UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

MARCELA BARBOSA DE MENEZES

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, POLÍTICA E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Salvador
2011

MARCELA BARBOSA DE MENEZES

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, POLÍTICA E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Salvador, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane De Mori Peixoto

Salvador
2011

Dedico este trabalho à minha mãe, que tornou os meus sonhos os seus sonhos. E ao meu pai, exemplo de caráter e força. Obrigado por acreditarem em mim, pois sem vocês eu nada seria. O amor de vocês me constrói a cada dia. À vocês dedico todas as minhas vitórias e o meu imenso amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me dado saúde e a oportunidade de ter chegado até aqui. Agradeço aos meus pais, Márcia e Marcelo, que não medem esforços para a realização dos meus sonhos, e que me vêem tão maior do que eu realmente sou. O amor de vocês é o meu tesouro. Amo-os infinitamente.

Agradeço ao meu namorado, Taciano Rosas Vieira, pelo amor infinito, apoio incansável, e por acreditar em mim, mesmo quando eu não acreditava.

Agradeço a todos os meus amigos e amigas pela eterna amizade. Em especial, agradeço às minhas amigas da Unifacs, Camila Sampaio, Camila Tenório, Lara Rivera, Mariana Santana e Sylvia Annabel, pelo incentivo e força durante essa jornada. Agradeço à minha grande amiga Vanessa Abreu, que revisou parte da minha monografia.

Agradeço a todos os mestres que me ensinaram as primeiras lições do Direito, bem como a amá-lo. Em especial, agradeço ao meu orientador Geovane De Mori Peixoto, por toda a paciência, dedicação e auxílio. Agradeço ao professor Miguel Calmon Dantas, pelas importantes lições e pela ajuda em todas as fases desse processo. Agradeço, ainda, à professora Priscila Cavalcanti que, mesmo distante, não deixou de me auxiliar e acreditar no meu trabalho.

“Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse Amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom da profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse Amor, nada seria.”
(Epístola de São Paulo aos Coríntios, cap. XIII).

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar e discutir a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Constitucional do Brasil, especialmente quando este órgão atua na concretização de direitos fundamentais. Para tanto, o presente trabalho foi divido em três capítulos destinados a tratar dos principais aspectos do tema objeto de análise. Assim, primeiramente faz-se uma análise acerca da concepção de Política e Poderes, demonstrando que o Direito tem o papel de regular esta relação. Ademais, provamos que o Poder Judiciário é, sim, um Poder Político. Após isto, é feita uma análise mais detida da legitimidade e legalidade, traçando um esboço da evolução doutrinária acerca de tais conceitos, mostrando a relação, por vezes, conflituosa entre ambos, até chegar às concepções acerca da legitimidade do poder e da legitimidade democrática. Em seguida, faz-se um estudo detido acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário, em especial do STF, analisando o motivo deste tema estar sendo debatido atualmente, as questões que levaram a este debate (como a judicialização e o ativismo judicial), e as críticas doutrinárias acerca das posturas do referido órgão. Por fim, demonstra-se a necessidade de construção de uma teoria constitucional adequada às realidades do Estado Brasileiro, de modo que os direitos fundamentais sejam efetivados e garantidos em todos os âmbitos do Poder.

Palavras-chave: Legitimidade Democrática. Supremo Tribunal Federal. Judicialização. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Supremacia constitucional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 8
2 POLÍTICA E PODERES: UMA RELAÇÃO REGULADA 14
2.1 ANTIGUIDADE 14
2.2 MODERNIDADE 20
2.3 CONTEMPORANEIDADE 31
3 LEGITIMIDADE E LEGALIDADE: UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA 39
3.1 PANORAMA HISTÓRICO ACERCA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE 42
3.2 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA DEFINIÇÃO DE LEGITIMIDADE 42
3.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA SEGUNDO JÜRGEN HABERMAS 48
3.4 UMA NOVA FUNDAMENTAÇÃO DA LEGITIMIDADE 51
4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 54
4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 55
4.2 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL 57
4.3 POSSÍVEIS CAUSAS DO SURGIMENTO DOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL 58
4.3.1 O papel desempenhado pelos direitos fundamentais, especialmente pelos direitos sociais, na conformação do cenário em estudo 61
4.4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO DO STF NOS CASOS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO 64
4.5 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF NAS DECISÕES DECORRENTES DO ATIVISMO JUDICIAL 76
4.5.1 O processo de compreensão e interpretação do julgador dentro da hermenêutica jurídica 78
4.5.2 A (i)legitimidade democrática das posturas ativistas do STF de acordo com as concepções da hermenêutica jurídica brasileira: confronto com a teoria argumentativa de Robert Alexy e aproximação com a teoria substancialista de Ronald Dworkin 79
4.6 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF E A NECESSIDADE DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL ADEQUADA ÀS NECESSIDADES BRASILEIRAS 86
5 CONCLUSÃO 89
REFERÊNCIAS 94

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende enfrentar a seguinte indagação: o Supremo Tribunal Federal encontra-se legitimado democraticamente, quando atua no exercício da Jurisdição Constitucional, especialmente quando suas decisões vinculam os Poderes Executivo e Legislativo, declarando a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público e impondo-os obrigações?

A Jurisdição Constitucional consiste na interpretação e aplicação da Constituição Federal pelos órgãos do Judiciário, compreendendo a aplicação direta da Constituição, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, na interpretação da legislação infraconstitucional de acordo com o disposto constitucionalmente, bem como, e principalmente, na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. Nesta seara, o Supremo Tribunal Federal é o ápice do sistema da Jurisdição Constitucional, sendo o detentor da função de intérprete final da Constituição.

Ocorre que, com o desenrolar da história política e jurídica do Brasil, ocorreu uma desvalorização da atividade do legislador, sendo substituída por uma crescente valorização da atividade jurisdicional. Dentre outros motivos, a descrença nos órgãos políticos, e a idealização de um Judiciário forte e independente, que seria detentor da capacidade de resolver questões polêmicas, em que não há consenso da sociedade, fez surgir dois fenômeno de relevância crescente: a Judicialização e o Ativismo Judicial (que serão melhor analisados no capítulo 4 do presente trabalho).

A Judicialização denota a solução de questões relevantes do ponto de vista social, político, econômico ou moral pelo Poder Judiciário.

Já o Ativismo Judicial consiste na conduta dos juízes em decidir unicamente com base na sua própria consciência, desconsiderando os preceitos normativos estabelecidos pelo legislador democrático (tanto os preceitos constitucionais como legais), a doutrina, os princípios e a jurisprudência.

No Brasil, a existência de uma Constituição analítica e abrangente, com a presença de normas programáticas, bem como o sistema de controle de constitucionalidade (um sistema misto, em que coexistem o sistema austríaco com o norte-americano), contribuem para que questões relevantes saiam do debate político e sejam levadas para a seara jurídica, especialmente no âmbito do STF, em que o acesso é facilitado através da relativa amplitude da gama de legitimados para interpor ações diretas de controle de constitucionalidade.

Contudo, tal fenômeno tem levado à discussão acerca da legitimidade democrática do STF para resolver questões políticas e sociais, sobrepondo as suas decisões às dos atores políticos do Legislativo e do Executivo. Uma vez que os membros do Legislativo e do Executivo são investidos pelo voto popular e que, ao menos teoricamente, os seus atos traduzem a vontade do povo, há de se questionar qual o fundamento da legitimação do STF para se sobrepor à tais decisões, e se tal postura se coaduna com o Estado Democrático.

Neste contexto, embora não se tenha como olvidar que o STF é um órgão político, fazendo parte de um dos três poderes que compõe o Poder Político total do Estado, as decisões do STF acerca de questões envolvendo direitos fundamentais, muito longe de se compatibilizarem com o ideal da neutralidade do juiz, são fortemente influenciadas por questões externas, como preferências político-partidárias, convicções religiosas e morais, influência midiática etc. Este fato denota uma interferência do Jurídico no Político (Judicialização) e vice versa, o que conduz ao questionamento acerca da sua compatibilidade com a democracia.

Neste diapasão, diversas críticas de cunho técnico, ideológico, e institucional vêm sendo formuladas em relação a esse novo papel que tem sido exercido pelo Judiciário. Segundo alguns teóricos, está ocorrendo uma usurpação do papel do legislador pelos juízes, o que ocasiona o chamado “risco democrático”. Desse modo, para aqueles que argumentam contrariamente à legitimidade democrática do Tribunal Constitucional Brasileiro, a discussão de questões polêmicas na seara jurídica tornar-se-ia hermética, excluindo os atores sociais, uma vez que a população não possui o domínio do aparato instrumental e técnico que conduz as decisões jurídicas.

Contudo, a análise mais profunda dessa questão conduz à antiga problemática da relação entre Política e Direito – expressa, no caso em análise, na interferência da esfera política no Judiciário e do Judiciário na política. Destarte, questiona-se em que medida a interferência do Político na Jurisdição Constitucional é compatível com a Democracia. Com a solução deste questionamento, será possível a discussão acerca da legitimidade democrática dos Poderes, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

O tema possui grande relevância na medida em que vivemos em um Estado Democrático de Direito, o qual possui como norma superior fundamental a Constituição Federal. Desse modo, todos os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário - devem pautar sua conduta com base na Constituição, bem como na Democracia.

A Constituição Federal brasileira de 1988 é uma constituição dirigente que através de normas programáticas impõe tarefas ao legislador e aos membros do Executivo,

especialmente em relação à elaboração de políticas voltadas para a melhoria das condições de vida da sociedade. Uma vez que estas normas não são cumpridas, o Judiciário, em especial o STF tem atuado de forma a suprir a ausência do legislador e do executivo, impondo medidas coercitivas à execução de ditas normas.

Nesta medida, questiona-se a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, intérprete final da Constituição, de modo a perquirir em que se baseia a legitimidade do STF para tal atuação, qual é essa legitimidade, e quais os seus limites.

Dizendo de outro modo: a relação entre democracia e jurisdição constitucional deve ser analisada na medida em que o STF vem interferindo em questões que, a priori, seriam reservadas aos órgãos políticos – Executivo e Legislativo. Qual a legitimidade do STF ao atuar no exercício da Jurisdição Constitucional? Quais os limites à esta atuação?

Neste panorama, os fenômenos da politização do judiciário e da judicialização da política também devem ser observados e questionados, uma vez que a discussão acerca da interface entre Política e Direito remonta à Antiguidade, e até o presente momento permanece sendo uma questão relevante especialmente em um Estado Democrático.

Portanto, o trabalho tem como objetivo principal analisar a existência ou não de legitimidade democrática no Supremo Tribunal Federal quando este atua nas decisões de questões políticos-sociais, especialmente envolvendo direitos fundamentais, sobrepondo as suas posições às decisões do Legislativo e do Executivo, bem como quais os limites à esta atuação.

Para o alcance deste objetivo, certas questões deverão ser enfrentadas de modo a obter a melhor resposta para o questionamento principal.

Desse modo, deve-se questionar, primeiramente, se o Poder Judiciário – e conseqüentemente o STF – é um Poder Político. Para tanto, é imperioso realizar uma análise acerca da relação entre a Política e os Poderes, relação esta delimitada pelo Direito. Tal questionamento será debatido no primeiro capítulo do presente trabalho, à luz do pensamento dos filósofos gregos de grande importância para o Direito atual (Aristóteles e Platão), dos pensadores modernos (John Locke, Montesquieu, Rousseau, Immanuel Kant), e dos pensadores contemporâneos, desde do positivismo de Hans Kelsen – cuja teoria do direito positivo é de extrema importância para a compreensão do fenômeno do Direito em todos os seus momentos, inclusive na atualidade -, até os doutrinadores mais atuais como Lênio Streck, Norberto Bobbio e Zygmunt Bauman – cujas percepções e leituras acerca do Direito na atualidade e sua relação com a Política são de extrema clareza e relevância.

Não obstante, esta primeira parte do trabalho ainda traz as brilhantes lições de Paulo Bonavides e Hannah Arendt. Todos estes autores foram selecionados pela relação de algumas das suas obras com o questionamento realizado no primeiro capítulo, bem como pela sua importância dentro da doutrina jurídica e política atual.

Tendo respondido ao primeiro questionamento, deve-se passar ao segundo questionamento: o que é um Poder legítimo? No que consiste a legitimidade democrática de um Poder? Para tanto, deve-se esclarecer qual a diferença entre legalidade e legitimidade, como ocorreu a relação entre esses dois conceitos ao longo da história até a atual definição de cada um destes. Neste cenário, a leitura da obra de Carl Schmitt "Legalidade e Legitimidade" é essencial, exatamente porque o doutrinador enfrenta diretamente tais questões. A análise acerca do tema realizada por Paulo Bonavides também será salutar, bem como a análise desenvolvida por Celso Lafer no artigo entitulado "A legitimidade na correlação entre Direito e Poder". Obviamente que, ao tratar de legitimidade as definições de Max Weber não podem ser abandonadas, tendo em vista a sua clareza na observação dos fenômenos sociais que possibilitou tais definições, bem como a extrema importância dos seus estudos para a definição da legitimidade na atualidade.

Ademais, também será importante a ressalva acerca da definição positivista de Hans Kelsen sobre os conceitos em questão, uma vez que contribuiu para a falta de uma definição acerca da legitimidade.

Por fim, a concepção de Miguel Reale torna-se extremamente relevante para a concepção atual acerca da legitimidade do Direito e do Poder Político. Ao tratar da legitimidade democrática do Poder, contudo, a obra utilizada será "Direito e Democracia" de Jürgen Habermas, devido à sua relevante contribuição para a definição de um conceito de legitimidade consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Havendo respondido aos questionamentos básicos para a compreensão do objeto de estudo, chegar-se-á ao questionamento central, ao problema do presente trabalho. Aqui, será necessário compreender os motivos que levam à este questionamento, que é exatamente o crescimento dos fenômenos da Judicialização e do Ativismo Judicial. Em que consistem esses fenômenos e quais as causas do seu surgimento? Havendo respondido tais questões, passar-se-á a delinear a legitimidade democrática no âmbito do Tribunal Constitucional Brasileiro, o STF.

Logicamente que, ao tratar de Jurisdição Constitucional, a obra de Hans Kelsen "Jurisdição Constitucional" é imprescindível, uma vez que este delimitou o conceito de Jurisdição Constitucional, a importância de uma Corte Constitucional e, conseqüentemente,

de um controle de constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo pela referida Corte. O sistema de controle de constitucionalidade concentrado foi criado por Hans Kelsen e, ao lado do sistema americano de controle difuso, compõe o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

No que tange ao questionamento principal do trabalho, e para uma melhor compreensão do problema aqui posto, duas questões principais deverão ser discutidas:

1ª) O STF está legitimado democraticamente para impor deveres aos Poderes Legislativo e Executivo?

2ª) O STF encontra-se legitimado democraticamente quando atua de maneira ativista, - prescindindo da lei, da Constituição, dos princípios, da doutrina, e dos precedentes jurisprudenciais – interpretando as leis e atos normativos de modo a criar novas hipóteses normativas, distintas daquelas criadas pelos órgãos eleitos democraticamente para esta finalidade?

Ao tratar da primeira questão será necessária a análise acerca dos direitos fundamentais sociais e suas características, especialmente do seu caráter vinculativo a todos os Poderes, e das suas dimensões negativa e positiva.

O trabalho trará, neste ponto, as opiniões divergentes de Gustavo Amaral e de Andreas Krell, cujas obras tratam exatamente da efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, em especial pelo Tribunal Constitucional.

Neste diapasão, a opinião de Jürgen Habermas acerca da necessidade do Tribunal Constitucional para a concretização de direitos fundamentais também é extremamente relevante.

No que tange à segunda questão, referente ao Ativismo Judicial, é relevante o conhecimento acerca do processo de compreensão e interpretação do julgador dentro da hermenêutica jurídica. Destarte, serão utilizados os ensinamentos de Lênio Streck, que faz uma ácida crítica à filosofia da consciência na qual se baseiam os intérpretes para respaldarem as suas decisões solipsistas.

Ao analisar a referida problemática, é interessante realizar um contra-ponto entre as lições da hermenêutica jurídica e as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que enfrentaram tal questionamento de maneiras distintas.

Ao final da leitura da presente monografia, será possível ao leitor obter uma profunda compreensão acerca do problema tratado, podendo tirar suas próprias conclusões a partir dos diversos argumentos trazidos pela autora, com base na melhor doutrina. Não obstante a posição que será sustentada ao final do trabalho, este não descuidará das análises críticas,

imprescindíveis para todos os estudiosos do Direito, especialmente quando se trata de um tema de alta relevância.

2 POLÍTICA E PODERES: UMA RELAÇÃO REGULADA

A política trata daquilo que é comum a todos, do bem comum. Destarte, a política existe desde que o ser humano se agrupou e percebeu que havia bens materiais e imateriais comuns a todos, que deveriam ser preservados de modo a preservar a sobrevivência de cada um e do próprio grupo. Com o intuito de tratar desse bem comum, a política surge, inicialmente, como a atividade exercida no espaço público (a polis grega) em que, através do debate entre iguais, os assuntos comuns a todos eram resolvidos.

Contudo, com o desenvolvimento da humanidade, os assuntos comuns tornaram-se maiores e mais complexos, tornando-se necessária a divisão de um grande poder, o poder político, ou o poder de tratar dos assuntos comuns a todos, em outros poderes menores, cada qual com as suas competências. Assim, já na modernidade, é formulada a teoria da divisão dos três poderes: o executivo, o legislativo e o judiciário.

Portanto, embora cada um dos três poderes possua competências específicas, não se pode olvidar que eles são esferas menores de um grande poder - o poder político -, sendo, também, poderes políticos, uma vez que tratam daquilo que é comum.

Neste capítulo pretende-se demonstrar que a relação entre política, ou seja, o exercício da atividade que trata do que é comum, e os poderes políticos, executivo, legislativo e judiciário, é regulada pelo Direito.

Em verdade, o Direito, ao delimitar o âmbito de atuação de cada um desses poderes, ao impor funções e distribuir competências, harmoniza a relação entre a política e os poderes - papel este que se encontra especialmente explicitado nas Constituições de cada Estado.

Portanto, para uma melhor compreensão e sistematização do desenvolvimento dessa relação, este capítulo é subdividido em três momentos históricos: a antiguidade, a modernidade, e a contemporaneidade.

2.1 ANTIGUIDADE

Não há como iniciar um estudo acerca da relação entre política, poderes e Direito sem remeter, ainda que em linhas gerais, à concepção dos Antigos, especialmente dos Gregos, em relação a tais assuntos.

A Grécia Antiga foi o berço do termo Polítéia, que expressava um modelo em que Direito e política se entrelaçavam, não havendo um modelo hierárquico de diferenciação entre

esses dois âmbitos[1]. Contudo, havia uma clara distinção entre o espaço privado (*oika* ou *oikos*) e o espaço público, a *polis*.

Polis designava o espaço público formado apenas pelos cidadãos, estes considerados como sendo apenas os senhores proprietários, e apenas do sexo masculino. Na *polis*, todos eram iguais porque eram livres.

Nesse aspecto, a liberdade tem um sentido bastante diverso do empregado atualmente. Liberdade para os gregos era estar totalmente livre, desde os afazeres domésticos - onde a *oíka* era o espaço físico doméstico onde seriam exercidos não apenas esses afazeres, incluindo ainda todos os bens pertencentes aos senhores, como seus escravos, demais bens materiais, bem como a sua família -, até às suas próprias necessidades.

Desse modo, Hannah Arendt explicita:

> A coisa política entendida nesse sentido grego está, portanto, centrada em torno da liberdade, sendo liberdade entendida negativamente como o não-ser-dominado e não-dominar, e positivamente como um espaço que só pode ser produzido por muitos, onde cada qual se move entre iguais. Sem esses outros que são meus iguais não existe liberdade alguma [...][2]

Para os gregos, um grande feito deveria começar a ser elaborado ou construído a partir da conversa mútua, do poder externar opiniões, ser ouvido, e ter as suas idéias confrontadas por outros. Desse modo, havia a necessidade de estar livre das necessidades ordinárias da vida comum para se libertar para a *polis*, como também era necessária a existência de outros homens também livres, com os quais era possível dialogar e, através desse diálogo, compreender o sentido objetivo das coisas[3].

Destarte, é possível vislumbrar, a partir do exposto, as bases da Democracia direta grega. Na *Ágora* (praça pública onde os cidadãos se reuniam para exercer a política) todos os cidadãos – os senhores proprietários, do sexo masculino, livres dos afazeres domésticos – eram considerados iguais perante a lei, toda forma de poder arbitrário era condenada, o preenchimento das funções públicas ocorria mediante sorteio, as reuniões e deliberações populares ocorriam em praça pública[4].

Ademais, as escolhas não ocorriam de acordo com a vontade da maioria, que muitas vezes pode não estar correta, mas sim a partir do debate entre os cidadãos, que conjuntamente decidiam o que era melhor para a Cidade.

---

[1] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**.São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.12.
[2] ARENDT, Hannah. **O que é política.** 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 48.
[3] Ibd., p. 56-60.
[4] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 13 ed. São Paulo:Malheiros, 2007,p. 292.

Não obstante, embora não seja possível identificar uma divisão da política em poderes, na *Ágora* havia uma divisão de funções políticas. Assim, havia a Assembléia do povo, o Conselho aristocrático, e os Magistrados – cada uma dessas instituições recebia uma denominação diferente a depender da cidade grega em que se situava.

Em outras palavras, a política grega era a atividade exercida na *polis* (cuja *Ágora* era o espaço físico destinado para tanto) em que se debatia acerca do que era comum a toda a sociedade. Havia regras para estar na polis, para falar, para escolher, para decidir, ou seja, o Direito existente à época delimitava a coisa política, criava regras para a existência e para o exercício da política.

Versando sobre o assunto, é válido analisar um pouco do entendimento de Platão e Aristóteles acerca do tema apresentado. Ambos os filósofos não apenas criticaram a estrutura das cidades gregas existentes como também fizeram conjecturas acerca de como deveria se estruturar as cidades, o governo, e o Direito.

Assim, Platão discordava que os cargos mais altos e importantes do governo e da sociedade fossem escolhidos pela vontade da maioria, através do voto, uma vez que nem sempre os mais votados seriam os mais bem preparados para assumir tais funções. Assim, o governante ideal da cidade, segundo Platão deveria ser o filósofo, ou rei-filósofo, uma vez que apenas os filósofos estariam verdadeiramente livres de todas as demais atividades da cidade, sendo totalmente apaixonados e dedicados ao saber, sendo incapazes de se desvirtuarem pela corrupção, uma vez que também seriam aversos à mentira e à falsidade[5].

Os juízes, por sua vez, deveriam ser aqueles criados apenas em meio à justiça, possuindo a alma inexperiente em relação aos maus costumes. Desse modo, apenas os idosos poderiam ser juízes, pois "tendo aprendido tarde o que é a injustiça, tendo-se apercebido dela sem a ter alojado na sua própria alma, mas tendo-a observado como coisa alheia nos outros, durante muito tempo, para que, servindo-se do saber, e não da experiência própria, compreenda o mal que ela é". [6]

Por outro lado, em relação à elaboração de leis, o filósofo afirma que "não vale a pena estabelecer preceitos para homens de bem, porque facilmente descobrirão a maior parte das leis que é preciso formular em tais assuntos".[7] Assim, as leis adviriam naturalmente dos costumes tradicionais.

---

[5] PLATÃO. **A República.** São Paulo: Martin Claret, 2007, p.180.
[6] Ibid., p.103.
[7] Ibid., p.119.

Aristóteles, por sua vez, inicia sua obra "A Política" afirmando que toda Cidade é um tipo de associação, e que toda associação é constituída em prol de um interesse, de modo a suprir as necessidades da vida. Assim, "a sociedade política (a polis), a mais alta dentre todas as associações, a que abarca todas as outras, tem em vista a maior vantagem possível, o bem mais alto dentre todos".[8] O governo político (exercido por um magistrado), desse modo, seria aquele onde um homem é governante e governado, de modo alternado, por causa da Constituição.

Destarte, afirma que "[...] a cidade é uma criação da natureza, e que o homem, por natureza, é um animal político (isto é, destinado a viver em sociedade) [...]". [9]

Adiante, ao explanar acerca do poder e das formas de governo, o filósofo afirma que o governo doméstico é uma monarquia, posto que exercido por um único homem (por exemplo, o senhor sobre seu escravo), enquanto o governo civil ou político é aquele exercido pelos "homens livres e iguais".[10] Assim, Aristóteles dividiu três formas de poder com base no âmbito em que são exercidos; deste modo, há o poder do pai sobre os filhos, do senhor sobre os escravos, do governante sobre o governado. Ademais, essas formas de poder também podem se diferenciar a depender dos diversos interesses envolvidos: o poder paterno é exercido no interesse do filho, o senhorial no interesse do senhor, o político no interesse de quem governa e de quem é governado. Portanto, o fundamento do poder, para Aristóteles, está no interesse[11].

Quanto às formas de governo, o filósofo afirma que existem, inicialmente, três formas: a monarquia, que é o governo de um só em que se visa o bem comum; a aristocracia, o governo dos poucos e melhores homens, em que também se visa o bem comum; e a "constituição", que ocorre quando grande parte dos cidadãos administra a cidade, visando o bem comum. Essas três formas de governo poderiam se degenerar, desviando-se; assim, a monarquia poderia virar tirania, a aristocracia poderia tornar-se oligarquia, e o governo constitucional poderia tornar-se uma democracia.

Portanto, para Aristóteles, a democracia é uma forma de governo em que se prevalece a vontade da maioria, que nem sempre está correta e nem sempre irá visar o bem comum. Na democracia haveria uma verdadeira "tirania da maioria", algo que não é benéfico para a

[8] ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, 2009, p.53.
[9] Ibid.,p. 56.
[10] Ibid., p.64.
[11] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade.** Para uma teoria geral da política.14.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p.78-79.

sociedade ou para a Cidade. O filósofo afirma que apenas o governo que visa o interesse comum está constituído de acordo com os princípios da Justiça[12].

Contudo, Aristóteles afirma que, embora os homens que constituem a maioria possam não ser bons individualmente, quando reunidos podem ser bons coletivamente. Assim, o poder residiria no tribunal, no Conselho, e no povo, que deveriam ter mais autoridade em certas matérias importantes (como a escolha dos altos magistrados e a prestação de contas) que a minoria, pois as propriedades, consideradas coletivamente, das pessoas que constituem a assembléia, o tribunal e o Conselho são maiores que as propriedades dos poucos indivíduos que estão nos altos cargos[13].

Grande parte da relevância da obra aristotélica reside na sua concepção acerca das leis e da Constituição, podendo, inclusive, ser considerada uma concepção bastante vanguardista para a época. Observando a importância do Direito como instrumento regulador da política, Aristóteles afirma a supremacia do governo das leis, uma vez que estas são a expressão da razão humana, pois estão isentas de paixões. Contudo, as leis deveriam ser "adaptadas às constituições e, desse modo, as leis que estão em conformidade com as constituições corretas são necessariamente justas".[14] O (s) magistrado (s) deveria (m) regular apenas os assuntos nos quais a lei não é precisa, pois é impossível que uma lei regule todas as situações possíveis de existir. O filósofo define o que é constituição do seguinte modo:

> Com efeito, uma constituição é a organização das magistraturas, as quais são distribuídas entre os cidadãos, de acordo com o poder dos diferentes participantes, por exemplo, o rico e o pobre, ou de acordo com algum princípio de igualdade que inclua essas partes. Por conseguinte, há tantas formas de governo quantos modos de ordenamento, de acordo coma hierarquia e diferenças entre as partes da Cidade.
> [...] Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada [...] A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se como deve ser o poder judiciário.[15]

Desse modo, há diversos tipos de constituição, sendo que a melhor constituição seria aquela que possuísse elementos das constituições do governo oligárquico – o princípio da

[12] ARISTÓTELES, op. cit., p.123.
[13] Ibid., p.129-132.
[14] Ibid., p.132.
[15] Ibid., p. 150-151; 170.

eleição para as magistraturas - do governo democrático - a eleição não deve ser feita com base na qualificação por riqueza - e do governo monárquico.[16]

Por fim, Aristóteles indica qual o tipo de cidadão que deveria ocupar o cargo de magistrado, e qual a forma de escolha dos membros da magistratura. Assim, "o termo magistratura se aplica aos cargos cujos ocupantes tem a função de deliberar sobre certas matérias e agir como juízes e sobretudo comandar, pois o comando é a principal característica de um magistrado"[17]. Haveria doze modos de designação para os cargos de magistrados, segundo Aristóteles:

> Dentre esse modos de designação, dois são democráticos: quando todos têm a faculdade de escolher os magistrados entre todos os cidadãos, seja por sorteio, seja por voto, seja por esses dois meios ao mesmo tempo, quando alguns magistrados são designados por sorteio e outros por eleição. Ao contrário, quando não são todos os cidadãos que concorrem para a designação dos magistrados, e estes são escolhidos apenas em parte, por eleição, sorteio ou pelos dois meios ao mesmo tempo, ou quando todos podem ser elegíveis para certas magistraturas, e outras somente uns poucos cidadãos, pelos dois meios ao mesmo tempo, isto é, sorteio para alguns e eleição para outros, então o modo de designação é característico do governo constitucional. E quando alguns designam entre todos, para algumas magistraturas pelo voto e outras por sorteio ou pelos dois [...] então o modo de designação é oligárquico. É ainda mais oligárquico designar magistrados pelos dois modos.[18]

Há uma clara distinção entre magistrados e juízes na concepção Aristotélica. O sentido do termo "magistrado" na obra em discussão não possui o mesmo sentido que prevalece atualmente, ou seja: em Aristóteles, embora o magistrado deva agir como juiz em certos casos, com esta figura não se confunde: o(s) magistrado(s) seria o governante, assim denominado quando inserido no governo político ou constitucional; já os juízes iriam compor os tribunais, cada qual com uma função. Destaca-se, dentre estes, o tribunal responsável apenas por julgar as ofensas à constituição – ainda que de forma incipiente e primária, seria o que mais tarde se denominou de Corte Constitucional por Kelsen. Os "cidadãos-juízes", por sua vez, serão designados em parte por voto e em parte por sorteio[19].

Portanto, observa-se na obra aristotélica a noção de política como sendo a atividade exercida no interesse de todos, com vistas à prevalência do bem comum. Assim, o bom governo é exatamente o governo político, ou seja, o governo que atua com vistas ao interesse de todos. Ademais, vislumbra-se a idéia da indivisibilidade do poder político, não obstante

[16] Ibid., p.162.
[17] Ibid., p.173.
[18] Ibid., p.176.
[19] Ibid., p.177.

devam ser criadas instituições com funções específicas: o Conselho, os Tribunais, e a Assembléia. O mais relevante, contudo, é a concepção aristotélica acerca da importância do Direito como regulador da Política, função a ser exercida através da elaboração de uma Constituição, a qual deverá ser observada por todos, inclusive por aqueles que irão elaborar as leis.

2.2 MODERNIDADE

Com o advento da Modernidade surgem também os primeiros Estados Nacionais por volta do século XIV. Neste contexto diversos pensadores formularam teorias com o intuito de justificar a formação dos Estados. Assim, em linhas gerais, Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant, afirmam que houve a passagem do chamado Estado Natural para o Estado Civil, mas cada qual caracteriza esses dois Estados de uma maneira, e os justificam de um modo peculiar.

Inicialmente, no Estado Absolutista o poder político continuou sendo visto como indivisível, pertencendo exclusivamente ao monarca, o soberano, o qual detinha todas as funções relativas à administração da coisa pública: administrava, elaborava leis e julgava.

O principal teórico que embasou o Estado Absolutista foi Thomas Hobbes que visualizou, em sua teoria, o estado pré-político como sendo o estado de natureza, no qual predominava o homem selvagem, ou seja, movido pelos seus instintos e paixões, originando um estado de guerra de todos contra todos. Para superar este estado e permitir o convívio pacífico entre os indivíduos, bem como a sua própria sobrevivência, Hobbes afirma que os homens reúnem-se e estabelecem entre si um contrato, firmando um pacto em que transferem a outrem não-partícipe todos os seus poderes, ou seja, ao Estado, denominado por este de “Leviatã”.

Deste modo Hobbes designa o Leviatã como sendo metade um monstro e metade um “deus mortal”. Assim, funda as bases do Estado absolutista, em que a sociedade deve toda a paz e a sua vida ao monarca absoluto, que tudo pode fazer, detentor de um poder ilimitado, inclusive de todos os poderes relativos à esfera pública - legislar, julgar, ordenar, executar.

Em Hobbes, no Estado de natureza ainda não há que se falar em direitos; estes só irão surgir com o advento do Estado civil, em troca da segurança fornecida pelo Leviatã.[20]

[20] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de.**Ciência política e teoria do Estado**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p.31.

Destarte, em Hobbes há o primado do poder político, que nada mais é do que aquele que detém o monopólio da força física, ou o poder de coação através desta. Segundo Norberto Bobbio:

> Em Hobbes, o poder por excelência é o poder político, o qual, legitimado por uma específica delegação de indivíduos isolados e aterrorizados, impelidos pela necessidade de sair do estado de natureza, controla tanto o poder espiritual quanto o econômico. Mesmo sob este aspecto Hobbes pode ser considerado como o primeiro e talvez o maior teórico do Estado moderno, vale dizer, do Estado cuja formação é acompanhada pela persistente idéia do primado da política[21].

Contudo, ainda no período do Estado absolutista, a burguesia passou a emergir como classe detentora do poder econômico, porém, a princípio, ainda era classe dominada. Assim, a classe em ascensão não se conformava com o modelo do Antigo Regime, em que apenas o rei detinha o poder, e a nobreza era a única classe privilegiada. A burguesia queria o poder econômico, bem como participar da política, passando a ser classe dominante.

Desse modo, surgiu o movimento liberalista, liderado pela burguesia contra o Antigo Regime. A burguesia assumiu o papel de defensora da liberdade, de representante dos interesses de toda a nação, uma vez que deu um caráter universal a todos os princípios que embasavam o seu movimento – contudo, o único projeto que tinha em mente era o projeto burguês de ascensão ao poder; a liberdade, política e econômica, era apenas para a burguesia, o que se tornou visível quando alcançaram o poder.

Portanto, em um primeiro momento, o que se tinha é a oposição entre a liberdade individual burguesa e o absolutismo da monarquia. Pode-se afirmar que John Locke foi o primeiro teórico do liberalismo. Sua tese não era tão radical, uma vez que pretendia unir o liberalismo com a monarquia, o que resultou na chamada monarquia constitucional.

Segundo Locke no estado de natureza haveria uma “paz social”, sendo o homem dotado de racionalidade, capaz de dominar seus instintos e paixões. Além disto, o homem já era detentor de direitos naturais, como à vida, à liberdade e à propriedade. Contudo, este estado de natureza deveria ser preservado em caso de eventuais conflitos; é aí que surge a necessidade de um contrato social, em que o governo no Estado civil deverá tão somente garantir os direitos pré-existentes dos indivíduos, evitando que conflitos resultem em guerras, e impondo o cumprimento de decisões.[22] Assim, o Estado civil nasce limitado pelos direitos naturais dos indivíduos – especialmente a liberdade e a propriedade -, os quais devem ser não

[21] BOBBIO, op.cit., p.84-85.
[22] STRECK; MORAIS, op.cit., p.31.

apenas protegidos, mas também oportunizados. Caso tais direitos não fossem garantidos pelos poderes que formam o Estado, o povo retomaria o poder, regressando ao estado de natureza.

Locke defendia a separação dos poderes em três: o executivo, o federativo, e o legislativo. Segundo o teórico, o poder executivo deve se manter na mão do rei, bem como o federativo - o qual representava o poder de resolver as questões externas relativas à guerra e a paz, tratados e alianças.

Já o poder legislativo – cujos membros seriam designados pelo povo[23]- seria o poder supremo, a que se subordinam tanto o poder executivo como o federativo. Este deverá governar mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo. Aqui se encontra uma das partes mais relevantes da obra de Locke para o presente trabalho. Locke afirma que as leis são os instrumentos que deverão garantir a preservação da própria sociedade, da segurança, da paz, da propriedade e da liberdade. Portanto, a lei fundamental de uma sociedade é a preservação desta e daqueles que nela se encontram, lei esta que deve reger todos os poderes, inclusive o legislativo. *In verbis*:

> O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade; a primeira lei positiva fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade e de todas as pessoas que nela se encontram [...] O poder legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil [...] permanece forçosamente circunscrito dentro dos mesmo limites que o poder que estas pessoas detinham no estado de natureza antes de se associarem em sociedade e a ele renunciaram em prol da comunidade social[24].

Assim, em Locke pode-se visualizar a concepção do Direito como regulador, como instrumento que estrutura e harmoniza os poderes políticos de uma sociedade civil ou política. Assim, o teórico afirma “aqueles que estão reunidos de modo a formar um único corpo, com um sistema jurídico e judiciário com autoridade para decidir controvérsias entre eles e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros [...].”[25]

Não obstante, Locke não criou uma teoria de limitação do poder como o fez Montesquieu; na verdade, Locke acreditava na virtude dos governantes, de forma que esta limitaria o exercício do seu poder. Ademais, Locke propugnava que a legitimidade do poder do monarca estava no interesse público. Assim, o monarca poderia agir quando houvesse lacunas na lei desde que em nome do bem comum; caso a sua ação se tornasse contrária ao bem comum, perderia a sua legitimidade e o povo retomaria o poder.

---

[23] LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.**4 ed. São Paulo: Ed. Universitária São Francisco; Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2006, p. 168.
[24] Ibid., p. 163.
[25] Ibid., p. 133.

Com o movimento do constitucionalismo liberal, entretanto, é que ocorre um maior rompimento entre os ideais liberais e o Antigo Regime; passa-se do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Neste momento é que a teoria da separação dos poderes sai da concepção teórica e idealista preconizada por Locke e passa a ser uma técnica de distribuição efetiva e prática do poder, de modo a limitar o poder e garantir definitivamente a liberdade, técnica esta melhor delineada por Montesquieu[26].

Portanto, a indivisibilidade do poder político cedeu espaço para a divisão desse poder em três esferas menores de poder: o executivo, o legislativo e o judiciário. Na obra de Montesquieu torna-se claro que o problema da divisão dos poderes é um problema político, que urgia por ser resolvido de modo a estabelecer o Estado de Direito.

É importante observar que em nenhum momento estes poderes deixaram de ser poderes políticos. Embora cada um dos três poderes possua seu âmbito de competência delimitado, eles continuaram sendo poderes políticos, uma vez que tratam do bem comum.

Montesquieu escreveu a sua principal obra “Do Espírito das Leis”, em um contexto em que a burguesia ascendente já ansiava por uma maior liberdade, de forma a não mais ter o Estado como interventor na economia. Ademais o poder do monarca perdera a identificação que a legitimava, uma vez que não mais atendia às necessidades crescentes da população (necessidades sociais, políticas e econômicas)[27].

Montesquieu atesta que se o homem detém todo o poder por muito tempo, inexoravelmente ele irá cometer abusos. Assim, seria necessária uma melhor organização da sociedade política “de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder”.[28]

Desse modo, urgia-se por separar o poder em três esferas: o Poder Executivo, o Poder Legislativo, e o Poder Judiciário - cada qual com as suas próprias atribuições.

Segundo Montesquieu é necessário separar os poderes de forma a garantir a maior liberdade aos cidadãos, inclusive liberdade política, conferindo uma maior segurança à população de que ela estará sob a égide segura de um ordenamento mais organizado, em que não haverá arbitrariedades ou abuso do poder, nem despotismo[29]. Desse modo, o autor enumera as graves conseqüências da união de dois poderes em um mesmo órgão. Interessante a observação feita por ele em relação à conjugação dos poderes legislativo e judiciário:

---

[26] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.
[27] BONAVIDES, op.cit.,p. 144-146.
[28] Ibid., p.148.
[29] MONTESQUIEU.**Do Espírito das leis.** São Paulo: Martin Claret, 2007, passim.

> [...] qualquer que seja esse exame, o corpo legislativo não deve ter o poder de julgar a pessoa e, por conseguinte, a conduta daquele que executa. Sua pessoa deve ser sagrada, pois sendo necessário ao Estado que o corpo legislativo não se torne tirânico, a partir do momento em que for acusado ou julgado já não haveria mais a liberdade[30].

É válido observar que Montesquieu considerava que o Poder Judiciário seria o mais frágil entre os três Poderes, conceituando os Juízes como mera "boca da lei"[31]. Por outro lado, o Poder Legislativo deveria prevalecer sobre os outros dois, o que conduz não só à supremacia das leis em detrimento da Constituição, bem como a impossibilidade de qualquer intervenção do Judiciário na atividade legislativa e executiva.[32]

Montesquieu, ainda, idealizou a técnica que deveria conduzir ao equilíbrio entre os poderes, tornando-os harmônicos. Assim, distinguiu a faculdade de estatuir da faculdade de impedir, antecipando a regra, criada posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra do século XVIII, do *checks and balances*, ou freios e contrapesos[33].

A separação absoluta dos poderes era necessária na época em que reinava a monarquia absoluta, e no período que logo se seguiu à sua derrocada, pela necessidade de evitar que este ressurgisse. Contudo, com o devir histórico, especialmente com o Constitucionalismo, não havia mais necessidade de uma rígida separação entre os poderes, mas sim de uma íntima cooperação entre eles, de forma a torná-los harmoniosos e promoverem a unidade do poder estatal.

Deste modo, cada um dos poderes possui atribuições que, originariamente, pertenceriam ao outro poder, bem como pode intervir, de acordo com o disposto nas Constituições, nos outros poderes.

A Constituição Americana de 1787 foi a primeira a dar prevalência ao sistema de freios de contrapesos. Contudo, apenas em 1803, no caso Marbuy vs. Madison é que foi criado o mecanismo do *judicial review*, lançando as bases do controle jurisdicional de constitucionalidade, o que demonstra uma evolução do constitucionalismo americano no que se refere à supremacia da Constituição sobre as leis.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, por sua vez, traz em seu bojo o mecanismo de freios e contrapesos ao exercício dos três Poderes. Assim, o Poder executivo tem o poder

---

[30] Ibid., p.172.
[31] Ibid., passim.
[32] DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade.** São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p.59.
[33] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150.

de veto às práticas legislativas, bem como pode editar Medidas Provisórias, efetivamente legislando, com observância dos requisitos dispostos no art 62 da referida Carta Magna.

Já o Poder legislativo possui prerrogativas como a rejeição ao veto, o processo de *impeachment*, apreciação das indicações do poder executivo para o desempenho de cargos da administração Pública. Com relação ao Judiciário, o Legislativo poderá determinar o número dos seus membros, delimitar a jurisdição, fixar as despesas dos tribunais, majorar vencimentos, proceder a julgamento político etc.

Por fim, o Poder Judiciário exerce funções legislativas ao fixar suas normas e diretrizes internas, bem como executivas, ao organizar o quadro de servidores, por exemplo. "Sua faculdade de impedir porém só se manifesta concretamente quando esse poder – judiciário – frente às câmaras decide sobre a inconstitucionalidade de atos do legislativo e frente ao ramo do poder executivo profere a ilegalidade de certas medidas administrativas."[34] É exatamente acerca desta prerrogativa do Poder Judiciário, especialmente do seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre questões relativas à políticas públicas, que o presente trabalho irá versar, discutindo acerca dos limites da legitimidade democrática do referido órgão para atuar desta forma.

Contudo, a técnica da separação de poderes de Montesquieu não é o objeto principal do seu livro "Do espírito das leis". Em verdade, o objetivo primordial do teórico era estudar as leis positivas e as instituições criadas pelos homens para reger a relação entre estes. Destarte, o teórico afirma que as leis são "relações necessárias que derivam da natureza das coisas", no entanto, a natureza das coisas a que ele se refere corresponde às massas e aos movimentos políticos. Portanto, o pensador insere a política em um campo teórico, e afirma que as instituições políticas são regidas por leis que derivam das relações políticas. Tais leis são relações entre as diversas classes da população, as formas de organização econômica e social, as formas de distribuição do poder[35]. Assim, o pensador afirma que é a lei que organiza a relação entre os homens, bem como entre os poderes e a política; estabelece, portanto, o direito político, que é aquele em que as leis regem a relação entre governantes e governados; o direito civil, cujas leis referem-se às relações entre os cidadãos; e o direito das gentes, cujas leis referem-se às relações entre os povos. Neste diapasão, Montesquieu concebe a idéia do Estado político, que é exatamente a sociedade que é regida pelo Direito político, sem o qual é impossível de se sobreviver[36].

---

[34] Ibid., p.152.
[35] WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. v. 1.14 ed. São Paulo: Ática ,2006, p. 115.
[36] MONTESQUIEU, op. cit., passim.

Neste panorama, o Direito ganhou ainda maior relevância como regulador da relação entre Política e os Poderes. Tal fato é visível uma vez que os Estados passaram de Estados Absolutistas para Estados de Direito; portanto, é o Direito que determina a organização do Estado, a competência de cada um dos poderes e dos seus órgãos, e assim harmoniza a relação entre os poderes e a política. Este papel do Direito é exercido pelas Constituições de cada Estado.

O movimento Constitucionalista moderno liberal que ocorreu no século XVIII preconizou pela importância da Constituição como norma superior que deveria reger os Estados, bem como a que estariam submetidas todas as leis. A Constituição, neste momento, era vista como norma que deveria preservar, especialmente os direitos individuais de primeira dimensão - a vida, a liberdade, a propriedade, a igualdade – de modo a assegurar o projeto burguês de dominação absoluta do poder econômico. Assim, o Direito aqui era visto não só como instrumento de regulação, mas também como instrumento de dominação que visava à manutenção do *status quo* da burguesia, ou seja, a permanência da burguesia no domínio do poder econômico.

Deve-se observar, entretanto, que o ideal liberalista em nenhum momento possuiu uma relação intrínseca com a democracia. O liberalismo, alçado ao mais alto patamar com a Revolução Francesa de 1789, poderia ser aplicado tanto em um Estado monárquico como em um Estado democrático. Contudo, com o advento da teoria rousseuniana acerca da democracia, da soberania popular, do voto universal, passou-se a conjugar o liberalismo com a democracia, dando origem ao Estado liberal-democrático.

O ideal democrático surge no constitucionalismo preconizado especialmente por Jean Jacques Rousseau. A princípio, houve uma colisão entre o pensamento de Rosseau, que proclamava pela soberania do povo – de modo que, o poder indivisível passaria das mãos do monarca diretamente para as mãos do povo - e o pensamento de Montesquieu acerca da divisão entre os poderes em esferas menores, distintas e independentes. No pensamento liberalista de Montesquieu não havia a idéia da liberdade como um direito igual para todos - a liberdade, através da divisão dos poderes, era o meio para limitar o poder e a soberania estatal.

Contudo, o constitucionalismo que emergiu da Revolução Francesa conseguiu unir estes dois preceitos, trazendo consigo, em um primeiro momento, todas as suas contradições – se antes o político prevalecia sobre o econômico (o rei sobre os feudos), a partir de então o econômico passou a prevalecer sobre o político (os interesses da burguesia sobre a

democracia)[37]. A burguesia, triunfante, assumiu o poder político e forjou-se como representante de todas as classes, clamando por uma liberdade que, como já dito, restringia-se apenas a eles.

Assim, apenas a burguesia participava da formação de vontade no Estado liberal-democrático, e a técnica de separação dos poderes de Montesquieu serviu perfeitamente para, ao mesmo tempo em que retirava o poder das mãos do soberano, impedir que o povo tivesse acesso a este.

Contudo, conforme explicita Afonso Arinos:

> [...] a ciência jurídica democrática considerada adquiridos os preceitos essenciais do individualismo jurídico, mas concorda, também, em que, uma vez preservados esses valores básicos, é necessário que o Direito se esforce por colocar agora, nas suas cogitações, o social antes do humano, Esta colocação corresponde, afinal, a mais uma defesa dos direitos individuais e, portanto, da própria técnica democrática[38].

E foi exatamente esta concepção democrática, de preocupação com a questão social em detrimento de preocupações tão somente individuais que a teoria de Rousseau trouxe para o Direito. Para Rousseau, o homem no estado de natureza é essencialmente bom; é com o decorrer histórico e com a delimitação de propriedades que o homem passa a ser "o lobo do homem", como diria Hobbes. Ademais, Rousseau afirma logo no início do seu livro "Do Contrato Social" que "o homem nasceu livre, e por toda a parte geme agrilhoado"[39]; desse modo, o contrato social é necessário para devolver a liberdade natural dos homens. Segundo Streck e Bolzan o modelo proposto por Rousseau se baseia "na consciência humana e deve estar aberto à comunidade".[40]

A legitimidade do poder, para Rousseau, está na vontade geral do povo, aquela que estabeleceu o contrato social. Segundo Rousseau "só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo a finalidade de sua instituição, o bem comum".[41]

A vontade geral a que aduz Rousseau advém de um vínculo entre iguais, e não de uma imposição. Sobre o assunto, Streck e Bolzan:

> Cada um renuncia a seus próprios interesses em favor da coletividade [...] A soberania sai das mãos do monarca, e sua titularidade é consubstanciada no povo, tendo como limitação, apesar de seu caráter absoluto, o conteúdo do contrato originário do Estado. [...] A vontade geral incorpora um conteúdo

[37] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado social**.São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55.
[38] Afonso Arinos de Melo Franco, *apud* Bonavides, 2007, p.64-65.
[39]ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Martin Claret, 2007, p.21.
[40] STRECK;MORAIS, op. cit., p.37.
[41] Ibid., p.36.

> de moralidade ao mesmo, permitindo que se entenda a obediência como exercício da liberdade e a soberania como a ação do povo que dita a vontade geral, cuja expressão é a lei[42].

Desse modo, Rousseau afirma que a lei deve ser elaborada e ratificada diretamente pelo povo, embora o poder executivo possa ser – embora não acredite que seja o ideal – exercido por representantes.

Rousseau afirma que o Estado democrático exercido diretamente pelo povo, delineado em seu contrato social, é impossível de ser aplicado em Estados com grande complexidade e alta densidade demográfica. Além disso, o autor também repudia a idéia da democracia representativa, uma vez que a soberania jamais pode ser representada, os representantes jamais poderiam agir exatamente de acordo com a vontade do povo, do modo exato como o povo agiria se estivesse no poder. Não obstante, considerando que a democracia representativa é necessária, Rousseau cria mecanismos que devem ser implementados na sociedade de forma a minorar os defeitos da democracia indireta, trazendo o povo para perto do poder. Assim, delineia a idéia da soberania popular, que deverá ser exercida através do sufrágio universal, fundando a igualdade política entre os cidadãos[43].

Ademais, de forma a minorar os problemas da corrupção que são inevitáveis no sistema representativo, ele sugere que haja uma constante troca entre os representantes, de modo a evitar que estes permaneçam muito tempo no poder. Além disto, os representantes devem prestar contas frequentemente aos seus constituintes.

A ideologia de Rousseau, mais tarde conjugada com a ideologia marxista, é que dará forma ao movimento do Constitucionalismo social, decorrente do agravamento das questões sociais que abalavam a estrutura da sociedade liberal existente à época. Destarte, o referido movimento preconizava por Constituições que protegessem os direitos sociais – saúde, trabalho, educação etc – bem como que implementassem programas que interferissem na realidade social de modo a conceder condições de vida dignas aos homens, criando o chamado Estado Social. Aqui o Direito, muito mais próximo da teoria democrática de Rousseau, continuou com sua função reguladora, mas passou a ter um papel transformador da realidade.

No Brasil, embora o Estado Social não tenha vingado, como ocorreu em diversos países europeus, é possível encontrar diversos elementos do Constitucionalismo social inserto na Constituição Federal de 1988. Assim, as Constituições Sociais trouxeram grandes

[42] Ibid, p.38.
[43] ROUSSEAU, op. cit., p.66-67.

contribuições, como as normas programáticas que impõe aos poderes a implementação de políticas públicas que garantam à população condições dignas de vida. Todos os três poderes encontram-se vinculados, através das normas da Constituição, à consecução das políticas públicas: o poder executivo deve exercê-las, pô-las em prática; o poder legislativo está adstrito à criar leis que implementem aquelas políticas, bem como não pode contrariá-las; o poder judiciário deve interpretar as leis e resolver os casos que chegam até ele com observância dos programas impostos na Norma Suprema.

O Direito, através da Constituição, não apenas regula, como também direciona o exercício da função de cada um dos três poderes. Esta função reguladora e conformadora do Direito em relação à política e aos poderes, ou seja, o Direito delimitando o Estado, ficou bem marcada nas obras de outro grande filósofo da modernidade, Immanuel Kant.

Segundo Kant, o Direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade.[44] Assim, o Direito refere-se aos atos exteriores dos homens, prescrevendo a maneira de coexistência entre estes e, assim, limitando o arbítrio de cada um. Neste diapasão, o Estado é "a união de uma multidão de seres humanos submetida a leis do Direito"[45], ou seja, o Estado é constituído por uma consciência racional de proteção à convivência social. Portanto, em Kant vislumbra-se claramente o chamado Estado de Direito.

O pacto social, em Kant, sai da idéia de uma realidade histórica, como ocorre em Rousseau, e passa a ser uma idéia racional, normativa, reguladora. O pacto é um princípio regulativo, que confere validade e legitimidade ao Estado. Para Kant, no Estado natural já havia a prática do Direito, sendo este identificado como o direito privado; no entanto, no Estado civil o Direito passa a ser o Direito estatuído, surgindo o direito público[46].

O Estado Civil, desta forma, é um Estado jurídico, fundado na segurança, na garantia e estabilidade. A função primordial do Estado é a constituição jurídica, a qual deve garantir pra cada indivíduo a liberdade de, por meio da lei, alcançar a sua felicidade pessoal. O Estado de Direito, expressão que passou a designar o Estado constitucional moderno, é o Estado limitado pelo Direito, cujo poder é exercido nas formas do Direito; portanto, a função do Estado é o exercício da atividade jurídica, instituindo e mantendo o ordenamento jurídico de forma a possibilitar a coexistência entre os arbítrios dos indivíduos.

---

[44] KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** São Paulo: Edipro, 2003, p. 76-77.
[45] Ibid., p. 155.
[46] BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** 4 ed. Brasília: UNB, 1997, p.85.

O filósofo reconheceu, ainda, que a vontade geral, dentro de um Estado, se decompõe em três poderes: o Poder legislativo, soberano, e o qual deve respeitar a vontade do povo; o Poder executivo que pertence ao governante e que deve ser exercido de acordo com a lei; e o Poder judiciário que pertence ao juiz, e o qual deve reconhecer a cada um o que é seu, de acordo com a lei. Essa forma de organização se basearia na liberdade, e a união dos três poderes produziria a autonomia e o bem do Estado.

Portanto, durante a modernidade, época de grandes revoluções e mudanças de paradigmas filosóficos e políticos, observou-se a formação do Estado de Direito, o Estado jurídico, fundado no governo das leis, e não no governo dos homens. Na contemporaneidade, entretanto, tal concepção foi conjugada com os ideais da democracia, formando o Estado Democrático de Direito.

2.3 CONTEMPORANEIDADE

Na contemporaneidade, dentro de um Estado democrático de Direito, pode-se afirmar que "o direito limita a democracia, que por sua vez, funda o direito na legitimidade haurida do consentimento pelas vias democráticas de manifestação. O direito é democrático, mas a democracia é constitucional".[47] O Estado democrático de direito, portanto, possui como conteúdo a democracia, no sentido de representação dos interesses da comunidade sob a égide deste Estado, bem como esta também é o seu objetivo[48]. O Estado democrático de direito, ademais, é um Estado Constitucional, ou seja: é o texto constitucional que conforma e delineia todo o Estado em seus moldes democráticos, vinculando todos os poderes políticos (o legislativo, executivo e judiciário).

Constata-se que o Estado Democrático de Direito do qual se trata tem suas bases no constitucionalismo, bem como nos ideais da soberania popular, a democracia, conforme explicitado acima. Não obstante, na contemporaneidade outros autores contribuíram com suas teses, enriquecendo as bases do constitucionalismo do referido Estado. Neste ponto, tratar-se-á, brevemente, das principais idéias de Hans Kelsen, que trouxe para o ordenamento jurídico de diversos Estados, inclusive ao Estado Democrático de Direito brasileiro, a concepção acerca da supremacia da jurisdição constitucional, através especialmente do controle de constitucionalidade, bem como acerca da Corte Constitucional.

---

[47] DANTAS, op. cit., 340.
[48] Ibid., p.338.

Assim, no início do século XIX, há o apogeu das ciências naturais, tidas como paradigma científico; passou-se a ser necessária a utilização de um método, através do qual se chegaria à explicação das leis da natureza, de modo que o homem pudesse se assenhorar de tais leis. A utilização do método possibilitava a observação dos fenômenos de uma forma neutra e imparcial. Diante deste paradigma das ciências naturais, as ciências sociais foram relegadas ao segundo plano, e neste momento entrou em cena a "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen.

A tentativa de Kelsen foi trazer o Direito novamente para o primeiro plano, afirmando que este também é uma ciência, uma vez que é possível, através da utilização de um método – qual seja, a separação entre sujeito e objeto - observar o fenômeno jurídico de forma imparcial e neutra.

Assim, nas palavras de Kelsen no livro "A teoria geral do Direito e do Estado":

> Que as ciência naturais assim impelissem as ciências sociais rumo a algo não inteiramente diverso de um ato de autodestruição é algo que não pode ser inteiramente explicado pelo fato de o sucesso da ciência natural nos séculos XIX e XX recomendar o seu método como modelo.
> [...] A ciência jurídica dos séculos XIX e XX declara-se expressamente incapaz de incluir o problema da justiça no objetivo das suas investigações. Em princípio, pelo menos, o positivismo limita-se a uma teoria do Direito positivo e à sua interpretação. Conseqüentemente, ele se mostra ansioso por manter a diferença, e mesmo o contraste entre "justo" e "jurídico", uma antítese que se manifesta na nítida separação entre a filosofia jurídica e a ciência jurídica.[49]

Destarte, Kelsen afirma que, não só o que é jurídico é completamente diverso do que é justo, bem como é impossível a convivência entre Direito e Moral; ou observa-se o fenômeno do ponto de vista jurídico, ou do ponto de vista moral, pois um exclui o outro. Portanto, percebe-se que a teoria kelseniana recusa qualquer tipo de intervenção na ciência jurídica, qualquer tipo de consideração axiológica. Direito é o fato e a norma; não há valor envolvido, sob pena de "poluir" a sua teoria.[50]

Assim, ao tratar do Estado, Kelsen afirma que este é um fenômeno jurídico, sendo o Estado uma sociedade politicamente organizada. O caráter político dessa ordem reside no fato de ser uma ordem coercitiva, e esta é o próprio Direito. Assim, nas palavras de Kelsen, *in verbis:*

> Diz-se, às vezes, que o Estado é uma organização política pelo fato de ter, ou de ser, "poder". O Estado é descrito como o poder que se encontra por trás

[49] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.558.
[50] Ibid, p.584-585.

> do Direito, que impõe o Direito. [...] O fenômeno do poder político manifesta-se no fato de as normas que regulam o uso desses instrumentos se tornarem eficazes. [...] O poder político é a eficácia da ordem coercitiva reconhecida como Direito.[51]

Assim, Kelsen reduz a noção de Estado à noção de ordenamento jurídico, o que também foi observado por Bobbio:

> Na rigorosa redução que Kelsen faz do Estado a ordenamento jurídico, o poder soberano torna-se o poder de criar e aplicar o direito (ou seja, normas vinculatórias) num território e para um povo, poder que recebe sua validade da norma fundamental e da capacidade de se fazer valer recorrendo inclusive, em última instância, à força, e portanto do fato de ser não apenas legítimo mas também eficaz (legitimidade e eficácia referenciam-se uma à outra); o território torna-se o limite de validade espacial do direito do Estado, no sentido de que as normas jurídicas emanadas do poder soberano valem apenas dentro de determinadas fronteiras; o povo torna-se o limite de validade pessoal do direito do Estado, no sentido de que as próprias normas jurídicas valem apenas, salvo casos excepcionais, para determinados sujeitos que, deste modo, passam a constituir os cidadãos do Estado[52].

Kelsen afirma que a eficácia do Direito é chamada de poder do Direito e, portanto, segundo a sua teoria, o Direito é "uma ordem ou organização específica do poder". Desse modo, afirma que "a eficácia do Direito pertence ao domínio da realidade e é muitas vezes chamada de poder do Direito. O Direito é, segundo a teoria aqui desenvolvida, uma ordem ou organização específica de poder".[53]

Percebe-se, portanto, que no pensamento de Kelsen o Direito é o instrumento que organiza, delimita a atuação do poder, especialmente o poder político. Só há poder político a partir do momento em que o Direito tenha eficácia; o poder político reside na eficácia do próprio Direito. Nesta linha, o Estado nada mais é do que o âmbito, organizado pelo Direito e para o Direito, ou seja, o Estado é o ordenamento jurídico, uma vez que impõe o Direito, e o poder político reside no êxito em se obter a conduta imposta pelo Direito por todos que se encontram sob a égide deste ordenamento (eficácia do Direito).

É possível vislumbrar uma aproximação entre o pensamento de Kelsen e o pensamento de Kant acerca deste tema. Na concepção de ambos os pensadores é possível perceber o delinear da concepção de Estado de Direito, uma vez que ambos vêem o Direito como ordem coercitiva, detentora de poder, e deste modo, um instrumento regulador e organizador dos poderes e da política, bem como de todas as relações que ocorrem dentro de um determinado

---

[51] Ibid., p.274-275.
[52] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade.** Para uma teoria geral da política.14.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p.94.
[53] KELSEN, op. cit., p.174.

espaço, sendo o Estado o ente que deve assegurar o ordenamento jurídico. O Estado, portanto, é delimitado pelo Direito.

A expressão máxima do Direito como regulador do Estado e das instituições políticas é a supremacia constitucional. A Constituição é a lei máxima e soberana de um Estado, onde em seu texto encontram-se inseridos todos os fundamentos e princípios basilares, a organização dos poderes, bem como as garantias e os direitos fundamentais. Segundo a concepção de Kelsen, com a qual este trabalho coaduna:

> Como quer que se defina Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. [...] Nada se opõe a que essa forma (constitucional) também seja empregada para normas que não entram na Constituição no sentido estrito, e antes de mais nada, para normas que regulam, não a criação, mas o conteúdo das leis.[...] A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.[54].

Assim, Kelsen postula pela supremacia constitucional em todos os seus aspectos, especialmente através da jurisdição constitucional. Todas as leis e atos normativos devem estar conformados à Constituição, devendo ter a sua constitucionalidade verificada à todo momento. É aí em que se insere a importância da jurisdição constitucional, especialmente como controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos[55].

De acordo com Kelsen, a jurisdição constitucional deve ser exercida por uma jurisdição ou tribunal constitucional, ou, mais precisamente, por uma Corte Constitucional constituída especialmente e exclusivamente para tal atividade. A importância da jurisdição constitucional é inegável, uma vez que se deve proteger a Constituição, por tudo que ela expressa e representa, uma vez que ela é um instrumento contra-majoritário do poder, ou seja, protege as minorias, as classes excluídas e à margem de todo o tipo de poder, da tirania da maioria, cuja dominação pode ser exercida de forma irregular[56].

---

[54] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 130-133.
[55] Ibid., passim.
[56] Ibid., passim.

Em uma concepção mais atualizada, entretanto, há autores como Zygmunt Bauman e Lênio Streck que vêem que o Estado Democrático de Direito ao qual, por ora, o trabalho se refere, entrou em crise, o que, de fato, pode ser visualizado por diversos aspectos, especialmente aqui no Brasil.

O Estado Democrático de Direito brasileiro, Estado constitucional por excelência, possui uma Constituição repleta de normas programáticas, uma Constituição com aspectos sociais bem fortes e delineados. Não obstante, com o desenrolar do tempo, começou por surgir uma descrença da comunidade em relação à sua Constituição, ocasionada pelas "promessas não cumpridas".[57] Em relação ao Estado brasileiro, mais especificamente, há diversas razões para a ocorrência desta crise.

Inicialmente, há a chamada crise constitucional caracterizada não somente pela descrença da comunidade em relação ao papel transformador da Constituição, como também pelo fato de que a Constituição encontra-se imersa dentro do jogo político, em que os atores políticos se esforçam para que a norma fundamental sirva como "programa de governo", enquanto estes programas é que deveriam se orientar pelas diretrizes constitucionais[58]. Este fato pode ser visualizado pela grande quantidade de emendas constitucionais, cada qual elaborada para conferir constitucionalidade aos projetos dos grupos políticos que se encontravam no poder.

Por outro lado, há uma crise estrutural e funcional. O Estado não possui a estrutura necessária para cumprir plenamente todas as tarefas impostas pela Constituição. Ademais, as decisões que deveriam ser tomadas ou executadas pelo Estado são transferidas à esfera privada – ou seja, corroborando com a idéia de Bauman, o poder político encontra-se nas mãos do mercado, e não mais das instituições políticas[59]. Estas, por outro lado, sofrem com uma crise de eficácia – decorrente principalmente do excesso de burocratização - e de legitimidade – especialmente democrática, uma vez que a comunidade não se vê mais representada por estas.

Os últimos aspectos referidos acima conduzem à crise política, em que a enorme falta de vontade política conjugada com o crescimento da corrupção leva à total descrença da comunidade. Ademais, há um enorme déficit democrático, uma vez que a população encontra-se alijada dos processos decisórios, permanecendo à margem da Constituição; deste modo, a comunidade não se vê representada pelas instituições políticas, e com o desprestígio dos

[57] Cf. Norberto Bobbio. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
[58] STRECK, Lênio; MORAIS, Luis., op. cit., p.153-154.
[59] BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

políticos eleitos, a conseqüência é o recurso crescente às instâncias jurisdicionais como último meio para a solução das questões individuais e sociais[60] (estas últimas, que deveriam ser solucionadas pela implementação dos programas constitucionais, através da elaboração e execução das políticas públicas, não o são).

Nesta linha de pensamento, coadunando com a idéia da existência de uma crise no Estado contemporâneo, Zygmunt Bauman não vê a associação existente entre o Direito, os poderes e a política, considerando que atualmente não há mais o "poder do Direito". Segundo Bauman há uma dissociação entre o poder e a política, de modo que o Direito é apenas um instrumento utilizado pelos detentores do poder – atualmente o mercado - para manipular a realidade. Isto é observado na passagem do seu livro, "Em busca da política", em que ele afirma que, por exemplo, o próprio Código Eleitoral é criado e modificado a depender das pressões do mercado, que atualmente é o detentor do poder[61]. Assim:

> Podemos dizer que, não conseguindo mais as instituições existentes reduzir a velocidade de movimentos do capital, os políticos perdem poder cada vez mais - circunstância simultaneamente responsável por uma crescente apatia política, um progressivo desinteresse do eleitorado por tudo que tenha caráter político [...][62]

Bauman, um dos teóricos da atualidade que vislumbra a existência da pós-modernidade – caracterizada pela fluidez, incerteza, a insegurança e a falta de garantia - aparentemente baseia sua concepção nos problemas resultantes do neo-liberalismo-democrático em que se vive atualmente, em que o mercado novamente detém o poder político, e as instituições políticas (os poderes executivo, legislativo e judiciário) não detém poder algum, apenas agindo conforme os ditames do mercado. Portanto, na sua concepção, o Direito volta a ser instrumento de dominação, e deixa de ser instrumento de transformação da realidade; ou melhor, o Direito pode até transformar a realidade, mas apenas no que interessa ao mercado.

O que restou às instituições políticas, ao menos para conceder um pouco de segurança aos indivíduos, os livrando das incertezas advindas da pós-modernidade, foi lançar mão do direito penal[63]. Assim, o sistema cria as periferias da sociedade, de modo a criar aqueles que viverão à sua margem, na marginalidade; em seguida, impõe duras condições de vida a estes

---

[60] Cf. BARROSO, Luis Roberto**. Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_ democracia _e_ supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 25 jul.2011.
[61] BAUMAN, op.cit., p.84.
[62] Ibid., p. 27.
[63] Ibid., p. 60-61.

indivíduos de modo que eles, fortemente pressionados, não suportam mais aquela situação e acabam por delinqüir. Neste momento, entram em cena as instituições políticas que, munidas do direito penal, encarceram os deliquentes e exibem para a sociedade que, aliviada, acredita estar segura, ao menos neste ponto.

Destarte, no panorama atual, há uma inexistência de projetos políticos, restando tão somente discursos políticos, uma vez que os agentes políticos preocupam-se tão somente com a sua manutenção no poder. Assim, há uma homogeinização dos discursos políticos, e os indivíduos tornam-se descrentes com a política[64].

Portanto, para o sociólogo é indubitável que há uma verdadeira crise do processo político. O núcleo da atual crise, no entanto, não se encontra tanto na ausência de valores ou na confusão que causa a sua "sobre-abundância", mas sim na ausência de uma instituição suficientemente efetiva para legitimar, promover, instalar e cumprir qualquer conjunto de valores ou qualquer agenda de opções consistentes e coesas.[65]

O sociólogo salienta, neste diapasão, a importância de se estabelecer uma reflexão crítica, de modo a examinar a validade jurídica das instituições - não bastam que estas possuam validade de fato, mas sim uma validade jurídica.[66] Esta reflexão crítica é dinâmica, de forma que constrói e desmantela seus próprios objetivos durante o seu processo, sendo a própria essência de toda política genuína, aquela que não está relacionada necessariamente com o exercício do poder. A política é um esforço coletivo e prático destinado à submeter às instituições que se dizem válidas de fato à prova de sua validade jurídica; ao seu lado, a democracia é o espaço da própria reflexão crítica. Neste ponto, cita Cornelius Castoriadis, transcrevendo o seu conceito de política e democracia como sendo, a primeira uma atividade lúcida e explícita que se ocupa de instaurar instituições desejáveis, e a democracia como sendo o regime de auto-instituição lúcida e explícita, na medida do possível, das instituições sociais que dependem da atividade coletiva explícita. Essa auto-instituição é um movimento incessante que não se propõe a uma sociedade perfeita, mas sim a uma sociedade que seja tão livre e justa quanto seja possível. É o movimento que Cornelius Castoriadis chama de "projeto de uma sociedade autônoma", e que para ter êxito se deve estabelecer uma sociedade democrática.[67]

---

[64] Ibid., passim.
[65] Ibid., p.83.
[66] Ibid., p. 93.
[67] CASTORIADIS (1997) *apud* BAUMAN,2000, p. 93.

Bauman salienta que este é um conceito de política e democracia ideal, uma vez que a política e a democracia que realmente existem hoje estão tão longe das ideais, assim como a sociedade atualmente existente encontra-se longe do ideal da sociedade autônoma.[68]

Concluindo esta breve explanação acerca do pensamento de Bauman acerca do problema que aqui está sendo desenvolvido, é importante ressaltar as opiniões que o autor expõe na introdução da sua obra, *in verbis:*

> [...] Supondo por um momento que se desse um milagre e que o espaço público/privado fosse preenchido por cidadãos que quisessem debater seus valores e discutir as leis que estão lá para guiá-los – onde está a agência poderosa o bastante para levar a efeito suas resoluções? Os poderes mais poderosos fluem ou flutuam e as decisões mais decisivas são tomadas num espaço distante da ágora e fora do espaço público politicamente institucionalizado [...][69]

Portanto, não há dúvidas de que, nos primeiros momentos da contemporaneidade houve o fortalecimento do Estado democrático de direito, reforçando o papel do Direito como instrumento regulador do Estado democrático e das suas instituições políticas. Por outro lado, a implementação do referido modelo de Estado em países com desenvolvimento tardio - como o Brasil - trouxe consigo os aspectos de uma crise iminente que, nos últimos anos, só fez se aprofundar. Assim, as crises nos âmbitos constitucional, estrutural, funcional e político são aspectos desta crise maior referente ao modelo de Estado em questão.

Uma das conseqüências desta crise é a crise de legitimidade das instituições políticas executivas e legislativas e a crescente judicialização da política, o que conduz ao questionamento acerca dos limites da legitimidade democrática do Poder judiciário para solucionar questões, a priori, de competência dos Poderes executivo e legislativo.

É possível afirmar que o questionamento acerca da legitimidade do Judiciário tem como raiz os esforços por parte da jurisdição constitucional de manter a supremacia da Constituição, norma suprema e fundamental do Estado Democrático de Direito, que deve continuar a direcionar e regular a atuação da política e dos poderes políticos.

---

[68] Ibid., p.94.
[69] Ibid., p. 12; 14.

3 LEGITIMIDADE E LEGALIDADE: UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA

O objetivo deste capítulo é estabelecer as diferenças entre os conceitos de legitimidade e legalidade, traçando um panorama das suas formações históricas, a evolução doutrinária acerca do conceito de legitimidade – e da relação conflituosa entre este conceito e a legalidade –, bem como iniciar o estudo sobre o conceito de legitimidade democrática.

Como foi observado no capítulo 2, o Estado de Direito é o resultado da mediação entre os seus dois momentos, o momento poiético, voltado para o resultado econômico, em que a relação entre os indivíduos necessitados é o meio para a obtenção desse resultado, e o momento social voltado para a obtenção da Justiça Social. Assim, o Estado de Direito é um Estado ético e racional[70].

O advento do Estado de Direito ocorre com o surgimento do indivíduo livre, uma vez que o Estado será uma organização específica do poder que deverá propiciar e garantir estas liberdades. A política, neste Estado, não é apenas uma técnica de poder, mas sim o meio através do qual irá se estabelecer e efetivar os direitos fundamentais. E é exatamente a prevalência dos direitos fundamentais como núcleo da Constituição do Estado que determinará a forma de organização deste Estado, ou seja, um Estado democrático de Direito.

Portanto, o Estado existe e tem a razão da sua existência na proteção e prevalência dos direitos fundamentais, positivados na Norma Superior do Estado, a Constituição. Desse modo, o poder político só será legítimo dentro do Estado democrático de Direito se tiver como fim a proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, se estiver ancorado na vontade do povo, titular e destinatário dos referidos direitos.

Com vistas à garantia das liberdades individuais e dos direitos fundamentais é que o Estado de Direito se organiza, sendo o poder político dividido em outros três poderes, cada qual com as suas competências. Dentre esses poderes está o Poder Judiciário que tem como uma de suas funções garantir os direitos fundamentais. É desta função do Judiciário que decorre o controle por este órgão dos demais poderes – a jurisdição constitucional – ou seja: é o Poder Judiciário o competente para proteger e efetivar as normas que constituem o Estado Democrático de Direito, tanto os direitos fundamentais, como as liberdades individuais, assim como as regras democráticas que impõe a decisão da maioria e o respeito à minoria (não esquecendo que uma Constituição Democrática é uma norma contra-majoritária, garantindo a democracia, mas protegendo às minorias das decisões advindas dessa maioria).

---

[70] SALGADO, Joaquim Carlos. **Carl Shmitt e o Estado Democrático de Direito.** In: Schmitt, Carl. Legalidade e Legitimidade. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. x.

A partir da Declaração Francesa de 1789[71] em que se criou a idéia de que só tem Constituição o Estado em que haja prevalência dos direitos fundamentais, bem como em que haja a divisão dos poderes, o núcleo dos direitos fundamentais tornou-se algo imprescindível, cuja perpetuidade garantiria a forma democrática do Estado. Ademais, a partir de então a legitimidade passou a consistir não somente na manifestação popular formal, mas sim em uma manifestação valorada, ou seja, cujo conteúdo seja compatível com os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição.

> [...] se a legitimidade no seu aspecto formal encontra realização na manifestação da vontade popular e na organização do poder, segundo uma divisão de competência para o seu exercício, tem de buscar seu complemento no conteúdo axiológico do direito declarado com suporte nesse poder, segundo um princípio de racionalidade ponderativa. Essa legitimidade está comprometida, portanto, com a validade material da normatização constitucional dada pela consciência jurídica que reflete esse conteúdo e que marca também as conexões de validade formal das normas e de sua aplicação ou execução, a que podemos chamar legalidade[72].

Assim, em um Estado Democrático de Direito, têm-se a legitimidade formal – a manifestação popular e a organização dos poderes – a legitimidade material, que consiste no conteúdo axiológico da manifestação da vontade popular, que deve ser compatível com os direitos fundamentais – e a legalidade, que consiste na vinculação entre os atos das autoridades e as normas existentes.

Portanto, uma autoridade será legal desde que seus atos estejam compatíveis com as normas jurídicas existentes, bem como será legítima formalmente se tiver obtido seu cargo através da manifestação da vontade do povo; contudo sua legitimidade material só existirá se a manifestação do povo estiver ancorada no conteúdo axiológico da Constituição, bem como se atuar de acordo com este conteúdo. Mais uma vez, torna-se visível que a Constituição e, portanto, o Direito, encontra-se no centro do sistema, e daí emana a legalidade e a legitimidade das autoridades, inclusive do Poder Judiciário, que deverá atuar protegendo e efetivando este núcleo[73].

Deste modo, inicialmente pode-se definir legalidade como a qualidade que se dá àquilo que está em conformidade com a ordem jurídica vigente. Assim, um regime de governo, por exemplo, será legal desde que esteja em sintonia com a norma jurídica superior vigente e positiva. Assim, a conduta humana, a relação entre particulares, bem como os atos

---

[71] Ibid.,p.xi.
[72] Ibid., p. xii.
[73] Ibid.,p. xii-xiii.

normativos emanados das autoridades, serão legais desde que estejam compatíveis com os preceitos – direitos e deveres – estabelecidos pelas normas jurídicas.

Por outro lado, legitimidade tem uma conotação mais ligada às questões morais, valorativas e ideológicas vigentes em um dado momento histórico. Legitimidade tem uma acepção mais ligada ao sentimento de uma comunidade acerca daquilo que é justo. Coadunando com as lições de Bonavides: "a legitimidade é a legalidade acrescida de valoração [...] No conceito de legitimidade entram crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência."[74] Assim, por exemplo, um governo instaurado através de um golpe de Estado, pode atuar em conformidade com a ordem jurídica daquele dado Estado, mas não será legítimo caso não seja reconhecido pela coletividade. O conceito de legitimidade, em verdade, é algo de difícil definição, uma vez que há diversas correntes que a definem a depender de outros conceitos. Algumas dessas conceituações serão abordadas ao longo deste capítulo.

O que se deve ter em mente, por ora, é a clara diferença entre os referidos conceitos. Embora já tenha havido momentos ao longo da história em que legalidade e legitimidade foram consideradas a mesma coisa, atualmente está sedimentado o entendimento de que são conceitos distintos, muito embora possam se encontrar diretamente relacionados, sendo difícil visualizar a sua distinção. Ademais, ao se tratar da legitimidade do Poder, conseqüentemente estar-se-á tratando da legitimidade do Direito posto, uma vez que, como visto no capítulo 1 do presente trabalho, Direito e Poder possuem uma relação dialética.

3.1 PANORAMA HISTÓRICO ACERCA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

A cisão entre os referidos conceitos de legalidade e legitimidade remonta ao pensamento europeu de 1815, quando com o advento do Código Napoleônico, a monarquia francesa se vê diante da "legitimidade histórica de uma dinastia restaurada e a legalidade vigente do Código Napoleônico"[75]. Deste modo, enquanto os liberais progressistas sustentavam a legalidade de um governo consentâneo com o Código Napoleônico, os conservadores sustentavam a legitimidade da monarquia constitucional. Conseqüentemente, a legitimidade ficou associada à essa idéia de manutenção de uma ordem não mais desejada – a monarquia – passando a ser repudiada.

---

[74] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.**13ªed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.121.
[75] Ibid., p.122.

Portanto, com a Revolução Francesa e a ascensão do pensamento racionalista positivista, a legitimidade passou a se fundar na legalidade, ou seja, era legítimo aquilo que era legal, que estava positivado na lei. Sem dúvidas, a teoria formulada por Marx Weber colaborou bastante para a aproximação entre esses dois conceitos, antes separados e autônomos, uma vez que ele criou a idéia da legitimidade legal-racional. Assim, o poder legítimo seria aquele amparado pelo ordenamento jurídico vigente; seria legítimo se, primeiramente, o poder fosse legal.

Somente com o advento do Marxismo é que começou a ganhar espaço a idéia de que o Direito vigente até então era um instrumento de dominação da burguesia sobre o proletariado, estimulando as desigualdades econômicas e sociais, e aprofundando a degradação das condições de vida das massas trabalhadoras. Assim, ataca-se a legitimidade do ordenamento jurídico burguês; embora legal, porque amparado por uma lei positivada, aquela ordem sócio-econômica, o poder vigente, não era legítimo. Portanto, aumenta-se a percepção do hiato existente entre legalidade e legitimidade, passando a existir diversas teorias acerca da definição de legitimidade.

3.2 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA DEFINIÇÃO DE LEGITIMIDADE

As concepções acerca do conceito de legitimidade podem ser divididas em diversas categorias. Alguns doutrinadores, como José Guilherme Merquior *apud* Celso Lafer[76], divide a referida concepção em dois grupos: a concepção subjetivista e a concepção objetivista. Assim, a concepção subjetivista é aquela baseada na "crença dos governados e na credibilidade de uma reserva do poder dos governantes"[77], ou seja, em uma relação subjetiva entre governantes e governados, entre quem exerce o poder e o subordinado.

Já a concepção objetivista procura basear a legitimidade em algo menos subjetivo, em algo mais denso que o mero sentimento postulado pela concepção subjetivista. Assim, a ênfase encontra-se no aspecto sócio-cultural do valor, ou seja, a legitimidade é o resultado da associação entre os fatos sociais e os valores de uma certa comunidade em um dado momento[78].

---

[76] José Guilherme Merquior (1990) *apud* Celso Lafer. A legitimidade na correlação Direito e Poder: uma leitura do tema inspirado no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. In: Miguel Reale: estudos em homenagem aos seus 90 anos. Porto Alegre: PUCRS, 2000, p. 100.
[77] Ibid, p. 100.
[78] Ibid., passim.

Por outro lado, há doutrinadores como Paulo Bonavides que preferem analisar a questão da legitimidade do poder sob diversos prismas, entre eles: o filosófico, o jurídico e o sociológico.

> Do ponto de vista filosófico, a legitimidade repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas [...] A legitimidade assim considerada não responde aos fatos, à ordem estabelecida [...] mas inquire acerca dos preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título e do exercício do poder, da regra moral, mediante a qual se há de mover o poder dos governantes para receber e merecer o assentimento dos governados[79].

Em contrapartida, a legitimidade do ponto de vista jurídico é exemplificada por Bonavides através da explanação da recente doutrina francesa, dividida em três vertentes. A primeira, afirma que a legalidade é somente uma questão de forma, enquanto a legitimidade traz em si uma questão substancial.

Já a segunda vertente afirma que, embora sejam distintas, do ponto de vista da ordem constitucional positiva tanto a noção de legalidade como de legitimidade se confundem. Deste modo, se um governo se estabelece segundo as regras da Constituição em vigor, ele será tanto legal como legítimo.

Por último, a terceira vertente postula que a legalidade é a conformação do governo com as disposições da Constituição precedente, enquanto a legitimidade significa a observância dos princípios da ordem jurídica proclamada[80].

Já do ponto de vista sociológico, a questão da legitimidade implica numa teoria dominante do poder. Assim, a teoria do sociólogo Max Weber (caracterizada por Merquior[81] como uma concepção subjetivista) é de fundamental relevância neste estudo.

Segundo Weber há três formas de legitimidade: a carismática, a tradicional e a legal ou racional. A primeira, ou carismática, se baseia na relação entre os governados e a pessoa do governante, sendo aqueles fiéis seguidores do governante carismático. A legitimidade carismática normalmente decorre de eventos em que a autoridade carismática consagrou-se vitoriosa, verdadeiro herói, sendo exaltado pelo povo. Nas palavras de Weber: “é baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas”[82].

---

[79] BONAVIDES, op.cit., p.124.
[80] Ibid, p.128-129.
[81] José Guilherme Merquior (1990) *apud* Celso Lafer, op.cit., p.100.
[82] WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** 4 ed. Tradução: Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1998.p.141.

A legitimidade tradicional é exemplificada por Weber como a patriarcal. Assim, obedece-se o governante por um sentimento de respeito a uma tradição, a uma dignidade sagrada da autoridade, ou seja, "na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade".[83] Neste caso, o Direito e a ordem que fundamenta a sociedade permanece estável e sólida, não havendo muita possibilidade de mudança.

Por fim, a legitimidade legal ou racional é aquela fundada na lei, no ato legal-normativo que investe o indivíduo de poder e autoridade. A autoridade assim o é, possui poder, porque a norma positivada assim determina. Portanto, é à regra, ao ordenamento, a que se deve obediência. Desse modo, qualquer direito pode ser modificado ou criado, desde que se atenha aos critérios formais para tanto. Destarte, o poder legal ou racional cria a noção de competência para fundamentar a legitimidade da autoridade.[84] É a legitimidade própria do pensamento racionalista positivista que imperou durante certo tempo, especialmente após a Revolução Francesa.

Portanto, no conceito de legitimidade legal ou racional Weber realmente repousa a legitimidade na mera legalidade; como já dito acima, seria legítimo aquilo que é legal, que está de acordo com a norma positivada. Assim, tal concepção serviu para endossar a confusão entre os conceitos de legitimidade e legalidade, neste momento, vistos como a mesma coisa.

Pode-se afirmar que o teórico Hans Kelsen também contribuiu para este desmerecimento e falta de uma definição própria do conceito de legitimidade. Segundo Kelsen, o princípio da legitimidade se confunde com o princípio da eficácia e da validade das normas, uma vez que as normas "permanecem válidas na medida em que não tenham sido invalidadas da maneira que a própria ordem jurídica determina. Este é o princípio da legitimidade"[85]. O fundamento de validade das normas – e de todo o ordenamento jurídico – é a norma fundamental da ordem jurídica, postulada como definitiva; assim, é de acordo com esta norma fundamental que as normas recebem e perdem a sua validade, e conseqüentemente, a sua legitimidade. Não obstante, embora o pressuposto fundamental de validade de todo o ordenamento jurídico seja a norma fundamental, outro elemento de validade da norma jurídica é a sua eficácia, a sua capacidade de produzir efeitos[86].

---

[83] Ibid., p. 141.
[84] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade.** Para uma teoria geral da política. 14.ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p.127.
[85] KELSEN, op. cit., p.171
[86] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7.ed. Tradução: João Baptista Machado.São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 232-238.

Não obstante, é possível afirmar que a obra de Carl Schmitt "Legalidade e Legitimidade", concluída em 1932 foi fundamental para a diferenciação entre os conceitos de legalidade e legitimidade, até então vistos como algo entrelaçado.

Para Carl Schmitt o Estado de Direito é o Estado da legalidade, que para assim se configurar, deve ser o Estado legiferante parlamentar. Desse modo, o legislativo é o poder supremo, "guardião do Direito", e na forma da representação parlamentar, elabora racionalmente, através da discussão, leis com caráter gerais e abstratas. A legalidade advém do legislador (o qual deve ter a confiança da comunidade, possuindo o monopólio da legalidade) e deve salva-guardar a comunidade de injustiças; portanto, a legalidade garante o Direito e a Justiça.

Não obstante, Schmitt afirma que a lei deve conter sempre um conteúdo valorativo, especialmente com relação à razão e a justiça – de outro modo, qualquer norma exarada pelo Legislativo seria uma norma jurídica, o que não está correto. "O conceito de lei está necessariamente ligado ao de direito e a justiça, não sendo possível separar a vontade que põe a lei, da razão que lhe dá conteúdo de justiça".[87]

Esta unicidade entre vontade e razão em um Estado Democrático de Direito seria possível, exatamente, pela existência de um "povo homogêneo". Assim, a vontade do Parlamento seria idêntica à vontade do povo.[88]

Por outro lado, a legalidade está amparado no princípio da legitimidade. Isso quer dizer que a norma advém primeiramente de um ato de vontade do titular do poder constituinte, sendo este ato uma decisão política. Neste sentido, pode-se afirmar, por exemplo, que em um Estado democrático de Direito a legalidade está amparada pela legitimidade desde que o povo tenha manifestado a sua vontade em algum momento, seja no da elaboração da lei, seja na eleição dos representantes que irão elaborar a lei.

Segundo Schmitt, em um Estado democrático representativo a representação decorre de uma pressuposta "homogeneidade substancial de todo o povo" – e desse modo, a regra da decisão pela maioria não obstaculiza a democracia, pois não haverá a vitória da maioria pela minoria, mas sim uma concordância[89].

Evidencia-se que a concepção de Schmitt acerca de uma homogeneidade do povo é ilusória, especialmente em países com diversidades étnicas, culturais, alta densidade demográfica e desigualdades sócio-econômicas. Segundo o referido doutrinador, quando não

[87] SALGADO, op.cit., p. xvi.
[88] SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade.** Tradução: Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p. 25.
[89] Ibid., p. 28.

é possível a homogeneidade nacional indivisível, ao menos uma regra deve ser mantida: a igualdade incondicional de chances para todas as opiniões, crenças e movimentos para se alcançar a maioria[90].De fato, a igualdade de chances para se obter a maioria é um princípio de Justiça e deve estar presente no ordenamento de todos os Estados que se pretendam democráticos.

Contudo, partindo da sua concepção acerca da legalidade e da legitimidade, Schmitt critica a Constituição de Weimar, uma vez que, segundo o doutrinador, o poder soberano desloca-se entre diversos órgãos, o que pode levar à ausência de soberania nacional – a qual deve ser exercida pela unidade do povo e do parlamento, ou seja, pela unidade da legitimidade popular e da legalidade advinda das leis criadas pelo parlamento.

Inicialmente, ele afirma que a Constituição de Weimar limita o Poder Legislativo ao impôr a necessidade do quórum qualificado – o qual o autor tenta provar que não garante em nenhuma hipótese decisões mais democráticas. Ademais, ao Presidente do Reich é outorgado o poder de suspender a eficácia das normas garantidoras de direitos fundamentais, criando uma total insegurança jurídica e arbitrariedades. O Poder Judiciário, por sua vez, ao poder declarar a inconstitucionalidade das leis, acaba por retirar grande parte do poder do Parlamento – Schmitt se opõe severamente ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Por fim, ao povo é concedido o poder de criar leis através de plebiscito; no entanto, não se garante que a lei advirá das discussões e reflexões necessárias para garantir a racionalidade da lei.

Contudo, Schmitt acaba por ser contraditório ao tratar da questão da legitimidade plebiscitária. O doutrinador a todo o tempo defende a democracia e os princípios da igualdade e da justiça; contudo, afirma que a democracia constitucional traçada na Constituição de Weimar exige a prevalência do Estado legiferante parlamentar. Assim, uma lei ancorada na vontade popular não pode ter a mesma força de uma lei exarada pelo legislador. Em outras palavras, o povo ao atuar como legislador embasa a chamada “legitimidade plebiscitária”, que para o autor é incompatível com a legalidade própria de um Estado legiferante. No Estado legiferante parlamentar é imprescindível que haja a junção entre a vontade – advinda dos representantes do povo, e a única parcela democrática do referido sistema – e a razão – que advém somente das discussões entre os legisladores. A decisão do povo, para o autor, será

[90] Ibid.,p. 29.

uma decisão das massas, que atuam sem conhecimento, informação, sem poder de reflexão, e ainda são influenciadas pela mídia[91].

Portanto, a concepção de Schmitt aponta para uma soberania e democracia nacionais advindas da homogeneidade do povo, da unidade entre legalidade – a razão – e a legitimidade – a vontade emanada pelos representantes do povo, o parlamento. Para o autor, caso não haja a referida homogeneidade – havendo, portanto, um sistema pluralista – não se justifica a existência da legalidade do Estado legiferante parlamentar. Schmitt critica os sistemas pluralistas, pois neste não haveria o princípio da igualdade de chances – o poder se manterá sempre nas mãos dos mesmos – e a legitimidade plebiscitária também necessitaria de um governo confiante que, no momento certo, formule as perguntas certas à população, sem abusar desse poder. Segundo o doutrinador, embora a legitimidade plebiscitária pareça ser mais inofensiva, este pensamento é equivocado, uma vez que tanto a legalidade como a legitimidade serão sempre alvo de disputas daqueles que desejam obter o Poder político.

Com uma concepção extremamente diversa, o doutrinador brasileiro Miguel Reale, filósofo do Direito – e, portanto, considerado por Bonavides como adepto de uma concepção filosófica, e por Merquior como adepto da concepção objetivista – fundava a sua noção de legitimidade em questões axiológicas e sócio-culturais. Assim, Reale admite a relação dialética entre Direito e Poder e, desse modo, a legitimidade de um está conectada com a do outro[92].

Dentro do pensamento culturalista de Reale, e consentânea com a sua visão tridimensional do Direito, a legitimidade da obrigatoriedade do Direito é uma questão de fundamento do Direito. Assim, segundo o doutrinador, o Direito positiva-se através de um processo político, que consiste na interferência do Poder ao traçar quais as ações possíveis dentro daquela comunidade. As leis jurídicas, destarte, são "tipificações de deveres morais e econômicos, segundo esquemas ideais de conduta considerados necessários, indiferentes ou ilícitos, ou, por outras palavras, axiologicamente positivos ou negativos em relação à sociedade e ao Estado".[93]

Ademais, Reale possui um entendimento, com o qual este trabalho coaduna, de que as normas jurídicas não são meras categorias lógicas, e sim, um complexo axiológico, cuja substância é a experiência humana, devendo ser interpretada sempre dentro do sistema no

[91] Ibid., p.63-69.
[92] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 605.
[93] Ibid., p. 593.

qual está inserida.[94] Portanto, no plano filosófico, o fundamento do Direito ou a sua legitimidade reside no fato do Direito ser composto por um complexo de valores partilhados em uma dada sociedade e em um dado momento histórico; conseqüentemente o poder político será legítimo na medida em que sua conduta se coadune com o arcabouço axiológico existente na sociedade e que constitui as normas jurídicas.

Bonavides expressa a sua própria idéia segundo a qual a questão da legitimidade do poder é um dado histórico e relativo, variando a depender das doutrinas e crenças de cada época. Desse modo, enquanto na Idade Média, a legitimidade do poder político residia em Deus, na religião, na contemporaneidade, nos Estados democráticos a legitimidade do poder político é o consentimento dos cidadãos e a adesão dos governados, ou seja, a democracia. A legitimidade de todo o poder político é a legitimidade democrática.[95]

Neste diapasão, é de suma importância para o presente trabalho a concepção de Jürgen Habermas acerca da legitimidade democrática.

3.3 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA SEGUNDO JÜRGEN HABERMAS

Na teoria de Jürgen Habermas, a legitimidade deve ser analisada sob o prima da criação do direito, da aplicação do direito, e do controle de constitucionalidade.

Em relação à legitimidade da criação do direito, Habermas enxerga que há uma tensão entre a autonomia privada (caracterizada pelos direitos humanos individuais) e a autonomia pública (caracterizada pelo princípio da soberania do povo), que conduz à questão da legitimação do direito moderno. Habermas pretende resolver este aparente conflito a partir da teoria do discurso, através de um modelo de autolegislação, uma vez que “os destinatários são simultaneamente os autores de seus direitos”.[96]

Desse modo, os direitos humanos individuais, por exemplo, devem ser interpretados como jurídicos, embora possuam um conteúdo moral. Isto tendo em vista que a moral e o direito devem atuar de forma complementar e, portanto, a autonomia deve ser vista como um princípio democrático (e, portanto, jurídico), e não apenas como um princípio moral.[97]

Assim, o princípio do discurso, que a priori é neutro em relação à moral e ao direito[98], deve ser entendido como um princípio da democracia. O princípio democrático deve estar em um patamar mais elevado que a questão moral, servindo como parâmetro e fundamento para

[94] Ibid, p. 596-597.
[95] BONAVIDES, op.cit., p.129-130.
[96] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia : entre facticidade e validade**, v.1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997. p.139.
[97] Ibid., p.139-140.
[98] Ibid., p.158.

que se crie um procedimento de criação normativa legítima.[99] Em outras palavras, partindo da teoria do discurso, deve haver uma participação simétrica no discurso de todos os indivíduos que compõe a comunidade, de forma que a opinião e a vontade formadas a partir deste ponto seja democrática. O direito possui papel de garantidor desse modo de comunicação democrática.

Segundo Saavedra, a intenção de Habermas é construir uma espécie de contratualismo aberto, em que o conteúdo do contrato está à todo momento sendo reconstruído na esfera pública[100]. Os direitos fundamentais garantem a autonomia privada e pública, e conseqüentemente legitimam o direito e o poder público.

Na concepção habermasiana, o núcleo do sistema de direitos é a democracia, sistema este que deve conter direitos os quais "os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo"[101]. O direito aqui é o meio que garante a convivência entre as liberdades de cada um dos indivíduos. O direito será legítimo desde que sejam criados pelos seus próprios destinatários, através de uma discussão democrática, uma vez que estes são livres para participar dos processos de formação da opinião e da vontade do legislador, bem como possuem acesso à instituição responsável pela garantia, defesa e aplicação dos direitos.[102]

A legitimidade, portanto, não está no momento da aplicação do direito, mas sim no momento da sua formação. Esta legitimidade é possibilitada pela formação democrática da opinião e da vontade do legislador através da participação dos destinatários das normas neste processo. Neste momento de criação do direito, o direito pré-existente também possui o papel de regulador da liberdade comunicativa.

Ademais, para Habermas o direito tem diversas funções: além de regular a liberdade comunicativa, ele organiza o poder do Estado[103], bem como possui uma função instrumental que legitima a ação do Estado quando este toma decisões juridicamente obrigatórias[104], ou seja: a autoridade estatal precisa agir de acordo com o estabelecido pelo direito, que estabelece a competência dos poderes estatais. Assim, a autoridade é legítima desde que seja normativa, e deve agir de acordo com a legalidade.

---

[99] Ibid., p.145.
[100] SAAVEDRA, Giovani Agostini**. Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 129.
[101] HABERMAS, op.cit.,p.154.
[102] Ibid., p.154-168.
[103] Ibid.,p 182.
[104] Ibid., p. 181.

> A partir de agora, a legitimação do poder político não é mais função exclusiva do direito, pois o Estado pode servir-se dele como de um meio de organização. A autoridade normativa do poder do Estado adquire a competência de tomar decisões juridicamente obrigatórias, graças a essa função instrumental do direito.[105]

Na concepção de Habermas as decisões tomadas na esfera pública através do processo comunicativo democrático não podem se transformar diretamente em aplicação pelo sistema político. Como o sistema político encontra-se vinculado ao Estado de direito, o direito regula a transferência das decisões da esfera pública para o sistema político sem atingir o código próprio do sistema político.[106] Isto porque, as decisões tomadas na esfera pública são influenciadas por preferências pessoais, estão mais sensíveis às pressões de diversos grupos sociais, inclusive da mídia. Destarte, torna-se necessário um exame de coerência destas decisões, de forma que elas estejam de acordo com o sistema jurídico vigente.

Assim, o Parlamento, órgão representativo da sociedade onde as leis serão criadas, é "o ponto central organizado da circulação social comunicativa de uma esfera pública geral não organizável"[107], devendo estar sensível e aberto às decisões e opiniões trazidas por esta esfera pública. Portanto, o Parlamento é apenas um dos locais onde o processo de formação política da vontade ocorre, e não o único local.

Deste modo, a esfera pública deve ser salva-guardada pelo próprio Estado, de forma a garantir a sua legitimidade discursiva e democrática. Neste ponto, o principal órgão que possui esta função é o tribunal constitucional. Isto porque, sendo o tribunal constitucional o guardião da Constituição em um Estado democrático de direito, ele é, conseqüentemente, o guardião da própria democracia. E esta função é realizada pelo tribunal constitucional através da proteção e aplicação dos direitos fundamentais. Este tema será melhor explorado no capítulo 4 do presente trabalho[108].

3.4 UMA NOVA FUNDAMENTAÇÃO DA LEGITIMIDADE

Pelo exposto, é possível vislumbrar o conflito existente em diversos momentos históricos entre a legalidade e a legitimidade, oras sendo vistos como um mesmo conceito – fato corroborado por diversos doutrinadores como Weber e Kelsen –, oras vistos como

[105] Ibid.,loc.cit.
[106] Ibid.,p.190.
[107] HABERMAS, op.cit., p.227.
[108] Ibid., p.297 e ss.

conceitos diversos – como foi apresentado pela doutrina de Schmitt, Miguel Reale e Habermas.

Contudo, é indubitável, especialmente dentro do Estado Democrático de Direito, que legitimidade e legalidade são conceitos distintos. A legitimidade não pode repousar na mera legalidade de uma norma jurídica. Em uma sociedade democrática e pluralista, a legitimidade urge por ser democrática, sendo uma qualidade distinta da legalidade.

Mais uma vez, enquanto a legalidade é um conceito meramente jurídico que reflete a compatibilidade entre o regime jurídico, os atos normativos e a ordem jurídica vigente, a legitimidade é um conceito sócio-cultural conectado com os valores compartilhados por uma dada sociedade em um dado momento histórico. Portanto, a legitimidade deve resultar de um consenso de uma comunidade acerca do que é justo, ético e moral.

A legitimidade de um poder, portanto, só pode ser reconhecida de forma democrática em um Estado Democrático de Direito; qualquer órgão detentor de poder político deve ser formado de forma democrática, bem como sua atuação deve ser pautada na democracia. Em relação ao Poder Judiciário, mais especificamente, a aplicação e interpretação das normas jurídicas devem estar legitimadas democraticamente – ou seja, através do consenso da comunidade a qual se destina, tendo em vista os seus valores e necessidades.

É claro que a concepção habermasiana acerca do consenso é algo cuja aplicação *ipse literis* é difícil de se obter em um Estado pluralista, em que diversos são os atores sociais, diversas são as concepções acerca do que é ético ou moral, os padrões comportamentais e culturais também podem variar, bem como as necessidades.

Não obstante, a concepção de Habermas deve ser vista de um ponto de vista crítico e pode ser flexibilizada e adaptada à realidade de um Estado como o Brasil. Ou seja, não se trata de obter o consenso sobre todas as questões – fato que é quase impossível de se obter – mas não há dúvidas de que em um Estado democrático de direito deve-se proteger à todos, não só a maioria, mas também a minoria – função esta desempenhada pela Constituição Federal, a qual protege os direitos e garantias das minorias e, conseqüentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Assim, a Constituição deve ser democrática desde a formação do Poder Constituinte Originário, até a criação de suas normas, e a sua aplicação. Estando uma Constituição democrática positivada e possuindo vigência, devem haver centros de discussão em que todos os atores sociais possam se manifestar, bem como as suas decisões devam ser levadas ao Poder Legislativo, e consideradas por ele. A própria Constituição Federal (CF) deve instituir e garantir tais mecanismos – no Brasil, a CF-88 prevê os instrumentos da ação popular (art.5º,

LXXIII, CF), o referendo (art. 14, II, CF), o plebiscito (art. 14, I, CF) e a iniciativa popular (art.14, III, CF), para citar alguns.

Por outro lado, a população deve ter acesso aos órgãos do poder que possam garantir e proteger os seus direitos garantidos constitucionalmente. Diante da inércia do Poder Executivo ou do Legislativo, o cidadão deve ter amplo acesso ao Poder Judiciário, que tem exatamente esta função.

A discussão acerca dos limites da legitimidade democrática do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, reside exatamente no fato de que os outros Poderes encontram-se inertes diante das suas obrigações constitucionais para com a população (inobservância das normas programáticas constitucionais), restando para os cidadãos o recurso ao Judiciário. Assim, este Poder, diante da sua função constitucional de proteção à Norma Superior – especialmente dos direitos e garantias constitucionais – acaba por desempenhar funções além daquelas previamente estabelecidas pela norma, suprindo as lacunas deixadas pelos outros Poderes políticos. Este é o assunto que enfocado pelo presente trabalho e que será discutido no capítulo seguinte.

4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo irá abordar o objeto principal desse trabalho – a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal (STF). É imperioso tratar da referida questão de um modo mais abrangente, tomando como ponto de partida o Poder Judiciário, para em seguida adentrar no órgão máximo deste poder no Brasil, o STF.

Ao longo do presente trabalho foi possível observar que os três Poderes existentes no Brasil – Executivo, Legislativo e Judiciário – são Poderes Políticos. Embora cada qual possua funções típicas e atípicas, delimitadas pela Constituição Federal, não é possível olvidar que todos tratam da coisa política, ou seja, daquilo que representa o bem comum.

Dentro de um Estado democrático de direito, portanto, o Direito - em sua dimensão democrática – é responsável por delimitar a forma do Estado, o âmbito de atuação dos Poderes, bem como por conferir direitos, garantias, e deveres aos cidadãos, de modo a alcançar o bem estar social.

É o Direito, também, que demarca a questão da legalidade e da legitimidade dos Poderes Políticos. Assim, em um Estado democrático de Direito, a autoridade será legal desde que seus atos estejam compatíveis com as normas jurídicas existentes; contudo, só estará legitimada se o seu cargo tiver sido obtido através da manifestação de vontade democrática, a qual deverá ter como supedâneo os valores estabelecidos pela Constituição Federal, bem como a autoridade será legítima se a sua atuação se pautar nos ditames da democracia.

Portanto, revela-se a importância da legitimidade democrática, que consiste exatamente na formação e atuação democrática das autoridades que compõem os Poderes Políticos.

Neste sentido, evidencia-se o questionamento acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário, em especial do STF. Este questionamento perpassa pelas seguintes questões, as quais serão abordadas ao longo deste capitulo:

1ª) O STF está legitimado democraticamente para impor deveres aos Poderes Legislativo e Executivo?

Neste primeiro questionamento, encontram-se albergadas duas questões: a primeira diz respeito aos casos de omissão legislativa e executiva, hipótese em que o STF impõe a criação

de leis e a execução das mesmas; já a segunda questão diz respeito à certas atitudes do Legislativo ou do Executivo consideradas inconstitucionais pelo Supremo, de modo que este não apenas declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas também impõe que os órgãos do Legislativo ou do Executivo atuem de um modo específico diante do caso concreto.

2ª) O STF encontra-se legitimado democraticamente quando atua de maneira ativista, - prescindindo da lei, da Constituição, dos princípios, da doutrina, e dos precedentes jurisprudenciais – interpretando as leis e atos normativos de modo a criar novas hipóteses normativas, distintas daquelas criadas pelos órgãos eleitos democraticamente para esta finalidade?

Estas questões dizem respeito aos fenômenos da Judicialização e do Ativismo Judicial, os quais serão enfrentados pelo presente trabalho, a partir deste capítulo. Não obstante, antes de adentrarmos em tais questões, faz-se necessário apresentar a importância do STF e o seu papel como guardião da Constituição, de modo a uma melhor compreensão do problema posto.

4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal estabelece no seu artigo 102, caput, que compete ao STF a guarda da Constituição; portanto, o Supremo Tribunal Federal encontra-se no ápice do sistema de jurisdição constitucional, sendo o intérprete máximo da Constituição, cabendo a ele assegurar que esta será cumprida através do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do Poder público.

Não obstante, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal também exerce a função de Segunda Instância do Poder Judiciário, de modo que não se encontra adstrito tão somente ao controle de constitucionalidade, como também aos eventuais recursos advindos da 1ª Instância.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, embora seja o Tribunal Constitucional por excelência, não consiste na Corte Constitucional delineada por Kelsen, o qual seria um órgão cuja exclusiva função fosse o exercício da jurisdição constitucional.

Segundo Kelsen, caberia à Corte Constitucional o controle da constitucionalidade das leis, decidindo “sobre recursos contra violação dos direitos constitucionalmente garantidos, por ato de autoridade administrativa – não importando se federal ou estadual – após o

esgotamento da cadeia das instâncias administrativas"[109], ainda que sejam atos advindos do poder discricionário de tais autoridades[110], decidindo acerca de violações diretas à Constituição.

Kelsen[111] defende com todo rigor a necessidade de um Tribunal especial, a Corte Constitucional, com a finalidade de exercer a jurisdição constitucional. Segundo o doutrinador:

> A teoria, ainda hoje muito difundida e defendida com os mais diversos argumentos, de que é preciso retirar dos órgãos de aplicação do direito todo e qualquer exame da constitucionalidade das leis [...] de que a constitucionalidade da elaboração das leis é suficientemente garantida pelo poder de promulgação do chefe de Estado, e a consagração pelo direito positivo dessas concepções políticas nas próprias Constituições das atuais repúblicas devem-se em boa parte à doutrina da monarquia constitucional, cujas idéias influenciaram, mais ou menos conscientemente, a organização das democracias modernas.[112]

Neste ponto, é relevante trazer ao debate a opinião contrária de Carl Schmitt, o qual não admite o controle da constitucionalidade das leis por parte de um Tribunal Constitucional, pois um órgão do Judiciário deve apenas aplicar a lei ao caso concreto. Caso se atribua esta competência ao Tribunal Constitucional, estar-se-ia a dividir a soberania do Estado, o que o tornará fraco. Portanto, em decorrência da necessidade de uma democracia nacional oriunda da unidade do povo e igualdade entre os cidadãos é que apenas um poder deve ter a última decisão, sendo este poder o Parlamento. A tarefa de uma Corte superior, segundo Schmitt, seria o de proteger o direito das pessoas e o sujeito de direito universal, quer o direito seja um direito adquirido ou um direito advindo da Constituição[113].

Respondendo às críticas de Schmitt, Kelsen afirma que nos casos em que as violações constitucionais são mais graves é o Parlamento e o governo que são partes litigantes e, desse modo, é recomendável que uma terceira instância fora desse antagonismo resolva o litígio. Segundo o autor, há uma grande diferença entre conceder à Corte Constitucional um poder derivado da função de controle de constitucionalidade, e aumentar ainda mais o poder dos outros dois detentores de poder – Parlamento e governo – concedendo-lhes a função de controladores[114].

---

[109] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 28.
[110] Ibid., p. 31.
[111] Ibid., passim.
[112] Ibid., p.129-130.
[113] SCHMITT, op.cit., passim.
[114] KELSEN, op.cit., p. 275-276.

Não obstante a compreensão de Kelsen, é necessário ampliar a concepção acerca do que seja a Jurisdição Constitucional. Assim, esta não se realiza tão somente pelo controle de constitucionalidade, possuindo um papel muito maior e mais relevante: a concretização dos direitos fundamentais, da Constituição como um todo e do Estado democrático de Direito.

Assim, deve-se superar a concepção da atuação do membro do Tribunal Constitucional como mero "legislador negativo". Segundo Gustavo Binenbojm:

> A missão do Tribunal Constitucional se projeta, assim, para além da mera função de *legislador negativo*, guardião da coerência sistêmica do ordenamento jurídico. Seu papel é o de articular o debate público em torno dos princípios constitucionais, constrangendo os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático[115].

Ademais, o exercício da jurisdição constitucional pelo STF evita que

> [...] a vontade da totalidade do povo, expressa na legislação e na nomeação dos orgãos executivos supremos, não seja paralisada pela vontade de uma parte do povo, expressa nos órgãos legislativos locais, eleitos e encarregados da atividade executiva nas instâncias intermediárias e inferiores.[116]

Deste modo, ao se entender os direitos fundamentais como centro de todo o ordenamento jurídico, considerando que a sua efetivação é o objetivo precípuo de todo o ordenamento bem como de todos os Poderes políticos, além de corolário do Estado Democrático de Direito, conforme os ensinamentos da doutrina neoconstitucionalista, percebe-se a relevância da Jurisdição Constitucional neste contexto e, conseqüentemente, do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

4.2 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

A Judicialização consiste na decisão pelo Poder Judiciário de questões relevantes especialmente no âmbito político e social, que, a priori, estariam reservadas ao âmbito de competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Já o Ativismo Judicial consiste em uma das faces da Judicialização, sendo concretizada, principalmente, através da prática de realizar uma leitura criativa, muitas vezes "moral", da Constituição Federal, sustentada unicamente pela consciência do intérprete.

---

[115] BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 82.
[116] KELSEN, op.cit., p. 37.

Deve-se atentar que há uma grande diferença entre os casos de Judicialização e de Ativismo Judicial. Segundo Lênio Streck

> quando o Judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. *O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária*, seja para o 'bem', seja para o 'mal'.[117]

Portanto, diante das questões levantadas no início deste capítulo, pode-se afirmar que quando o STF impõe deveres ao Legislativo ou ao Executivo, de modo a obrigá-los à cumprir as ordens ditadas pela própria Constituição, tal postura está consentânea com o seu papel de guardião da Constituição, não consistindo em uma atitude ativista.

Por outro lado, quando o STF interpreta leis e atos normativos de modo a criar novas hipóteses normativas, julgando com base unicamente na sua razão, na sua consciência acerca da correção e da justiça, desconsiderando a lei, a própria Constituição, a doutrina, e os precedentes jurisprudenciais, está incidindo em uma postura ativista.

Inicialmente, tratar-se-á das possíveis causas que levaram ao surgimento dos fenômenos da Judicialização e do Ativismo Judicial para, em seguida, enfrentar separadamente os problemas objetos do presente trabalho.

4.3 POSSÍVEIS CAUSAS DO SURGIMENTO DOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

De início, pode-se afirmar que houve um fenômeno mais geral denominado de "revolta contra o formalismo".[118] O formalismo representa, basicamente, a idéia de que a atividade jurisdicional consiste tão somente em uma interpretação lógica e mecânica da lei. A revolta contra esse formalismo levou à concepção, por parte da doutrina, de que a atividade jurisdicional é uma atividade complexa que envolve discricionariedade, juízo de valoração, ponderação, prospecção dos efeitos, análises de outras áreas como sociologia, psicologia, economia, e que, destarte, confere ao magistrado alta dose de responsabilidade pessoal, moral, política e jurídica.[119]

---

[117] STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.22.
[118] CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.p. 31.
[119] Ibid., p. 33.

A revolta contra o formalismo se deu por diversos fatores, sendo o principal deles a mudança do papel do Direito e do Estado.

Como foi possível observar no capítulo 2 do presente trabalho, na Modernidade houve a transformação do papel do Estado absenteísta para o Estado interventor e provedor dos direitos sociais. Esse novo papel do Estado ocorre principalmente através da elaboração de leis, as quais criam tarefas a serem cumpridas pelos Poderes Políticos, especialmente políticas públicas. Assim, houve um crescimento do Estado, bem como da função legislativa.

Destarte, com o advento do Estado do bem estar social surge concomitantemente o "Estado legislativo", pois este era o principal Poder que deveria direcionar o Estado e a sociedade, através da elaboração das leis. Com o decorrer do tempo, contudo, não bastava mais a elaboração de leis – obviamente, era necessário executá-las –, e desse modo houve a passagem para o "Estado administrativo".

Em decorrência desse novo papel do Estado e do Direito, o conteúdo da legislação também mudou, de forma que, a partir de então, passou a ter um caráter transformador. Isso implicou no advento das normas constitucionais programáticas, em normas que impõe tarefas, no advento de princípios que devem direcionar todo o Poder Político. As normas constitucionais passaram a ter um forte conteúdo axiológico, estabelecendo que determinados princípios, garantias e direitos deveriam ser efetivados; o modo como isso deveria ser feito, no entanto, ficou a cargo do legislador ordinário.

Dentro deste panorama, houve o surgimento dos direitos sociais os quais exigem a atuação efetiva do Estado.

> Os direitos sociais [...] não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas[120].

Portanto, em face do novo papel do Estado e da legislação, o Poder Judiciário também necessitou dar sua contribuição para o fortalecimento desse novo Estado. Assim, tornou-se imperioso ao Poder Judiciário atuar no controle e exigência da efetivação dos novos direitos proclamados pelas Constituições Sociais, exigindo a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

---

[120] Ibid., p. 41.

Por outro lado, diante do conteúdo mais axiológico da legislação[121], o Judiciário entendeu que o seu espaço criativo encontrava-se ilimitado, possibilitando a extrapolação da dose de criatividade concedida pela Constituição, fato que resultou nas posturas ativistas.

Ademais, outros fatores relevantes, sem dúvidas, são a adoção nas Constituições de princípios e direitos estabelecidos por Tratados internacionais assinados pelos países, de modo que a obrigação de cumpri-los deixa de ser apenas nacional para se transformar em uma obrigação universal. Por outro lado, a própria Constituição tomou proporções ainda maiores dentro dos diversos sistemas jurídicos existentes, tornando-se o centro de todo o sistema jurídico, ocorrendo em diversos países a "constitucionalização do direito privado".

No Brasil, além das causas expostas acima, outros fatores contribuíram para o aumento da Judicialização e do Ativismo Judicial.

Assim, os Poderes Executivo e Legislativo começaram a passar por uma grave crise. Desse modo, o Poder legislativo demonstrou ser totalmente ineficaz na sua pretensão de ser o "instrumento do progresso social": as leis devidas não eram editadas ou eram editadas tardiamente; outras se revelavam contraprodutivas, obscuras, contraditórias. Além do mais, ainda que eleitos através do voto democrático, os membros do legislativo continuam vinculados aos interesses partidários e dos grupos locais a que pertencem; portanto, muito longe de representaram a vontade da população, o legislador caiu em total descrédito, apresentando um grande déficit democrático.

Por outro lado, o Poder Executivo passou a sofrer da mesma crise. A desconfiança e o descrédito por parte da população em muito se deve aos problemas de corrupção, aos escândalos de abuso de poder, à ineficiência da gestão dos bens públicos, ao aumento da burocratização que emperra a máquina administrativa e a torna ineficaz, entre outros problemas. Assim como os membros do Poder Legislativo, ainda que eleitos pelo voto popular, os membros do Poder Executivo encontram-se inacessíveis a população, o que também representa um déficit democrático. Isso resulta não só no descrédito e desconfiança por parte da população, mas também no sentimento de impotência e abandono. Koopmans *apud* Capeleti[122]:

> Os sistemas representativos de governo andavam orgulhosos do convencimento de incorporar, pela sua própria natureza, o consenso dos

[121] Neste ponto, deve-se ressaltar que embora parte da doutrina entenda que os princípios possuem uma estrutura semântica aberta, há doutrinadores, como Lênio Streck, que vêem os princípios de modo diverso. Segundo Streck: "[...] o princípio individualiza a applicatio." STRECK, Lênio. O que é isto – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.103.

[122] Koopmans *apud* Cappelletti, 1999, p. 45-46.

> governados: o povo vivia sob o império da lei por ele mesmo estabelecida, por meio de representantes por ele eleitos, Mas hoje [...] tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição do membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sobre a esfera daquele cidadão [...] Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à "legitimação" dessas decisões.

Como conseqüência dessa crise, restou ao cidadão recorrer ao terceiro Poder Político: o Judiciário. Surge assim o fenômeno da Judicialização da política, em que todas as questões políticas são levadas ao Judiciário e são por este órgão resolvidas, quando deveriam ter sido elaboradas leis ou efetivado os programas devidos pelo Legislativo ou Executivo, respectivamente.

Desse modo, atualmente o Poder Judiciário detém uma grande responsabilidade, especialmente através da Jurisdição constitucional, onde ocorre o controle judicial da legitimidade constitucional das leis e atos normativos; portanto, onde ocorre o controle dos Poderes Executivo e Legislativo. Embora o grau de confiança dos cidadãos no Poder Judiciário seja matéria controversa, o aumento do número de demandas denota, ao menos, o fato de que estes anseiam pela concretização da Lei, principalmente daquelas que dispõem acerca dos seus direitos fundamentais.

Não obstante, estes fatores também levaram o Judiciário à crença de ser um "super poder", responsável pela solução de todos os problemas sociais, econômicos, políticos, de acordo com a sua própria consciência, deixando para trás toda as construções doutrinárias e legislativas existentes. Essa é a postura ativista, que deve ser rechaçada, e que irá ser debatida mais adiante, após a discussão acerca da Judicialização.

4.3.1 O papel desempenhado pelos direitos fundamentais, especialmente pelos direitos sociais, na conformação do cenário em estudo

Como foi assinalado no tópico anterior, o surgimento dos direitos sociais desempenhou um papel importante no contexto que contribuiu para os fenômenos em destaque, especialmente a Judicialização. Para melhor entender esta singularidade, torna-se imperioso uma breve análise acerca do desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que na primeira fase do Constitucionalismo, o Constitucionalismo liberal, criou-se uma teia de proteção aos indivíduos, à propriedade privada e às liberdades econômicas. Durante este período, começou-se a criar uma noção da existência de direitos negativos, ou direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Deste modo, surgem os

chamados direitos de primeira dimensão, os direitos à vida, à liberdade total e irrestrita (onde se incluem a livre iniciativa e a livre concorrência) e à propriedade privada. O Estado deveria ser absenteísta, não devendo intervir nos assuntos individuais ou econômicos.[123]

Com o advento do Constitucionalismo social – que teve como Constituições precursoras a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, tendo, contudo, se expandido após a Segunda Guerra Mundial -, no entanto, o Estado passou a se preocupar com os chamados direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais. Não era mais possível deixar os indivíduos à mercê dos interesses do mercado; era necessário proteger os cidadãos, de modo a "desmercantilizar as condições existenciais"[124]. Assim, o Estado passou a se preocupar em solucionar a "Questão social" advinda do modelo liberal, ou seja, se preocupando em prover os direitos dos trabalhadores, o direito à saúde, à educação, a função social da propriedade, enfim, os direitos sociais.

Ao lado dos direitos sociais surgem as normas programáticas, que estabelecem programas, finalidades, ao Poder público de modo a efetivar os direitos de segunda dimensão.

Em um primeiro momento, contudo, os direitos sociais não foram considerados como direitos fundamentais. Isto decorria da concepção formalista do Direito, que entendia que as normas programáticas e os direitos sociais, pelo seu caráter abstrato, não possuíam poder normativo.[125]

Somente no período após a Segunda Guerra Mundial é que surge a necessidade de reestruturação do constitucionalismo social. Assim, ocorreu uma simbiose entre o Estado de Direito Liberal e o Estado de Direito Legal, resultando no Estado democrático de Direito. Essa nova forma do Estado agrega o caráter democrático, "entendido como abertura plural e discursiva, à comunidade, tendo em vista todos serem potencialmente os intérpretes e os atualizadores do sentido constitucional".[126]

> [...] com o advento do Estado democrático de Direito, que encerra, antes de tudo, a noção de Estado Constitucional, há uma mudança substancial, pois nele estão firmadas as condições para a afirmação, a consolidação e a resistência do dirigismo constitucional, como também do neoconstitucionalismo [...][127]

---

[123] DANTAS, Miguel Calmon. Informação extraída das aulas ministradas no curso de graduação em Direito da Universidade Salvador. Salvador, 2011.
[124] Ibid.
[125] Ibid.
[126] DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade.** São Paulo: Saraiva Jur, 2009.p.227.
[127] Ibid., p.227.

O Estado deixa de se identificar com a lei e surge a primazia da Constituição, de forma que ela vincula todos os Poderes políticos (inicialmente a vinculação era somente negativa, passando a ser positiva posteriormente). Ademais, a integralidade da Constituição, incluindo os direitos sociais, é reconhecida como possuindo um caráter jurídico normativo, tendo a Norma Superior passado por um processo de substancialização ou materialização – há um sentido próprio das normas jurídicas, não sendo possível considerar uma norma injusta como Direito.[128]

Portanto, o Estado democrático de direito abriga a dimensão social do direito. A Democracia auxilia que os direitos sociais e as normas programáticas tenham eficácia, bem como torna necessário que o Direito seja legitimado democraticamente.

Neste cenário, houve o advento do neo-constitucionalismo e do Constitucionalismo Dirigente, que atribui não apenas uma vinculação negativa aos direitos fundamentais, como também uma vinculação positiva.

Desde então, reconhece-se que todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, possuem uma dimensão negativa e positiva. Pela dimensão negativa, o Estado não deve apenas abster-se de interferir no bem jurídico tutelado, mas também deve respeitar a autonomia dos indivíduos. Já pela dimensão positiva, o Estado deve atuar de forma proteger, promover, garantir, e satisfazer todos os direitos fundamentais. Para tanto, a melhor forma é o estabelecimento e concretização de políticas públicas, que consistem na "conduta da Administração Pública voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeita ao controle jurisdicional no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados".[129]

> A noção de Estado democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. [...] no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico.[130]

---

[128] DANTAS, Miguel Calmon. Informação extraída das aulas ministradas no curso de graduação em Direito da Universidade Salvador. Salvador, 2011.

[129] KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p.32.

[130] STRECK, Lênio. O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.171.

Portanto, uma vez que todos os direitos fundamentais possuem as características de subordinarem e vincularem negativamente e positivamente o Poder público, tais direitos tornam-se judicialmente exigíveis, ou justiciáveis.

Neste cenário, surgem as questões apresentadas no início deste capítulo em relação à legitimidade democrática do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

> [...] em face das profundas alterações paradigmáticas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição, a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós guerra [...][131]

4.4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO DO STF NOS CASOS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO

Dentro do cenário da Judicialização, retoma-se o primeiro questionamento deste trabalho: o STF está legitimado democraticamente para impor deveres aos Poderes Legislativo e Executivo, tanto no que diz respeito aos casos de omissão legislativa e executiva, como no que concerne à imposição de certa conduta pelos órgãos destes Poderes, contrária àquela tomada por estes inicialmente?

De acordo com o que foi explanado no ponto 4.1 do presente capítulo, a expressão Jurisdição Constitucional expressa a interpretação e aplicação da Constituição pelos órgãos do Poder Judiciário, tanto no âmbito da efetivação dos preceitos constitucionais quando confrontados com os casos concretos ou abstratos, bem como no âmbito da aferição da constitucionalidade de leis e atos normativos. Assim é um instrumento que possibilita a defesa e concretização dos direitos fundamentais, a efetivação da Constituição e do próprio Estado Democrático de Direito[132].

No Brasil, devido ao sistema de controle de constitucionalidade vigente – controle concentrado de constitucionalidade e controle difuso de constitucionalidade – a Jurisdição Constitucional é exercida por todos os juízes e tribunais (no controle difuso de constitucionalidade), situando-se no topo deste sistema o Supremo Tribunal Federal (no controle concentrado de constitucionalidade).

---

[131] Ibid.,p.170.
[132] PEIXOTO, Geovane De Mori. **A concretização dos direitos fundamentais por intermédio da Jurisdição Constitucional:** Entre o Substancialismo e o Procedimentalismo. Salvador, 2011, no prelo.

Desse modo, no Brasil o fenômeno da Judicialização assumiu proporções ainda maiores, em decorrência da forma abrangente e analítica da Constituição Federal – a justiciabilidade de diversos assuntos, especialmente dos direitos e garantias fundamentais – bem como do sistema de controle de constitucionalidade vigente, que possibilita o acesso amplo e direto ao STF através das ações diretas. Segundo Lênio Streck a judicialização "é contingencial; é inexorável que ocorra, dadas as características de nossa Constituição, nosso ordenamento e a complexidade social."[133]

O Judiciário é o guardião das leis; em especial, o Supremo Tribunal Federal é o guardião maior da Constituição Federal. Assim, não restou outra solução a este Poder se não assumir o seu papel, garantindo e tornando eficazes os direitos e garantias estabelecidos pelas normas jurídicas.

O Juiz é um intérprete qualificado pela própria Constituição, possuindo o dever constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto da Norma Superior. E tudo isso ocorre, principalmente, pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais que estão inseridos no texto constitucional.

Quando se analisa a situação do ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais, núcleo da Constituição e do Estado democrático de Direito, observa-se que a sua preservação e efetivação são objetivos primordiais para os Poderes Políticos, pois caso contrário não haverá Estado democrático de Direito – e é exatamente este o papel primordial da Jurisdição constitucional. Destarte, o Poder Judiciário ao atuar de forma a salvaguardar a Constituição não está agindo de outro modo que não seja a sua missão de preservar os referidos direitos e garantias – que por sua vez, são efetivados especialmente através das políticas públicas.

Portanto, quando o STF atua de forma a sanar as omissões legislativas e/ou executivas, ele está legitimado democraticamente pela própria Constituição Federal, que impõe a este órgão o dever de declarar a inconstitucionalidade por omissão, bem como de impor a efetivação dos direitos fundamentais inseridos na Carta Magna.

> Há omissão legislativa sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever de concretizar imposições constitucionais concretas. [...] Assim, os direitos sociais podem funcionar como verdadeiros direitos subjetivos e ser invocados judicialmente através de ações de inconstitucionalidade por omissão e ação.[134]

[133] STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p. 105.
[134] KRELL, op.cit.,p.86.

A omissão legislativa ou executiva pode ser sanada através dos instrumentos constitucionais do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), e pela ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF). Infelizmente, tais meios processuais constitucionais ainda não surtem o efeito desejado pelo Legislador Constituinte.

Questão diversa se impõe quando o STF decide contrariamente a uma questão solucionada de forma diversa pelo Legislativo ou Executivo. Esta situação ocorre quando, por exemplo, o STF considera inconstitucional a negativa do Estado em fornecer gratuitamente medicamentos ou tratamento médico especial para cidadãos com doenças graves ou risco iminente de morte, impondo os referidos fornecimentos pelo órgão do executivo competente.

Neste âmbito, a doutrina é divergente quanto à legitimidade democrática do STF. Para a referida discussão, o trabalho irá trazer as posições de Gustavo Amaral e de Andreas Krell.

Gustavo Amaral, na sua obra "Direito, escassez e escolha" analisa tais questões especialmente no que concerne aos direitos sociais.

Segundo o autor, diante do cenário resultante da história recente do Brasil, a confiança nos Poderes Legislativo e Executivo foi sendo erodida, restando o Judiciário como órgão "campeão da cidadania". Assim, tais fatores históricos e sociológicos levaram "à legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo". Portanto, houve uma sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma subvalorização da opinião pública (ressaltando que esta é diversa da opinião publicada), das manifestações populares, e do voto.[135]

Ao analisar o conteúdo e a exigibilidade dos direitos fundamentais, o autor ressalta a consideração de parte da doutrina da diferença entre direitos positivos – que demandam a atuação do Estado – e dos direitos negativos – que demandam tão somente a abstenção do Estado. Neste sentido, os direitos sociais ou de 2ª dimensão, seriam direitos positivos, ao passo que as liberdades fundamentais ou os direitos de 1ª dimensão seriam direitos negativos.

O autor afirma que tais distinções são insuficientes, embora para ele, há de fato direitos que dependem apenas da efetividade jurídica, enquanto outros dependem da existência de recursos materiais, portanto, do aparato público.[136]

O problema reside nos direitos fundamentais que demandam a atuação do Estado no que concerne à alocação de recursos. Isto porque, enquanto as necessidades sociais são crescentes, os recursos existentes são escassos, finitos. Assim, por vezes é necessária a realização de escolhas, as chamadas "escolhas trágicas": por exemplo, o fato de alocar

[135] AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris,2010. p.8-9.
[136] Ibid., loc.cit.

recursos para a construção de escolas primárias pode significar a falta de recursos para o cuidado com os idosos. Segundo o autor, nenhum direito cuja eficácia dependa do gasto seletivo de recursos dos contribuintes pode ser resolvido unilateralmente pelo Judiciário sem a devida consideração das conseqüências orçamentárias que afetam a competência de outros poderes.[137]

O autor afirma ainda mais: tais escolhas que demandam a alocação de recursos e a consideração de questões orçamentárias não devem ser resolvidas pela microjustiça – ou seja, pelo Judiciário, que trata da justiça do caso concreto, de lides específicas.[138]

> A jurisprudência brasileira tende a não ver a questão da escassez de recursos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer questão orçamentária. [...] Ao nosso ver, o Judiciário vem tentando resolver as questões que lhe são postas com as fórmulas, com o instrumental próprio para resolver os microconflitos. É o que chamamos de escolhas inconscientes [...] [139]

Assim, o intérprete precisa pressupor a limitação de recursos, devendo considerar legítimas as decisões alocativas realizadas pelo Estado, não devendo contrariá-las. As escolhas trágicas são escolhas políticas, só podendo ser decididas politicamente. Ademais, ainda que constitucionalizados, tais direitos não devem ter o seu nível de proteção determinado juridicamente.[140] Cabe ao Judiciário, tão somente, controlar a forma, e não o conteúdo; deve controlar o discurso, as condutas adotadas pelo Executivo ou Legislativo, projetar o conteúdo da pretensão positiva e contrastar com a realidade fática, de modo a aferir se há violação potencial. Havendo violação potencial, o magistrado deverá questionar as razões do Estado para aquela escolha, ponderando o grau de essencialidade da pretensão com o grau de excepcionalidade da situação concreta. Tal ponderação não consiste em uma ponderação de valores ou princípios, mas sim de valores, princípios e regras de um lado, e um quadro fático conjuntural de outro, de modo a extrair o parâmetro de avaliação utilizado pelo Estado, e não a decisão.[141]

> Como se lê nessas lições, os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o legislativo e o executivo. A alocação de recursos escassos faz-se primeiramente com o orçamento, com políticas públicas [...]. Como já afirmamos [...] não há um critério único que possa ser empregado para todas as decisões a serem tomadas. Há, sim, um leque de

[137] Ibid, p.55-56.
[138] Ibid.,p.18.
[139] Ibid., p. 96.
[140] Michael Walzer, 1983, p.66 *apud* Gustavo Amaral, 2010, p.111.
[141] AMARAL,op.cit., p. 115-116.

> critérios e considerações que podem ser utilizados e combinados entre si. Essa característica dá à decisão teor nitidamente discricionário e político, devendo ser sindicável enquanto decisão política. O controle político se dá pelo voto popular e pela atuação da sociedade civil organizada. Ora, o Judiciário é construído pela Constituição com garantias para que julgue o justo independente de pressões. [...] Além de questões de essência, há empecilhos funcionais que não recomendam a atuação destacada do Judiciário. Todo o modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas.[142]

Entendimento bem diverso é o de Andréas Krell na obra "Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha". Segundo o autor alemão, residente no Brasil desde 1993, a Constituição confere ao legislador uma margem de "autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação'".[143]A consideração dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e formas de concretização dos direitos sociais cabe principalmente ao Executivo e ao Legislativo, não devendo o Judiciário intervir, à priori, uma vez que tais escolhas tratam de juízos de oportunidade e conveniência. Contudo, uma vez que no Brasil os Poderes Executivo e Legislativo encontram-se incapazes de cumprir os preceitos constitucionais, o Judiciário deve intervir. Segundo o autor, parece "cada vez mais necessária a revisão do vestuto dogma da Separação de Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação de serviços básicos no Estado Social".[144]

As questões relativas ao cumprimento das tarefas sociais encontram sua razão de ser nas normas constitucionais, o que garante a legitimidade da sua observância e controle pelos tribunais. Assim, diante da falha ou omissão do Legislativo ou Executivo na implementação de políticas públicas e dos seus objetivos sociais, está o Poder Judiciário legitimado para tomar uma atitude na realização desses fins sociais "através da correição na prestação dos serviços básicos."[145]

Segundo Krell, não é possível admitir que a insuficiência de fundos orçamentários, momentânea ou crônica, sirva como justificativa para a não concretização dos direitos fundamentais. "Especialmente na área dos direitos básicos da vida e da integridade física, as

---

[142] Ibid., p. 114.
[143] KRELL, op.cit., p.22.
[144] Ibid., loc.cit.
[145] Ibid., p. 101.

prestações positivas do Estado para a sua defesa não podem ficar na dependência da viabilidade orçamentária".[146]

O autor afirma que seria possível, através da ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, segundo o art. 102,I, CF), contestar ou controlar as leis orçamentárias do respectivo ente federativo, uma vez que se perceba a dedicação irrisória de verbas para a realização dos serviços sociais. Em relação ao questionamento da possibilidade do Judiciário brasileiro coibir a administração pública a realizar uma determinada política pública ou um certo programa estabelecido pela Constituição, o autor afirma que é necessário a mescla do sistema legalista brasileiro com "'ingrediente do juízo discricionário de equidade, para transformar o Terceiro Poder em grande instrumento de evolução frente às disposições constitucionais programáticas'".[147]

Confrontando os dois entendimentos, percebe-se que embora a argumentação de Gustavo Amaral esteja correta quando ele afirma que a decisão acerca da alocação de recursos orçamentários é uma questão política reservada, a priori, ao Executivo e ao Legislativo, no caso desses Poderes exercerem a sua competência de um modo falho ou omisso, o Judiciário deverá intervir.

Ora, a concretização de direitos fundamentais é um dever de todos os Poderes, mas é o Judiciário, principalmente o STF, quem deverá zelar pela observância dos referidos preceitos impostos pela Constituição Federal.

Deve-se salientar que a própria CF-88 afirma que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata (art. 5º,§1º, CF).

> [...] a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade, em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. [...][148]

Neste sentido, Krell ressalta que

> uma concepção material da Constituição dá valor aos efeitos políticos e culturais da Carta mediante a inclusão de princípios programáticos que necessitam de uma concretização posterior. Dessa forma, a constituição deixa de servir somente como ordem jurídica de procedimento para o poder

[146] Ibid.,p.47.
[147] Ibid., p.102.
[148] CUNHA JR., Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva,2008. p. 277-278.

> estatal, mas assume também a função de um documento para a integração da comunidade na formação da consciência política. [...] **No entanto, é importante que aqueles que aceitam e até apreciam um certo conteúdo utópico de um texto constitucional não se esqueçam de que o seu poder de integração depende decisivamente da sua realização e concretização na vida diária, o que pressupõe um mínimo de exeqüibilidade jurídica. (grifo nosso)**[149]

Assim, não há dúvidas da legitimidade democrática do STF, bem como do Judiciário em geral, quando impõe ao órgão competente do governo que efetive certo direito fundamental em prol de certo cidadão ou de toda uma comunidade, ainda que este órgão inicialmente tenha se furtada ao exercício de tal conduta sob a justificativa de falta de recursos.

A democracia não se resume ao voto democrático legitimador do poder, mas abarca todas as ações voltadas para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais do cidadão. É exatamente a proteção e promoção dos direitos fundamentais que permite o exercício efetivo da cidadania em todos os âmbitos: político, econômico e social.

Ademais, no Estado Democrático de Direito há uma nova legitimidade, a qual advém da própria Constituição. O Direito assume um papel transformador da sociedade, especialmente no que concerne à crise do modelo do Estado social, onde as políticas públicas passaram a se tornar escassas, colocando em risco a concretização dos direitos fundamentais. É daí que advém uma nova configuração no processo de legitimação - a legitimidade advém da Constituição.[150]

Em face do papel transformador do Direito, "o pólo de tensão passa, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais."[151]A liberdade de conformação do legislador passa a ser contestada tanto pela Constituição, que determina a observância dos direitos fundamentais no momento de legislar, como pelo Tribunal Constitucional, que controla a constitucionalidade formal e material das leis.[152]

Portanto, embora não possua a legitimidade democrática direta, o STF encontra-se legitimado democraticamente pelo papel que o Legislador Constituinte Originário lhe designou, e que se encontra albergado na Constituição Federal, sendo este o papel de guardião da Constituição Federal.

---

[149] KRELL,op.cit.,p.29.
[150]STRECK, Lênio. O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.180.
[151] Ibid., loc.cit.
[152] Ibid., loc.cit.

> A democratização social [...] trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou tribunais constitucionais) *a fazer parte da arena política* [...]. Tais fatores provocaram um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variante da justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.[153]

Assim, quando atua na imposição de condutas ao Legislador e ao Executivo no que concerne à proteção dos direitos fundamentais, o STF está os alertando que os juízos de conveniência e oportunidade não devem ficar acima dos interesses da população em ter os seus direitos efetivados.

Em se tratando da concretização de direitos sociais através de políticas públicas ou programas governamentais, o argumento mais utilizado é o da reserva do possível. É através da utilização deste argumento que os órgãos políticos responsáveis afirmam que não é possível efetivar certa medida, pois caso a efetivem estarão deslocando recursos destinados, a priori, para certa área, em favor de uma outra.

Não obstante, alguns autores já afirmam que não se deve falar em "reserva do possível", mas sim no "expansão do possível da reserva".[154] Sem pretender esgotar o assunto, pode-se salientar, em breves linhas, alguns argumentos utilizados por esta parte da doutrina.

Os direitos e garantias fundamentais possuem a dimensão positiva e vinculam os Poderes Políticos. Portanto, não apenas os direitos sociais, como as liberdades e direitos fundamentais, encontram-se limitados pela chamada reserva do possível. Embora os recursos sejam limitados e finitos, enquanto as necessidades crescem a todo momento, não é possível utilizar o argumento da reserva do possível para justificar a falta de efetividade dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que esta conduta "importaria reduzir o relevo ético-jurídico da sua fundamentação a um aspecto meramente econômico."[155]

> A pretensão de eficácia (HESSE, 1991, p. 19) da Constituição Federal impõe que não se reduzam as condições de realização dos direitos sociais à reserva orçamentária, não podendo ser compreendida a sua efetividade apenas como

[153]Ibid., p.171-172.
[154]DANTAS, Miguel Calmon. O tempo da expansão do possível: Solidariedade Dirigente sobre a Reserva Orçamentária. In. CUNHA JR., Dirley da (Org.); DANTAS, Miguel Calmon (Org.).**Desafios do Constitucionalismo Brasileiro.** Salvador:Jus Podium, 2009. p. 121-186.
[155] Ibid,p.127.

> uma questão econômica; contudo, não se pode buscar a efetividade sem a reflexão acurada sobre o que permeia e compõe a reserva orçamentária a fim de que o seu possível seja cada vez mais expandido.[156]

O orçamento, infelizmente, não é vinculante; assim, o valor que à primeira vista parece ser destinado à certa área, como à saúde ou à educação, pode ser deslocado pelo Poder público para outra área. Muitos doutrinadores, portanto, afirmam que, deve haver uma vinculação efetiva da receita com o ordenado pela Constituição Federal; ao menos as despesas com as políticas públicas e programas sociais devem ser vinculantes. Ademais, não há o esgotamento das competências tributárias, devendo ser ampliado o rol de competências.

Para tanto, é extremamente necessário o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, uma vez que estas leis devem considerar como prioridades os programas constitucionais impostos pela necessidade de efetivação da Justiça Social.[157] Assim, evidencia-se a necessidade de "controle jurisdicional que importe na imposição de execução orçamentária de verbas destinadas à implementação de ação estatal voltada para os direitos fundamentais e para os programas constitucionais que tenham sido objeto de contingenciamento."[158]

> O instrumento do orçamento público [...] quando este não atende aos preceitos da Constituição, ele pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com as devidas cautelas. [...] Em casos individuais pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento do serviço privado. [...] as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito, não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos Tribunais.[159]

Concluindo, em que pesem as considerações políticas que devem ser feitas a priori pelo Executivo e pelo Legislativo, é o Judiciário, na análise do caso concreto, que terá mais condições para decidir se naquele momento certo direito fundamental (direito de um particular ou da coletividade) deverá ser concretizado em detrimento de outro. Obviamente, que o Judiciário deverá estar preparado para realizar análises econômicas acerca da gestão de recursos; feito isto e, interpretando o caso concreto, poderá decidir se certa parcela dos recursos deverá ou não ser empregada na efetivação de dado direito fundamental.

---

[156] Ibid.,p.128.
[157] Ibid..p.132.
[158] Ibid.,p.133.
[159] KRELL, op.cit., p.99-100.

A tarefa de principal intérprete da Constituição é do STF. A hermenêutica jurídica (que será mais aprofundada no tópico posterior) é o instrumento que possibilita ao intérprete que, partindo da sua pré-compreensão, compreenda o caso concreto em todas as suas nuances, desça a fundo nesta análise, e que ao emergir, possa encontrar a resposta adequada para aquele dado problema. Esta compreensão é possibilitada pela linguagem; é a intersubjetividade que possibilita a compreensão do intérprete através da linguagem e, assim, possibilita a interpretação[160]. O Poder Judiciário encontra-se habilitado para utilizar os instrumentos da hermenêutica jurídica, compreender e interpretar a fundo os casos e as normas jurídicas, sem perder de vista a realidade social na qual o caso concreto está inserido.

Neste sentido, é importante trazer a lume a posição contrária de Jürgen Habermas, que não admite a invasão pelo Direito no âmbito da política e da sociedade, bem como não considera que há uma necessidade evidente da existência de Tribunais Constitucionais e onde eles existem, haveria controvérsias acerca da legitimidade de suas decisões.

De início, Habermas não admite que os direitos sejam assimilados a valores.[161] Isto porque, segundo o autor "Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico"[162], sendo normas que determinam obrigações de forma universal e incondicional aos seus destinatários. Já os valores possuem um sentido teleológico, expressando as preferências intersubjetivas por certos bens dentro de uma coletividade.[163] Os direitos fundamentais, portanto, são normas constitucionais válidas e obrigatórias e não uma ordem de valores.[164] Caso fosse possível compreender os direitos fundamentais como valores, estar-se-ia flexibilizando o aspecto do "dever-ser" dos direitos fundamentais, autorizando a "formulação de juízos sentenciais arbitrários e irrefletidos".

Partindo desta concepção Habermas afirma que o Tribunal Constitucional pode se transformar em uma instância autoritária se deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais dados preliminarmente no direito constitucional.

Por isso, Habermas constrói uma teoria discursiva e procedimental da democracia, de modo que os direitos fundamentais advêm de uma decisão recíproca entre cidadãos livres e iguais, direitos estes "que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular suas convivência com os meios legítimos do direito positivo".[165] O Direito será

---

[160] STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. passim.
[161] HABERMAS, op.cit.,p.316-317.
[162] Ibid.,p.316.
[163] Ibid.,loc.cit.
[164] Ibid.,p.318.
[165] Ibid.,p.154

legítimo desde que elaborado pela participação dos seus destinatários. A função do Tribunal Constitucional, portanto, é proteger esses procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade.

Habermas concorda que os direitos fundamentais são essenciais para o processo democrático, de modo que não podem ficar adstritos à vontade da maioria parlamentar. A maioria eleita democraticamente não possui a prerrogativa de inviabilizar o procedimento democrático. Neste ponto é que se insere a legitimidade democrática da jurisdição constitucional segundo Habermas: "o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos"[166], pois assim estará protegendo a própria formação democrática das leis, origem da legitimidade do direito.

Habermas rejeita a tese substancialista acerca da referida legitimidade, pois nas sociedades pluralistas existentes na atualidade não é possível definir um sistema único de valores éticos fundadores de certa comunidade. Deste modo, o modelo procedimental apresenta-se como a melhor opção, de modo que impõe ao juiz constitucional uma atitude voltada para a garantia do processo legislativo democrático, e "não para a avaliação dos seus resultados".[167]

Esta concepção habermasiana pode ser facilmente compreendida quando ele expressamente afirma que

> [...] a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida [...]. Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa concepção democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional [...]. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.[168]

De forma a salva-guardar a sociedade de uma possível atitude arbitrária por parte do Tribunal Constitucional, Habermas propõe que os cidadãos devem estar à todo momento em contato com o Tribunal, de modo que, como destinatários e autores do seu próprio Direito, eles possam influenciar ativamente nos processos de interpretação constitucional, devendo as decisões do Tribunal Constitucional serem amplamente "fundamentadas e expostas ao debate

[166] Ibid.,p.326.
[167] BINENBOJM,op.cit., p.113.
[168] HABERMAS, op.cit., p.326.

público, pois a crítica advinda da esfera pública possui um potencial racionalizador e legitimador".[169]

O problema desta concepção habermasiana acerca do papel do Tribunal Constitucional reside-se na desconsideração pelo autor do *plus* normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito, ou seja, a revitalização do jurídico, em que a própria Constituição estabelece "os diversos mecanismos para o resgate das promessas da modernidade."[170] Neste novo paradigma, é inevitável a atuação preponderante do Poder Judiciário, em especial dos Tribunais Constitucionais, na concretização dos direitos fundamentais.

> Habermas não leva devidamente em conta a relevante circunstância de que o paradigma do Estado Democrático de Direito se ancora em um modelo em que a resultante social que se estabelece a partir da noção de cidadania advém de ma intersubjetividade, em que a relação sujeito-sujeito supera a serôdia relação sujeito-objeto, ultrapassando o monadismo típico do paradigma da auto-consciência. [171]

Portanto, como já foi salientado acima, a legitimidade advém do próprio texto da Constituição. E a Constituição impõe muito mais do que procedimentos, mas principalmente direitos e valores substantivos. Para tanto, é necessária a atuação do Poder Judiciário e dos Tribunais Constitucionais, em específico, de modo a salvaguardar o conteúdo material da Constituição, ou seja, defendendo a implementação dos valores substanciais previstos o próprio texto constitucional.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o STF, bem como o Poder Judiciário em geral, encontra-se legitimado para impor obrigações ao Executivo e ao Legislativo, não somente quando se trata dos casos de omissão total ou parcial de tais poderes, mas também para impor-lhes a efetivação de certas condutas em benefício dos direitos fundamentais que, a priori, por questões políticas, não foram exercidas por estes Poderes políticos.

Como já foi salientado durante o trabalho, as questões em relação à legitimidade democrática do Poder Judiciário – e do STF, em particular – devem ser analisadas tendo como ponto de partida a efetivação e proteção dos direitos fundamentais. Uma vez que os direitos fundamentais são o núcleo do sistema, cabe ao guardião maior da Constituição Federal, o STF, zelar pela sua observância e efetivação em todos os âmbitos. A proteção e promoção dos direitos fundamentais é condição *sine qua non* para a efetivação da Democracia.

---

[169] BINENBOJM.,op.cit., p.115.
[170] STRECK, Lênio. O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 178.
[171] Ibid., p. 179.

4.5 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF NAS DECISÕES DECORRENTES DO ATIVISMO JUDICIAL

Tendo superado o primeiro questionamento, pode-se passar para o segundo: o STF está legitimado democraticamente quando atua de forma ativista, decidindo conforme sua própria consciência, desconsiderando os preceitos normativos estabelecidos pelo legislador democrático (tanto os preceitos constitucionais como legais), a doutrina, os princípios e a jurisprudência? Em outros termos, o STF possui legitimidade democrática quando constrói novas hipóteses normativas e entendimentos diversos daqueles propugnados pelo legislador?

Neste sentido, são relevantes as considerações feitas por Lênio Streck em diversas de suas obras, em especial "O que é isto – decido conforme a minha consciência?", que serve de base para os argumentos que aqui serão expostos.

Streck inicia sua obra tratando da viragem ontológica-linguística. Inicialmente predominava o modelo aristotélico, a metafísica clássica segundo a qual o sentido encontrava-se nas coisas, uma vez que as coisas possuíam uma essência própria. Em seguida, tal modelo foi substituído pela filosofia da consciência segundo a qual o sentido das coisas se dava pela consciência, sendo extraído da relação sujeito-objeto. Somente a partir do *linguist turn*, ou giro lingüístico, o sentido passou a ser extraído da linguagem. O sujeito se relaciona com o mundo, com os seres ao ser redor, a partir da linguagem; "é pela linguagem que os objetos vêm a mão". A linguagem ocorre pela intersubjetividade, não podendo ser produto do sujeito solipsista.[172] Assim sendo, não é possível que uma decisão judicial advenha unicamente da consciência do julgador.

Não obstante, tem sido recorrente na *praxis* dos Tribunais Brasileiros as decisões baseadas unicamente na consciência do julgador, na sua própria razão e em suas concepções morais e individuais, desconsiderando a lei, os princípios, a doutrina e a jurisprudência. Esta conduta dos Tribunais Brasileiros, inclusive do Supremo Tribunal Federal, representa um apego à "filosofia da consciência" e aos preceitos da doutrina positivista kelseniana. Desse modo, o ativismo judicial passa a ser um problema na medida em que sua origem encontra-se

[172] STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 16-17.

na consciência do sujeito solipsista, restando a democracia e os avanços dependentes de posições individuais dos membros do STF.[173]

Para melhor entender os argumentos contrários à filosofia da consciência, que fundamentam a ilegitimidade do STF – e do Poder Judiciário como um todo – na sua postura ativista (no sentido aqui exposto), deve-se abordar o processo de compreensão e interpretação realizado pelo juiz de modo a encontrar a resposta adequada ao caso concreto. Portanto, abordar-se-á, brevemente, as bases em que se fundamenta a hermenêutica jurídica.

4.5.1 O processo de compreensão e interpretação do julgador dentro da hermenêutica jurídica

A partir do giro ontológico-lingüístico, passou-se a uma nova compreensão do processo de interpretação e da própria hermenêutica. O círculo-hermenêutico é essencial neste processo, sendo a pré-compreensão elemento indissociável, "elemento prévio de qualquer manifestação do ser humano mesmo na linguagem".[174]

Portanto, ao iniciar o processo de compreensão, o intérprete "ingressa" no círculo-hermenêutico, munido com a sua pré-compreensão – estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. No círculo-hermenêutico o sujeito se relaciona com a linguagem, intersubjetivamente, de modo a realizar a compreensão.

Neste cenário, a decisão por um juiz se dá a partir da pré-compreensão, "a partir do comprometimento com algo que se antecipa", que é exatamente "a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito".[175] Essa pré-compreensão não significa um pré-conceito do julgador, ou um juízo discricionário, mas sim a compreensão do modo como a comunidade política projeta o sentido do direito. Assim, o caso concreto em análise deve ser colocado dentro da cadeia de integridade do direito, e é a partir de então que começará o processo de compreensão, interpretação e decisão.[176]

Após mergulhar no caso concreto, tendo realizado a compreensão deste, o sujeito irá interpretá-lo, e só então ele estará preparado para encontrar a resposta adequada ao caso concreto. Compreende-se para interpretar. "[...] interpretar é compreender. E compreender é aplicar. Compreendemos para interpretar."[177] Portanto, o processo de compreensão começa

[173] Ibid., op.cit., p.23.
[174] Ibid., p.16.
[175] Ibid., p.98.
[176] Ibid.,loc.cit.
[177] Ibid.,p.73.

pela análise do fato e depois parte para a norma, e não o inverso; é este sentido (fato → norma) que possibilita o encontro da resposta adequada ao caso, que será apenas uma.

O que irá garantir a adequação da resposta e a ausência de arbitrariedades, subjetivismos, ou discricionariedades, é a restrição superior conferida pela própria lei, pela Constituição Federal, pelos princípios, pela doutrina e pela jurisprudência. É a observância desses elementos que garante a integridade do direito.

Em relação aos princípios, deve-se atentar para o papel fundamental que eles exercem na integridade do direito, pois estes são exatamente os elementos que "fecham" o sistema. Segundo Streck, enquanto a regra possui um sentido geral e abstrato, o princípio individualiza a aplicação, conferindo um sentido concreto à regra. Desse modo, os princípios garantem a manutenção da democracia; é exatamente por isso que uma Constituição axiológica como a Brasileira possui um caráter democrático que impede atos jurídicos que contrariam a democracia, possibilitando o controle de atos anti-democráticos e inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Desse modo, a resposta correta evita arbitrariedades e garante a democracia. Segundo Streck, "há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como 'adequada à Constituição'".[178]

> Entenda-se aqui a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram adequados nas decisões forem aplicados para outros casos idênticos; mas mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.[179]

Pode-se afirmar que o mérito da hermenêutica jurídica em relação às teorias argumentativas, é que a primeira "atua no âmbito de um mundo compartilhado", ou seja, decorre da intersubjetividade, enquanto as teorias argumentativas são baseadas na relação sujeito-objeto, portanto, na consciência, o que possibilita que as decisões advindas de tais teorias sejam fundamentadas na vontade do intérprete, gerando subjetivismos e arbitrariedades.[180]

Assim, não é possível sustentar, em um Estado Democrático de Direito, que o ato de julgar deve ser obra da consciência exclusiva do julgador, do intérprete, como se a interpretação tivesse apenas como parâmetro o "tribunal da razão". O problema da verdade no

[178] Ibid.,84.
[179] Ibid.,p.101.
[180] Ibid., p.85-86.

ato judicante “não pode se reduzir ao exercício da vontade do intérprete, como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva”.[181]

4.5.2 A (i)legitimidade democrática das posturas ativistas do STF de acordo com as concepções da hermenêutica jurídica brasileira: confronto com a teoria argumentativa de Robert Alexy e aproximação com a teoria substancialista de Ronald Dworkin

A concepção do presente trabalho acerca do ativismo judicial é fundamentada na hermenêutica jurídica e, destarte, não admite a existência de um ativismo judicial em que os julgadores baseiam suas decisões unicamente nos ditames da sua própria consciência.

A decisão conforme a vontade do intérprete remonta à teoria positivista de Hans Kelsen. Na Teoria Pura do Direito, Kelsen tenta conferir dotes de ciência exata ao Direito; neste sentido, o doutrinador apostou em uma racionalidade teórica para fundamentar sua teoria. No que tange à interpretação judicial, contudo, a razão teórica não era suficiente para resolver os problemas, em especial os “casos difíceis”. Por este motivo, Kelsen deixou a interpretação judicial à disposição do intérprete, de modo que a interpretação seria produto da vontade racional do mesmo.

> No fundo Kelsen estava convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática. Desse modo, todas as questões que exsurgem dos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do direito são menosprezados por sua teoria na perspectiva de extrair da produção desse manancial jurídico algo que possa ser cientificamente analisado. [182]

Uma vez que no positivismo jurídico não há espaço para os princípios, os casos práticos resolvem-se pelo método da subsunção. Não obstante, diante das questões difíceis, em que a mera subsunção não é possível, recorre-se à discricionariedade do juiz, à sua razão. Quando a razão teórica não resolve todas as perguntas, recorre-se exatamente àquela que os positivistas desejam evitar, a razão prática.[183]

Por isso, quando se resolve apelar para as teorias argumentativas, na qual concede-se o papel principal à razão argumentativa em detrimento da interpretação, ocorre um retorno ao positivismo kelseniano – aquele mesmo que os atuais doutrinadores tanto repudiam.

De acordo com Streck, foi principalmente após a recepção da “Jurisprudência dos Valores” alemã que se tornou um hábito na jurisprudência brasileira o julgamento “conforme

[181] Ibid., p.18-19.
[182] Ibid,p.62.
[183] Ibid.,p.67.

à minha consciência".[184] Os valores seriam um mecanismo de abertura da legalidade, possibilitando as interpretações subjetivistas.

Neste sentido, a segunda manifestação da filosofia da consciência advém das teorias argumentativas, especialmente a de matriz alexyana. A teoria argumentativa de Alexy não se preocupa tanto com a interpretação, mas sim com a argumentação, ou seja, com o "processo de justificação das valorações interpretativas e proposições normativas utilizadas no discurso jurídico".[185] Para tanto, utiliza os princípios e o "método da ponderação".

De acordo com a teoria de Alexy, qualquer decisão pode ser considerada como correta desde que o julgador utilize uma argumentação racional; não importa o conteúdo da decisão, e sim o procedimento argumentativo racional utilizado para sustentar aquela decisão. É o procedimento que deve ser democrático (a igualdade e a liberdade devem possibilitar que todos participem da argumentação) e não o conteúdo da decisão.

Dentro deste cenário, surge a questão da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional. Alexy afirma que a solução para compreender a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional é entender a diferença entre a representação política e a representação argumentativa do cidadão. O Parlamento representa o cidadão politicamente, enquanto o Tribunal representa-o argumentativamente.[186] Neste panorama, insere-se a teoria do discurso (ou a teoria da argumentação) de Alexy, conforma explicitado acima.

Destarte, o doutrinador afirma que a teoria do discurso conduz ao estado constitucional democrático, uma vez que consegue unir os direitos fundamentais e a democracia. De início, o discurso deve assegurar a liberdade e a igualdade em todos os âmbitos, uma vez que se deve reconhecer a liberdade daqueles que estão fora do discurso. Ademais, os direitos fundamentais desiguais "não se deixam justificar em um discurso ideal, porque nele, devido à liberdade, igualdade e racionalidade da argumentação lá dominantes, argumentos para uma distribuição desigual dos direitos do homem não têm existência."[187]

Portanto, a questão central para Alexy é saber se a Jurisdição Constitucional pode ser considerado um espaço público de discussão e argumentação, de modo que a interpretação constitucional resulte de uma prática argumentativa racional e democrática. Portanto, o que importa é que a interpretação constitucional deve ser fundamentada por uma argumentação

---

[184] Ibid.p.20-21.
[185] PEIXOTO,op.cit., p22.
[186] ALEXY, Robert**. Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.53-54.
[187] Ibid.,p.34.

racional e democrática, e este procedimento argumentativo é que deve ser protegido e promovido pela jurisdição constitucional.

Segundo Alexy, o sistema jurídico não é composto apenas de normas, mas também de procedimentos, o que possibilita a correção das decisões judiciais. Destarte, os procedimentos em sede de argumentação jurídica garantem o controle e a racionalidade das decisões e,conseqüentemente funcionam tanto para controlar o arbítrio dos juízes, como também para "assegurar o desenvolvimento democrático da ordem constitucional, possibilitando aos indivíduos participar, direta ou indiretamente, da formação da vontade estatal."[188]

Infelizmente, a concepção procedimentalista de Alexy no que concerne à legitimidade da Jurisdição Constitucional não encontra guarida no sistema constitucional conferido pela Constituição Federal Brasileira. Isto porque a Jurisdição Constitucional tem como função precípua a salvaguarda do conteúdo da CF, dos direitos e garantias fundamentais, e é assim que protege e promove a democracia. A proteção tão somente de um procedimento argumentativo democrático não garante que o conteúdo das decisões judiciais seja democrático e, portanto, a teoria alexyana, ao menos neste ponto, não pode ser recepcionada pelo sistema brasileiro.

Os princípios são vistos por Alexy como possuindo uma estrutura semântica aberta, de modo que o conteúdo do princípio pode ser preenchido livremente. Isso possibilita que um mesmo caso concreto seja resolvido de maneira diversa, a depender do preenchimento semântico que se faça de um certo princípio, e da ponderação realizada pelo julgador.

> [...] em nome do 'sopesamento entre fins e meios' (a assim denominada 'ponderação') é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes [...] A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que 'pesa mais' (sic), algo do tipo 'entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um' (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy [...] sua tese sobre a ponderação não envolve essa 'escolha direta'. Na verdade, a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma regra [...] apta a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios.[189]

[188] ECHAÍZ-ESPINOZA, Danielle Sales. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: EDUFAL, 2009. p.113.
[189] STRECK, op.cit., p.49-50.

A regra gerada através do método da ponderação será aplicada ao caso concreto pelo método da subsunção. Portanto, como se afirmou acima, acaba-se retornando ao positivismo kelseniano (subsunção do fato à norma) que tanto se desejava evitar.[190]

Por outro lado, quando se realiza a ponderação para resolver uma colisão de princípios em abstrato, o "peso" de cada um dos princípios será conferido pelo intérprete, tendo como fundamento a sua razão, a sua consciência.

Portanto, a teoria argumentativa abre espaço para decisões subjetivistas e discricionárias, que não encontram guarida no Estado Democrático de Direito Brasileiro. "Em sistemas jurídicos democráticos não há (mais) espaço para que a 'convicção pessoal do juiz' seja o 'critério' para resolver as indeterminações da lei, enfim, os 'casos difíceis'."[191]

Ademais, seria uma incongruência admitir que neste Estado democrático a Constituição estabeleça princípios que permitem ao juiz decidir com base em outras fontes que não a própria Norma Superior ou a lei.[192]

Neste sentido, certas concepções de Ronald Dworkin, como em relação à existência de uma "resposta adequada" para os casos concretos, bem como sua concepção acerca da integridade do direito, parecem encontrar uma maior receptividade de acordo com a CF-88.

Deve-se ressaltar, contudo, que Dworkin trata, sim, de um ativismo judicial, mas com uma concepção diversa da que este tópico está tratando. Segundo Dworkin, o ativismo judicial seria a proeminência dos Tribunais Constitucionais no sentido de concretizar os direitos fundamentais; Tribunal ativo seria aquele que atua contra-majoritariamente, protegendo os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias, não sendo influenciado pelas decisões de cunho político.[193] "A Constituição [...] destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum".[194]

> O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi [...].Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.[195]

---

[190] Ibid., p.50.
[191] Ibid.,p.54.
[192] Ibid.,p.44-45.
[193] Tal concepção de Dworkin se coaduna com a concepção defendida no ponto 4.4 deste trabalho em relação à legitimidade democrática da atuação do STF nos casos decorrentes da judicialização.
[194] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.208-209.
[195] Ibid., p.215.

Dworkin sustenta a necessidade de uma integridade política, consistente no "ideal político de que o Estado deve agir segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando os seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos".[196] Assim, o princípio da integridade se apresentará de duas formas: em relação à legislação, o legislador deverá criar as leis de forma coerente com os princípios; em relação ao julgamento, os juizes devem analisar o que é a lei com base nessa coerência com os princípios.

Essa integridade política deverá ocorrer de acordo, inicialmente, com uma personificação profunda da comunidade ou do Estado, e que o Estado ou a comunidade como um todo possa se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal.

Não obstante, Dworkin afirma que o juiz não pode ser discricionário, devendo fundamentar suas decisões considerando os precedentes, os princípios, bem como não pode escolher os princípios com base em suas preferências pessoais[197]. Além disto, deve sempre observar o devido processo, e a noção de integridade deve considerar que cada caso representa uma parte de uma história encadeada.[198]

Ademais, as decisões judiciais não podem se apoiar em diretrizes políticas, ou seja: os juízes não devem estar subordinados às autoridades eleitas. Isto porque, embora a interpretação de algumas disposições pressupõe a observância da proteção da democracia, há outras disposições que defendem o indivíduo e a minoria da vontade da maioria. Destarte, ao decidir acerca dessas disposições, os juízes não poderão ceder ao que os representantes da maioria consideram que é correto[199].

Para Dworkin, há uma única resposta adequada para o caso concreto. A resposta adequada possibilita a integridade do Direito, de modo que a resposta esteja consentânea com os dispositivos constitucionais, legais, principiológicos, doutrinários e jurisprudenciais. Ademais, a resposta adequada possibilita uma decisão democrática, uma vez que, por essa teoria, não será possível que casos idênticos possuam decisões diversas.

Dworkin defende a Jurisdição Constitucional e sua supremacia perante o legislativo, baseado na concepção de que as Constituições atuais são constituídas por princípios; os princípios possuem status normativo. Assim, é através da teoria dos princípios que Dworkin resolve o problema da legitimidade da Jurisdição Constitucional.

---

[196] SAAVEDRA, op.cit., p. 76.
[197] DWORKIN, op.cit, p.60.
[198] SAAVEDRA,op.cit., 80-81.
[199]Ibid.,p. 91

> No tocante à jurisdição constitucional, Dworkin irá legitimá-la da seguinte maneira. Se, em um caso difícil, o magistrado, não podendo aplicar uma regra, aplica um princípio, não está criando direito novo, mas aplicando o direito preexistente. Por conta disso, a inclusão dos princípios no sistema jurídico resolve os problemas de legitimação dos tribunais constitucionais criados pela concepção volitiva da jurisdição presente no modelo normativista.[200]

Destarte, o papel da jurisdição constitucional é muito mais amplo do que o de simples controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, tendo como função salvaguardar os direitos fundamentais e a democracia. A jurisdição constitucional é o "fórum do princípio por excelência", e como instituição política deve proporcionar que a solução dos conflitos mais fundamentais e profundos entre os indivíduos e a sociedade ocorra através da consideração de tais conflitos como questões de princípios, e não deixar que tais questões sejam resolvidos na "arena das disputas de poder".[201]

Ao tratar dos princípios como elemento concretizador dos direitos fundamentais e da própria Constituição, sendo um elemento dotado de normatividade e que, portanto, possui o poder de solucionar casos difíceis em concreto; quando afirma a existência de apenas uma resposta adequada para cada caso concreto; e quando dá prevalência à integridade do direito, Dworkin elimina os subjetivismos e as decisões fundamentadas unicamente na consciência do julgador, produto de um juiz solipsista. Dworkin expressamente afirma que o julgador deve considerar os princípios, os precedentes, e a integridade do direito; o juiz, portanto, é apenas o autor de um capítulo de uma obra construída pela coletividade sobre um determinado direito (princípio).[202]

Portanto, diante das concepções dworkianas expostas, bem como considerando os argumentos da hermenêutica jurídica apresentados, não é possível sustentar que o STF possua legitimidade democrática quando atua de forma ativista. O atual ativismo judicial praticado por grande parte dos Tribunais brasileiros caracteriza-se pela desconsideração da integridade do direito, dos princípios, das leis, da Constituição, da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais.

Assim, a postura ativista possui um imenso déficit democrático, pois não considera as construções teóricas originadas dos demais agentes da sociedade, como os legisladores eleitos

---

[200]NETO, Cláudio Pereira Souza. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.** Rio de Janeio: Renovar, 2002, p.247.
[201]BINEBONJM, op.cit.,p. 93.
[202] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os passos da hermenêutica: da hermenêutina à hermenêutica filosófica. In:_____.**Intepretação Constitucional:** reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Jus Podium, 2010. p. 63.

democraticamente e os doutrinadores. Assim, desloca-se "o problema da concretização dos direitos dos demais Poderes e da Sociedade em direção ao Judiciário"[203]. Se o Tribunal não fundamenta sua decisão nas fontes do Direito, o que fazer com a doutrina ? Qual o papel das Faculdades de Direito e dos livros produzidos? O que fazer com o parlamento, eleito democraticamente? O que fazer com a Constituição?[204]

Saliente-se que não se está aqui pregando por um retorno ao positivismo exegético, ao apego à literalidade da lei, da mera subsunção do fato à norma. Ao contrário: o juiz deve interpretar sim, pois esta é a sua função. Contudo, a sua interpretação deve ser coerente, e a decisão que emerge da sua interpretação deve ser fundamentada, principalmente na Constituição Federal.

Ademais, quando se fala em respeito à doutrina, não é qualquer doutrina, mas uma doutrina séria e respeitada pela comunidade jurídica. Quando se fala em respeito à lei construída democraticamente, se está falando das leis constitucionais; ora, como já exposto, uma lei eivada do vício da inconstitucionalidade deve ser controlada pelos instrumentos de controle de constitucionalidade estabelecidos pela CF-88.

> A crítica ao subjetivismo não implica a submissão do Judiciário a qualquer legislação que fira a Constituição, entendida no seu todo principiológico. Legislativos irresponsáveis – que aprovem leis de conveniência - merecerão a censura da jurisdição constitucional. No Estado Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Executivo ou Legislativo está imune à sindicabilidade de cariz constitucional![205]

Por fim, não se pode esquecer da importância de que a realidade fática onde a norma jurídica está inserida seja sempre considerada. Não é possível interpretar a norma sem considerar o contexto fático, social, econômico na qual ela está inserida. O círculo hermenêutico deve estar sempre dentro da realidade, não podendo haver método de interpretação em abstrato.

4.6 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF E A NECESSIDADE DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL ADEQUADA ÀS NECESSIDADES BRASILEIRAS

Inicialmente, deve-se ressaltar que o direito não pode advir das concepções individuais dos seus intérpretes, e sim da lei, em especial da Constituição Federal, da doutrina, e dos próprios precedentes jurisprudenciais. Os juízes, especialmente os membros do STF,

[203] STRECK, op.cit.,p.22.
[204] Ibid.,p.25.
[205] Ibid., p.103.

encontram-se subordinados e vinculados aos ditames Constitucionais, não podendo ultrapassá-los, ainda mais com base unicamente na sua razão individual – portanto, o direito não pode advir das concepções individuais dos seus intérpretes.

Como foi salientado ao longo deste capítulo, a jurisdição constitucional possui como função primordial a proteção e promoção dos direitos fundamentais; é o desempenho desta função que garante a legitimidade democrática do STF. Não obstante, os procedimentos democráticos também devem ser protegidos. Em verdade, ao salvaguardar os direitos fundamentais, estar-se-á protegendo também os procedimentos previstos constitucionalmente que garantem a participação de todos nos atos decisórios.

Dentro do cenário neoconstitucionalista, o momento atual é de busca de uma teoria da Constituição que tenha como premissa o próprio texto constitucional de cada Estado, com seus princípios, valores, especificidades históricas, sociais, econômicas e culturais. Deste modo, parte da doutrina[206] mais atual propõe uma junção entre as teorias procedimentalistas e substancialistas, tendo em vista que esta separação rígida não mais se coaduna com as realidades constitucionais especialmente dos Estados latino-americanos.

A Constituição Federal Brasileira prima pelo equilíbrio entre os direitos fundamentais e a democracia; a prevalência dos direitos fundamentais é uma exigência da democracia. Desse modo, nos países latino-americanos, como o Brasil, o déficit existente na efetivação dos direitos fundamentais, bem como da implantação de uma cultura efetivamente democrática, tornam necessária a conexão entre as teorias procedimentalistas e substancialistas, de modo a construir uma teoria constitucional adequada às reais necessidades dos Estados, especialmente no que concerne ao papel da jurisdição constitucional.

Quando se considera o texto constitucional considerando apenas seu aspecto procedimental, impossibilita-se a realização dos direitos fundamentais, e consequentemente, frustra o sentido transformador da Constituição no Estado democrático de Direito. Portanto, o procedimento deve ser complementado pela teoria dos direitos e valores substantivos.[207]

Com uma Constituição dirigente como a brasileira, é inevitável que o Poder Judiciário, em especial o Tribunal Constitucional como o STF, adquira um papel preponderante, ainda mais com a positivação de direitos sociais fundamentais.[208] Segundo Korineck *apud* Streck "A vinculação do legislador às determinações constitucionais é ao mesmo tempo a vinculação

---

[206] Cf. Danielle Sales Echaiz Espinoza. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: EDUFAL, 2009.
[207] STRECK, Lênio. O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.,p.185.
[208] Ibid.,p.187.

do legislador democraticamente legitimado a um ato de mais elevada legitimidade democrática."[209]

No que tange à Constituição brasileira dirigente, o próprio Canotilho afirmou que a Constituição deve fornecer as condições constitucionais mínimas – "o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias, pessoal, política e econômica e intocáveis pelas maiorias parlamentares". [210]

A Constituição dirigente constitui o fundamento básico da legitimidade moral e material,[211] contudo não pode continuar ensimesmada, fechada em sí mesmo, como se fosse capaz de, por si só, resolver todos os problemas do Estado. A Constituição deve estar sempre aberta para as mudanças históricas, sociais, culturais e econômicas, não podendo perder de vista a realidade do Estado no qual é a Norma Suprema.

Por isso que se fala na inexistência de uma única teoria da Constituição, mas em várias teorias, cada qual adequada à realidade do Estado que regula. Há um núcleo básico de direitos que deve conter nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito. Contudo, o núcleo dos direitos fundamentais sociais será diferente para cada Estado, pois vai depender do déficit histórico que cada Estado possui em relação a efetivação de tais direitos.[212]

Segundo Streck "uma teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia [...] deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas [...]".[213] Neste sentido, independente do preenchimento que se faça do referido déficit histórico, a vinculação do legislador às normas materiais da Constituição sempre existirá em uma Constituição dirigente, pois esta materializa da função transformadora do Direito.[214]

Os Poderes Públicos não podem dispor livremente da Constituição, cumprindo ou descumprindo certas normas conforme sua vontade. Por isso faz-se necessária a existência e o papel engajado[215] dos Tribunais Constitucionais (no Brasil, o STF) no exercício da Jurisdição Constitucional, de modo a proteger o Estado Democrático de Direito, a Constituição, os

---

[209] Korineck, 1981 *apud* STRECK, Lênio, 2003. p.171-172.
[210] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional na encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente para uma disciplina dirigida. In: **Constitción y Constitucionalismo hoy.** Caracas: Fundácion Manuel García-Pelayo, 2000. p.217-225.
[211] STRECK, op.cit., p.191.
[212] Ibid.,p.192-193.
[213] Ibid.,p.194.
[214] Ibid.,p.195.
[215] O papel engajado do Tribunal Constitucional diz respeito à sua atuação de modo a impor o cumprimento da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, conforme explicitado no ponto 4.4. O engajamento aqui em nada se refere ao ativismo judicial, explicitado no ponto 4.5.

direitos e garantias fundamentais, e a sociedade como um todo, das maiorias que, por vezes, desejam violar a Constituição.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o que foi analisado durante o presente trabalho, é possível tecer algumas considerações finais acerca do tema exposto.

Primeiramente, em relação à Jurisdição Constitucional, esta se revela necessária na medida em que protege e efetiva os direitos fundamentais, o Estado democrático de direito, os procedimentos democráticos, e a própria Constituição em geral. Deste papel da Jurisdição Constitucional é possível extrair a sua legitimidade democrática, uma vez que garante não apenas os direitos fundamentais que possibilitam a existência da democracia, bem como os procedimentos democráticos.

Quando se analisa a legitimidade de um órgão pelo viés democrático – necessário no Estado democrático de Direito – deve-se ter o cuidado de não reduzir o conceito de democracia à participação popular nas escolhas políticas. Muito além da participação popular na política, a democracia significa a garantia e efetivação dos direitos fundamentais do povo. E tais direitos fundamentais ao serem preservados e proporcionados garantem a manifestação popular em todos os âmbitos: político, econômico e social.

Neste sentido, há uma relação intrínseca entre a democracia, a liberdade e a igualdade – material e formal. Apenas cidadãos livres e em iguais condições de vida digna, bem como em iguais condições perante o ordenamento jurídico, poderão influenciar, de fato, as escolhas políticas, participando destas, opinando, colaborando, construindo decisões e soluções.

Esta dimensão da democracia encontra guarida no Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

A Constituição Brasileira, dentro da sociedade pluralista em que foi criada, reflete as diversas concepções sociais, culturais e axiológicas existentes, tentando unir interesses de forma a criar uma ordem jurídico-política para todos que se encontram subordinados a ela. Deste modo, o caráter transformador da Constituição é inegável.

A Constituição, entretanto, nunca será uma ordem acabada, e sim uma eterna concretização. Destarte, os princípios contidos na Carta são um ponto de chegada, uma vez que na medida em que servem como direcionadores, acabam por se concretizar.

Do mesmo modo, os direitos fundamentais nunca serão totalmente satisfeitos. Isto porque, considerando que a ordem econômica estabelecida pela Constituição Brasileira é o capitalismo típico do Estado social interventor, à medida que os direitos fundamentais são concretizados, as necessidades da população crescem rápida e progressivamente. Portanto, assim como os princípios, a plena efetivação dos direitos fundamentais deve ser sempre um objetivo a ser alcançado, um norte, e, ao mesmo tempo, tais direitos devem ser efetivados à todo momento e em todos os âmbitos; a proteção e promoção dos direitos fundamentais são ao mesmo tempo o caminho e a chegada.

Ademais, os direitos fundamentais, tantos os de cunho liberal como os sociais, possuem caráter vinculativo à todos os poderes políticos. Portanto, não basta a abstenção do Estado em intervir na esfera privada dos cidadãos, mas também este é obrigado a atuar de modo a realizar tais direitos; ou seja, todos os direitos fundamentais impõe deveres negativos por parte do Estado (não intervenção e respeito à autonomia), e deveres positivos (proteção, promoção, garantia e satisfação dos direitos fundamentais).

Neste sentido, todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado e aplicado de forma a preservar e promover os direitos fundamentais, de acordo com a eficácia irradiante de tais direitos.

Neste diapasão, não se pode olvidar da justiciabilidade de todos os direitos fundamentais, que consiste na possibilidade de que as questões relativas à concretização de tais direitos sejam levadas à análise pelo Poder Judiciário.

Portanto, o Tribunal Constitucional erigido à guardião da Constituição pela própria Carta Constitucional, é imprescindível para a salvaguarda de todos os valores, direitos e princípios estabelecidos constitucionalmente, e dentro deste cenário a sua competência acaba por ser ampliada de forma jamais imaginada. Dentro deste paradigma é que se questiona a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal Brasileiro quando atua no exercício da proteção dos direitos fundamentais, em todos os seus âmbitos.

O presente trabalho afirma que o STF encontra-se legitimado democraticamente quando atua no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, inclusive no controle das omissões inconstitucionais. Nestes casos, o STF encontra-se legitimado, inclusive, para impor certas condutas aos membros dos Poderes Executivo e Legislativo, de modo a efetivar os direitos fundamentais e a própria Constituição Federal.

Por outro lado, o STF não está legitimado democraticamente quando age de maneira ativista, desconsiderando a Constituição, as leis, os princípios, a doutrina e a jurisprudência. Decisões baseadas unicamente na consciência do julgador possuem um imenso déficit democrático, não encontrando qualquer respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma das críticas mais contundentes e recorrentes quando se trata da Judicialização e do Ativismo Judicial é a questão da politização do STF. Quanto a esta crítica, durante o segundo capítulo deste trabalho foi possível comprovar que o STF é sim um órgão político, pois a relação do direito e da política é algo inerente a estes dois institutos. O Poder Político, em verdade, foi dividido em três Poderes com funções típicas e atípicas, fato que não retira de nenhum desses Poderes, nem do Judiciário, o seu aspecto de Poder Político.

Ademais, as questões políticas são todas aquelas que dizem respeito ao que é interesse comum e ao bem estar da sociedade, de modo que ao longo do tempo, especialmente a partir do Constitucionalismo moderno, tais questões foram necessariamente tornando-se questões jurídicas. A jurisdição da política, mais contundente no Brasil com a existência de uma Constituição programática e principiológica como a CF-88, portanto, torna imperiosa a discussão e decisão de tais questões pelo Judiciário, em especial pelo STF – fato que se torna ainda mais necessário diante da inércia e ineficácia do Executivo e do Legislativo.

Não obstante, o perigo reside no entranhamento do STF nos jogos políticos. Não se deve confundir política – a atividade que cuida daquilo que é comum – com politicagem, que significa exatamente os jogos políticos para obtenção do poder em detrimento do bem estar do povo.

Infelizmente, o STF não é a Corte Constitucional tão sonhada por Hans Kelsen no sentido de encontrar-se fora dos jogos políticos que permeiam os três Poderes. Em um país

eivado de corrupção em todos os âmbitos da sociedade, o fato de a indicação para membro do STF ser realizada pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, torna estes membros partes dos jogos políticos. É de conhecimento geral que para figurar no STF deve-se fazer o famoso “lobby”, convencer políticos, ganhar o cargo em troca de favores, que depois serão cobrados quando o sujeito for Ministro do Supremo. Esta realidade é triste e urge por ser modificada.

O sistema constitucional vigente deve ser ao tempo todo pensado e recriado, de modo que esta reflexão conduza à sua máxima eficiência e que seja cada vez mais democrático. Por isso o presente trabalho afirma a necessidade de construção de uma teoria constitucional adequada à realidade brasileira.

Diante da Constituição Brasileira Dirigente é imprescindível o papel do Tribunal Constitucional, de modo a impor aos demais Poderes a observância dos preceitos constitucionais. Deve-se haver um resgate das promessas contidas na Constituição, de modo que estas deixem de ser meras promessas e passem a ser uma realidade efetiva para todos.

A supremacia reside na Constituição, devendo todos as leis e os demais Poderes públicos estarem a ela submetidos e, consequentemente, estando submetidos aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. O juiz constitucional encontra-se vinculado à tais princípios e direitos quando exerce suas funções,devendo impor a observância de tais preceitos aos outros órgãos do Poder Público.

Portanto, cabe ao juiz realizar o controle de constitucionalidade das leis, inclusive nos casos de omissão legislativa, bem como interpretar as leis conforme à Constituição. Não obstante, o juiz também possui o dever de tutelar jurisdicionalmente o direito material, impondo meios de execução para que tal direito seja efetivado.

Concluindo, quando se parte da compreensão que toda a atividade jurisdicional deve estar voltada para a efetivação dos direitos fundamentais, torna-se visível a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, o que não torna – repita-se – o Poder Judiciário ou o STF, em especial, legitimado para decidir de forma infundada, criando novas hipóteses normativas.

Ademais, deve-se realizar estudos acerca das melhores formas de imunizar o Tribunal Constitucional Brasileiro das ameaças dos jogos políticos, de forma que o STF possa efetivamente concretizar os direitos fundamentais amparando as necessidades de todos, maioria e minorias.

REFERÊNCIAS

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.**São Paulo: Martins Fontes, 2009.cap.1.

ARENDT, Hannah. **O que é política.** 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 13 ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

PLATÃO, **A República.** Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Martin Claret, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade.** Para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira.14.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de.**Ciência política e teoria do Estado.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. 4 ed. São Paulo: Ed. Universitária São Francisco; Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTESQUIEU.**Do Espírito das leis.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade.** São Paulo: Saraiva Jur, 2009.

WEFFORT, Francisco C., **Os clássicos da política**. v. 1.14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

KANT, Immanuel. A **metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, 167 p.

BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução: Alfredo Fait. 4 ed. Brasília: UNB, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Tradução: Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: UNB, 1998.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007

LAFER, Celso. **A legitimidade na correlação Direito e Poder**: uma leitura do tema inspirado no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. In: Miguel Reale: estudos em homenagem aos seus 90 anos. Porto Alegre: PUCRS, 2000, p. 100.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado, 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 232-238.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** : entre facticidade e validade, v.1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.80-89.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 82.

STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

DANTAS, Miguel Calmon. Informação extraída das aulas ministradas no curso de graduação em Direito da Universidade Salvador. Salvador, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

STRECK, Lênio. O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEIXOTO, Geovane De Mori. **A concretização dos direitos fundamentais por intermédio da Jurisdição Constitucional:** Entre o Substancialismo e o Procedimentalismo. Salvador, 2011, no prelo.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris,2010.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva,2008. p. 277-278.

DANTAS, Miguel Calmon. O tempo da expansão do possível: Solidariedade Dirigente sobre a Reserva Orçamentária. In. CUNHA JR., Dirley da (Org.); DANTAS, Miguel Calmon (Org.).**Desafios do Constitucionalismo Brasileiro.** Salvador:Jus Podium, 2009.

ALEXY, Robert**. Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

ESPINOZA, Danielle Sales. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: EDUFAL, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeio: Renovar, 2002, p.247.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os passos da hermenêutica: da hermenêutina à hermenêutica filosófica. In:_____.**Intepretação Constitucional:** reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Jus Podium, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional na encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente para uma disciplina dirigida. In: **Constitción y Constitucionalismo hoy.** Caracas: Fundácion Manuel García-Pelayo, 2000. p.217-225.

BRASIL.**Proposta de Emenda Constitucional nº 342 de 25 de março de 2009**. Propõe alterações dos dispositivos constitucionais referentes à composição do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/ proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427734>. Acesso em 04 out., 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,2002.

Peter Haberle. Constituição é declaração de amor ao país. **Consultor Jurídico**. São Paulo. Entrevista concedida a Marília Scriboni e Rodrigo Haidar. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Acesso em 29 mai.2011.

BARROSO, Luis Roberto**. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em : < http://www.lrbarroso.com.br> Acesso em: 18 mar. 2011.