucionalidade dos atos normativos dos demais poderes estatais, aumentando a legitimidade das decisões judiciais sobre temas de moralidade política.

4.3.2.1 A necessária abertura da interpretação constitucional

Um pressuposto necessário para mover a discussão sobre a última palavra e sobre quem *guarda o guardião* é o abandono desse *dogma*, que não tem comprovação histórica, nem contribui para a construção de um Estado Democrático. Assim, defende-se a ampliação do círculo de intérpretes, para não apenas os intérpretes oficiais, mas todos os envolvidos direta e indiretamente.

Peter Häberle é quem traz essa tese, na qual defende que a interpretação da Constituição deve ser realizada por todos, em uma espécie de sociedade aberta dos intérpretes. Em seu livro *Hermenêutica constitucional*²⁷³, Häberle afirma que a teoria da interpretação constitucional esteve voltada para uma “sociedade fechada”, porque enfatiza, prioritariamente, a interpretação dos juízes e em procedimentos formalizados. Sua tese é simples, mas poderosa, porque ele advoga que, no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um único grupo de intérpretes da Constituição.²⁷⁴

Em outro trecho de seu texto, Häberle afirma que a interpretação constitucional é um processo que ocorre mesmo antes de o processo chegar aos tribunais, porque “quem vive a

²⁷³ HÄBERLE, 1997.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 13.

norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”²⁷⁵, ou seja, toda atuação de qualquer indivíduo é uma interpretação intencional ou consciente. Para ele, “[t]odo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indiretamente ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma.”²⁷⁶ E de fato, basta pensar em normas de previdência social. Quem não imagina o direito que tem frente a essas normas? Ou de direitos políticos-eleitorais, normas que delineiam a possibilidade de cada um ao exercício de direito ativo em eleições ou das pessoas acompanharem outras pessoas que assim se prontificam a cargos eletivos, mas que, em razão da interpretação, muitas vezes em círculos fechados, esses cidadãos acabam ficando diretamente prejudicados em suas pretensões²⁷⁷.

A interpretação é, portanto, para Häberle, uma atividade que interessa e diz respeito a todos, primeiro porque, se adotada a sua premissa (que é verdadeira) de que se trata de um processo aberto e, por isso, não é uma decisão prévia (de uma autoridade pública, por exemplo), que cabe apenas aos destinatários uma submissão passiva, a abertura dela para todos, num processo deliberativo e procedimental, é uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.²⁷⁸ Essa integração realiza-se não como um juízo hipotético, mas como um juízo prático sobre direitos e deveres, ou seja, qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis, contudo, os intérpretes oficiais nem sempre confirmam essa práxis na interpretação da Constituição.²⁷⁹

Nesse contexto, a moralidade política é elemento importante, juntamente com a opinião pública e com a moralidade pública, no processo de interpretação, já que são manifestadas difusamente na sociedade. Não cabe apenas aos órgãos oficiais a interpretação de temas de moralidade política, uma vez que ela não pode ser reduzida a apenas uma concepção dominante e expressa por apenas alguns poucos investidos oficialmente de poder de tomada de decisão. Na realidade, a interpretação da moralidade política não pode ser realizada pela ótica individual da transformação dessa moralidade política pela lente apenas dos juízes ou da Corte Constitucional, mas através do procedimento, da participação de todos os envolvidos, na consideração qualitativa dos argumentos de todos.

Será, com a abertura da interpretação, pluralisticamente abrangente, aos diversos setores da sociedade, que a jurisdição constitucional, ao menos indiretamente, colocará dentro

²⁷⁵ HÄBERLE, 1997, p. 13-14.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 15.

²⁷⁷ Esse é um questionamento já proposto pelo próprio Häberle, que arremata: “Em se tratando de muitos direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez conscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção daquele direito.” *Ibid., loc. cit.*

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 30.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 31.

da Constituição, e da sua interpretação, a “*res publica*” e, com ela, a moralidade política, como consequência da abertura no campo da tensão do possível.²⁸⁰ Assim, é de se defender que a ampliação do círculo de intérprete se mostra mais que necessária, uma vez que se deve reconhecer que, em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, especialmente em temas morais, todas as pessoas são diretamente atingidas ou ao menos indiretamente.

Ao final, Häberle ainda propõe regras hermenêuticas para aplicação pelos tribunais, de modo a conduzir uma ampliação dos intérpretes e, consequentemente, para a legitimidade das decisões em controle de constitucionalidade. Defende Häberle, na síntese feita por Paixão²⁸¹, que:

[...] os tribunais constitucionais *devem ajustar o rigor com que interpretam a Constituição e os atos infraconstitucionais em função das pessoas cuja interpretação da Constituição é submetida à sua apreciação*, ou do grau de consenso em torno da matéria enfrentada.

[...] em relação às pessoas cuja interpretação é questionada, *os tribunais constitucionais devem agir com cautela para invalidar interpretações da Constituição adotadas pelo legislador democraticamente eleito ou pelos Estados-membros da federação*;

Em relação ao grau de consenso, os tribunais devem ser particularmente cautelosos quando se tratar de questões amplamente debatidas na opinião pública e objeto de razoável consenso. Nesses casos, a postura de corte deve tender para a autocontenção.

Em contrapartida, os tribunais constitucionais devem ser mais rigorosos na apreciação de interpretações constitucionais realizadas pelos demais intérpretes da Constituição em questões amplamente debatidas, mas que tenham dividido a opinião pública em torno de posições antagônicas e inconciliáveis. Nesse caso último caso, cabe aos tribunais constitucionais adotar uma postura de ativismo, e preservar o núcleo mínimo do texto constitucional, impondo sua própria visão sobre o que seja esse núcleo mínimo.

Essa proposta, em parte, é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que institui com a audiência pública e admite a figura da *amicus curiae*, ambos instituídos no controle concentrado de constitucionalidade pela Lei nº 9.868/99. No caso da *amicus curiae*, a lei permite a participação de “outros órgãos ou entidades”, “considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes”.²⁸² As audiências públicas, por sua vez, podem ser convocadas, a critério do relator da ação, para “esclarecimento de matéria ou circunstância de

²⁸⁰ HÄBERLE, 1997, p. 33.

²⁸¹ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. Acesso em: 25 dez. 2020. p. 106.

²⁸² Lei nº 9.868/99, art. 7º, §2º. BRASIL. **Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 26 dez. 2020. s.p.

fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos” e nelas “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”²⁸³

Contudo, ainda é insuficiente para uma aferição de legitimidade, porque não se trata de procedimento obrigatório, mas a disposição do relator da ação constitucional, o que limita muito sua utilização e nem sempre amplia a participação a ponto de que esses argumentos devam ser considerados pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos demais ministros, porque sua convocação é a cargo exclusivo do relator do processo, o qual quase sempre é o único dos ministros da Corte que participa das audiências. Além disso, a sistemática é apenas de colheita de prova, em relação monológica e não dialogal, bem como não há a participação dos demais ministros nessas audiências públicas, gerando uma deficiência na forma como os outros ministros entram em contato com essa prova, já que não podem agregar seus próprios questionamentos no momento da realização.

Em razão disso, propõe-se a complementação, pela alteração da forma de decisão do colegiado, abandonando-se o modelo de decisão individual, sugerindo-se um modelo efetivamente deliberativo e de construção colegiada da decisão, o que contribuirá para o aumento da legitimidade das decisões judiciais em controle de constitucionalidade da moralidade política. Essa proposta de superação de um modelo que privilegia a decisão individual e evita a participação dos interessados em solução efetiva e que considera os argumentos dos envolvidos é tratado no tópico complementar que se segue.

4.3.2.2 A Corte Deliberativa

A proposta de corte deliberativa de Conrado Hübner Mendes²⁸⁴ torna-se uma alternativa de modelo de deliberação para o Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Corte Constitucional brasileira não tem exercido, dentro dos marcos da teoria da separação dos poderes, uma função contramajoritária, que lhe daria maior legitimidade de atuação, e também porque, se há uma atuação pró-majoritária da Corte, que esta seja exercida a partir da abertura para a efetiva participação daqueles realmente envolvidos com o direito discutido em ações de controle de constitucionalidade.

Veja-se, neste ponto, a classificação que Mendes faz desses perfis: (i) corte com perfil de voto é aquela que exerce na dinâmica interna de “freios e contrapesos” o contrapeso

²⁸³ Lei nº 9.868/99, art. 9º, § 1º. *Ibid., s.p.*

²⁸⁴ Este resumo tem por base a ideia exposta em: MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana et. al. (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

das decisões do legislativo e do executivo, atuando como um ideal de poder moderador e da prevenção da tirania. (ii) corte com perfil guardião é que profere julgamentos apolíticos, com a tarefa de aferir a validade constitucional de decisões legislativas ordinárias. Atuaria de forma burocrática, desinteressada e subordinada à vontade dos “pais fundadores” da constituição. (iii) corte como “fórum de princípio”, com papel de veicular razões públicas. Em razão do ambiente relativamente insulado e dos ônus argumentativos impostos, as cortes constitucionais decidiriam através de um tipo superior de razão. (iv) corte como interlocutor institucional, na qual “o controle de constitucionalidade seria um estágio dentro de uma conversa de longo prazo entre a corte, o legislador e a esfera pública genericamente considerada.” Não teria a última palavra, porque haveria uma continuidade no diálogo entre os parceiros dialógicos e também porque esses parceiros desafiariam a responder às razões que lhe são apresentadas.²⁸⁵

Mendes defende o perfil deliberativo, o qual indica ter as melhores condições de definir tarefas claras e do que esperar de uma Corte Constitucional, que não apenas deliberação a partir de princípios. Nas palavras de Mendes, o papel deliberador tem as seguintes características:

Por último, a corte é também retratada como um deliberador. Essa imagem captaria um aspecto interno das cortes que as outras, e mesmo a anterior, ignoram: cortes são compostas por um grupo pequeno de juízes que interagem entre si por meio do argumento e da persuasão até alcançar uma decisão final. Esse processo interno constituiria uma vantagem comparativa das cortes em relação a instituições estruturadas de maneira diversa (como, por exemplo, a simples agregação de votos segundo a regra de maioria). Cortes beneficiariam da deliberação colegiada e, graças às suas peculiares condições decisionais, teriam maior probabilidade de alcançar boas respostas na interpretação constitucional. Por isso, além de catalisadoras de deliberação interinstitucional e social, tal como a imagem anterior sugeria, cortes também promoveriam uma boa deliberação intra-institucional.²⁸⁶

Em resumo, Mendes aponta um modelo de deliberação trifásico, que decompõe a deliberação em três práticas, nas quais há duas de interação entre decisores e interlocutores e outra intermediária com interação apenas entre os decisores.

O desenho da deliberação, explica Mendes, ocorre em fases não lineares e que se interpenetram, não havendo uma distinção onde uma começa e outra termina. Isso permite a observação e a avaliação da deliberação. Além disso, uma fase pode ser deliberativa e outra antideliberativa.

²⁸⁵ MENDES, 2012, p. 55-57.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 57.

Em uma primeira fase, analítica, a fase pré-decisional “começa com a existência de um caso formal, ou seja, é iniciada por um litígio concreto”. Na segunda fase – a decisional – os juízes interagem entre si, sem uma decisão prévia escrita, mas na busca de uma decisão. A terceira e última fase, a pós-decisional, “abrange, primeiramente, a redação da decisão colegiada, e então toda a sorte de debates que sucedem, na esfera pública informal, em reação à decisão.”²⁸⁷

Mendes salienta que essa forma de deliberação é uma forma que exige a interação em todo o processo de decisão, na qual as razões de um tipo específico são trocadas entre decisores e interlocutores ou pelos decisores entre si, a fim de alcançar o consenso.

E sintetiza seu modelo:

[...] uma corte genuinamente deliberativa, de maneira curta e direta, é aquela que maximiza o raio de argumentos dos interlocutores ao promover contestação pública na fase pré-decisional; que estimula os juízes numa prática sincera de interação colegiada na fase decisional; e que redige uma decisão deliberativa na fase pós-decisional. [...]

Uma corte constitucional, em suma, molda três espaços de deliberação. Cada um deles deve estar sujeito a padrões deliberativos exigentes. Nas fases pré e pós-decisionais, a instituição interage com a esfera pública. Espera-se que interlocutores sejam participantes ativos nessas fases, apresentando suas reivindicações, argumentos e, mais tarde, submetendo a decisão final a um escrutínio rigoroso. Na fase decisional, por sua vez, há uma deliberação intra-muros entre juízes, e interlocutores tornam-se espectadores.²⁸⁸

Após Mendes apresentar três práticas que, ao mesmo tempo, compõem o modelo ideal do procedimento deliberativo e fixam parâmetros para avaliação do quanto deliberativa é uma corte constitucional. Inicia-se, com a primeira prática, através da contestação pública, que inclui desde as manifestações escritas e orais, com diversos modos e formas de participação dos interlocutores, e por intervenções tanto institucionais quanto extra-institucionais. A corte, nessa fase pré-decisional, deve ouvir, para após considerar, os argumentos, para desafiá-lo publicamente, para que os interlocutores tenham oportunidade de refiná-los ou depurá-los. Nesta “fase congregam-se todos os atos por meio do qual as partes interagem, oralmente ou por escrito, com a corte.”²⁸⁹ Ainda nesta fase, podem ser usadas audiências públicas e a *amicus curiae*, mas somente a utilização desses instrumentos, como hoje se observa, é insuficiente para aumentar a eficiência deliberativa da corte.

Uma segunda prática, a interação colegiada deve ocorrer na fase decisional. A deliberação não deve ser apenas um instrumento do consenso, mas deve permear um amplo

²⁸⁷ MENDES, 2012, p. 59.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 60.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 61.

espectro de argumentos expostos, sejam os das fontes judiciais, sejam os das fontes extrajudiciais, que permeiam o debate público. Assim, haveria três facetas da interação colegiada: o esforço para considerar todos os argumentos que a corte for capaz de coletar; a busca pela melhor resposta jurídica, que capte o máximo de argumentos possível; a busca do consenso ou, se impossível, o mínimo de dissenso.²⁹⁰

Na descrição da prática da decisão escrita deliberativa, Mendes enfatiza que não se trata de uma decisão cifrada ou para exposição de uma resposta supostamente correta ou derivada de um oráculo, mas deve ser resultado “de um esforço sincero de lidar com todos os pontos de vista de maneira rigorosa e empática possível.”²⁹¹

O foco é comunicar uma decisão já tomada nas fases anteriores e que é decorrente de uma rearticulação mais bem estruturada da interação e da decisão colegiada. A corte, nesta fase, precisa estar consciente de que o texto deve expressar uma identidade institucional, como demonstração de respeito de opiniões dissidentes e conciliação das opiniões confluentes, sem receio de demonstrar um eventual desacordo interno.

Sintetiza Mendes que “[u]ma decisão escrita deliberativa é aquela que traduz os compromissos éticos da deliberação para o texto da decisão. Além de bem argumentada, ela tem o ônus de ser responsável e inteligível para o público em geral”²⁹².

Sobre o tipo de decisão, há pelos menos dois modelos básicos: o formato *seriatim* e o *per curiam*²⁹³. Pelo formato *seriatim* ou *modelo de texto composto* resulta da apresentação de todas as opiniões dos juízes da Corte, apresentados em série. Já o formato *per curiam* caracteriza-se pela apresentação do resultado do julgamento como a “opinião do tribunal”, em texto único apresentado pelo relator ou um redator escolhido pela Corte.

E ainda, esses modelos podem ser classificados como deliberativos e não deliberativos. Os modelos *seriatim* deliberativo e o modelo *per curiam* deliberativo ficariam entre os dois extremos. Nesses modelos, a deliberação seria despersonalizada, mais forte no modelo *per curiam* e menos no outro modelo intermediário, mas pelo menos, no modelo *seriatim* deliberativo, há uma conversa entre os ministros, não sendo a decisão formada por uma colcha de retalho, como afirma Mendes.

²⁹⁰ MENDES, 2012, p. 62-63.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 63-64.

²⁹² *Ibid. loc. cit.*

²⁹³ Para uma descrição completa entre os dois modelos, *vide* também: VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional:** um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. Tese (Doutorado). Curso de Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>. Acesso em: 04 nov. 2019.

Por fim, nesta fase, uma alteração efetiva na configuração deliberativa da Corte deve mudar o centro decisório do individual, em que cada ministro tem o poder de agenda e de decisão quase insular das questões constitucionais, para um modelo colegiado, no qual há uma preponderância de soluções consensuais dos ministros, o que propiciaria maior confluência das decisões da Corte com a democracia.

E essas decisões mais democráticas, com a adoção dessas propostas complementares tratadas nesta subseção, não poderiam ser consideradas ilegítimas, nem perante os outros dois poderes, que têm seus representantes definidos pelo voto popular, nem pela sociedade, que seria copartícipe da decisão, pela possibilidade real de influir com argumentos e pelo formato de decisão que consideraria esses argumentos como representativo da moralidade política expressas nas diversas fases do modelo deliberativo.

Para concluir este capítulo, propõe-se, na seção seguinte, que o procedimento perante a Corte Deliberativa seja realizado também em diálogo institucional com os demais poderes, afastando-se da ideia do último guardião, mantendo o Supremo Tribunal Federal como “guardião da Constituição”, conforme determina o art. 102 da atual Constituição Federal, mas privilegiando as decisões dos demais poderes, construindo-se a melhor solução que o momento político permite.

4.3.3 A Corte Deliberativa e o diálogo institucional entre os poderes do Estado

Em razão da necessidade de se adotar um perfil deliberativo da Corte Constitucional, outra limitação a ser observada é a de uma deliberação dialogada com os demais poderes²⁹⁴, não por uma opção de política judiciária (uma autocontenção), mas a partir da modificação no texto da Constituição Federal e da implantação de uma cultura de diálogo pelos três poderes. No primeiro caso, deve-se alterar e instituir essa interação dialogal entre os

²⁹⁴ Essa nossa proposta tem por fundamento as teorias do diálogo constitucional proposta por Christine Bateup e também por Canrado Hubner Mendes. Para um aprofundamento sobre as teorias do diálogo constitucional: BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, 2006, NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=852884>. Acesso em: 22 dez. 2020; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/21125>. Acesso em: 22 dez. 2020; POLI, Vinicius José. **Controle de Constitucionalidade**: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29102012-164630/en.php>. Acesso em: 06 jan. 2021.

poderes sobre o controle de constitucionalidade para que todos participem em condições de igualdade, afastando-se da teoria da última palavra. No segundo caso, já é possível, a partir do que já há na atual Constituição Federal, permitindo-se o aumento da participação popular nas decisões, especialmente perante a Corte Constitucional, como também no processo legislativo, como defendido na subseção 4.3.1 acima.

Propõe-se, com esta última análise sobre a moralidade política na jurisdição constitucional, não apenas apontar limites da jurisdição constitucional, como exposto nas seções precedentes, mas apontar caminhos que possam deixar mais nítidos esses limites e que, ao final, a resposta dada pelo judiciário, ou pela Corte Constitucional, seja aberta ao diálogo com o Legislador e também com o Poder Executivo, os quais poderão superar, melhorar ou mesmo rejeitar essa solução, apresentando outros argumentos relevantes que produzam uma nova rodada de discussão.

Uma proposta de Corte Deliberativa, como a esboçada e defendida na subseção anterior, exige a adoção de uma cultura do diálogo entre os poderes do Estado. O diálogo é uma prática que exige engajamento das partes, visando ao reconhecimento, sincero e de boa fé, de um entendimento sobre uma questão ou para uma solução concreta para problemas concretos. O diálogo pressupõe o EU-TU e, em razão disso, uma relação recíproca e inclusiva do outro, conforme leciona o filósofo Martin Buber²⁹⁵ e, por isso, é necessária uma interação Corte-Parlamento, Parlamento-Executivo, Executivo-Corte, sempre que uma solução dialogal seja possível, abandonando-se a teoria da última palavra, especialmente quando se trata de temas de moralidade política que tem alto grau de controvérsia.

Segundo Christine Bateup, duas teorias do diálogo, se utilizadas em conjunto, podem estabelecer uma cultura do diálogo institucional entre Parlamento e Judiciário²⁹⁶. As teorias do *equilíbrio* e da *parceria* podem, em conjunto, fornecer uma chave a permitir que as decisões da jurisdição constitucional possam ser reconhecidas como legítimas, não por serem contramajoritária, argumentativamente superior ou por serem frutos de uma representatividade decorrente da argumentação ou diretamente da teoria da separação dos poderes. A legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais seria haurida porque decorre do contexto deliberativo, ou seja, porque respeita as divisões dos poderes (separação do político e jurídico), atua para proteger os direitos fundamentais ou o seu núcleo, mas em

²⁹⁵ BUBER, Martin. **Eu e tu**. Trad. do alemão por Newton A. Von Zuben. 2^a ed. rev. São Paulo: editora Moraes, 1974.

²⁹⁶ BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, 2006, NYU Law School, Public Law Research Paper nº. 05-24. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=852884>. Acesso em: 22 dez. 2020, p. 57.

participação deliberativa com todos os possíveis envolvidos nesses direitos e numa relação dialogada institucionalmente com os poderes representativos da soberania popular.

A proposta tem como fundamento, da teoria do equilíbrio, a vinculação da Corte à opinião pública ou a sua presunção. Segundo Bateup, o representante mais proeminente dessa teoria é Barry Friedman, que sustenta sua teoria em estudos de ciências sociais sobre as interações entre o judiciário e as instituições políticas e o povo. Também Robert C. Post e Reva Siegel também são utilizados como referência nessa abordagem da teoria do equilíbrio.²⁹⁷ Há muitos estudos nos Estados Unidos que abordam a influência da opinião pública sobre as decisões da Suprema Corte Americana.²⁹⁸ Mesmo que contestada essa vinculação, o que se tem desses estudos sobre a opinião pública é que há uma grande probabilidade de haver influência sobre o comportamento individual dos ministros e, de consequência, na formação da decisão adotada pela maioria dos membros da Corte.

Isso implica numa primeira relação ou reação: a Corte Constitucional pauta e determina o assunto a ser decidido em determinado momento, mas é pautada e conduzida pela opinião pública, mesmo que não reconheça, no momento a se pautar um caso controverso e, mesmo que inconscientemente, sofre influência da opinião pública na decisão a ser proferida no caso. Ainda segundo Bateup, a Corte sofre influência da opinião pública ao superar (overriding) aquela decisão, o que pode levar a várias rodadas de diálogos, não apenas entre a Corte Constitucional e a opinião pública, mas entre Judiciário-Parlamento.

Para Friedman, ainda citado por Bateup²⁹⁹, essa relação das decisões judiciais e opinião pública serve para desencadear (ou continuar) uma discussão geral e mais ampla sobre o quê significa a Constituição. A Corte constitucional serve, portanto, como um catalisador das discussões dos diversos participantes, estimulando as instituições a realizarem o debate de forma deliberativa e protegendo as instituições políticas no debate.

Friedman, conforme Mendes³⁰⁰ resenha sua teoria, parte de uma série de estudos que tem por base a tese de que não há como identificar uma vontade fixa da maioria, da qual o legislador faz sua expressão e a corte se afasta, tampouco a corte tem a última palavra. Isso porque, o sistema de governo não representa propriamente uma maioria, mas escuta e dar voz

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 57.

²⁹⁸ De acordo com Mishler e Sheehan, as decisões da Suprema Corte Americana têm acompanhado a opinião pública ao longo do tempo. Cf. MISHLER; SHEEHAN. The Supreme Court as a countermajoritarian institution? the impact of public opinion on Supreme Court decisions. **The American Political Science Review**. Vol. 87, n. 1, pp. 87-101. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2938958>. Acesso em: 24 jan. 2021.

²⁹⁹ BATEUP, 2006, p. 58.

³⁰⁰ MENDES, 2011, p. 138.

a diferentes grupos e que o processo de interpretação constitucional não é estático, mas dinâmico, em razão de o texto constitucional ser flexível.

Também Post e Siegel³⁰¹ defendem essa atribuição à Suprema Corte americana, com base em ricos exemplos históricos que mostram que embora o desempenho ativo do tribunal possa mudar o entendimento popular da Constituição, isso pode fazer também o tribunal aprender a melhor maneira de interpretá-la. Isso leva à conclusão de que a Corte não pode desenvolver o direito constitucional isolado dos demais atores não judiciais da sociedade.

Assim, para essa concepção, no longo prazo, o processo de interpretação da Corte e da sociedade é levado a um equilíbrio das posições, sendo altamente aceitável por todos. A função da Corte seria de estabelecer o que são os direitos fundamentais dos direitos que são produtos de preferências políticas mais imediatas, o que levaria a uma estabilidade ao longo do tempo das posições da Corte e da sociedade.

Essa forma de defesa da participação popular na interpretação da constituição é semelhante com a defesa de Häberle, na defesa da abertura da interpretação à sociedade dos intérpretes, não limitando à Corte ou aos legitimados para propor as ações constitucionais. Embora esse processo seja lento e deve contar com o engajamento mais amplo da população, já principia uma diferenciação de um modelo insulado de Corte, que apenas é consultada ou acionada em casos pontuais, como se fosse um oráculo e não como uma instituição democrática.

Por outro lado, Bateup adota a teoria da *parceria*, cuja inspiração é Janet Hiebert, a qual defende que não há um lugar privilegiado para a Corte Constitucional na defesa da Constituição. Isso porque há um papel específico para cada um dos poderes no exercício do diálogo institucional, em que cada ramo do governo (poder) aprenderia com as interpretações dos demais. Além disso, tanto os atores judiciais, como os atores não judiciais são concebidos como participantes do diálogo e na tomada de decisão.³⁰²

Para Hiebert, tanto a Corte como o Parlamento devem compartilhar as responsabilidades sobre os julgamentos de valores constitucionais e avaliar a razoabilidade de suas próprias ações à luz desses valores. A importância disso leva em consideração que nem toda a legislação será contestada perante a Corte Constitucional. Isso levaria a cada um dos ramos do governo a se reconhecer como responsável por uma parte do conflito constitucional. Isso deve ocorrer dessa maneira, especialmente porque cada um tem uma perspectiva

³⁰¹ BATEUP, 2006, p. 61.

³⁰² *Ibid.*, p. 70.

diferente e estão, de fato, situados de maneira diferente, para o julgamento de questões constitucionais.³⁰³

Na base dessas ideias, tem-se que a Corte não é a mais capaz de resolver essas divergências sobre o significado dos direitos baseados em princípios; contudo ela considera que o isolamento relativo dos juízes às pressões políticas e sociais lhes daria maior liberdade para identificar as circunstâncias em que o Legislador teria restringido direitos. Entretanto, essa vantagem não impediria os juízes de apreender o outro ângulo da questão através das razões do Legislador, para identificar sob quais circunstâncias os objetivos da política poderiam exigir essa restrição a direitos.³⁰⁴

A partir disso, judiciário e legislativo deveriam se engajar num diálogo sobre o significado constitucional, em que cada um teria que ter reserva de suas próprias conclusões, buscando aprender com a perspectiva uns dos outros, abrindo-se a possibilidade de alterar seu próprio ponto de vista (um pressuposto do diálogo).

Como síntese dessas duas ideias, Bateup traz uma sequência de etapas para um diálogo entre os ramos do governo (poderes). Segundo Bateup, nessa proposta, o diálogo inicia-se com uma prévia análise das propostas de leis, ainda no âmbito parlamentar, para aferir a compatibilidade, seguindo por uma análise da Corte Constitucional, analisando os casos concretos e julgando conforme as bases jurídico-argumentativas e, por fim, com uma réplica do legislador, que poderá responder ou não à decisão judicial.

Bateup traz uma síntese das teorias do equilíbrio e da parceria como forma de solucionar o déficit de legitimidade da revisão judicial, à qual se acoplaria a continuidade da discussão iniciada no Parlamento e uma compreensão mais abrangente dos diferentes pontos de vista, seja do Parlamento, seja do Judiciário, com a participação dos atores extrajurídicos na discussão de temas constitucionais.

Por um lado, a abordagem do equilíbrio traz a sociedade dos intérpretes defendida por Häberle para o centro da discussão constitucional. Por ela, o judiciário passa a desempenhar uma função de facilitar e fomentar a discussão e o debate constitucional em toda a sociedade.³⁰⁵ Essa visão possibilita que durante as discussões possa surgir uma solução mais permanente da controvérsia, seja porque é mais consentânea com a moralidade política ou porque é o consenso que se pode formar, levando em consideração os diversos pontos de vista presentes na sociedade.

³⁰³ BATEUP, 2006, p. 71.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 72.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 77.

Conforme sintetiza Silveira³⁰⁶, a vantagem da teoria do equilíbrio é focar a atenção no potencial da ampla discussão dos temas constitucionais, envolvendo atores para além das instituições do Estado. Essa abordagem, contudo, não responde bem ao desafio contramajoritário, quando se trata de tema de menor “saliência” social, que não teria um engajamento maior da população ou da opinião pública. Entretanto, essa deficiência poderia ser bem colmatada pela teoria da parceria, a qual prescreve que cada poder tem a obrigação de buscar o sentido das normas constitucionais, aprendendo com as posições uns dos outros e melhorando essa interpretação.

Nessa mesma busca de um modelo de deliberação que estabeleça uma relação entre Judiciário e Parlamento, Mendes defende uma teoria do diálogo interinstitucional, não apenas intra-institucional.³⁰⁷ Nesse modelo, há uma promessa epistêmica de que serão tomadas melhores decisões quando houver uma melhor conversação entre as instituições e, com isso, uma maior probabilidade de se alcançar boas respostas aos dilemas constitucionais.³⁰⁸

Mendes rejeita o modelo adversarial como base de uma teoria do diálogo, porque, pelo modelo deliberativo, em que cada instituição se envolve no diálogo institucional, ocorre um desafio mútuo a permitir que as instituições entrem em entendimento sobre o melhor argumento ou uma melhor solução para um problema real e que envolva direitos.³⁰⁹

Sobre isso, Mendes ainda arremata, em relação à questão do tempo das decisões políticas e das decisões judiciais, porque nem sempre se tem uma solução pronta, mas é melhor ter uma solução provisória, que se fundamente em bons argumentos, do que aguardar por uma solução “milagrosa”. A política deve buscar a melhor resposta, o que não afasta a necessidade de um diálogo entre as instituições, pelo contrário, é com esse inicial diálogo que poderemos encontrar a melhor solução ou a “melhor” resposta para o caso, mantendo-se sempre aberta ao questionamento dialógico e deliberativo³¹⁰.

Nesses argumentos, deve-se reconhecer que a moralidade política presente nos casos controversos discutidos perante o Parlamento e as Cortes já apresenta seus elementos próprios

³⁰⁶ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/21125>. Acesso em: 22 dez. 2020, p. 164.

³⁰⁷ MENDES, 2008, p. 209.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 211.

³⁰⁹ *Ibid.. loc. cit.*

³¹⁰ E arremata o professor da USP: “Autoaperfeiçoamento é um compromisso desse regime. Se decisões provisórias atendem à demanda de autoridade, o tempo não é um limite para a deliberação interinstitucional, mas um elemento central para maximizar a sua capacidade epistêmica.” *Ibid.. loc. cit.*

para uma solução adequada por esses atores institucionais. A deliberação aberta aos intérpretes legitimados, mas também aos demais intérpretes direta ou indiretamente abrangidos por aquelas normas, possibilitará uma solução aproximada à moralidade política presente na sociedade. Isso permitirá uma decisão legitimada não somente oriunda de um procedimento potencializado pela maioria e realizada por representantes eleitos, mas haurida dos diálogos e das deliberações em consenso pelos diversos atores envolvidos ou que tenham argumentos plausíveis para uma solução adequada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No encerramento desta dissertação, espera-se ter apresentado o resultado das reflexões acerca dos dois objetos do estudo: a legitimidade da jurisdição constitucional e a moralidade política. Desde o início, fixou-se como objetivo a apresentação do conceito de moralidade política e estudou-se se a jurisdição constitucional é a guardiã da moralidade política quando realiza o controle material da legislação em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Por outro lado, no desenvolvimento desses temas centrais, algumas discussões se sobressaíram às demais quando levado em consideração o argumento democrático que perpassa a temática soberania popular e constitucionalismo.

Primeiramente, pode-se concluir que a moralidade política, na concepção de Ronald Dworkin, somente existe em uma comunidade de princípios que representa uma comunidade política. A comunidade de princípios, na concepção dworkiniana, já citada no desenvolvimento desta dissertação, deve ser considerada como um ente autônomo e cujas decisões de suas autoridades somente constituem atos coletivos, porque essas autoridades atuam numa estrutura constitucional e desempenham esse papel em nome da comunidade política. A moralidade política, na comunidade de princípios, em uma síntese do que foi apresentado ao longo da dissertação, é o conjunto dos princípios morais da comunidade que, ao traduzir o sentimento de justiça coletivo, fornece a melhor interpretação de como o cidadão deve agir *na sociedade e em nome da sociedade* e relaciona-se diretamente com os direitos fundamentais.

Esse conceito foi submetido ao contraste com os conceitos de moralidade pública e opinião pública. Ao comparar moralidade política e moralidade pública, percebe-se que os institutos estão voltados, em campos diversos, para questões avaliativas do comportamento em sociedade. Enquanto a moralidade política diz respeito ao certo e errado, no que se refere ao sistema de governo, às ações de governo e à criação de direitos e deveres, a moralidade pública relaciona-se com a sociedade, os atores individuais e privados, os cidadãos em sua relação consigo ou com o próximo e o bem comum.

A opinião pública e a moralidade política, por outro lado, estão interligadas à esfera pública e à sociedade civil. Por esfera pública, recapitulando o conceito habermasiano, pode-se conceber uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, relacionada com o *espaço social* que é gerado pelo agir comunicativo, mas sem as *funções* nem os conteúdos da comunicação cotidiana. A sociedade civil, por outro lado, pode ser sintetizada como aquele espaço formado por associações e organizações livres, ancoradas nas

estruturas de comunicação da esfera pública e nos componentes do mundo da vida, com atuação dentro da esfera pública ao lado dos partidos políticos, dos meios de comunicação ou da mídia, na formação da opinião pública e, também, no âmbito da moralidade política.

Dentro da esfera pública, portanto, a opinião pública e a moralidade política coexistem e são intermediadas pela sociedade civil e pelo Estado, ou seja, pelos partidos políticos e até pelos políticos, que atuam ao mesmo tempo na sociedade civil e como representantes do Estado. É importante, todavia, deixar destacado, para fins desta conclusão, que a moralidade política não se confunde com a opinião pública. Embora, na concepção instrumental, a opinião pública se aproxime do conceito de moralidade política, não pode com ela convergir, porque uma opinião pública, na acepção instrumental, pode representar qualquer expressão emergida na esfera pública, sem com isso expressar o próprio sentimento de justiça dos grupos, mas apenas a confluência das opiniões públicas formadas na consecução de algum interesse através do sistema político.

Dessas diferenciações de conceitos ou institutos, na parte essencial em que se expõe a premissa principal defendida no capítulo 2, conclui-se que a moralidade política é mais ampla que os direitos fundamentais, porque nem todos esses princípios representativos desse sentimento coletivo estão positivados na legislação nem nas Constituições dos Estados nacionais. Ao final, firmou-se a conclusão de que os direitos fundamentais não são a moralidade política, mas são como uma ponte entre o Direito e a Moral, usando como substrato a própria moralidade política, sem, contudo, com ela se confundir.

No capítulo 3, após as discussões sobre as características do controle de constitucionalidade e sobre os conceitos de parâmetro de constitucionalidade e bloco de constitucionalidade, foi possível concluir que a moralidade política não é um parâmetro de controle de constitucionalidade. Isso se deve, primeiramente, ao fato de que a moralidade política não se encontra totalmente inserta na Constituição, como visto no capítulo anterior, mas apenas parcialmente, através dos direitos fundamentais, e na parte que deve ser protegida por seu núcleo essencial. Com efeito, em razão das características do atual modelo de controle concentrado de constitucionalidade, há limites materiais impostos à jurisdição constitucional, em questão de moralidade política, que implicam em afastar seu campo de atuação, quando for exercido para deslegitimar escolhas morais do legislador, salvo quando não violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Segundo, numa discussão sobre a integridade política, nas modalidades discutidas neste estudo, não se chegou à conclusão nesse sentido. Na vertente da integridade legislativa, concluiu-se que o Parlamento não pode ser submetido à observância da coerência e

integridade por colocar em risco o pluralismo político. Com suporte nos argumentos de Andrei Marmor e Waldron, como visto, foi possível defender que o pluralismo é um valor mais importante que a integridade. Com efeito, mesmo que se tenha o ideal de integridade como valioso, a integridade legislativa não deve ser elevada ao mesmo nível substancial da justiça e, de consequência, não se deve obrigar o legislador a observá-la na produção de leis. Por outro lado, esse ideal, ainda assim, deve ser tido por importante, porque o uso da coerência legislativa também pode ser um fator progressista da legislação, porque pode possibilitar a fixação de legislações voltadas para a proteção da dignidade humana como fundamentação central e, a partir daí, reduzir as políticas de intolerância entre grupos heterogêneos, levando a legislação para novos e importantes temas que beneficiem a todos, com consideração a questões divergentes. Entretanto, mesmo nessa possível consideração, o uso do ideal da integridade legislativa, pelo Parlamento, somente deve ser adotado como um ideal fraco e que, por isso, não deve impor como obrigação ao Legislador o fazer sempre leis coerentes. Disso, conclui-se que a não observância da moralidade política de forma coerente pelo Parlamento impossibilita a declaração de (in)constitucionalidade de leis vigentes ou da omissão do legislador pela não adoção de legislações coerentes entre si ou com princípios implícitos na constituição.

Também sobre a integridade judicial, firmou-se como possibilidade sua admissão no âmbito do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional. Contudo, como os princípios explícitos ou implícitos presentes nas Constituições, através dos direitos fundamentais, não correspondem a todos os princípios existentes na comunidade de princípios, sustenta-se que somente parte da moralidade política poderia ser considerada parâmetro de constitucionalidade, mas somente na parte que coincide com aqueles direitos fundamentais já existentes nas cartas constitucionais.

Ao considerar os resultados dos estudos dos dois capítulos iniciais, no capítulo final pode-se encaminhar uma proposta conclusiva de que a Corte Constitucional não pode ser considerada como uma guardiã final da moralidade política. Com efeito, como moralidade política é um ideal que externaliza valorações sobre questões políticas relacionadas aos direitos e deveres de uma comunidade política unida sob um sistema jurídico, através de interpretações justificadoras do Direito, da Moral e da própria Política, em favor dos bons preceitos reguladores para a sociedade, e, por fim, visando à integridade política, não há como existir um único intérprete ou um representante desse ideal, mas várias vozes, vários intérpretes, vários meios de chegar a esse ideal.

Nesse passo, no desenvolvimento do capítulo 4, em que se propôs o debate dessa conclusão, foi necessário discutir algumas propostas que remodelam o processo de deliberação em ações constitucionais envolvendo temas de moralidade política. Apresentaram-se, então, alguns limites e parâmetros que tornam o processo de decisão, especialmente, perante a Corte Constitucional, mais democrático e mais deliberativo, facultando e permitindo a abertura do processo de formação e de decisão a todos os interessados, direta ou indiretamente.

Num dos aspectos, abordaram-se as questões políticas como uma das barreiras materiais à jurisdição constitucional, mas em razão da inexistência de critérios jurídicos para estabelecer quais matérias são ou não questões políticas, tem-se por inexistente essa limitação, salvo quando o próprio Poder Judiciário a adotar, no caso concreto, como limite, em verdadeira autocontenção judicial, o que se tem por insuficiente essa metodologia para evitar o ativismo judicial na seara política e em relação à moralidade política. De fato, ao se considerar que a jurisdição constitucional tem a última palavra sempre e em qualquer assunto, bastaria excluir determinado tema do âmbito das questões políticas para, assim, haver a possibilidade de decisão pela Corte Constitucional nesse assunto.

No outro lado, quanto aos direitos fundamentais, defendeu-se a posição de que estes não podem ser desconsiderados como limite material da jurisdição constitucional. Nesse aspecto, os direitos fundamentais são limites materiais da jurisdição constitucional, uma vez que esse ramo do poder não pode impor uma moralidade política, sob a alegação de violação dos direitos fundamentais, quando não for possível demonstrar que a interpretação do direito fundamental tido como violado não tutela a escolha do legislador democrático entre as possíveis interpretações da norma constitucional, seja na adoção de uma legislação infraconstitucional ou até na reforma da constituição através de emenda à constituição. Ao fim da discussão, firmou-se o entendimento de que os direitos fundamentais devem ser considerados como uma barreira ética contra o Estado, em benefício do indivíduo e da coletividade e de que é função da jurisdição constitucional a proteção do núcleo desses direitos fundamentais.

Como o reconhecimento de apenas dois limites materiais à jurisdição constitucional – as questões políticas e os direitos fundamentais – revelaram-se insuficientes ante a possibilidade de superação argumentativa pela Corte Constitucional, propôs-se, na parte final do capítulo 4, a defesa dos direitos das minorias e dos direitos fundamentais através da construção dialogada e deliberativa das decisões judiciais em controle de constitucionalidade. Ergueram-se, assim, alguns parâmetros procedimentais para o controle da

atuação da Corte Constitucional dentro desses limites materiais identificados, que vão desde a ampliação de uma comunidade dos intérpretes, como preconiza Peter Häberle, como a defesa de uma Corte Deliberativa e a adoção de uma teoria dos diálogos institucionais de matriz deliberativa.

Essa defesa se fundamentou, portanto, em soluções que favorecem o sistema democrático. Num aspecto, levou-se em conta a vertente procedural que torna o resultado dado pela maioria equitativo para todos os envolvidos. Noutro aspecto, em relação ao resultado dado à controvérsia, abordou-se que devem ser respeitados os valores substanciais que evitem que aqueles que foram derrotados não sucumbam em face dos vencedores, precisamente em seus direitos fundamentais.

Assim, com a mudança da forma de deliberação da Corte Constitucional, passando a ser uma Corte Deliberativa, será possível, ao mesmo tempo, conciliar as posições dos diversos ramos do governo, com a adoção do diálogo institucional, como também expandir a comunidade de intérpretes da Constituição, inserindo-os dentro do procedimento deliberativo e propiciando uma decisão que leve em consideração todas as nuances e perspectivas dos envolvidos.

A defesa dessa abordagem deliberativa se deu no contexto deste estudo porque não há como privilegiar a existência do próprio controle de constitucionalidade sem que seja por meio deliberativo, uma vez que, se adotada a teoria substancialista em sua pureza, ao final, não restaria mais espaço para os representantes populares e, a depender da corte, nem mesmo ao povo, do qual emanam todos os poderes.

Em arremate final do propósito desta dissertação, espera-se ter contribuído para encaminhar uma proposta de encerramento da discussão sobre quem guarda o guardião, propondo que não haja, nas discussões que envolvam a moralidade política e questões de direitos constitucionais, propriamente uma última palavra sobre a interpretação da Constituição, de modo que isso tornará dispensável a figura guardião do guardião final. Na realidade, propõe-se que nem mesmo haja um guardião, mas apenas a divisão de funções constitucionais, em que cada uma, exercendo suas atribuições em conformidade com a Constituição, mas em diálogo permanente entre si, com participação direta dos interessados ou dos envolvidos com temas de moralidade política, possam conjuntamente concretizar os comandos constitucionais em favor da defesa dos direitos de todos.

Por fim, como não poderia ser diferente, algumas questões ficaram em aberto neste estudo, que poderá ser retomado, com maior aprofundamento. A primeira delas é a necessidade de se abordar uma teoria do processo legislativo democrático, o qual poderá ser a

abertura da democracia brasileira para uma maior participação popular no estabelecimento de direitos e deveres, bem como na discussão para implementar a Constituição Cidadã. Essa reivindicação, mesmo que possa ser contrastada com o argumento de que o Parlamento deve ser considerado o ramo do poder com maior legitimidade haurida do voto popular, o formato de representação no modelo brasileiro, por exemplo, ainda sofre muitos lobbies de entidades corporativas, bem como tem influxo profundo do financiamento pelo poder econômico, o que permite postular um debate sobre essa configuração para afastar da produção legislativa essas influências, nem sempre indevidas, mas que modificam a vontade dos parlamentares, afastando-os da representação do pluralismo de ideias existentes em toda a sociedade.

Noutro ponto, não se pode deixar de reconhecer que o estudo desenvolvido nesta dissertação, para além das limitações que possibilitasse um estudo mais completo, que não vem ao caso aqui expor essas limitações, poderá ser abordado outros aspectos, sob um viés de crítica à adoção da moralidade política como algo extraído de um corpo único e bem formado, fato que não foi defendido neste estudo, mas que carece de aprofundamento dessa visão dworkiniana, a partir de contribuições das ciências jurídicas e também das ciências sociais e ciências políticas. É que, embora haja a defesa de Dworkin de que o Direito seja ramo da Moral, esta conclusão não é unanimidade, bem como não foi de todo assumida, neste estudo, no qual se preferiu abordar essa ideia na parte inicial, para, ao final, mover uma crítica com fundamento na teoria habermasiana da democracia deliberativa, ou seja, sob as luzes de outras teorias, inclusive teorias substancialistas, ou mesmo sob o enfoque da crítica com referencial teórico em outros autores, as possibilidades de defesa da democracia e da legitimidade do Poder Judiciário podem gerar outros interessantes debates.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Interpretación y argumentación jurídica**. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003.

AGRA, Walber de Moura. **Jurisdição constitucional**: diretrizes para o incremento de sua legitimidade. 2003. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4861>. Acesso em: 21 dez. 2020.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza. 2011. Disponível em: <http://dspace.unifor.br/handle/tede/87106>. Acesso em: 07 set. 2018. p. 105.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE). **Controle de Constitucionalidade nº 39/1**, 1975. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>. Acesso em: 29 dez. 2021.

_____. Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE). **Controle de Constitucionalidade nº 88/203**, 1993. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>. Acesso em: 29 dez. 2021.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org. e trad. Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadiredireito/article/view/948>. Acesso em: 29 out. 2019.

BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, 2006, NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=852884>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BARBOSA, RUI. **Os actos inconstitucionais:** do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I.** Trad. Carmen C, Varriale et al. 11ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** (Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOURDIEU, P. A opinião pública não existe. In: THIOLLENT, Michel J. M. **Crítica metodológica, investigação social e enquete operária.** 5ª ed. São Paulo: editora Polis, 1987, p. 137-151.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5.** São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompile.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

_____. **Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 26 dez. 2020.

_____. **Lei nº 9882, de 03 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 26 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3999.** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF. 12 nov. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 17 abr. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. Acesso em: 29 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.** Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 29 maio. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 maio. 2010. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 27 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330.**

Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 03 maio. 2012. Diário da Justiça Eletrônico,

Brasília, DF, 22 mar. 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em: 27 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**

Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 05 maio. 2011. Diário da Justiça Eletrônico,

Brasília, DF, 14 out. 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 27 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**

nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 27 abr. 2005. Diário da Justiça

Eletrônico, Brasília, DF, 31 ago. 2007. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300> Acesso em: 27 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 124306.** Relator: Ministro Roberto

Barroso. Brasília, DF. 09 ago. 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 mar. 2017.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345> Acesso em: 27 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292.** Relator: Ministro Teori

Zavascki. Brasília, DF. 17 fev. 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 maio.

2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 27 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 43.**

Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 07 nov. 2019. Diário da Justiça Eletrônico,

Brasília, DF, 12 nov. 2020. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 27 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4167.** Relator:

Ministro Joaquim Barbosa (decisão monocrática). Brasília, DF. 10 dez. 2008, Brasília, DF,

Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 dez. 2008. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590415>. Acesso em: 30. Out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5022-MC.**

Relator: Ministro Celso de Mello (decisão monocrática). Brasília, DF. 16 out. 2013, Brasília,

DF, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 23 out. 2013. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=178764841&ext=.pdf>. Acesso em 30 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de constitucionalidade nº 3494**. Relator: Ministro Gilmar Mendes (decisão monocrática). Brasília, DF. 22 fev. 2006, Diário da Justiça, Brasília, DF, 8 mar. 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2294738>. Acesso em: 30 out. 2020.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. Trad. do alemão por Newton A. Von Zuben. 2^a ed. rev. São Paulo: editora Moraes, 1974.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BRINA, Christina Vilaça. Deve a integridade vincular o poder legislativo? Uma análise das críticas de Andrei Marmor à integridade legislativa em Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 137 – 153. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47835>>. Acesso em: 30 set. 2020.

CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O Direito como Integridade na Jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. **Seqüência** (Florianópolis), n. 67, p. 251-276, dez. 2013

CAMPOS, Juliana C. Diniz. **O povo é constitucional**: poder constituinte e democracia deliberativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the 'Concept of law'**. London: Oxford University Press, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da USP, 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A raposa e o porco-espinho**: Justiça e Valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

_____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte Lisboa: Almedina, 2012.

_____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** 2. ed. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIMOULIS, Dimitri *et. al.* **Dicionário brasileiro de direito constitucional.** Coord. geral Dimitri Dimoulis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico:** teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1776). **Constituição dos Estados Unidos da América.** Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/article-6/>. Acesso em: 23 dez. 2020.

_____. Suprema Corte. **Controle de Constitucionalidade nº 347 U.S.** 483, 1954. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 23 dez. 2020.

_____. **Controle de Constitucionalidade nº 410 U.S.** 113. 1973. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em: 23 dez. 2020.

FAVOREU, Louis at. al. **Droit constitutionnel.** 21^a ed. Paris: Dalloz, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 13^a ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIANOTTI, José Arthur. Moralidade pública e moralidade privada. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ética.** São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na fase atual do Estado Constitucional. Trad. do espanhol: Tânia Abrão Rangel. Tradução do alemão para o espanhol: Joaquín Brage Camazano. **Revista de Direito Administrativo.** nº 244. Rio de Janeiro: Atlas, jan/abr. 2007. p. 208-230. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42470/41189>. Acesso em: 30 dez. 2019.

_____. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Trad. Guido Antônio Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmera. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua.** Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduardo Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAUSS, Lacombe. **A ética do discurso em Habermas.** s. l. 2017. Disponível: <https://ideallibertario.wordpress.com/2016/06/06/a-etica-do-discurso-em-habermas/>. Acesso em: 1 set. 2020.

LEGARRE, Santiago. Ensaio de delimitação do conceito de moral pública. **Quaestio Iuris.** Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 166-181. 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/issue/view/805>. Acesso em: 7 fev. 2020.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal:** uma proposta de delimitação do debate. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em: 21 dez. 2020.

LIPPmann, Walter. **Opinião pública.** Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

LOCKE, John. **Ensaio acerca o entendimento humano.** Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia:** Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. p. 22.

MARMELSTEIN, George. **A judicialização da ética.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

_____. **Proteção judicial dos direitos fundamentais:** diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2007.

MARMOR, Andrei. Should We Value Legislative Integrity. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi. (org.) **The least examined branch:** The role of legislatures in the Constitutional State. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MARTINS, Leonardo (organização e introdução, coletânea original de J. Schwabe). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Trad. Beatriz Hennig et. al. Montevidéu: Konrad Adenaeuer-Stilfung, 2005.

MATOS, Rômulo Richard Sales. **Autoridade e conflito político:** justificação democrática da normatividade segundo Jeremy Waldron. 2018; Dissertação (Mestrado) - Programa de pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MELO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional:** Controle de Constitucionalidade. v. 5. Porto Alegre: Emagis – Escola da Magistratura do TRF 4^a Região, 2006. p. 296. Disponível em:

https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mend es.pdf. Acesso em: 17 fev. 2013.

MISHLER; SHEEHAN. The Supreme Court as a countermajoritarian institution? the impact of public opinion on Supreme Court decisions. **The American Political Science Review.** Vol. 87, n. 1, pp. 87-101. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2938958>. Acesso em: 24 jan. 2021.

MONZÓN, Cándido. **Opinión pública, comunicación y política:** la formación del espacio público. Madri: Tecnos, 1996.

_____. Opinión pública, una sociedad “bajo control”. **Palabra-Clave**. Vol. 4, 2001, Universidad de La Sabana. Bogotá, Colombia. Febrero 2001. p. 9-25. Disponible em: <https://palabraclave.unisabana.edu.co/index.php/palabraclave/article/view/360>. Acesso em: 13 jun. 2020.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo (RS). 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. **La espiral del silencio**: opinión pública: nuestra piel social. Trad. Javier Ruíz Calderón. Barcelona: Ediciones Paidós. 1995.

OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. **REVISTA CEJ (BRASÍLIA)**. v. 24, p. 55-63, 2020.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. Acesso em: 25 dez. 2020.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia**: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

POLI, Vinicius José. **Controle de Constitucionalidade**: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29102012-164630/en.php>. Acesso em: 06 jan. 2021.

PRICE, Vicente. **La opinión pública**: esfera pública y comunicación. Barcelona: Ediciones Paidós, 1994.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2002.

_____. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999,

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

_____. **História do Supremo Tribunal Federal - 1891-1898: Defesa das liberdades civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1.

SANCHÍS, Luís Prieto. Derechos fundamentales. In: VALDÉS; LAPORTA. **El derecho y la justicia**, Madrid: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Boletín Oficial del Estado, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4^a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Filipe Carreira da. **Espaço Público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2018. *E-book*.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/21125>. Acesso em: 22 jan. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book*.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da Construção do Direito. 7^a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo, Saraiva: 2011.

TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas**. Trad. Eduardo Brandão. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TATE, C. Neal et. al. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. *E-book*.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

THOMPSON, J. B. **A mídia e a modernidade:** uma teoria social da mídia. Trad. Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética.** Trad. grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul; revisão e organização da tradução Ernildo Stein. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional:** um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. Tese (Doutorado). Curso de Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>. Acesso em: 04 nov. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VOJVODIC, Adriana et. al. (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2012.

VALLINDER, Torbjörn. When the court go marching in. In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995. E-book.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999a.

_____. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the 'Concept of Law'.** Oxford University Press, 2001. p. 410-434.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. In: **Yale Law Jornal.** Vol. 115. Yale: 2006. p. 1315-1406. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. **The Dignity of Legislation.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999b.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. **Justicia constitucional.** v. 1: História, principios e interpretaciones. Traducción César E. Moreno More. Puno: Zela, 2018.

ZANON JR., O. L. **Teoria complexa do direito.** 2^a ed., Curitiba: Prismas, 2015.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica Dello Stato di Diritto. In: **Lo Stato di Diritto. Storia, Teoria, Critica.** Milano: Feltrinelli, 2003.