



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

POLLIANA PEREIRA DE QUEIROGA

**ATIVISMO JUDICIÁRIO: ANÁLISE JURÍDICA DA POLITIZAÇÃO DA
JUSTIÇA FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**SOUSA - PB
2010**

POLLIANA PEREIRA DE QUEIROGA

**ATIVISMO JUDICIÁRIO: ANÁLISE JURÍDICA DA POLITIZAÇÃO DA
JUSTIÇA FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

**SOUSA - PB
2010**

POLLIANA PEREIRA DE QUEIROGA

**ATIVISMO JUDICIÁRIO: ANÁLISE JURÍDICA DA POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA
FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Trabalho de conclusão de curso aprovado em ____ / ____ / 2010

Monnizia Pereira Nóbrega
Orientadora - UFCG

Examinador 1 – UFCG

Examinador 2 – UFCG

Aos meus pais, Palmério e Alcione, que desde muito cedo já me ensinavam a primeira lição ética, e cuja coragem, determinação, dedicação, renúncia, sacrifício e afeto jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade

A meus irmãos por tudo que me ajudaram até hoje, em especial a Juninho, quem sempre esteve mais do que presente, e é sem sombra de dúvidas aquilo que faz meus dias valerem a pena, me dando alegria em continuar.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre ter me dado força e iluminado o meu caminho para que nunca desistisse ante os obstáculos, me dando toda coragem que eu precisava para ir além dos meus limites nestes cinco anos dedicados ao Direito e não me deixou faltar forças para ir até o final e quebrar as barreiras. Com a ajuda Dele eu tive forças para chegar ao final dessa pequena jornada.

Aos meus PAIS Palmério Pereira de Queiroga e Maria Alcione de Queiroga, ambos serão responsáveis por cada sucesso obtido e cada degrau avançado para resto da minha vida. Durante todos esses anos vocês foram para mim um grande exemplo de força, de coragem, perseverança e energia infinita para nunca desistir diante do primeiro obstáculo encontrado, vocês são e sempre serão meu maior porto seguro aqui embaixo, meu maior exemplo de vitória, meus heróis e simplesmente aqueles que mais amo. Obrigada por estarem sempre comigo. Obrigada simplesmente por participarem comigo durante essa caminhada, me ajudando a construir os alicerces de um futuro que começa agora. Vocês me ensinaram lições para toda uma vida. Essa conquista também é de vocês.

Aos meus avôs, Raimundo, Maria, Francisco e Joaquina (*in memorium*) que sempre me incentivaram pela busca do conhecimento, pelo que representam em minha vida, e pelo que de direta ou indiretamente me ensinaram a ser.

Aos meus irmãos por toda a ajuda e compreensão dedicados.

Dedico também essa conquista a todos meus familiares, em especial às minhas tias Nilinha, Socorro e Ché, motivadoras em muitos momentos da faculdade, e aos meus tios queridos Edvânio, Gilvandro, Adriano e suas famílias, além destes, as sempre presentes Tias Betânia, Leônia, primos e primas.

Àquele que desde sempre tem feito parte da minha vida e sem o qual nada teria o mesmo sentido, o meu eterno agradecimento, não apenas por ser a pessoa que és, mas principalmente por existir e fazer parte da minha vida, obrigada Alexandre!

O meu muito obrigada a Vinícius Pacheco, um dos melhores presentes que a faculdade poderia ter me dado. Obrigada por tudo o que você transformou na minha vida, pelo teu carinho, tua atenção, especialmente nos momentos em que estive ausente, teu ombro em cada momento difícil que você ajudou a atravessar, e que com sua presença, tem compartilhado bons e maus momentos ao meu lado,

fazendo meu dia a dia ser diferente e melhor, e por ter me ajudado a acreditar que eu era capaz.

Ao meu cunhado, que mesmo tendo o dom de me fazer perder a paciência e me irritar com ele sem o menor esforço possível, mas que sempre no mesmo instante já me faz rir com suas fantásticas histórias, muito obrigada Wolgrand! És parte da família que tenho orgulho de ter.

Aos meus amigos Andréa, Vivi, Bruneca, Angeline, Priscila, Kleidson, Rômulo, Vinícius Pires, pessoas incríveis que tive o privilégio de conhecer e conviver, o meu muito obrigada pela amizade, carinho, conselhos e ajuda, à distância e o tempo nunca irão nos separar, vocês fazem parte do meu coração! E demais colegas de curso, por todo apoio e incentivo ao longo desses anos de curso.

A minha mestra orientadora Monnizia Pereira, obrigada pelos ensinamentos, estímulos, atenção e dedicação e principalmente pela paciência no comando e orientação deste trabalho, por mostrar os caminhos quando eu me perdia. Obrigada por ter contribuído com essa minha conquista.

Ao Dr. Thiago Marques, que acima de tudo é um grande amigo, e foi peça chave deste trabalho, a quem tenho a profunda admiração, gratidão, respeito e orgulho, o qual me cedeu um pouco de seu grande conhecimento para a execução deste trabalho, além da sua experiência, 'tranquilidade' e ajuda em todos os momentos. Carrego tudo isso comigo juntamente com seu exemplo de profissionalismo. Espero um dia conseguir chegar ao seu nível.

Há tantos a agradecer, por tanto se dedicarem a mim, não somente por terem ensinado, mas por terem-me feito aprender! A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores dedicados, aos quais, sem nominar terão meu eterno agradecimento. A Esta Universidade, seu corpo Diretório e Administrativo, que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela mais acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes. O Muito Obrigado, é ínfimo por tamanha competência.

Dedico esse trabalho a todos os que tive e tenho o privilégio de trabalhar, com quem pude aprender, com aqueles que tiveram paciência com os meus erros. Sou muito grata por toda a experiência que adquiri com cada um de vocês.

E finalmente, agradeço a todos que me ajudaram direta ou indiretamente para o desenvolvimento deste trabalho. Simplesmente obrigada!

*“Não é da benevolência do padeiro, do açougueiro ou do
cervejeiro que esperamos que saia o nosso jantar, mas sim do
empenho que eles têm em promover o seu próprio interesse”.*

Adam Smith (em A Riqueza das Nações)

RESUMO

Diante do desafio que tem os Tribunais de enfrentar e interpretar as normas constitucionais abstratas a qual conduz a possibilidade onde frente a um caso concreto sobre o qual não houvesse clareza quanto a norma aplicável ou o sentido desta, estaria o juiz legitimado a dar a solução que melhor entendesse. Tendo em vista uma maior aplicação dos princípios constitucionais, a argumentação jurídica do juiz constitucional no momento de concretizar alguma norma legitimadora abstrata deve basear-se em razões que possam e devam alcançar a aceitação geral. É sob essa perspectiva, da intervenção do Judiciário nas normas abstratas das políticas públicas, que se focaliza esta pesquisa, devido à essencial relevância dos princípios e direitos fundamentais, visando analisar também o 'decisionismo', que se tornou inevitável para concepções do Direito como sistema fechado de regras. Para tanto, faz-se uma análise das justificações teóricas apresentadas pelo pensamento jusfilosófico contemporâneo, utilizando como método de abordagem o hipotético-dedutivo, e como métodos de procedimento, o histórico-evolutivo que busca a comprovação da verdade através da análise, evolução e comparação histórica das atividades e instituições, o exegético-jurídico voltado à análise das proposituras constitucionais relativas ao tema, a interpretação jurídica onde a exegese foi realizar uma paráfrase direta do texto legal, e a pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa, voltada a análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas, imprensa escrita e até eletronicamente, disponibilizada na Internet. A fim de fundamentar teoricamente alguns aspectos que se relacionam legitimando a atuação da jurisdição constitucional, frente ao Estado Democrático de Direito. Neste contexto, o juiz constitucional é desafiado a enfrentar a denominada objeção demográfica, a qual coloca em dúvida a sua legitimidade perante a acusação de pretender impor decisões fundadas em valores subjetivos e opções políticas ao resto da população.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Estado Democrático. Legitimidade.

ABSTRACT

Faced with the challenge that has to face the courts and interpret the constitutional provisions which abstract leads to a possibility where the front case on which there was no clarity regarding the applicable standard or this sense, the judge would be legitimate to give the solution to better understand. Considering the wider application of constitutional principles, legal arguments by the constitutional court at the moment of legitimizing some abstract standard should be based on reasons that can and should achieve general acceptance. It is from this perspective, the intervention of the Judiciary in the abstract norms of public policy, which focuses this research because of the vital importance of fundamental principles and fundamental Rights, also aimed to analyze the 'decisionism', which became inevitable for conceptions of law as a closed system of rules. For such, it is an analysis was made of the theoretical justifications presented by the legal philosopher contemporary thought, as a method of using the hypothetical-deductive approach, and as methods of procedure the historical evolution that seeks to prove the truth through analysis, evolution and historical comparison of the activities and institutions and legal exegesis, analysing the propositions focused on the constitutional issue, legal interpretation in which the exegesis was to conduct a direct paraphrase of the legal text, and literature, as a research technique, directed the analysis of published literature in the form of books, magazines, loose, press and even electronically, available on the internet. It addresses throughout the text in the order to justify theoretically some aspects that relate legitimizing the role of constitutional jurisdiction front the Democratic State.of Justice. In this context, the constitutional judge is challenged to confront the so-called objection demographic, which puts into question its legitimacy front the charge of attempting to impose decisions based on subjective values and political choices the rest of the population.

Keywords: Judicial Activism. Democratic State. Legitimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	14
2.1 ANÁLISE FILOSÓFICA	14
2.2 DEMOCRACIA FACE O ESTADO DE DIREITO	21
2.3 FUNÇÃO TÍPICA E ATÍPICA DOS PODERES.....	25
3 DO ATIVISMO JUDICIAL	31
3.1 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO COMO VONTADE DA MAIORIA	31
3.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS: O CONTROLE DIFUSO NORTE-AMERICANO E O MODELO DE CONTROLE FRANCÊS	40
3.3 A VONTADE DOS JUÍZES NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	45
4 ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	49
4.1 DIMENSÕES LEGITIMADORAS DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	49
4.2 ATUAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO FRENTE AOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO	58
4.3 OS LIMITES DOS PODERES DO JUIZ CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA	66
5 CONCLUSÃO	72
6 REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca da teoria da separação dos poderes remonta a Grécia e Roma antigas, mas ainda hoje se mostra atual e necessário, tendo em vista sua importância para definir qual a melhor forma de organização política da sociedade, proporcionando o aperfeiçoamento, manutenção e eficácia das instituições políticas.

O estudo sobre a natureza do Poder e seus desdobramentos é uma tarefa árdua a que os antigos se dedicaram visando solucionar a concentração de poderes em mãos governistas, estabelecendo-se o controle necessário a garantia das liberdades individuais e da democracia. Tal debate remonta ao início da concentração de poder, ou seja, desde os primórdios, da organização política do homem em sociedade. De fato, poucas teorias resistiram no tempo, com tanta força quanto esta, tornando-se fundamento de inúmeras Constituições, tivessem os Estados, regime presidencialista ou parlamentarista.

Outra questão de relevo, que se pode mencionar, relaciona-se com os avanços da Teoria Constitucional no pós-guerra, quando o constitucionalismo assume novos contornos, principalmente a partir da elevação dos princípios – em sua grande maioria, com sede na Constituição – à categoria de normas jurídicas. Inserindo nessa quadra, a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, principalmente aqueles de natureza prestacional, o que passou a exigir uma postura mais ativa do Poder Judiciário no tocante a jurisdição constitucional, o que sob essa nova perspectiva, tem estimulado hodiernamente uma intensa polemica doutrinária em torno da legitimação e dos limites da atuação da jurisdição constitucional, remetendo o debate invariavelmente ao exame do verdadeiro papel de juízes e tribunais constitucionais, em relação às atribuições próprias dos legisladores.

Nesse interim, o presente trabalho se propõe a analisar o modelo tripartido de divisão de Poderes enquanto cláusula pétrea consagrada no artigo 2º da Constituição da República, fazendo menção ao contexto histórico em que se desenvolveu a teoria, assim como as atuais funções típicas e atípicas de cada poder, e como se desenvolve a judicialização no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando os pontos positivos e negativos do ativismo judicial.

E como objetivos específicos buscará, identificar a questão dos limites da interpretação no âmbito jurídico como parâmetros objetivos de controle e/ou

racionalização em razão da abertura e riqueza semântica dos enunciados normativos; constatar as possíveis causas que suscitam as delicadas questões jurídico-constitucionais que levam a formação do 'poder judicial' ('Governo dos Juízes'), e verificar a aparente falta de legitimidade da investidura dos agentes políticos do Judiciário que efetuam um poder judicial de forma independente na limitação do poder estatal e nos controles de natureza política entre os órgãos constitucionais de direção (parlamento e governo), os quais estão ungidos pelo partido majoritário através da democracia.

Sabe-se que a democracia apóia-se no princípio majoritário, porém, isso não significa sustentar sempre o domínio da maioria. O problema a ser enfrentado, ante a necessidade que se tem de se ponderar acerca da real e efetiva separação dos Poderes na seara constitucional atual, onde se tem no Estado a forma por excelência da manifestação do poder político, e na Constituição Federal o seu estatuto fundamental, observa-se com mais freqüência o aumento das tensões entre os Poderes, uma vez que onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém se encontrará incumbido de arbitrar os inevitáveis conflitos entre os fatores reais de poder, que fará decorrer o seguinte questionamento: Como se desenvolve a judicialização no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a garantia dos direitos fundamentais fazem do Judiciário o guardião da democracia, sem, contudo estar tal Poder legitimado pela maioria, além de operar como última instância da democracia, decidindo quando os demais órgãos políticos do Estado atuam legitimamente ou não?

Pois ao se estudar o paradigma legal atual, também chamado de neo-constitucionalismo, e a crescente explosão de conflitos que tem acarretado uma inflação legislativa, que se caracteriza por uma série de aprovações de leis de circunstância, o que enfraquece o Direito em razão da pragmaticidade exagerada, o que leva, portanto, a tendência de se editar normas mais abertas e genéricas, cuja falta de precisão e clareza acaba por ampliar a discricionariedade do Poder Judiciário e promover inserção da atividade jurisdicional na vida política, social e econômica, isso nos remonta a outro conflito: a invasão de competência dos poderes. O que restará evidenciado, portanto, que o debate acerca da legitimação democrática da jurisdição constitucional demanda a necessidade de um estabelecimento de certos limites para a sua atuação, em uma tentativa de compatibilizar suas funções com as dos demais órgãos estatais legitimados pela

vontade popular, onde se deve buscar alternativas para tentar haver determinada pacificação quanto às divergências que permeiam o tema, posto que o mesmo contribuirá para o debate jurídico, conquanto da necessidade de concretização dos direitos fundamentais em especial os de natureza prestacional, o que passou a exigir uma postura mais ativa do Poder Judiciário.

O estudo se concentrará na análise das justificações teóricas apresentadas pelo pensamento jusfilosófico contemporâneo na tentativa de ampliar os horizontes de compreensão do problema onde será utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo que consiste na construção de conjecturas (hipóteses) que devem ser submetidas a propostas, as mais diversas possíveis, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica, à publicidade (sujeitando o assunto a novas críticas) e ao confronto com os fatos, para verificar quais são as hipóteses que persistem como válidas resistindo às tentativas de falseamento, sem o que seriam refutadas.

E como métodos de procedimento, o histórico evolutivo que buscará a comprovação da verdade através da análise, evolução e comparação histórica das atividades e instituições, e o exegético-jurídico voltado à análise das proposituras constitucionais relativas ao tema, a interpretação jurídica onde a exegese é fazer uma paráfrase direta do texto legal. Bem como, se fará uso da pesquisa bibliografia como técnica de pesquisa que será desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente em livros e artigos científicos

Sendo assim, o presente trabalho no primeiro capítulo analisará, a partir da revisão de literatura existente sobre o tema, o debate acerca da Teoria da Separação dos Poderes, fazendo-se uma abordagem mais filosófica em seu primeiro tópico, desde as suas origens até o que se pacifica hoje em dia, e as relações que se estabelecem entre a democracia e o constitucionalismo, onde se enfocará os diversos aspectos explorados pela Teoria Constitucional no enfrentamento dessa questão. Após, será destacado a tensão existente entre democracia e constitucionalismo, onde serão verificados os seguintes aspectos: o dilema da modernidade; o ato cognitivo e o ato de vontade – a função interpretativa; o poder constituinte e o poder constituído, e por último a democracia e o Estado de Direito – a fórmula política fundamental. Mais adiante, em seu último tópico, será percorrido acerca das funções típicas e atípicas incumbidas a cada órgão dos Poderes do Estado, consolidadas (funções) na Carta Maior.

O segundo capítulo por sua vez, em linhas gerais, permitirá o exame da evolução do ideal democrático, desde as suas origens até as concepções atuais de democracia, apresentando o debate entre participação e representação, ressaltando também as discussões acerca da deliberação pública. Apresentará ainda os antecedentes históricos da jurisdição constitucional e examinará os principais modelos de controle de constitucionalidade que serviram de base para o ativismo brasileiro: o controle difuso norte-americano e o modelo de controle francês, arrematando com a experiência brasileira.

A visão das várias fundamentações teóricas sobre o tema, bem como os principais argumentos oferecidos pelos diversos autores à compreensão do problema, serão apresentados no terceiro capítulo, que se voltará, nesse passo, para a busca de respostas às objeções geralmente opostas à atuação da jurisdição constitucional, onde se percorrem a algumas abordagens legitimadoras da jurisdição constitucional que tentam compatibilizar a sua atuação com o princípio da maioria. Assim, após as considerações preliminares, analisar-se á a real atuação da jurisdição constitucional frente aos demais poderes legitimados (Legislativo e Executivo). E por último, será examinada a doutrina das questões políticas onde serão levantados alguns aspectos concernentes à legitimidade e aos limites dos poderes do juiz constitucional.

Pois, a presente pesquisa se voltará ao debate constitucional contemporâneo no que se refere à delimitação da atuação da jurisdição constitucional, tem-se como foco o questionamento acerca dos aspectos relacionados à sua legitimidade democrática, haja vista que o controle da constitucionalidade dos atos elaborados pelos demais Poderes (Legislativo e Executivo), com a sua conseqüente não aplicação, pode vir confrontar-se com a democracia, sendo esta compreendida como governo representativo da vontade popular. Onde a principal dificuldade residiria no fato de a decisão proferida pela jurisdição constitucional colocar-se, muitas vezes, contrariamente à vontade dos órgãos legitimados pela manifestação da soberania popular, afastando, inclusive, a vontade manifestada diretamente pelo povo, para impor a sua própria vontade.

2 DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Afirma-se com freqüência que a compatibilização entre democracia e constitucionalismo, no Estado Democrático de Direito, deve ser buscada na complexa estrutura da separação de poderes (funções), veiculada na própria Constituição. Os conflitos entre órgãos políticos e jurisdicionais não seriam resolvidos, em muitas ocasiões, pela decisão da maioria, mas pela decisão do juiz constitucional, a quem caberia dizer, em caráter definitivo, a última palavra sobre o assunto, velando para que a atuação dos demais poderes ocorresse dentro dos limites previstos constitucionalmente.

O debate acerca da Teoria da Separação dos Poderes remonta a Grécia e Roma antigas, mostrando-se ainda hoje um tema atual e de relevante interesse, uma vez que é de fundamental importância para definir qual a melhor forma de organização política da sociedade, bem como proporcionar o aperfeiçoamento, manutenção e eficácia das instituições políticas.

O estudo sobre a origem do poder e seus desdobramentos é uma tarefa árdua que remonta ao início da concentração do poder, desde os primórdios da organização política do homem em sociedade, onde já se dedicaram visando solucionar a concentração de poderes em mãos governistas, para se estabelecer o controle necessário da garantia das liberdades individuais e da democracia. Esta teoria é tão importante que se tornou uma das poucas que resistiram no tempo, com tanta força, vindo a ser fundamento de inúmeras Constituições, tivessem os Estados regime presidencialista ou parlamentarista.

2.1 ANÁLISE FILOSÓFICA

A Constituição Federal de 1988 buscando consagrar, dentre outras finalidades, o livre arbítrio e o respeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem

pudessem exercê-las, e possibilitou também mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Tal divisão segue o critério funcional da célebre separação dos Poderes, onde ante as três funções estatais, Legislativo, Executivo (Administrativo) e Judiciário, devem ser atribuídos também a três órgãos autônomos entre si, que deverão exercê-los com exclusividade.

A expressão “separação dos poderes” surge apenas com a Constituição Francesa (1791) onde em seu artigo 16 afirmava que “não teria Constituição a sociedade que não garantisse a separação dos poderes com vias a proteção dos direitos individuais”, conforme expõe Ferreira Filho (2002, p. 238). Faz-se necessário ressaltar que quanto à terminologia como bem explicita Barruffini (2005, p. 41) no sentido de que teria sido melhor a denominação “tripartição de funções” ao invés de “tripartição de poderes”, explicando que “eles são fruto de um mesmo poder. O poder é um só, quaisquer que sejam as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado”. Nesse sentido, afirma Pedro Lenza (2003, p. 182) que isto se dá “porque o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”.

Tal conceito foi estabelecido pela primeira vez por Aristóteles, em sua grande obra “Política”, onde se depreende que este princípio da separação dos Poderes não é prévio à Constituição, mas se constrói a partir dela, mas veio a encontrar em Montesquieu seu expoente máximo na obra “O espírito das leis”.

Conforme exposto por Gonçalves (2009), Aristóteles construiu sua teoria política a partir do exame de inúmeras Constituições concretas, resultando de seu estudo a aceitação da idéia de Constituição mista, aquela em que os vários grupos ou classes sócias participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício do governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade seria comum a todos.

Citando ainda outros autores que também desempenharam papéis relevantes acerca do princípio da separação dos poderes tem-se destaque para Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Benjamim Constant. No entendimento de Vidal (2009), Hobbes partiu da idéia de que o homem, vivendo em um hipotético Estado de natureza, teria ameaçada a sua própria sobrevivência, devendo, por conseguinte, ceder parcela de sua liberdade a um único homem, através de um *pactum societatis*, ao mesmo tempo que lhe outorgava, em termos

absolutos, o direito de legislar, que seria o caso do *pactum subjectionis*. Onde, portanto, em princípio, as leis não podiam ser consideradas injustas, uma vez que, sendo decorrentes do pacto que originou o Estado, os homens seriam seus co-autores, ou seja, o Direito era fruto exclusivo da vontade do soberano, positivada na legislação. Portanto, para Hobbes a separação entre Estado e sociedade era proposta enfatizando a concentração do poder político no aparato estatal.

Locke (1973) no Segundo tratado do governo civil, em função da realidade constitucional inglesa, assim como Aristóteles, também reconhece três funções distintas: a legislativa – consistente em decidir como a força pública há de ser empregada -, a executiva – consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem e o direito – e a federativa – consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. Locke menciona ainda um quarto poder, a Prerrogativa, que compete ao monarca, para a promoção do bem comum, onde houver omissão ou lacuna da lei. Aqui Locke destaca o Poder Legislativo como órgão do Estado que vai limitar os atos do monarca, entendendo que tanto governantes quanto governados eram súditos da lei, caracterizando, portanto, a consolidação do poder do Parlamento e a submissão do rei à sua vontade, mas sustentando também que este poder deveria encontrar limites no Direito Natural, estabelecendo espaços de liberdade individual, nos quais a atuação governamental não pode penetrar, podendo então se visualizar aqui a possibilidade de um juiz deixar de aplicar uma lei que considerasse contrária ao Direito Natural.

O pensamento rousseauiano, bem expresso por Vidal (2009) vai assentar-se na tentativa de conciliar liberdade e poder, onde este seria consubstanciado na vontade geral. Rousseau vai buscar uma aproximação a partir da compreensão de liberdade como autonomia, segundo a qual os homens são livres apenas e na medida em que obedecem a sua própria consciência. As varias criticas dirigidas à obra de Rousseau tem sido apontadas em especial ao potencial totalitário de sua doutrina no que se refere consubstancialmente no excessivo apego à vontade da maioria (*volonté générale*), como fonte última e incontestável do poder político, caracterizando a entrega total do indivíduo a coletividade, para Bonavides (2004, p. 171): “reconduz o Homem a si mesmo, à sua veracidade. Esse Homem não existe, porém, no particular, senão no geral; é social, e não individual.”

Por sua vez, Constant (1989, p. 68) assegura que os direitos individuais são identificados com os direitos naturais, que deverão ser respeitados sempre pelo

poder estatal, sendo ilegítima sua violação por qualquer autoridade social. Para o citado autor:

Nenhuma autoridade pode atentar contra estes direitos sem violar o seu próprio título. Não sendo ilimitada a soberania do povo e não sendo a sua vontade suficiente para legitimar sobre tudo o que deseja, a autoridade da lei não é mais que a expressão verdadeira ou suposta dessa vontade, conseqüentemente não é ilimitada. A anuência do povo não legitima o que é ilegítimo posto que um povo não pode delegar a ninguém uma autoridade que não tem.

Fazendo então uma breve análise do contraste entre os pensamentos de Locke e Constant com a visão de Rousseau, antes de adentrar naquele que veio com sua teoria a dinamizar a tripartição dos poderes do Estado – Montesquieu -, pode-se observar que o pensamento moderno foi indubitavelmente caracterizado pelas tensões entre o indivíduo e a comunidade, mas especificamente entre a liberdade dos modernos, assentada no distanciamento do poder estatal, e a liberdade dos antigos, ligada à soberania coletiva, ou seja, em suma, pelas tensões entre o Estado de Direito e a democracia, o que corresponde a dois modos distintos de ver a liberdade, onde no Estado liberal de Direito à liberdade é concebida como “liberdade negativa”, por ser uma liberdade de defesa que mantém o Estado afastado da esfera do indivíduo, uma liberdade liberal que impõe amarras à livre atuação do próprio poder estatal, enquanto a democracia está intimamente ligada com a “liberdade positiva” qual seja, aquela assentada no exercício democrático do poder, na qual a atuação do poder estatal é legitimada pela participação do povo.

Ao destacar que o Parlamento era o órgão do Estado que iria impor limitações ao poder do monarca – o qual detinha este o quarto Poder mencionado pelo autor como o de Prerrogativa -, Locke lobrigava de forma ainda incipiente, a Teoria da Separação dos Poderes, mas é somente na obra de Montesquieu que esse princípio vai ganhar coloração própria como mecanismo de contenção do poder.

Até Montesquieu (1996), se falava em função legislativa e função executiva, às quais o autor de O Espírito das leis acrescentava a função judicial (embora não mencionasse o termo Poder Judiciário). Para o citado filósofo há três Poderes: o Poder Legislativo, que é o de fazer leis, por certo tempo ou para sempre, de corrigir ou ab-rogar as existentes; o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões; o poder de julgar ou o Poder

Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que se traduz no poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.

O referido filósofo também acrescenta ser essencial garantir a edição das leis e sua execução, de modo que fiquem orgânica e pessoalmente separadas, para que assim pudesse ser preservada a supremacia da lei ou um regime de legalidade como condição de liberdade e de segurança do cidadão, uma vez que não admitia, nem entendia que os três Poderes pudessem estar reunidos num só homem ou associação de homens, pois sustentava que a liberdade individual só estava assegurada quando as funções estatais não permanecessem no mesmo órgão do Estado, uma vez que, nos governos despóticos, as leis são impostas pela força em favor dos caprichos e da vontade do governante. Assim, para Montesquieu (1996, p.28):

Resulta da natureza do poder despótico que o único homem que o exerce faça-o da mesma forma ser exercido por si só. Um homem para o qual seus cinco sentidos dizem incessantemente que ele é tudo e que os outros não são nada é naturalmente preguiçoso, ignorante, voluptuoso.

Portanto, segundo Montesquieu, todo homem seria levado a querer conquistar e ampliar seu poder, dele necessariamente abusando, caso não encontrasse limites para essa sua assim considerada tendência natural. Por isso, e partindo dessa premissa, entendia imprescindível que, pela própria natureza das coisas, o poder freasse o poder. Assim a concentração ilimitada do poder seria, portanto, incompatível com a liberdade natural, originariamente, adquirida pelos homens.

Em conformidade com os postulados jusnaturalistas, Montesquieu defende a separação das funções estatais entre diferentes órgãos, estabelecendo ainda um sistema jurídico-institucional de controles e balanceamentos (freios e contrapesos), no qual cada órgão está incumbido do exercício de determinada função, entrevista como uma parcela da função material do Estado. Sendo que a função Legislativa, em sua teoria, surgia como a primeira função do Estado, a produção das leis, concebidas como o resultado da elaboração de um legislador racional e legítimo, era confiada aos representantes do povo¹, cabendo aos demais órgãos simplesmente

¹ O autor refere-se ao modelo inglês, no qual o Poder Legislativo era composto pela nobreza e o clero – reunidos numa Câmara Alta (Câmara dos Lordes) e pelos representantes do povo, atuando numa Câmara Baixa (Câmara dos Comuns). Para Montesquieu, se a nobreza, privilegiada pelo nascimento,

acatar a sua vontade, devendo os Poderes Executivo e Judiciário (representativo), limitar-se a aplicar os ditames legais.

“Não se admitia, portanto, que os tribunais pudessem considerar inválida uma norma resultante da vontade geral” (MONTESQUIEU, 1996, p. 170). Sendo assim, nessa perspectiva, e nos remetendo mais uma vez ao que propôs Rousseau em sua teoria, interpretar o princípio da separação dos poderes significava dizer que eventual atuação de órgãos judiciários no controle de validade das leis implicaria uma excessiva e inaceitável interferência destes nas atividades do Poder Legislativo.

Nesse contexto, em que a lei traduz a vontade popular, como obra exclusiva do legislador, a doutrina da separação dos poderes vai conformar uma determinada atuação do Poder Judiciário, delimitando o alcance das decisões judiciais, conforme se verifica veemente em Cruz (2004, p. 73):

Logo, a teoria da separação dos poderes trouxe consigo uma concepção própria para uma teoria da decisão judicial. Enquanto a legislação traduzia-se por um ato de vontade do povo, por meio de seus representantes, a decisão judicial traduzia-se por um ato de ciência, um ato de cognição da vontade do legislador. O Judiciário, ao decidir, deveria simplesmente aplicar ao caso concreto uma decisão política fixada anteriormente pelo legislador. Seu ato seria neutro politicamente. A aplicação do Direito deveria ser despida de qualquer preferência ou valor pessoal do julgador, vez que lhe incumbia apenas conhecer os valores impostos por quem teria legitimidade para tanto. A metáfora da justiça pela mulher vendada ilustra bem o quadro, pois a justiça deveria ser cega/neutra, ou seja, sem vontade própria.

Dessa forma, a aplicação do princípio da separação dos poderes impedia que “os aplicadores do direito atribuíssem às normas sentido estranho, alheio ou diverso do que nelas se contém, pois se o fizessem estariam a criar, ainda que por via interpretativa, preceitos outros” (MENDES, 2010, p. 182) que por não estarem contidos nas regras, não deveriam ser ‘criados’, mas simplesmente interpretados.

É partir dessa disparidade – onipotência do legislador e decisão judicial como ato meramente cognitivo – que surge o chamado positivismo jurídico, o qual se destaca por ter como ponto central o fato de o Direito produzido pela autoridade estatal ser considerado o único existente, que nas palavras de Bobbio (1995, p. 26): “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”, e a hermenêutica clássica que viria a abrir espaço para o

riqueza e honra, viesse a ser confundida com os cidadãos comuns, ou seja, o povo do seu tempo histórico, a liberdade passaria a significar a sua escravidão (MONTESQUIEU, 1996, p. 171-172).

desenvolvimento de algumas teorias subjetivistas e objetivistas, mas que em todas elas manifesta-se de forma recorrente uma abordagem dicotômica entre ato legislativo (volitivo) e ato judicial (cognitivo), a exemplo da Escola da Exegese que propugnou uma hermenêutica absolutamente cognoscitiva, na qual o juiz devia limitar-se a declarar a vontade do legislador, pois a atuação do Poder Judiciário ao deixar de aplicar uma norma que fora produzida pelo legislador legitimado pela vontade popular, só restaria justificada se seu ato de aplicação de vontade fosse entendido como meramente cognitivo, ou seja, aquele previamente constituído pelo ato legislativo.

Outra vertente a ser destacada, é a do normativismo kelseniano, onde por essa “concepção o ato judicial não é apenas um ato de cognição, haja vista que, dentro de certos limites, o juiz efetua uma escolha (ato de vontade) dentre as interpretações possíveis” (BOBBIO, 1997, p. 53). Segundo Kelsen (1998, p. 272) “a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual”, ou seja, verifica-se que segundo Kelsen a norma jurídica é apenas constituída de uma moldura que irá comportar uma diversidade de conteúdos, cabendo ao juiz preenchê-la com as diversas interpretações possíveis que emanam do texto legal.

Assim, a constatação de Kelsen de que o exercício da jurisdição compreende também uma atividade volitiva (e não apenas cognitiva, com o mero conhecimento) como até então propunha a hermenêutica tradicional, acabou por entrar em contradição com a teoria da separação dos poderes e com a idéia de soberania da vontade popular.

Segundo Barroso (2003, p. 287):

Desde que o Iluminismo consagrou a primazia da razão, o mundo, construído pela ciência, busca a objetividade. As atividades de um membro da comunidade científica, na medida do possível, devem estar desvinculadas de crenças pessoais e posturas voluntaristas. No Direito, em especial, tanto no momento de elaboração quanto no de interpretação da norma, não se projeta a visão subjetiva, as crenças e os valores do interprete.

Assim, no âmbito da interpretação constitucional, é possível verificar a existência de duas correntes, a interpretativista, que considera que os juízes devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição (ou pelo menos, nela claramente implícitos), sendo, portanto, tal corrente fundamentada nos

limites da exigência do princípio democrático, onde a decisão judicial não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática; e, a não-interpretativista, que defende a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos contra atos do legislativo que estejam em desconformidade com a Constituição, o que nos dizeres de Canotilho (1999, p. 1122) “deve apelar-se para os *substantives values* – justiça, igualdade, liberdade – e não apenas e prevalentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa”, revelando, nesse caso o Direito tanto pelo conteúdo de normas jurídicas legislativas (atividade mecânica – função jurisdicional como ato meramente cognitivo) como pela aplicação de princípios jurídicos abertos (atividade discricionária), sendo esta uma tarefa cometida também aos juízes.

2.2 DEMOCRACIA FACE O ESTADO DE DIREITO

Tais questões acerca dessa interpretação ou criação de uma nova norma jurídica têm gerado uma tensão entre comunidade e indivíduo; Constant, conforme citado por Vidal (2009) já revelava isso ao explicitar da contradição entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, e sustentando a existência de direitos naturais oponíveis ao poder estatal em qualquer circunstância, onde propôs mecanismos de limitação da soberania popular, restringindo drasticamente a manifestação da vontade majoritária (princípio democrático), de modo a evitar que o poder político violasse os direitos individuais. Ao se analisar o pensamento de Locke e Constant com a visão de Rousseau nota-se que o pensamento moderno foi decisivamente marcado pelas tensões entre indivíduo e comunidade, o que caracteriza hoje as tensões entre Estado de Direito e a democracia.

Partindo então dessa premissa, da construção teórica do estado de poder em dois níveis: no primeiro, os homens elegem seus representantes (extraordinários) que estabelecem a Constituição; no segundo, os representantes (ordinários) atuam de acordo com a Constituição, exercendo o poder nela formatado, é que encontra-se os maiores questionamentos e a base fundamental do presente estudo.

Para Ferreira Filho (2003, p. 81):

É preciso enxergar muito além da realidade para ver nos que elaboram uma Constituição, depois de uma revolução – e este é o caso que mais se aproxima do modelo –, representantes do povo investidos de um poder extraordinário, diferente dos que, mais tarde, recebem do mesmo povo os que este elege para que governem de acordo com a Constituição que fora estabelecida. Existe, nas duas situações, uma atribuição de decidir dada pelo povo-eleitor, não mais, nem menos. Ou seja, uma relação de representação-imputação – o representante 'quer' pelo representado, a quem se imputa a vontade enunciada. Tanto a Constituição como sua eventual alteração procedem de um mesmo Poder representativo, conforme se apontou anteriormente.

Entretanto, reconhece Ferreira Filho que a doutrina do poder constituinte logrou êxito ao propor uma explicação lógica para a Supremacia da Constituição, especialmente, quando justifica a atuação da jurisdição constitucional, em virtude da subordinação dos atos dos governantes a uma condição de constitucionalidade, sob pena de sua invalidade.

Então, pela Teoria do Poder Constituinte este seria inicial e ilimitado, sem sujeição a formas, limites e condições preexistentes, já que pertence, em tese, à Nação e, ao elaborar a Constituição, institucionaliza o Estado, e um poder constituído, como órgão previsto na Constituição, por ela regulado e conformado, mediante limitações tácitas e expressas, cujo objeto é a reforma e manutenção da própria Constituição. E as relações que se estabelecem a partir daí (entre poder originário e poder constituído) não são pacíficas, conforme afirma Miranda (2000, p. 223), para o qual, “o poder de revisão vive sempre em tensão com o poder constituinte”.

Para Canotilho (1999, p. 70), a conformação lógica entre criador (poder constituinte) e criatura (Constituição) é apenas aparente, pois:

Nada de menos exacto se com isto pretendemos dizer que não existem momentos de tensão entre um poder incondicionado, permanente e irrepetível – o poder constituinte – e um poder 'constituído' pela constituição (ou 'poder legislativo constituído') caracterizado pela estabilidade e vinculação a formas. Radica mesmo aqui um dos mais complexos temas da teoria política e da teoria constitucional que levou logo os autores de *The Federalist*, sobretudo Madison, a assinalar a distinção entre *constitucional politics* destinada a estabelecer os esquemas fundadores de uma ordem constitucional, e *normal politics*, desenvolvida normalmente com base nas regras e princípios estabelecidos na lei superior e fundamental. A *constitucional politics* teria, pois, carácter excepcional, extraordinária, típico dos momentos de elevada 'consciência política' e de mobilização popular. O mesmo problema preocupou também Sieyès. Por um lado, o poder constituinte 'não está previamente submetido a qualquer constituição', por outro lado, e segundo as próprias palavras, 'uma constituição é um corpo de

leis obrigatório ou não é nada'. Esta tensão, entre poder constituinte incondicionado e obrigatoriedade jurídica da constituição justificará a introdução do conceito de poder constituinte derivado ou poder de revisão constitucional a quem compete alterar, nos termos da constituição, as normas ou princípios por ela fixados. O 'poder constituinte revolucionário' equivalia aos olhos de Sieyès (já na sua fase conservadora) um factor de instabilidade. Mas valia 'um freio [limites do poder de revisão] do que sua insurreição permanente'.

É desse impasse que, segundo o pós-guerra produziu-se uma terceira forma de Estado, onde se buscou realizar a síntese dialética entre os dois modelos anteriores (Estado Liberal e Estado Social – Intervencionismo Estatal), a partir da intervenção do Estado na economia, conforme pensamento político-económico keynesiano. O Estado Democrático de Direito devia estruturar-se como uma ordem de domínio legitimado pelo povo, na qual o poder fosse organizado e exercido em termos democráticos. Segundo Canotilho (1999, p. 95), "o elemento democrático não foi introduzido apenas para 'travar' o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*)".

No Estado Democrático, diferentemente da dimensão do Estado de Direito, que tem sua expressão jurídico-constitucional em um complexo de princípios e regras inseridos no texto constitucional, a legitimidade do domínio político e a legitimação do exercício do poder radicam na soberania popular. Pois conforme Canotilho (1999, p. 226): "o Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é Estado democrático. Há, assim, uma *democracia de Estado de direito* e um *Estado de direito de democracia*" (grifos do autor).

Sendo assim, a tensão entre constitucionalismo e democracia, na verdade, não passaria de um mito, apresentando que se cuida, em razão, de uma questão mal posta, como dispõe o citado autor (1999, p. 227):

[...] no fundo, a proclamada tensão entre constitucionalistas e democratas, entre Estado de direito e democracia, é um dos mitos do pensamento político moderno. Saber se o governo de leis é melhor que o *governo de homens* ou vice-versa é, pois uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo sob leis e através de leis. É basicamente, um governo de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral (grifos do autor).

Sustenta Streck (2004, p. 101) que “a nova concepção de constitucionalismo une precisamente a idéia de Constituição como *norma fundamental de garantia*, com a noção de Constituição enquanto *norma diretiva fundamental*”(grifos do autor). O que implicou essa evolução, na Teoria do Estado, a politização da Constituição, com a conseqüente imbricação entre legislação e jurisdição, sendo o Estado Democrático de Direito o *locus* privilegiado deste acontecimento. Sendo assim, os dois principais argumentos em que se assentava a dificuldade de conciliação entre legislação e jurisdição (a soberania do parlamento e a separação dos poderes) deixaram de ter correspondência na realidade político-constitucional do Estado Democrático de Direito. Prossegue o citado autor (2004, p. 104), afirmando que “a soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos do cidadão face ao Estado”.

O mesmo (2004, p. 111) apresenta as bases mínimas para solucionar o problema, colocando a questão nos seguintes termos:

[...] há que se entender, antes de mais nada, que a Constituição, além de ser o *elo conteudístico que une 'política e direito'* em determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra maiorias. E ao se *constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição, enquanto explicitação do contrato social, trás insito um núcleo político que somente pode ser extirpado/solapado a partir de uma ruptura institucional.* Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver a égide do Estado Democrático de Direito. E é dessa intrincada engenharia política que exsurge um novo papel para o Direito e, por conseqüência para a Constituição (grifos do autor).

É a partir dessa visão que se tem na democracia e nos direitos fundamentais os pilares necessários para o novo modelo de organização estatal, superando assim, a discussão acerca do liberalismo e do intervencionismo-social, sendo então, o Estado Democrático de Direito aquilo que fundamenta antecipadamente, dentro do círculo hermenêutico, a legitimidade da justiça constitucional, que por sua vez, tem como função preservar os fundamentos (direitos fundamentais e democracia) desse novo modelo de Estado. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito conformaria, então uma espiral hermenêutica, que seria a condição de possibilidade, do agir legítimo da instância judicial, que poderia inclusive viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidade por omissão, constituindo-se, assim, em um importante remédio contra a atuação das maiorias.

Portanto a fórmula política do Estado Democrático de Direito sintetiza "uma série de princípios os quais se promovem mutuamente *in abstracto*, mas, necessariamente, irão muitas vezes conflitar-se *in concreto*" (GUERRA FILHO, 2002, p. 189). Pois, a questão central que se encontra para enfrentar o problema é "estabelecer o *princípio e valor maior*, à luz do qual se poderão esclarecer dúvidas quanto à forma adequada de equacionar o conflito entre os princípios da democracia e do Estado de Direito" (GUERRA FILHO, *ibidem*). O princípio máximo perseguido encontrar-se-ia implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e democracia, e sua função hermenêutica é a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas, o qual está consubstanciado na máxima de proporcionalidade. Afirmando o já mencionado autor (2002, p. 195) que:

É esse equilíbrio a própria idéia do Direito, manifestado inclusive na simbologia da balança, e é a ele que se pretende chegar, com Estado de Direito e Democracia. A proporcionalidade na aplicação é o que permite a co-existência de princípios divergentes, podendo mesmo dizer-se que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados.

É, pois dentro dessa perspectiva e da leitura da Constituição como um conjunto de normas principiológicas que se implicam mutuamente, os princípios da democracia e do Estado de Direito, que aparecem *in abstracto* como complementares, que podem e devem, na prática, serem compatibilizados pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

2.3 FUNÇÃO TÍPICA E ATÍPICA DOS PODERES

O pensamento de Montesquieu (1996) é caracterizado pela busca de um justo equilíbrio entre a autoridade do poder e a liberdade do cidadão. Para que ninguém possa abusar da autoridade, "é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder", daí a necessidade de cada poder manter-se autônomo e constituído por pessoas e grupos diferentes. Ao defender os poderes (funções) como independentes e harmônicos entre si, é imperioso que para que seja

preservada uma autonomia eficiente entre esses Poderes (funções), não se deve pensar numa independência absoluta, pois esta viria apenas a servir como elemento desagregador e criador de inoperância. Dessa forma, é necessária a devida autonomia para exercitar as funções inerentes a cada repartição do poder, mas desde que de forma conjugada e compatibilizada com os demais no sentido de manter uma interação equilibrada, a fim de que não entrem em choque, constituindo assim o ideário da doutrina dos freios e contrapesos.

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em seu artigo 2º, que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" A divisão do Poder é feita através da atribuição de cada uma das funções governamentais de legislar, administrar e julgar a órgãos específicos que levam as denominações de respectivas funções. No entanto, tal separação dos poderes não impede que, além de sua função típica (preponderante), cada um dos Poderes exerça atipicamente (de forma secundária) funções aparentemente atribuídas com exclusividade a outro sem, contudo, violar o princípio da separação dos poderes, consagrado como cláusula pétrea pelo ordenamento jurídico, mais precisamente no artigo 60, §4º, III, da Carta Magna.

Portanto ao prelecionar sobre a divisão dos poderes Montesquieu (1996, p. 25) mostrava o necessário para o equilíbrio dos Poderes, pois para o citado autor:

Para formar-se um governo moderado, precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir[...] Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual será, por seu turno pelo Legislativo. Esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.

Trazendo este pensamento para o ordenamento pátrio, tem-se que não resta dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado Democrático de Direito. Pois, segundo Moraes (2006, p. 385):

O objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do

Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação dos Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade. Assim, estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição.

Ter-se-ia então, casos atípicos como exceção, uma vez que a regra é a da indelegabilidade da tripartição das funções. Tal premissa é decorrente da teoria dos freios e contrapesos, que por sua vez evita a predominância de um Poder sobre os demais. Assim, com base no artigo 2º da Magna Carta, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta, tendo cada um dos Poderes uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional (funções típicas e atípicas).

O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e auxiliado pelos Ministros de Estados e sucessivamente os Estados e Municípios pelos Governadores e seus Secretários e os Prefeitos, seus Secretários Municipais e seus respectivos vices. A este poder cabe a função de praticar os atos de Chefia de Estado (representar a nação, concretizando efetivamente os anseios sociais e coletivos), Chefia de Governo e Chefia da Administração Federal. Compete a este sancionar, promulgar e publicar as leis aprovadas pelo Legislativo, além de comandar as suas Forças Armadas no caso do Presidente da República, e as policiais militares e civis e as Guardas Municipais.

Como funções atípicas a que estão sujeitos os representantes do Poder Executivo tem-se as jurisdicionais, como as originárias de recursos administrativos, com os quais internamente a Administração Pública exerce a função de julgamento dentro de um processo administrativo, lançando o princípio da ampla defesa, deferindo pedidos, em diversas instâncias e criando diversos órgãos julgadores. Quanto às funções legislativas apresentam-se os incisos III e XXVI do artigo 84 e também no artigo 68, da Constituição Federal, respectivamente autorizadas de iniciativa de processo legislativo, a legislação por medidas provisórias e a atuação por lei delegada.

Por sua vez, o Poder Legislativo possui como funções típicas as atribuições legislativas, concretizadas pelo processo legislativo e as funções de fiscalização e

controle realizadas através de pedidos de informação endereçadas aos Ministros de Estado ou a seus subordinados; o controle externo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, que é apreciar e julgar as contas do Presidente da República, as contas dos administradores de bens e valores públicos da Administração indireta e direta; a criação de comissões parlamentares de inquérito com o objetivo de investigar fatos relevantes para a política nacional. Como atividades relacionadas com a fiscalização das atividades do Poder Executivo estão análise da execução do orçamento público, as licitações e os contratos assinados e a contratação de servidores públicos. Como funções atípicas administrativas, tem-se a competência de cada uma das Câmaras para disporem sobre sua organização, polícia e provimento de cargos e serviços específicos, ocorrendo também quando o legislativo provê cargos, aloca servidores, concede férias, licenças, promove servidores e outros. Como função atípica jurisdicional, tem-se os julgamentos que decidem sobre os crimes de responsabilidade (art. 52, I e II, CF/88) e processar e julgar os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União (art. 52, II, CF/88), tendo a peculiaridade de que a Câmara dos Deputados tem o juízo de admissibilidade do processo e o Senado Federal como tribunal político, além de funcionar como tribunal de processo e julgamento de crimes de responsabilidade contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República e Advogado Geral da União.

Segundo Gonçalves (2009, p. 1093):

Tendo em vista a estrutura, composição, finalidade e as relações do Poder Legislativo com a sociedade política, pode-se considerar, como suas funções principais, as seguintes: *a) função mobilizadora do consenso popular*: compreende atuação na mobilização popular para as políticas defendidas e executadas pelo Executivo, desempenhando o Legislativo papel fundamental para a paz social e a sobrevivência do sistema político, com a articulação, no processo eleitoral, de interesses no contexto de um sistema político mais aberto; *b) função informativa*: o Legislativo dá oportunidade de receber e divulgar fatos referentes a todo o país, sobre todas as regiões e segmentos sociais, diminuindo a distância entre o centro do Poder e os cidadãos; *c) função educadora*: manifesta-se quando as atividades do Poder Legislativo alcançam maior visibilidade, pelo desenvolvimento dos veículos de comunicação, tendo papel relevante os discursos e os debates parlamentares. A atividade legislativa desenvolve o lado político do cidadão e promove a manifestação da cultura de cidadania, da ética e da moral; *d) função eletiva*: manifesta-se nos sistemas parlamentares, em que o Legislativo escolhe o Primeiro Ministro e pode destituí-lo. No presidencialismo, como é o caso do Brasil, a Constituição prevê competência do Senado para a escolha de embaixadores, diretores do Banco Central, entre outros, às casas Legislativas competência para eleger o Presidente e o Vice-Presidente da República, no caso de vacância

destes cargos nos últimos dois anos do período presidencial; e) *função representativa*: traduz-se na capacidade de o Legislativo representar toda a diversidade existente na sociedade e ponderar sobre os múltiplos interesses da variedade dos segmentos representados num governo pluralístico. Protege as minorias da opressão potencial da maioria e desempenha, quando necessário, a função de freio; f) *função obstrucionista*: coincide, em parte, com a função representativa. Ressalte-se que, por ter características mais conservadoras do que os outros poderes, o Legislativo exerce uma resistência saudável – em parte por ser um colegiado e suas decisões coletivas serem mais lentas – contra a iniciativa unilateral do Executivo, muitas das vezes sem o apoio de parte da população. Nos sistemas presidenciais de governo os Legislativos tendem a ser mais obstrucionistas do que nos sistemas parlamentares, e essa função protege a democracia representativa.

Quanto ao Poder Judiciário, este é um dos três poderes consagrado como autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Moraes (2006, p. 471):

[...] sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios.

Pois como bem dispõe Zaffaroni (1995, p. 87):

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, "a chave do poder do Judiciário se acha no conceito de independência" (grifos do autor).

Assim, tem-se por função típica do Poder Judiciário a própria função jurisdicional, qual seja julgar, aplicando a lei a um caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis, solucionando os conflitos existentes entre as gentes, os conflitos e divergências existentes entre as leis e suas interpretações, além de fazer cumprir a lei, por sua vez abstrata, genérica e impessoal.

Mas assim como os demais Poderes do Estado, o Judiciário também possui funções atípicas como o pleno exercício das funções administrativas internas, disposições organizacionais e, ainda, quanto à função legislativa apresenta-se o artigo 96, I da Constituição Federal, que autoriza a elaboração do seu regimento interno, e no artigo 61 caput, da Carta Maior, que prevê a possibilidade de iniciativa

de lei complementar ou ordinária a qualquer membro do STF e aos Tribunais Superiores. O Judiciário também legisla por meio de jurisprudências que firmam um posicionamento e através das Súmulas do STF, e ainda pelas Súmulas Vinculantes do STF criadas conforme a Emenda Constitucional 45/2004.

3 DO ATIVISMO JUDICIAL

Examinando-se o desenvolvimento da democracia, a partir do conceito de que deve ser o governo do povo, para o povo, verifica-se que as formas históricas referentes à prática do sistema democrático tropeçam por vezes em dificuldades, porém, estas não podem inibir o esforço que deve ser empreendido para a sua consecução, posto que se cuida, na história das civilizações, da melhor e mais sábia forma de organização do poder, sendo pois, a melhor forma de justificar o princípio democrático a impossibilidade de encontrar outro que lhe seja superior.

Ao se proclamar a supremacia da Constituição, e conseqüentemente a difusão da idéia de controle de constitucionalidade enquanto instituição jurídico-política à garantia da eficácia daquela norma superior leva-se a análise ao surgimento, no âmbito do moderno constitucionalismo, de um instrumento de averiguação da conformidade de todos os atos da legislatura ordinária com a norma fundamental, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis.

3.1 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO COMO VONTADE DA MAIORIA

A repartição dos Poderes (Funções) do Estado como visto constitui princípio fundamental do Estado Moderno e está pautado na convenção universal de que assim divididos e convivendo de forma independente e harmônica, pode garantir a perpetuidade do Estado Democrático de Direito. É partindo dessa premissa maior, que funciona como axioma jurídico, que o Estado moderno se organizou separando seus Poderes, ficando ao legislativo cumprir a feitura do ordenamento jurídico, ao judiciário a aplicação desse ordenamento diante das lides que se lhe apresentam e ao Executivo a administração dos interesses do Estado em obediência à ordem jurídica posta.

Como se observa, a todos ficou determinado uma 'missão', todavia, de todos eles, o único que não foi permitido participar da feitura do Estado, foi o Judiciário. Exilado da neutralidade coube-lhe apenas, em épocas outras, tal como uma máquina sem vida, encaixar a lei nos casos concretos, sem direito a opiniões, palavras ou voto, simplesmente aplicar.

A vida contemporânea, contudo, tem instigado a relativização dessa convenção. Modernas teorias foram e vêm sendo formuladas para possibilitar que o Estado, através do Judiciário, acompanhe o progresso social. Alguns parâmetros que ajudarão a corroborar com o esclarecimento das mútuas implicações entre democracia e jurisdição constitucional, para que assim se possa entender sobre o que hoje se denomina de ativismo do judiciário (judicialização da política).

Quando se fala em democracia, o que se vem à mente, é como indica a própria etimologia da palavra, que esta é o governo do povo, e por ser um governo do povo, ela (democracia) vai exigir a participação deste na tomada das decisões fundamentais e, sendo assim, seria possível falar-se de regime democrático desde que se assegurasse a ampla liberdade de escolha, a pluralidade de opiniões e o direito das minorias, onde todos serão tratados como se fossem iguais no processo político da tomada de decisões, conforme afirma Moro (2004, p. 113), segundo o qual “a democracia e o governo do povo estariam fundados no princípio material de que todos os membros da associação devem ser considerados como politicamente iguais”.

De acordo com Sartori (1992) há pelo menos três concepções do que seja democracia: a democracia como princípio de legitimação; a democracia como ideal; e a democracia como sistema político. Dentre essas distinções, revelam-se a primeira e a terceira marcadas com aspectos descritivos, e a segunda, por sua vez, representa o elemento preceptivo. Segundo Vidal (2009, p. 58):

É inegável, todavia, que existe uma inter-relação entre as três concepções (a democracia como princípio de legitimação; a democracia como ideal; e a democracia como sistema político), merecendo destaque, para os fins aqui pretendidos, a questão da legitimação, ou seja, a democracia como uma doutrina política especial, na qual o poder de auto-organização pertence ao conjunto de cidadãos.

Para Bobbio (2002, p. 30) o que caracteriza a democracia “é considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. E assevera (*ibidem*) ser imprescindível uma terceira condição, aludindo à necessidade de se reconhecer um núcleo essencial de direitos individuais:

Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupos são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isso, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos. No que diz respeito aos sujeitos chamados a tomar (ou a colaborar para a tomada de) decisões coletivas, um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se direito) a um número muito elevado de membros do grupo. É preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc – os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o Poder *sub lege*, mas exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos 'invioláveis' do indivíduo.

Na doutrina majoritária, a exemplo do que vem sustentando Gonçalves (2009) e Vidal (2009), tem-se sustentado que o Estado Democrático de Direito, vinculando-o ao constitucionalismo, pode dar azo a três modelos distintos de democracia constitucional, quais sejam: a) a democracia dualista, onde existem duas classes de decisões políticas – uma adotada pelo próprio povo e outra tomada pelo governo – observando-se aqui uma estreita relação entre essa concepção de democracia e a teoria do poder constituinte (originário e derivado); b) a democracia monista, que apóia-se na idéia de que não tem sentido uma distinção entre decisões do povo e decisões do governo, sendo admitido, portanto, para ela como iguais e legítimas as decisões tomadas pelo Parlamento – eleito democraticamente - e pelo povo; c) a democracia jusfundamentalista, que defende uma maior proteção aos direitos fundamentais, pois “entende que a única forma de preservar a autonomia privada frente à eventual tirania da maioria deve ser a instituição de um núcleo imutável (*coto vedado*) de direitos fundamentais, uma esfera inegociável e indisponível por qualquer maioria” (FERREYRA. 2004, p. 436). Surgindo nessa última tese o questionamento quanto a forma de se estabelecer quais direitos seriam objeto dessa proteção especial, uma vez que, para alguns, nessa posição hierarquicamente superior se encontra a propriedade e, para outros, a prioridade é a dignidade da pessoa humana.

Para Vidal (2009, p. 62):

[...] há diversas concepções acerca do que se há de entender por democracia. Na verdade, trata-se de um conceito dinâmico marcado pelo traço da equivocidade, resultante do processo histórico de evolução da própria sociedade, estando, por conseguinte, associado às características e ao grau de desenvolvimento de cada povo.

Mas é justamente tomando como parâmetro a dualidade: representação versus participação, que a doutrina clássica tem identificado duas modalidades básicas de democracia: a democracia participativa, não representativa ou direta, e a democracia representativa, indireta ou semidireta. Quanto o que vem a ser a democracia participativa, Bonavides (2003, p. 434) recentemente reformulou a sua posição acerca do que viria a ser um conceito mais exato para a democracia direta, utilizando-se de termos relativos, compatíveis com as estruturas sociais e políticas das sociedades modernas, assim para o citado autor (*ibidem*):

Democracia direta não quer dizer, por conseguinte, que todas as formas de representação sejam banidas, exorcizadas ou eliminadas, sem o que não haveria essa democracia. Nada disso. O importante e essencial, absolutamente indispensável para definir hoje a identidade da democracia direta, é que o povo tenha ao seu imediato dispor, para o desempenho de uma desembaraçada e efetiva participação, os instrumentos de controle da mesma. Sem isso a participação será sempre ilusória, e o é nas chamadas democracias representativas do Terceiro Mundo, onde aqueles instrumentos compõem, não raro, o biombo atrás do qual se ocultam as mais obnoxias ditaduras sócias de confisco da liberdade humana.²

Para Bobbio (2002, p. 53) mesmo entendendo que os institutos da democracia direta, no sentido próprio da palavra, não são suficientes, assinala que a “exigência de maior democracia, tão freqüente nos últimos anos, pode ser expressa pela exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta”.

No que diz respeito à democracia representativa, esta teve seu ‘surgimento’ quando da antiga democracia ateniense, na qual os cidadãos deliberavam sem

² BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 434. Afirma o autor que reformulou posições doutrinárias anteriores, “que até há pouco cuidávamos sustentáveis e das quais agora nos arredamos, por se nos afigurarem equivocadas. Assim, por exemplo, quando equiparávamos a democracia direta de nossa época a uma versão idêntica e rigorosa daquela que imperou na Grécia.” E acrescenta: “dessa rigidez conceitual doravante nos apartamos, em busca de concepção mais branda e flexível, que nos consinta, sem abandonar e sacrificar a própria tese de democracia direta, colocá-la com objetividade em termos relativos, ou seja, compatibilizá-la até mesmo com formas representativas remanescentes, cuja continuidade ou persistência não descaracteriza nem aniquila de modo algum o modelo proposto.”

intermediários, e era caracterizada pela presença de instituições de representação da soberania popular. Para Montesquieu o povo possuía suficiente capacidade para escolher, mas não para governar, sendo que, segundo ele, o povo precisava eleger representantes para decidirem em seu nome os negócios do Estado, já Rousseau sustentava a impossibilidade de governo representativo, haja vista que a soberania, resultado da vontade geral, não poderia ser representada; ele defendia mandatos imperativos, onde os representantes deveriam estar sempre sujeitos exatamente às instruções que recebessem de seus constituintes.

Segundo Bobbio (2002, p. 56) a democracia representativa não é o mesmo que Estado parlamentar, para o autor, ela significa genericamente que “as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade”. Então, o Estado Parlamentar seria, conforme já citado autor (*ibidem*), tão somente uma particular manifestação do princípio representativo, onde “no Estado representativo, as principais deliberações políticas são tomadas por representantes eleitos, sendo irrelevante se os órgãos de decisão são o Parlamento, o Presidente da República ou outras instâncias regionais”. Haja vista que, para Bobbio (2002, p. 56):

Do mesmo modo que nem todo Estado representativo é um Estado parlamentar, o Estado parlamentar pode muito bem não ser uma democracia representativa. Se por democracia entendemos, como devemos, um regime no qual todos os cidadãos adultos tem direitos políticos – onde existe, em poucas palavras o sufrágio universal – devemos **considerar** que historicamente os parlamentos vieram antes da extensão do **sufrágio** e que, portanto, por muito tempo existiram Estados parlamentares que eram representativos mais não democráticos. Chamo a atenção para o fato de que na expressão ‘democracia representativa’ deve-se dar relevo tanto ao adjetivo quanto ao substantivo. É verdade que nem toda fórmula de democracia é representativa (daí a insistência sobre a democracia direta), mais também é verdade que nem todo Estado representativo é democrático pelo simples fato de ser representativo: daí a insistência sobre o fato de que a crítica ao Estado parlamentar não implica a crítica a democracia representativa, já que, se é verdade que toda democracia é representativa, é igualmente verdade que nem todo Estado representativo é um princípio e foi historicamente uma democracia.

Como não poderia deixar de ser, esse modelo de democracia representativa também abarca críticas que se apontam em duas direções: primeiro, a inexistência do mandato imperativo (defendido por Rousseau), ou seja, a representação não é concebida como uma relação fiduciária, feita em nome de um vínculo mais estreito

entre representante e representado; e segundo, a representação dos interesses gerais feita em nome da representação dos interesses particulares de corporações.

Para Bercovici (2005, p. 294) a representação política “pode ser entendida de diversas maneiras, cada uma delas implicando diferentes suposições acerca de quem e o que deve ser representado e qual a natureza dos interesses representados”, pois de acordo com o mesmo (*ibidem*):

Essa abordagem critica a noção de representação política enquanto ‘congruência’ entre representantes e representados. A representatividade das decisões não está tão associada a natureza ou congruência com que são tomadas, mas sim com modo dessas decisões. Algo semelhante a legitimação pelo procedimento: pouco importa se a decisão é justa, exata ou congruente, pois nas sociedades complexas a natureza de decisão cede lugar aos procedimentos que generalizam o reconhecimento das decisões. A identificação entre os desejos dos representados e as atitudes dos representantes não mais respondem a grande variedade de relações representativas que ocorrem nos sistemas políticos contemporâneos. Dessa maneira, o estudo da representação não pode estar limitado as relações eleitorais ou intra-individuais. O que identifica essa representação não é a ação individual exercida por algum participante, mas a estrutura e o funcionamento do sistema como um todo.

Nesse sentido, a representação política corresponderia a um conjunto de ações que conferia legitimidade ao poder, logo, se o representante foi eleito nesse procedimento institucionalizado, ele está capacitado para representar o representado, ou como bem disse Bercovici (2005, p. 295), “o poder de representação se legitima não porque expresse um *consenso real*, mas porque permite uma antecipação bem-sucedida do consenso presumido dos representados”.

Ao se dar ênfase ao processo pelo qual as decisões são formadas, a teoria política contemporânea tem identificado dois modelos de democracia, quais sejam: o modelo agregativo e o modelo deliberativo. No modelo agregativo, a democracia é vista como um processo pelo qual os cidadãos, em virtude de suas preferências comuns, são levados a se agregarem para a escolha de candidatos e políticas públicas, na defesa de seus interesses, ou seja, este modelo estaria centrado em interesses, onde haveria uma espécie de competição entre grupos, na qual cada partido está mais preocupado com a satisfação de seus próprios interesses, estimulando assim “um comportamento puramente *estratégico e instrumental*, fazendo com que tanto eleições quanto decisões legislativas reflitam não propriamente a *força do melhor argumento*, senão a resultante dos interesses

subjacentes ao agrupamento dotado de maior vigor e poder” (RICHE, 2003, p. 05). O que por sua vez faria com que se sobrepujasse as demais agregações existentes, pois segundo Riche (*ibidem*) tal modelo possuía suas deficiências:

Primeiramente, nela não encontramos critérios para distinguir a motivação do agir dos indivíduos, que nem sempre é fruto do interesse próprio, podendo inclusive ter fundamentos de ordem altruísta, baseados na reciprocidade e no reconhecimento do outro. Além do mais, adota uma forma de racionalidade excessivamente individualista e superficial, insuficiente para conferir um caráter mais justo às decisões políticas. Por fim, o modelo agregativo mostra-se completamente cético quanto ao possível teor normativo da democracia, não oferecendo critério algum para avaliar a legitimidade moral do conteúdo das decisões.

O modelo deliberativo, por sua vez, concebe a democracia como um processo no qual os indivíduos se associam publicamente para tratar de idéias, objetivos e metas, relativos a problemas de ordem pública. Neste modelo, de acordo com o posicionamento de Riche (2003, p. 08):

Os indivíduos fazem uso da argumentação, enquanto meio de intercâmbio entre diferentes concepções acerca do bem, tendo sempre em vista o bem comum. Ao menos em sua versão mais recorrente, a deliberação pública teria, como fim e critério de eficácia, a obtenção do consenso, fundado nas melhores razões dentre as oferecidas pelos participantes.

Sendo assim, nota-se que tal modelo busca alcançar um consenso racionalmente motivado, ou seja, “encontrar razões que sejam convincentes a todos aqueles comprometidos em atuar para a obtenção de resultados decorrentes de um processo livre e racional de avaliação das alternativas entre pessoas iguais” (COHEN, 2009, p. 72).

Haja vista que a deliberação pública da democracia deliberativa preocupa-se com as diversas formas de decisão que possam garantir uma maior adesão aos seus resultados. No dizer de Calazans (2003, p. 86), “é pela via do debate público e da exposição das razões ao crivo do discurso aberto e livre de todos os membros de uma comunidade que se alcança a legitimação da ordem político-jurídica”.

Pode-se destacar ainda na Teoria Política contemporânea a discussão acerca da democracia a partir de uma polarização entre duas concepções: o procedimentalismo, que propõe um modelo que não se fundamenta na institucionalização de procedimentos discursivos, cuja finalidade é assegurar a formação democrática da vontade dos cidadãos; e o substancialismo, que se

assenta na existência de direitos universais do homem (perspectiva liberal), bem como na moral de uma determinada comunidade (visão republicana).

Canotilho (1999, p. 1323) destaca as principais propostas do modelo procedimental-discursivo, destacando o conceito processual de política deliberativa como que inserido no próprio conceito de democracia, a qual equivaleria a um processo de auto-organização política da sociedade:

(1) contra o privatismo de um povo despolitizado e contra a redução legitimatória operada por partidos estatalizados é necessário regenerar a publicidade crítica através de formas deliberativas descentralizadas; (2) contra a compreensão da política centrada no estado procura-se dar vida a uma rede de comunicação e participação estruturante de uma sociedade democrática; (3) diferentemente da concepção ético-comunitária republicana, a democracia discursiva parte das condições actuais de pluralismo cultural e social incompatíveis como uma identidade ético-comunitária.

Já Habermas (*apud* STRECK, 2004) apresenta um modelo de democracia constitucional que não tem como condição previa fundamentar-se em valores substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas em uma “nação de cidadãos”. Daí, não concordar com a denominada “jurisprudência de valores”, que desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas, principalmente, as demandas da economia e do poder administrativo, que são reguladas pela lógica da eficiência. Para Streck (2004) a concepção de comunidade ética de valores compartilhados, defendida pelo comunitarismo (ou substancialismo)³ desconhece as relações assimétricas de poder existentes nas sociedades contemporâneas.

É nessa linha, que os Tribunais Constitucionais, segundo a teoria discursiva, têm como tarefa essencial a compreensão procedimental da Constituição, devendo limitar-se a proteger o processo da gênese democrática do Direito. Portanto, os

³ STRECK, *op. cit.*, p. 159. Para o autor, é possível afirmar que há semelhança entre o constitucionalismo comunitário e o substancialismo. Ressalta que “o constitucionalismo comunitário toma a Constituição como um conjunto de valores compartilhados por uma determinada comunidade política e, segundo essa inspiração doutrinária, caberia ao constituinte – seja ele originário, isto é, legislador de uma Carta sistemática de princípios, valores e instituições, ou permanente, como na criação jurisprudencial do direito – revelar, hermeneuticamente, a partir de sua imersão interpretativa no fundamento do ‘existir comunitário’, os preceitos fundamentais à sua sociedade. Os comunitaristas contrapõem, portanto, uma concepção de Constituição como sistema aberto à que a tem como sistema fechado, historicamente vinculado à imposição do liberalismo a às garantias da autonomia privada”

tribunais constitucionais não devem ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substantivos, mas, no dizer de Streck (2004, p. 160), devem “zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução”. Pois o modelo substancialista trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, cabendo ao Poder Judiciário e, em especial, à jurisdição constitucional, um papel de absoluta relevância na efetivação dos direitos fundamentais. Tem-se, portanto, nessa perspectiva, que a jurisdição constitucional deve fazer prevalecer o estatuído na Constituição, inclusive contra a vontade de maiorias legislativas, ocasionais ou não.

Mas foi Sieyès (*apud* VIDAL, 2009) ao estabelecer a proclamação da Constituição, um dos primeiros a difundir a idéia de controle de constitucionalidade, enquanto instituto jurídico-político indispensável à garantia da eficácia dessa norma superior, o que levou ao surgimento, no âmbito do moderno constitucionalismo, de um instrumento de averiguação da conformidade de todos os atos da legislatura ordinária com a norma fundamental, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis.

Como bem destaca Lopes (2001), essas idéias sobre a existência de uma norma superior e da prevalência do direito natural sobre o direito positivo foram mais abstrações teóricas e filosóficas do que concretizações jurídicas, haja vista que, segundo Cappelletti (1992, p. 54), na contra-posição entre os dois sistemas jurídicos, um deles era habitualmente “destituído de sanções eficazes e de institutos criados para impô-las”, tendo a distinção, portanto, pouco significado prático, sobretudo pela inexistência de um instrumento destinado a fazer valer a aludida supremacia.

Partindo desse contexto, encontra-se um esboço de controle realizado por juízes, ilustrado segundo Sampaio (2002, p. 27), em três versões marcantes na História:

A de Edward Coke que, na primeira metade do século XVII, na Inglaterra, já defendia o poder dos juízes para analisar a conformidade ou não da *statutory Law* com a *common Law*. No conhecido caso Dr. Bonham⁴, Coke

⁴ Segundo Sérgio Fernando Moro, “o caso envolvia a aplicação de multa ao Dr. Bonham pelo Royal College of Physicians e à sua condenação à prisão, pelo mesmo Conselho. Como a multa revertia em parte para o próprio Conselho, Coke entendeu que isso tornava esse órgão ao mesmo tempo juiz e parte no caso, o que era contrário à máxima da *common law* de que ninguém deve ser juiz em causa

admitiu a possibilidade de controle judicial dos atos do Parlamento; a dos *Parlements franceses* que, no final do século XVII e início do século XVIII, reconheceram a superioridade das leis fundamentais do Reino e passaram a examinar a validade de éditos reais e de outras leis; a do *Privy Council* do rei, que, ao longo do século XVIII, examinava a conformidade ou não das leis promulgadas pelas colônias inglesas na América, com as leis do reino (Parlamento de *Westminster*) e, ainda, declarava se as leis aprovadas pelos colonos eram compatíveis ou não com as disposições das Cartas Coloniais que haviam sido outorgadas pela Coroa britânica.

Nota-se que a hierarquia existente entre direitos naturais e direitos positivos seria absorvida, no pensamento moderno, pelo conceito de Constituição elaborada a partir de textos jusnaturalistas, onde reunirá em uma única ordem as duas ordens de direito, o *jus positum* e o *jus naturale*, assumindo assim, a Constituição, um caráter de norma superior, fruto do poder constituinte da nação, superposto ao poder legislativo constituído.

3.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS: O CONTROLE DIFUSO NORTE-AMERICANO E O MODELO DE CONTROLE FRANCÊS

Feito esse breve aparato acerca do processo de constitucionalização, passa-se a expor no que hodiernamente vem a ser chamado de ativismo judicial, ou seja, aquilo que está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Na definição de Barroso (2008), o ativismo judicial poderia ser conceituado da seguinte forma:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

própria. A lei que conferia àquele órgão tal competência contrariava a common Law e era, portanto, inavaliada". (MORO, 2004, p. 20).

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Nos Estados Unidos, a Constituição sempre foi entendida como uma norma superior, que servia de parâmetro para a aferição da validade das demais normas produzidas pela legislatura comum. Tinha-se uma preocupação em conter eventuais excessos do Poder Legislativo durante os debates constituintes, existindo, inclusive, proposta de criação de um órgão composto por membros do Poder Executivo e do Poder Judiciário, com atribuições de examinar previamente o conteúdo das leis. Porém, as tentativas de incluir o *judicial review* na Constituição não lograram êxito, o que restou aprovando apenas um artigo que obrigava "o Judiciário a resolver todas as controvérsias oriundas da Constituição (art. III, §2º), que para muitos, não vai além de instituir a prevalência da Lei Magna federal sobre os Estados" (SAMPAIO, 2002, p. 29).

Ante a indecisão dos constituintes na Convenção de 1787 e a falta de previsão expressa na Constituição, a famosa inclusão da *judicial review* no ordenamento jurídico norte-americano seria feita, mais tarde, por John Marshall, Presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, reconhecendo o poder de juízes e tribunais para examinar, de forma incidental, a constitucionalidade das leis. A relevância de *Marbury v. Madison* prende-se ao fato de, pela primeira vez, a Suprema Corte afirmar a supremacia da Constituição Federal em face das próprias leis federais, haja vista que, em casos anteriores, já havia proclamado tal supremacia em face das leis estaduais.

Essa decisão de Marshall, segundo Barroso (2003, p. 166) chega a ser considerada "a mais célebre decisão judicial de todos os tempos", pois analisando o cenário da época, foi proferida em meio a uma intensa crise política, onde envolvia Executivo e Judiciário, gerada a partir da vitória do Partido Republicano nas eleições presidenciais de 1800.

Vidal (2009, p. 83), expõe um breve aparato do contexto histórico vivido naquele tempo, e que gerou o que atualmente compreende-se como ativismo judicial:

O presidente John Adams, do Partido Federalista, derrotado por Thomas Jefferson, resolveu, no apagar das luzes de seu mandato presidencial, nomear seus aliados políticos para ocupar cargos no Poder Judiciário (os *midnight judges*). Marshall era Secretário de Estado de Adams e foi indicado para Presidente da Suprema Corte norte-americana em janeiro de 1801,

sendo empossado no cargo após a aprovação do seu nome pelo Senado sem, contudo, abandonar o cargo de Secretário de Estado até o término do governo Adams em 03 de maio de 1801.

Em fevereiro de 1801, o Congresso, então controlado pela maioria federalista, aprovou o *Judiciary Act* de 1801, aumentando o número de juizes federais e autorizando várias nomeações de juizes de paz para o Distrito de Columbia. Adams, mesmo em final de mandato, indicou correligionários para os cargos, sendo as nomeações confirmadas pelo Senado em 03 de março de 1801, no dia anterior à posse de Jefferson. Tudo foi feito tão às pressas que os cargos recém-criados não foram registrados formalmente no departamento da Secretaria de Estado, como deveria ser feito. Muitos dos beneficiados não haviam sido sequer notificados da nomeação.

Marshall, ainda Secretário de Estado, estava incumbido de entregar os títulos de nomeação aos demais indicados, não tendo sido possível realizar a posse de todos antes do início do mandato do novo presidente. Ao tomar posse em 04 de março de 1801, Jefferson resolveu não reconhecer essas nomeações, determinando a seu Secretário de Estado, James Madison, que não mais entregasse os referidos documentos, por considerar que as nomeações só se aperfeiçoavam com a tradição do título ao nomeado.

No final de 1801, um dos indicados para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia, William Marbury, após notificar o Secretário de Estado, James Madison, para que este apresentasse as razões pelas quais se negava a dar-lhe posse, ingressou com *writ of mandamus* na Suprema Corte, para que esta determinasse a Madison que o empossasse. A competência originária da Suprema Corte para esse tipo de ação estava estabelecida na seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, já que se trata de impugnar ato de autoridade federal.

Em 1802, o Congresso, agora majoritariamente republicano, revogou o *Judiciary Act* de 1801, que tinha determinado as nomeações e, somente em 1803, após dois anos de demora, o caso foi apreciado pela Suprema Corte norte-americana. Marshall resolveu não enfrentar uma possível resistência de Jefferson, que considerava o assunto tema exclusivo do Executivo, e indeferiu o *mandamus*.

Todavia, invertendo a boa técnica processual, Marshall começou o julgamento pelo mérito, estabelecendo no julgamento que Marbury tinha direito de ser empossado, pois a nomeação não seria revogável. Assim, pretendia deixar claro que a conduta do Presidente Jefferson e seus Secretários de Estado era ilegal. Entretanto, a ordem era denegada, em face de uma questão preliminar – a Suprema Corte não tinha competência para julgar o caso –, declarando inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia ampliado indevidamente a competência da Suprema Corte. As competências da Suprema Corte estavam expressamente previstas na Constituição, não sendo possível sua ampliação pro norma infraconstitucional.

Então, neste caso *Marbury v. Madison*, mesmo se curvando ao Poder Executivo, Marshall, sem apoio em texto expresso da Constituição norte-americana, lançava as bases de uma doutrina que se projetaria, dentro e fora dos Estados Unidos, qual seja, atribuir ao Judiciário poderes para invalidar os atos legislativos contrários a Constituição. Barroso (2003, p. 167) expõe a passagem do voto de Marshall:

É evidentemente atribuição e dever do Poder Judiciário dizer o direito. E aqueles a quem compete aplicar uma regra a casos concretos devem, necessariamente, interpretar esta regra. Se duas leis conflitarem entre si, os tribunais devem decidir sobre a incidência de cada uma.

Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas se aplicarem a um determinado caso, exigindo que o tribunal decida ou de acordo com a lei, sem atenção à constituição, ou na conformidade da constituição, sem atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso. Essa é a essência da função judicial.

Se, então, os tribunais devem observar a constituição e a constituição é superior a qualquer lei ordinária emanada do Legislativo, a constituição, e não a lei ordinária, é que deve reger o caso ao qual ambas se aplicam.

Assim, a particular fraseologia da constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a constituição é nula.

Portanto, é do trecho do voto acima transcrito que estão sintetizados os principais fundamentos teóricos do modelo norte-americano de controle da constitucionalidade, que deu início ao ativismo judicial, onde a Constituição escrita é a norma fundamental (*lex superior*), com a expressão máxima do poder constituinte originário que institucionaliza o Estado ao mesmo tempo que delimita seus poderes. Reafirmando assim, o princípio da supremacia constitucional pelo qual nenhum Poder Público poderá ser considerado válido, se for contrário à Constituição.

Outro fundamento seria a conferência a todo juiz ou tribunal, que quando chamado a decidir um caso concreto, ter o poder de deixar de aplicar uma norma da legislatura comum que não estiver de acordo com o que estiver estabelecido na Constituição, o que segue a força vinculante dos precedentes – *stare decisis* – de tal modo que o julgamento de um caso concreto pela Suprema Corte irá regular a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário. Bem como, o fundamento de que a lei que for contrária à Constituição não deve ser aplicada ao caso concreto, devendo portanto, ser considerada inválida desde sua edição, cabendo ao Poder Judiciário, tão-somente, declarar a sua não-aplicação, limitando-se a reconhecer uma situação de inconstitucionalidade preexistente, operando efeitos retroativos, considerando nulos todos os atos praticados, sob a égide da lei declarada incompatível com a Constituição.

Vale destacar o que afirmou Sampaio (2002, p. 32) com relação à solução de Marshall para o caso, pois para ele: “terminou por reinventar a Constituição, pois reconhecia a ela uma densidade normativa até então discutível e abria espaço para uma verdadeira reelaboração ou atualização de seu conteúdo”.

Vale ressaltar ainda outro modelo de controle bastante conhecido e que também influenciou e ainda hoje influencia aqueles que defendem o não-ativismo, o controle Francês. A experiência dos franceses com os *parlements* (antigas Cortes Superiores de Justiça que contribuíram para a arbitrariedade do velho regime) influenciou, de forma decisiva, para que na França predominasse uma enorme desconfiança em relação aos juizes, onde três elementos históricos contribuíram para a exclusão das leis, admitindo tão-somente um controle de caráter político, são eles, de acordo com Vidal (2009, p.90):

1. a idéia de separação dos poderes, na qual predominava o Poder Legislativo; 2. a concepção de lei, como regra geral e abstrata, produto da racionalidade da vontade geral, não podendo, portanto, ser contrastada; e, finalmente, 3. uma visão mecanicista do Judiciário que se expressou na Escola da Exegese.

O que se verifica na França é o predomínio da soberania nacional, esta traduzida na soberania do Parlamento, que sem sombra de dúvidas proibia o Poder Judiciário de tomar parte, mesmo que indiretamente, no exercício do Poder Legislativo, logo, sempre que uma lei comportasse interpretações divergentes, ela deveria ser enviada ao Poder Legislativo, para que fosse emitida uma manifestação interpretativa que obrigava o Poder Judiciário, necessariamente, a observá-la.

Segundo Diniz (1998, p. 125):

O dogma da legalidade conferia ao Parlamento o monopólio da tutela e interpretação da ordem jurídica, reduzindo as funções da magistratura à mera aplicação mecânica e silogística da lei. Nenhum outro órgão que não o Parlamento estava habilitado a dar a palavra final acerca do significado da lei e da própria Constituição.

Portanto, o que se verifica é que na França optou-se pela instituição de um órgão de natureza política, o qual realiza uma espécie de controle preventivo, durante o processo legislativo, sendo criado um Conselho Constitucional que exerce uma função especial de legislação, ao apreciar a constitucionalidade de projetos de lei, mesmo que já tenham sido debatidos e aprovados pelo Parlamento.

Segundo Canotilho (1999), o atual Conselho Constitucional transformou-se em uma verdadeira modalidade de jurisdição constitucional, onde todas as experiências históricas, inclusive no modelo atual, o controle de conformidade das leis foi exercido por um órgão não-judiciário.

Como bem explana Cappelletti (1992, p. 94):

Todas as vezes em que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle de conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária. [...] Nem muitíssimo diversa pode, enfim, ser considerada a solução adotada na Constituição da V República, de 4 de outubro de 1958, e até agora em vigor, que confia o controle de constitucionalidade, sempre apenas em via preventiva, ao *Conseil Constitutionnel*, muito embora não se deva deixar de observar que, em seus primeiros anos de vida, este órgão revelou-se, notavelmente, mais dinâmico e eficaz que seu imediato predecessor.

Logo, na história francesa todos os esforços para proteger as minorias contra eventuais excessos do princípio majoritário passaram por institutos políticos, onde o controle de constitucionalidade das leis sempre foi um procedimento distanciado da estrutura do Poder Judiciário.

3.3 A VONTADE DOS JUÍZES NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, a primeira constituição – Constituição do Império – outorgada em 1824, sofreu uma grande influência da doutrina francesa, onde preconizava a absoluta separação dos poderes, e da experiência constitucional inglesa, que concentrava o poder político no Parlamento, não trazendo qualquer mecanismo de controle judicial da constitucionalidade das leis, outorgando a atribuição de velar pela sua guarda ao Poder Legislativo, consagrando assim, pelo menos teoricamente, a supremacia do Parlamento e não da Constituição. Dessa forma, durante o período imperial, o sistema constitucional brasileiro não permitiu o surgimento de uma jurisdição constitucional, não se reconhecendo aos juízes o poder de recusar a aplicação de leis que fossem contrárias à Constituição.

O controle de constitucionalidade das leis só veio a ser introduzido no Brasil, sob a nítida influência da doutrina constitucional norte-americana, seguida da proclamação da República, onde a Constituição Republicana de 1891 recebeu expressa previsão, sendo uma adaptação do “*writ of error*” previsto no *Judiciary Act*

de 1789, do Direito norte-americano.⁵ Em 20 de novembro de 1894, veio o advento da Lei nº 221 que regulamentava a Justiça Federal, e estabelecia em seu artigo 13, §10 que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos concretos as leis manifestadamente inconstitucionais e os regulamentos manifestadamente incompatíveis com a Constituição”, deixando expressamente consignado o modelo de controle difuso, onde competia a qualquer juiz ou tribunal apreciar a validade de uma lei, podendo deixar de aplicá-la, ao caso concreto, no caso de entendê-la manifestadamente inconstitucional. Com a ressalva de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto a inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis possuíam, nesta época, efeitos apenas *inter partes*, sendo, portanto, esta a grande inconveniência deste tipo de sistema de controle difuso de constitucionalidade.

Logo, foi com o advento da República, que se optou no Brasil, pelo controle difuso de constitucionalidade “sem qualquer mecanismo que estendesse o efeito da decisão para o restante da sociedade” (STRECK, 2004, p. 432), o que fez com que esse sistema não oferecesse solução para o problema do grande número de ações idênticas, pois, “como a lei continuava em vigor, não se evitava a multiplicação de outras ações, fundadas na mesma questão constitucional já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal” (CAPPELLETTI, 1992, p. 76).

Mas foi com a promulgação da Constituição de 1934 que tal problema fora solucionado. Em seu artigo 91, VI, o diploma legal citado atribuiu competência ao Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo efeito *erga omnes* às decisões. A Constituição de 1934 passou a exigir o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para decidir sobre o incidente de inconstitucionalidade, acrescentando ainda um caso específico de controle por via concentrada, a representação interventiva, então a lei que decretasse a intervenção federal por violação dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-Membros era submetida previamente ao Supremo Tribunal Federal para que fosse apreciada a sua constitucionalidade.

Por sua vez, a Constituição de 1937 manteve o controle difuso trazido pela Constituição de 1934, inovando apenas no tocante a flexibilização quanto à “garantia

⁵ “Art. 59. Ao Supremo Tribunal compete: (...) §1º Das sentenças das justiças dos estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (...) b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas impugnações”.

de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pois previu a possibilidade de o Legislativo, mediante quórum qualificado, confirmar lei declarada inconstitucional”, conforme expõe Fernandes (2003, p. 180) a pedido do Presidente da República, o que mitigava a supremacia do Poder Judiciário, fortalecendo o Poder Executivo.

Na Constituição de 1946 retomava-se a tradição do controle judicial cultivada nos textos anteriores, mantendo-se o sistema difuso de controle; a competência do Senado Federal para suspender a execução de atos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e a ação direta interventiva – atribuída ao Procurador Geral da República, mas sofreu significativas mudanças com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, onde foi introduzido no Brasil o modelo concentrado de jurisdição constitucional, que dava ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, mediante representação encaminhada pelo Procurador Geral da República, bem como estabeleceu também, a Emenda Constitucional, a possibilidade de o legislador instituir processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estadual ou municipal, contrastados em face da Constituição Estadual.

A Constituição de 1967 que foi outorgada pelo regime militar, não trouxe nenhuma novidade quanto ao sistema de controle de constitucionalidade, não reiterando, contudo, a previsão da ação direta de inconstitucionalidade estadual, de natureza genérica, contida na EC nº16/65. E a Constituição de 1969 (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969) também não vai repetir a ação genérica estadual, mas trouxe uma ação direta, em âmbito estadual, limitada à hipótese de intervenção do Estado-Membro em Município.

E finalmente, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, resultado de um processo constituinte democrático, manteve-se o sistema do controle difuso de constitucionalidade (art. 102, III, a, b e c, CF/88) e a ação direta interventiva (art. 34, VII c/c art. 36, III, CF/88), inovando de acordo com Vidal (2009, p. 97) nos seguintes pontos:

- 1) na ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX);
- 2) na introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- 3) na criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, p. §1º);
- e 4) na recriação da ação direta de inconstitucionalidade

no âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º).

Tal quadro, traçado pela Constituição de 1988, fora modificado duas vezes, sendo a primeira de forma significativa por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF/88), com o objetivo de possibilitar a prolação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, reiterando a presunção de constitucionalidade das leis, privilegiando, assim, o método concentrado em detrimento do controle difuso, operando no sentido de uniformizar as decisões em matéria constitucional. E a segunda, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, que ampliou o efeito vinculante das decisões para as ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, § 2º, CF/88) e instituiu no âmbito do Supremo Tribunal Federal a Súmula Vinculante (art. 103-A, CF/88).

Nessa linha de raciocínio enquadra-se o transcurso de todas as promulgações das Constituições que fizeram parte da história da democratização do Estado Brasileiro, onde tal processo de mudança social reflete na aplicação das normas da Constituição Federal de 1988. A questão central a se indagar é como as decisões judiciais, especialmente as do Supremo Tribunal Federal, indicam um determinado desenho institucional. Deve-se explicitar o vínculo entre a prática da Jurisdição Constitucional brasileira e seus limites, delineados no texto constitucional.

Nesse contexto, de uma presença mais efetiva do direito, cria-se como conseqüência lógica, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais. As conseqüências para a teoria processual não são pequenas, uma vez que a judicialização da política dá uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica.

4 ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É bem verdade que, muitas vezes, não é simples a diferença entre o legítimo e o ilegítimo. Diferentes respostas têm sido oferecidas ao problema da legitimação democrática da jurisdição constitucional, retratando assim, a variedade de posições existentes na teoria jurídica contemporânea sobre o tema. As diferentes justificativas teóricas apresentadas refletem, de um modo geral, as diversas formas de abordagem do problema jurídico, seja sustentando a existência de valores substantivos e direitos preexistentes, independentemente da vontade da maioria (através da jurisdição constitucional), seja em virtude da natureza interpretativa do ato jurisdicional (ato de cognição ou ato de vontade), ou ainda, a idéia da necessidade de um governo moderado (limitado pelos mecanismos de controle da vontade da maioria).

Com relação ao caso brasileiro, fatores históricos tais como a redemocratização do país e a promulgação de um texto constitucional abrangente no tocante à defesa e promoção dos direitos fundamentais, sendo responsável, ainda, pela determinação de inúmeras tarefas positivas dirigidas aos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de sua concretização normativa, fazendo com que, ao mesmo tempo, nesse período conturbado de redemocratização, grandes expectativas fossem depositadas no Poder Judiciário, que ante a inércia daqueles que deveriam atuar positivamente, representando assim, a vontade expressa pela maioria no Estado Democrático, passando a ser vislumbrado por muitos como o guardião das promessas e o principal responsável pela efetivação da Constituição em um contexto de suspeita e de descrédito em relação aos poderes democraticamente eleitos.

4.1 DIMENSÕES LEGITIMADORAS DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Um dos questionamentos levantados acerca da legitimidade da jurisdição constitucional refere-se à necessidade de decisões oriundas de instâncias eletivas ou representativas da vontade da maioria, haja vista que os juízes não são eleitos pelo povo nem se submetem a controles periódicos de aferição da legitimidade de

sua atuação, tendo esta objeção encontrado respaldo em diversos mecanismos que legitimam democraticamente tal atuação.

Vidal (2009) em sua obra, assenta que para o doutrinador Häberle a democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca, legitimando assim, que a atuação da jurisdição constitucional pode apresentar-se, inclusive, contrária à vontade da maioria. Ao se analisar o seu evoluir histórico percebe-se que a democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios.

Além da tutela desses valores, de direitos e procedimentos que legitimam a atuação da jurisdição constitucional, outras dimensões aparecem tentando destacar que a legitimidade pode ser aferida em muitos casos. Desde o caso *Marbury v. Madison* tem se debatido acerca da atuação da jurisdição constitucional, onde pode-se vislumbrar dois aspectos distintos da questão, que segundo Vieira (2003, p. 21) seriam:

O primeiro, a existência de uma abordagem de cunho político-ideológico relacionada às atribuições dos juizes no âmbito do Estado Democrático de Direito, estabelecendo uma acirrada discussão entre os que defendem o ativismo judicial (*judicial activism*) e aqueles que propugnam pela autocontenção (*self-restraint*) e o segundo, a existência de um enfoque técnico-jurídico que se prende aos métodos de interpretação da Constituição, destacando-se também duas posições: o interpretativismo (*interpretivism*) e o não-interpretativismo (*non interpretivism*).

É a partir da combinação desses dois aspectos apresentados pelo citado autor que hoje, diversos doutrinadores, tais como Vidal (2009), Gonçalves (2009) e o próprio Ministro do SFT Gilmar Mendes (2009), usam para fundamentar seus posicionamentos acerca da atuação da jurisdição constitucional. Há, porém, uma indiscutível subordinação da função interpretativa à atitude político-ideológica que se tenha em relação ao papel dos juizes, o que irá basear-se, portanto, na escolha dos métodos de interpretação, que dependem "da postura de fundo que previamente se tenha sobre o ativismo judicial" (VIEIRA, 2003, p. 22).

Cumpra esclarecer que não se pode confundir a figura do ativismo com a judicialização, vez que o ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições, sendo exercitado em contextos de inércia, deliberada ou não, dos demais poderes de Estado, como em casos politicamente custosos, onde os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais, enquanto a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário. Assim, o ativismo judicial constitui uma atitude ou comportamento dos juizes no sentido de participar da elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos hábeis, representadas pela maioria.

Na defesa do ativismo judicial são encontradas pelo menos duas posições, já consolidadas na doutrina norte-americana, sendo a primeira delas relacionada ao interpretativismo moderado, no Brasil defendida por Vieira (2003) a qual distingue concepções de conceitos, correspondendo as concepções às opções claras do constituinte e, nesse caso, deveriam ser concretizadas através da interpretação gramatical da norma, e os conceitos, ao contrário das concepções, seriam abertos e vagos, estabelecendo um problema de interpretação, haja vista que podem conter várias concepções concorrentes, fazendo-se necessária escolher a melhor, abrindo portanto, o leque do juiz que pode optar por fazer uma escolha substantiva entre todas as concepções existentes para que assim possa proferir a decisão mais correta.

E por sua vez, a segunda corrente também citada por Vieira (2003), que defende o ativismo judicial, é identificada com o não-interpretativismo estrito, e sustenta que não existe um sentido único na Constituição, cabendo a cada geração definir materialmente sua “Constituição viva (*the living Constitution*), sendo, portanto, dessa forma, a tarefa do juiz constitucional não de interpretação constitucional, mas de uma verdadeira criação política” (VIEIRA, 2003, p. 27). Assim, no âmbito da atuação da jurisdição constitucional, a questão da legitimação democrática tem passado necessariamente pelo debate entre auto-contenção judicial e ativismo judicial ou, ainda, interpretativismo e não-interpretativismo.

No âmbito da teoria democrática contemporânea, vale destacar ainda, a polêmica acerca da democracia substantiva e procedimental, onde a corrente substancialista sustenta que o “Poder Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que assegure, mesmo contra as maiorias legislativas, a vontade do povo implícita no Texto Constitucional e nos princípios escolhidos como de valor permanente na sua cultura” (VIANA, 1999, p. 22). Já a tese procedimentalista propõe um modelo de democracia que não tem como condição prévia fundamentar-se em valores ou conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da vontade dos cidadãos, defendida por Vianna (1999).

As condições estruturais promotoras da judicialização – democracia, direitos fundamentais, sistema de controle de constitucionalidade, entre outras – estão presentes formalmente no sistema jurídico pátrio desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas foi recentemente que a temática ganhou o holofotes dos meios de comunicação de massa e o interesse generalizado de juristas e cientistas sociais. A compreensão da Lei Maior como norma jurídica superior, sob a qual se estrutura todo o ordenamento jurídico, vai, portanto, exigir a presença indispensável à garantia de um instrumento dessa superioridade, pois, com efeito, a supremacia da Carta Magna “só teria efeito prático caso se pudessem sancionar possíveis desacertos ou incompatibilidades das normas de escalão hierarquicamente inferior com as normas-parâmetro presentes no texto constitucional” (SAMPAIO, 2002, p. 98).

Logo, a fundamentação para a atuação da jurisdição constitucional há de ser encontrada na própria definição da Lei Maior como norma suprema, colocada na hierarquia das normas como um conjunto de preceitos institucionais que servem de base à organização política, social e econômica do Estado, sendo então o exame da constitucionalidade uma solução técnica para resolver o problema da supremacia da Constituição sobre as demais normas que estejam contrariando os seus princípios fundamentais.

Dessa forma, é partindo dessa premissa que a legitimidade dos atos jurisdicionais constitucionais podem ser sustentados a partir do momento em que a própria Constituição atribui, de forma expressa (instituída pelo poder constituinte), aos órgãos judiciários e aos tribunais constitucionais a decisão final sobre sua interpretação, bem como a defesa de sua supremacia (art. 5º, XXXV e §1º, CF/88).

Dessa posição aproxima-se Dallari (2002, p.89) ao referir-se ao poder político dos juízes, dispondo que:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

Assim, a decisão judicial seria uma manifestação da soberania popular entendida como vontade constitucionalmente positivada, o que faz com que a vontade das maiorias legislativas atuais ceda em face da norma constitucional que dispõem em sentido contrário, ou seja, as maiorias eventuais devem curvar-se à maioria do pacto constituinte, uma vez que, é através da Carta Magna que o princípio democrático limita-se a si mesmo quando esta estabelece uma subordinação do legislador comum ao legislador constitucional, o que faz com que a jurisdição constitucional tenha então a função de controlar a constitucionalidade orgânica, formal e material das leis ordinárias, vislumbrando, portanto, no conceito de Constituição como norma suprema, a presença de uma justificativa democrática para a atuação da jurisdição constitucional.

A Lei Maior do pátrio ordenamento jurídico não pode ser considerada como um simples mecanismo de articulação mais ou menos ocasional dos grupos políticos, mas o estatuto básico da vida comum, aquele que define, em relação aos cidadãos, os limites das esferas pública e privada, cuja eficácia demandará a proteção jurisdicional, e em sendo assim, a Constituição como norma jurídica, cabe ao Poder Judiciário aplicá-la diretamente, assegurando, portanto, a sua eficácia. E é no marco do positivismo clássico, que a jurisdição constitucional será compatibilizada com o princípio democrático a partir da idéia de Constituição como norma suprema, ou seja, a soberania popular como vontade constitucionalmente positivada, bem como se mostrará em harmonia com o princípio da separação dos poderes, posto que o ato judicial tem natureza meramente cognitiva, limitando-se a desvendar a vontade do legislador.

Entretanto, os ideais de coerência e completude do ordenamento jurídico vão de encontro à própria complexidade existente na vida social, que impossibilita sua

integral regulação pela atividade legislativa, sendo inevitável a existência de conflitos, obscuridades e lacunas. Assim, muitas questões levadas perante o Poder Judiciário não encontram uma solução clara nas normas jurídicas expressas, demandando necessariamente uma atividade criativa dos juízes.

Outra abordagem da jurisdição constitucional como procedimento é concebida a partir do pensamento de Harbemas (2004, p. 81), que tenta superar as duas tradições político-democráticas existentes no debate atual – a liberal e a republicana –, erigindo uma terceira concepção, de natureza procedimentalista, a qual denomina de “política deliberativa”. A tradição liberal parte da concepção segundo a qual a Constituição, em uma sociedade marcada pela pluralidade de modos de vida, é concebida como instrumento de governo capaz de regular o embate entre vários atores políticos que concorrem entre si, sendo a democracia nada mais do que o processo de eleição e o exercício de um governo legitimado pela maioria, considerando, dessa forma, que a jurisdição constitucional, conforme preleciona Cattoni (2000, p. 41):

Deve garantir a proteção da esfera privada em face de ingerências estatais a fim de que seja possível a cada indivíduo, ou associação, participar da política e defender seus pontos de vista, comuns e divergentes, resguardando a pluralidade de modos e de projetos de vida, em face dos interesses políticos majoritários.

A visão republicana, por sua vez, considera que a atuação da jurisdição constitucional “deve garantir certa virtude cívica ao processo legislativo, zelando para que o legislador político não se afaste da tarefa maior de realização da felicidade pública e do bem-estar, à luz dos valores consagrados constitucionalmente” (CATTONI, 2000, p. 40).

No marco de superação, tanto do modelo liberal quanto do modelo republicano de processo político, a Constituição, compatibilizando-se com o princípio democrático nas palavras do já mencionado Cattoni (2000, p. 44) “deverá ser compreendida, fundamentalmente como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresentam as condições procedimentais de institucionalização jurídica de formas de comunicação necessárias para uma política autônoma”. E sob essa perspectiva, os direitos fundamentais passam a ser compreendidos como condições de possibilidade de participação dos cidadãos na

formação do consenso democrático. Aprofundando o tema, Habermas (2004, p. 158) explica que:

A idéia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida de autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a ampliação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica em quanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos formam um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto, o princípio da democracia se constituem de modo co-originário.

Assim, a partir do princípio discursivo, institucionalizado sob a forma de princípio democrático, o citado autor (2003) introduz na sua concepção procedimental de democracia as categorias de direitos que possibilitam o surgimento da própria ordem jurídica, determinado o status das pessoas de direito, assim para Habermas (2003, p. 159) tem-se:

(1) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do Direito a iguais liberdades subjetivas de ação. Esses direitos exigem como correspondentes necessários; (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma da posição do cidadão que participa de uma associação voluntária de parceiros do Direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (4) direitos fundamentais à participação em igualdade de condições em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e, através dos quais, eles criam o Direito legítimo, e, (5) direitos fundamentais a uma vida digna, assegurando-se as condições sociais e ambientais indispensáveis ao exercício, em igualdade de chances dos direitos elencados (1) até (4).

Ao fundamentar o seu sistema de direitos, Habermas (*ibidem*) busca harmonizar o princípio da soberania popular, pelo qual todo o poder emana do povo, com os direitos fundamentais que são concebidos como condições que possibilitam o exercício da autonomia política, e que, como condições de possibilidade, “eles não

podem circunscrever a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem". Desta forma os direitos fundamentais são considerados condições necessárias para o processo democrático, onde, nos dizeres de Souza Neto (2002, p. 322) "nem mesmo a vontade da maioria pode interferir nesses direitos. A maioria eleita democraticamente não possui a prerrogativa de inviabilizar o próprio procedimento democrático". Nesse sentido, restaria justificada a atuação da jurisdição constitucional na defesa das condições procedimentais do processo de legislação democrático, ainda que, eventualmente, tenha de se restringir o princípio majoritário.

Em sua obra, Vidal bem salienta que conforme doutrina de Cittadino (1998), no âmbito do Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional deve adotar uma compreensão procedimental da Constituição, pois para ele (2009, p. 118), deve-se entender a si mesmo:

[...] como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ele mesmo o papel de legislador político.

Ainda nesse sentido, para Habermas (2003), o Texto Constitucional determina procedimentos políticos pelos quais os cidadãos podem construir, assumindo o seu direito de autodeterminação, um projeto de sociedade que produza formas de vida mais justas e, a partir da concretização das condições processuais da gênese democrática das leis, estaria assegurada a atuação legítima da justiça constitucional, pois para ele (2003, p. 326):

Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que correspondem à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.

E ao se referir ao papel da jurisdição constitucional na visão da política deliberativa, conclui o citado autor (*ibidem*) que:

A discussão sobre o tribunal constitucional - sobre seu ativismo ou automodéstia - não pode ser conduzida in abstracto. Quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normalmente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de sucessor de menor idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada - da cidadania que se transformou na 'comunidade dos intérpretes da constituição' -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Assim, as decisões resultantes da atuação da jurisdição constitucional deverão ser fundamentadas e expostas ao debate público, haja vista que as críticas advindas da esfera pública possuem um potente significativo de racionalização e legitimação, sendo, pois, nesse sentido que o pensamento habermasiano aproxima-se da perspectiva de Peter Häberle, citado pelo já mencionado Gonçalves (2009), segundo o qual o círculo de intérpretes da Constituição deve ser ampliado para além das autoridades públicas e das partes formais do processo, incluindo também todos os cidadãos e grupos sociais que, de alguma forma, estão sob a incidência da norma interpretada.

Cumprido esclarecer que, embora o conceito de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição possa atender as exigências de abertura do sistema jurídico defendido por Habermas, adequando-se à idéia de esfera pública política, o papel essencial da jurisdição constitucional é o de guardião do procedimento democrático, e não de legislador, seja ele positivo ou negativo. Essa posição vai levar a concepção procedimentalista habermasiana a se localizar no meio termo entre a perspectiva liberal e a perspectiva republicana. Então, nesse sentido, o modelo de política deliberativa de Habermas não aceita as limitações impostas pelo liberalismo no tocante à primazia da esfera privada, e como afirma Souza Neto (2002, p. 326) "nem tampouco deixará de reconhecer a importância de se estabelecerem certos limites mais contundentes ao processo político democrático, que os estabelecidos pelo republicanismo".

Segundo Theodoro Júnior (2006, p. 28):

Faz-se modernamente uma assimilação da idéia de devido processo legal à de processo justo. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar um melhor resultado concreto, em face dos designios do direito

material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal. A exemplo da Constituição italiana, também a Carta brasileira foi emendada para explicitar que a garantia do devido processo legal (processo justo) deve assegurar a 'razoável duração do processo' e os meios que proporcionem 'a celeridade de sua tramitação' (CF, art. 5º, novo inciso LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004). Neste âmbito de comprometimento com o 'justo', com a 'correção', com a 'efetividade' e a 'presteza' da prestação jurisdicional, o *due process of Law*, realiza, entre outras, a função de superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento. Inspira e torna realizável *proporcionalidade* e *razoabilidade* que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

Há desse modo, uma íntima relação do devido processo legal com o Estado Democrático de Direito, pois mesmo com o devido processo há certos limites intransponíveis para a ação do Estado, jamais podendo haver uma interferência desproporcional ou arbitrária do Parlamento ou do Executivo no campo da liberdade, ou que viole direitos e interesses de minorias vulneráveis.

4.2 ATUAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO FRENTE AOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

Como já mencionado anteriormente, sabe-se que a Constituição Federal é compreendida como um sistema de valores, logo a sua defesa, por via interpretativa, nada mais é do que um instrumento de fiscalização política, não existindo, portanto, ordem jurídica neutra, à medida que o Estado deverá estar comprometido com tais valores, o que se faz por meio de uma teoria constitucional apoiada em um sistema de valores compartilhados na comunidade. Estando esta pauta valorativa incorporada à Lei Maior, exige-se do Estado uma ação em seu favor. Sendo assim, o papel da jurisdição constitucional será decisivo para a realização dos valores comunitários, o que implica, por conseguinte, uma postura ativa do Poder Judiciário.

A atitude político-ideológica que se tenha acerca das atribuições do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional (ativismo judicial ou autocontenção) é que vai determinar uma menor ou maior limitação ao controle judicial de atos estatais que envolvam a interpretação e a aplicação da Constituição. Ao se falar em questões políticas impõe-se uma limitação temática à atuação da jurisdição constitucional, principalmente ao se sustentar que determinadas questões

constitucionais têm natureza essencialmente política e, por isso mesmo, deveriam ser tratadas pelos órgãos competentes do Estado para a ação política (Legislativo e Executivo), vedando-se, por conseguinte, o controle do exercício dessas competências pelo Poder Judiciário.

Ainda no aresto de 1803, conforme bem apresenta Bonavides (2004, p. 289) Marshall explicitou que, em determinados casos, “a matéria é política, porque respeita a nação, e não os direitos individuais”, acrescentando porém, que onde a lei estabelece uma obrigação e há direitos individuais dependentes do seu cumprimento, qualquer indivíduo que se encontre prejudicado, tem o direito de recorrer às leis do país, mas adiante expõe ainda segundo Marshall que “a esfera do tribunal é unicamente decidir acerca dos direitos individuais, não investigar de que modo o Executivo (ou seus funcionários) se desempenha de encargos cometidos à sua discricção”.

No Brasil, por influência do constitucionalismo norte-americano, a doutrina das questões políticas também assumiria um papel de relevância como instrumento de limitação da atuação do Supremo Tribunal Federal, onde na verdade, a delimitação conceitual das questões políticas é decisiva para esclarecer o âmbito da atuação da jurisdição constitucional.

A crescente expansão do Direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e a sociabilidade, tem levado o Judiciário a se desbordar do quadro da aplicação contenciosa da lei para uma apreciação do mérito do ato ou fato posto sob sua apreciação, sendo, pois, que desse modo, o exame da estrita legalidade não basta, cabendo ao Judiciário sindicat a legitimidade da questão sob julgamento. Como exemplos desta nova postura que se exige do Judiciário pode ser mencionada a ação civil pública, em que se deve salvaguardar o patrimônio público e social, o meio ambiente, os interesses difusos, o julgamento das ações populares, em que se deve considerar a moralidade administrativa e a tutela do meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural.

Como bem explicita Gonçalves (2009, p. 1274):

Diferentemente do paradigma legal racionalista e universalista de viés moderno, a crescente explosão de conflitos, cada vez mais complexos e pontuais, tem acarretado uma inflação legislativa, caracterizada pela aprovação de leis de circunstâncias, o que enfraquece o direito em razão de uma pragmatividade exagerada. Daí a tendência de se editar normas mais abertas e genéricas, cuja falta de precisão e clareza acaba por ampliar a

discricionabilidade do Poder Judiciário e promover a inserção da atividade jurisdicional na vida política, social e econômica.

O fato da democracia não se restringir à decisão majoritária, mas implicar na instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais das minorias, a promoção desse contexto e a garantia desses direitos é que faz do Judiciário o guardião da democracia, cumprindo a ele desempenhar tal papel sem, contudo, atropelar as tarefas que legitimamente cabem às maiorias.

Ainda segundo Moraes (2006, p. 474):

Todas essas garantias, portanto, são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio Estado que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. É importante ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivas e que, para o efetivo e imparcial controle destes atos, há a necessidade das garantias constitucionais da magistratura para não intimidar-se diante dos poderes, para que, dessa mútua oposição resulte a moderação de todos os poderes; o império da lei; a liberdade.

Com relação ao caso brasileiro, cabe mencionar fatores históricos como a redemocratização do país e a promulgação de um Texto Constitucional abrangente no tocante à defesa e promoção dos direitos fundamentais, responsável, ainda, pela determinação de inúmeras tarefas positivas dirigidas aos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de sua concretização normativa. Ao mesmo tempo, nesse período conturbado de redemocratização, grandes expectativas foram depositadas no Poder Judiciário, que passou a ser vislumbrado por muitos como o “guardião das promessas” e o principal responsável pela efetivação da Constituição Federal em um contexto de suspeita e de descrédito em relação aos poderes democraticamente eleitos.

De um ponto de vista mais sociológico, é importante destacar o crescimento da litigância judicial em sociedades marcadas por um Estado social que não cumpriu suas promessas por meio da implementação de políticas públicas universais, estimulando, assim, o acesso aos tribunais como última garantia para a obtenção

das prestações positivas previstas pela Constituição. Assim, haveria uma relação entre o caso das pretensões transformadoras do Estado social e o aumento da judicialização das relações sociais, transformando cidadãos em clientes de prestações estatais individualizadas.

Não se há mais de negar ao Judiciário seu devido lugar, qual seja: o de Poder estatal responsável não apenas pela aplicação da lei, mas também, e, sobretudo, pela manutenção da primazia dos princípios constitucionais e dos direitos sobre toda e qualquer fórmula positivada de conduta social.

Em março de 2006 o Ministro Celso de Mello em entrevista ao site Consultor Jurídico, indicou algumas das vantagens do ativismo jurídico concretamente no Brasil e da sua importância para a democracia, entre elas:

Atuação do judiciário como "co-partícipe" do processo de modernização do Estado brasileiro. E a suprir as lacunas da legislação para que prevaleça o espírito da Carta de 88, uma vez que a formulação legislativa no Brasil, segundo ele, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros sendo esse déficit de qualidade jurídica preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República

A verdade é que hoje o Poder Judiciário, segundo seus próprios membros e muitos doutrinadores, exerce um poder moderador, visando equilibrar a tripartição dos poderes, pois é através do controle de constitucionalidade abstrato que o Poder Judiciário se tem sistematicamente decidido sobre questões de diversas naturezas.

Quando se relaciona o surgimento do ativismo judicial com a decadência do constitucionalismo liberal e da política neoliberal, voltando-se a uma visão mais humanista e social, preservando princípios basilares de um Estado que são representados por sua Lei Maior e, principalmente, realçando axiologicamente os direitos fundamentais, mais especificamente aqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, constata-se a deficiência legislativa e a má utilização de instrumentos políticos que possam abalar tais direitos e princípios, ou ainda a crescente rapidez com que se depara da realidade social são objeto dos Tribunais e, que, com o ativismo judicial protegem valores tão importantes para a sociedade.

Não há dúvida nenhuma, ser de responsabilidade do Sistema Constitucional de 1988 o reconhecimento de um conjunto amplo de direitos fundamentais e o fortalecimento de instituições como o Poder Judiciário e o Ministério Público, os quais abriram caminho para uma forte judicialização da política, onde, o Supremo Tribunal Federal vem ocupando o seu espaço institucional, desenhado pela Constituição Federal de 1988 ao decidir em questões envolvendo aspectos de efetivação de princípios constitucionais.

Para compreender o significado do ativismo judicial, deve-se o marco da mudança da composição do Supremo Tribunal Federal no início do primeiro mandato de Luís Inácio Lula da Silva (2003-2006) com a nomeação de novos integrantes para essa corte. Soma-se a esse fator as conseqüências já advindas da Lei nº 9.868/99 (a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal), fortalecendo a jurisdição constitucional e a Emenda nº 45/04, (que instituiu a Reforma do Judiciário), constituindo-se esta um instrumento decisivo para o fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal.

A resultante dessa lógica foi um crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal recorrendo a tipificação de Marshall de um “ativismo formal” ou “ativismo jurisdicional”. Independentemente de uma judicialização da política, a Corte Suprema brasileira atua de modo a alargar, de forma crescente, as suas competências institucionais. Tal processo significa uma centralização de poder em detrimento das demais instâncias do Poder Judiciário. Nisso consiste, se não a natureza, pelo menos a dimensão política da jurisdição constitucional, como instância de controle formal e material do Direito – a vigilância do direito pelo direito – uma inovação na própria estrutura da legalidade, como bem salienta Mendes (2010, p. 163) ao citar Luigi Ferrajole, para quem essa novidade é a mais importante conquista do Direito contemporâneo⁶.

Com o advento do neoconstitucionalismo não se pode querer que o Poder Judiciário desconsidere as repercussões sociais e políticas de suas decisões. O déficit democrático com certeza é um dos grandes obstáculos ao ativismo judicial, afinal por melhores que sejam os pensamentos jurídicos presentes no Supremo

⁶ Noutra perspectiva, Luigi Ferrajole acentua que no Estado constitucional de direito a legitimação dos juizes para controlar o poder não tem nada a ver com o princípio da maioria, nem com a democracia política, antes reside no seu papel de servos da Constituição e guardiães dos direitos fundamentais.

Tribunal Federal, os temas que hoje por eles são decididos estão afastados do povo, já que nenhum deles foi eleito democraticamente e não representam a vontade de uma maioria, mas que ante a inércia (ou porque não dizer incompetência) que encontra-se o legislativo brasileiro, tem-se hoje no Brasil a presença de uma das Cortes Supremas mais ativistas do mundo, decidindo, a título de exemplo, desde a antecipação terapêutica do parto (ou aborto, a depender do ponto de vista) em feto portador de anencefalia (ausência de cérebro); demarcação efetuada pelo Ministério da Justiça da reserva indígena "Raposa do Sol"; o caso do *impeachment* do Fernando Collor em 1992; até o nepotismo; bem como, hodiernamente, a questão que está mais em pauta a que vem tratando dos casos a serem julgados pela "Lei Ficha Limpa", lei esta aprovada este ano, atendendo o clamor social, sem que se saiba exatamente se aqueles a quem o povo escolheu fariam leis no exato direcionamento das decisões do STF.

No tocante ao *impeachment* de Collor, em setembro de 1992, estudantes e universitários, vestidos e pintados com as cores da bandeira, foram para as ruas protestar e pedir o afastamento da presidência de Collor, ficando conhecidos como "geração cara-pintada". Em um breve aparato de como se desenvolveu esse processo, tem-se que Collor ao assumir a presidência prometeu derrubar a inflação com um golpe, mas seu plano econômico fracassou. Quando em nome do controle inflacionário a então ministra da Economia, Zélia Cardoso de Mello confiscou as poupanças dos brasileiros. Forçado a rever sua política, o presidente estendeu a mão para um frustrado entendimento nacional. Isolado, chamou para o ministério nomes do regime militar.

Sua gestão foi marcada por uma série de escândalos e suspeitas de corrupção. As denúncias ganharam força em abril de 1992, quando Pedro Collor, irmão do presidente, revelou a existência do "esquema PC", de tráfico de influência e irregularidades financeiras. Pressionada pelas manifestações públicas, a Câmara autorizou a abertura do processo de *impeachment*. Em 2 de outubro, Collor foi afastado temporariamente da presidência, renunciando ao cargo de presidente em 29 de dezembro de 1992, pouco antes de ser condenado pelo Senado por crime de responsabilidade.

O *impeachment* interrompeu o primeiro governo eleito diretamente após 29 anos e marcou ainda o cenário político mundial, já que Collor foi o primeiro

presidente na América Latina a ser destituído do cargo por este processo. Ele teve ainda seus direitos políticos cassados, tornando-se inelegível por oito anos.

Outro caso em que se observa uma postura ativa do Poder Judiciário, e que atualmente está bastante em pauta é o ápice de confusão gerado pelo sistema brasileiro com o julgamento do caso do Joaquim Roriz, quando se discutia a constitucionalidade da Lei Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010 que proíbe a candidatura de pessoas condenadas por órgãos colegiados da Justiça). A proposta foi sancionada na íntegra pelo presidente Lula no dia 04 de junho do corrente ano, seguindo parecer da Advocacia Geral da União (AGU), que não viu nenhum vício de constitucionalidade no texto. Porém apesar da sanção presidencial, persiste a dúvida se a nova lei já poderá ser aplicada às eleições de outubro. O presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Ricardo Lewandowski (2010)⁷, afirmou que a “corte deverá se manifestar em breve sobre o assunto, já que duas consultas foram feitas” sobre a abrangência do ficha limpa.

O que interessa aqui não é o caso em si, mas, *prima facie*, a inapetência do STF em tomar uma decisão, vez que a proposta fora elaborada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que reúne mais de 40 entidades da sociedade civil, e que chegou ao Congresso no dia 29 de setembro do ano passado, com o apoio de aproximadamente 1,5 milhão de assinaturas. Durante sua tramitação, o texto recebeu o aval de 2,5 milhões de assinaturas de internautas. Esta é a segunda lei de iniciativa popular, o que conota, portanto, visivelmente, mas um caso da atuação jurisdicional do STF, e que ainda encontra-se longe de uma solução pacificadora por parte dos Ministros, ante a pluralidade de votos.

Essa nova ordem estabelecida pelo pós-positivismo veio preconizar a importância de normas constitucionais de natureza principiológica, onde sustenta que deve o sistema normativo pautar-se pela defesa irrestrita dos direitos fundamentais e dos princípios materiais de justiça, estabelecendo ainda que o elástico contorno das normas constitucionais abertas deva ser temperado pela interpretação judicial, que de acordo com o ambiente sócio-cultural da época, o que irá permitir que o sistema jurídico seja mais protetivo ao jurisdicionado e não sirva como mais um componente de exclusão social.

⁷ Ficha Limpa: renúncia é caso de inelegibilidade para as Eleições 2010 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164839>> Acessado em 28/10/2010.

Na compreensão do fenômeno do ativismo, deve ser considerado o interesse dos Ministros da Corte Suprema na legitimação do próprio tribunal para a resolução, ativista e criativa de problemas e questões controvertidas no futuro. Tal procedimento pode ser vislumbrado, de modo claro, no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF, transitado em julgado em 24/08/2007:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

A defesa do Supremo Tribunal Federal da representação argumentativa, como fundamento de legitimidade de suas decisões, está fundada na lógica sublinhada por Lima (2006, p. 185), no sentido de que “a participação do Poder Judiciário possui por fundamento o lado abstrato da normatividade constitucional, procurando suporte nos meandros da linguagem”.

Na verdade, a delimitação conceitual das questões políticas é decisiva para estabelecer o âmbito de atuação da jurisdição constitucional. Segundo Canotilho (1999, p. 47), o conceito de constitucionalismo envolve um claro juízo de valor, sendo, “no fundo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”. Assim, se por definição, as normas constitucionais tratam de questões políticas, os conflitos decorrentes de sua aplicação teriam também a mesma natureza. Uma concepção ampla dessas questões significaria reduzir a revisão judicial da constitucionalidade dos atos de Poder Público a um controle meramente formal, mas, por sua vez, a inexistência de qualquer limitação temática poderia conduzir, sem sombra de dúvida, a um ‘governo de juizes’.

Nesta senda, o papel determinante do Supremo Tribunal Federal é o de garantir os direitos e garantias fundamentais, mesmo que contra a vontade da maioria, velando pelas regras do “jogo” democrático, como uma comunidade de princípios, e não de política, de razão pública, de ideologias políticas, morais ou de concepções religiosas.

Contudo, não há como fazer com que o Judiciário suprima a política, pois embora se irradie por todo o sistema, e deva sempre estar presente, não deve ser

invocada para asfixiar a atuação do legislador, ou mesmo a vontade democrática. O que remete a verificação da questão da legitimidade nas democracias contemporâneas.

Portanto, cientes do seu papel e da sua autoridade, a Corte deve usar das prerrogativas que dispõe, para proteger a Constituição Federal como um todo, arbitrando serenamente, mas com firmeza, as inevitáveis tensões entre os valores constitucionais permanentes e as contingentes políticas públicas, que todo governo implementa e nenhum constituinte pretendeu regular, contudo, sem a necessidade de se cogitar de um Estado Judicial de Direito, preservando assim, o dogma da separação dos Poderes numa sociedade aberta (pluralista) de intérpretes e realizadores da Lei Maior.

4.3 OS LIMITES DOS PODERES DO JUIZ CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CRÍTICA

Como já visto, a legitimação democrática da jurisdição constitucional é uma questão que comporta diferentes respostas no campo da Teoria Constitucional contemporânea, onde tal discussão ocorre em virtude da necessidade de legitimar a atuação do juiz constitucional em face do princípio democrático, levando-se em consideração não apenas a sua função precípua de guardião da Carta Magna, mas, sobretudo, o fato de operar como última instância da democracia, decidindo quando os demais órgãos políticos do Estado atuam legitimamente ou não.

Sabe-se que a jurisdição constitucional não é necessariamente um instrumento indispensável à democracia, haja vista que, em diversos países (a exemplo da França), todos tidos como democráticos, tais instituições não existem. E justificando esse posicionamento tem-se o fundamento de Habermas (2003, p. 298), para o qual, “a existência de Tribunais Constitucionais não é auto-evidente, e mesmo onde eles existem, há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões”. Portanto, o mencionado autor (2003, p. 301), por exemplo, “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do

legislador”, que nesse sentido, poderia dispor, inclusive, de instituições que pudessem evitar preventivamente o surgimento de normas ilegítimas.

Vê-se que no modelo de Habermas, a jurisdição constitucional tem como tarefa essencial examinar e garantir a concretização das condições procedimentais da gênese democrática do Direito, onde, dessa forma, os Tribunais Constitucionais devem se preocupar principalmente com a regularidade do processo de elaboração das leis, sendo assim, sob essa perspectiva, o controle de constitucionalidade das leis deveria ser entendido como o controle do processo de produção das leis.

Em sentido contrário, o fato de a jurisdição constitucional não ser indispensável à configuração de um regime democrático não significa dizer que ela seja incompatível com a democracia, decorrendo assim, a principal discussão na atualidade no tocante ao estabelecimento de limites para a sua atuação em face do princípio democrático, na tentativa de compatibilizar suas funções com as dos demais órgãos estatais legitimados pela vontade popular. Devendo-se indagar principalmente acerca do alcance da atuação da jurisdição constitucional, delimitado na própria Constituição, em face das atribuições e procedimentos cometidos às demais instâncias de deliberação no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Vidal (2009, p. 165) cita Francisco Lucas Pires, no sentido de esclarecer esse dualismo, onde para Pires, a jurisdição constitucional deve ser colocada nos dois lados da democracia, assegurando também “a preservação do princípio da maioria, sem se subordinar a ele, mas em equilíbrio com a respectiva autonomia e supremacia no plano democrático”, ou seja, defende uma sociedade mais auto-regulada ou menos heterocontrolada, o que resulta na necessidade de reinventar um novo equilíbrio entre o político e o jurídico.

Na tentativa de delimitar o alcance da atividade jurisdicional, Cappelletti (1993) afirma que o fato de se reconhecer que todo ato de interpretação possui certo grau de criatividade, ou seja, um elemento de discricionariedade e escolha, o que segundo o autor, não deve ser confundido com a afirmação de liberdade total do intérprete, pois para Cappelletti (1993, p. 23):

Discricionariedade não quer dizer, necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.

Nesse sentido, o ativismo judicial não significa necessariamente direito livre, no sentido de Direito criado pelo próprio juiz, na solução do caso concreto. Os limites processuais envolvem a própria natureza do processo judicial, ou seja, são os limites próprios da atuação jurisdicional, onde diversamente do processo legislativo, o juiz não pode decidir qualquer relação da qual ele mesmo seja parte. Deve-se assegurar o caráter contraditório do processo (ampla defesa) e, por último, não pode iniciar o processo *ex officio*, necessitando da provocação do autor, assim, conclui Cappelletti (*ibidem*) que, “em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta”.

Assim, no âmbito da discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional em face do princípio majoritário, devem ser destacados, mesmo sem pretensões exaurientes ou definitivas, alguns limites a serem observados pelo juiz constitucional no exercício de suas funções, havendo, portanto, diversas ordens de limitações para a atuação da jurisdição constitucional, o que não implica dizer, que deve o juiz quedar-se inerte quando diante de um caso onde esteja claramente flagrante um ‘ataque’ aos direitos de ordem fundamentais. Essas questões, conforme bem menciona Tavares (2004, p. 518) em sua obra, envolvem os seguintes temas: “a) concretização de preceitos programáticos; b) limites na interpretação da norma; c) limites na desconstituição de atos dos demais órgãos constitucionais; e d) limites na conformação do espaço dos demais órgãos constitucionais”.

Em relação à primeira limitação deve ser ressaltado que as normas constitucionais que não tem aplicabilidade direta necessitam da intermediação posterior do legislador para que assim alcancem seu desiderato, o que por tal motivo, encontram sérias restrições quanto à possibilidade de se efetuar o controle omissivo de constitucionalidade. Logo, nesses casos, por existir uma área aberta para a atuação do legislador ordinário (que dispõem de um poder de criação, através do fundamento do Estado Democrático de Direito), não cabe aos juízes e tribunais constitucionais a invalidação da opção política adotada pela Constituição Federal, o que se leva a concluir que prevalece o poder da maioria democraticamente eleita para governar.

Canotilho (1999) ao descrever os limites funcionais do controle da constitucionalidade das leis, destaca que o silêncio legislativo permite, quando

muito, a aplicação direta da norma constitucional, mas não a possibilidade de o juiz substituir-se ao legislador, pois para o citado autor (1999, p. 273):

Nos casos mais flagrantes do não-cumprimento da Constituição por falta de regulamentação legislativa adequada - casos das chamadas imposições constitucionais, em sentido estrito, e de ordens de legislar -, os tribunais constitucionais podem, com base no princípio democrático, no princípio do Estado de Direito e em normas constitucionais expressas, declarar um silêncio legislativo como inconstitucional e considerar o legislador responsável pela conformação de domínios existenciais, estritamente indispensáveis à realização, pelo menos, dos direitos fundamentais ('teoria social' dos direitos fundamentais associada à 'teoria do núcleo essencial'). Todavia, não obstante se pode argumentar que o princípio democrático impõe uma actuação positiva do legislador e impede a transferência das responsabilidades de regulação para outro órgão, é que o princípio do Estado de Direito exige emanção de leis necessárias à realização de uma 'justiça material', nem por isso as conseqüências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade do silêncio do legislador se traduzirão no alargamento da competência da jurisdição constitucional no sentido de 'Gesetzgebersatz'. A fixação do silêncio do legislativo não adquire força executória contra o legislador. A eventual objeção assente no princípio da proibição de *non liquet* ou no 'estado de necessidade legislativa' conduz, quando muito, à aplicação directa, sempre que possível, dos preceitos constitucionais, mas não a uma substituição do legislador pelo juiz.

No tocante a segunda questão, os limites na interpretação da norma, é de se reconhecer que a jurisdição constitucional não poderá eleger soluções interpretativas que não estejam compreendidas no âmbito do objeto interpretado, porém quando se trata da interpretação dos direitos fundamentais, o problema tende a ser mais complexo, pois em ordenamentos jurídicos onde existam os mecanismos de atuação da jurisdição constitucional dispendo sobre a interpretação e aplicação de um catálogo de direitos fundamentais, a questão passa inevitavelmente pelo debate na seara política, isto porque uma das objeções diz respeito, por exemplo, quanto à dificuldade de se determinar com precisão quais os valores e a sua ordem de preferência. Relaciona Vidal (2009, p. 171) que:

A questão central, para Gilberto Bercovici, é a substituição do legislador democraticamente eleito pelo governo dos juizes constitucionais, e indaga 'em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito pelo povo ou no juiz constitucional?' segundo Bercovici, o constitucionalismo, no marco do positivismo jurisprudencial, continua incapaz de sair do discurso do 'deve ser', com a jurisdição constitucional 'assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder constituinte'.

Quanto à terceira limitação, a questão dos limites da jurisdição constitucional na desconstituição dos atos dos demais poderes, defende que, ao juiz constitucional compete tão-somente verificar se a lei é ou não contrária à Constituição, não permitindo-lhe substituir o entendimento do órgão que produziu a norma, a pretexto de formular soluções conforme a Constituição, onde o juiz constitucional não poderia atribuir à norma um sentido que não pudesse ser reconduzível à vontade do legislador, pois, caso contrário, ele assumiria o papel de verdadeiro legislador, deixando de observar, por conseguinte, as limitações decorrentes do princípio da maioria e da separação dos poderes.

Em relação à quarta questão, referente aos limites na conformação do espaço dos demais órgãos constitucionais, deve ser destacado que a legitimação democrática da jurisdição constitucional não poderia implicar a deslegitimação da própria lei, ou seja, a legitimidade da jurisdição constitucional não significa subvalorizar ou debilitar o estatuto da lei, convertendo-a em algo permanentemente sob suspeita, sendo necessário, portanto, que a atuação da jurisdição constitucional não reduzisse o espaço de cada um dos demais poderes, pois, de outro modo, equivaleria a usurpar, de forma ilegítima, o espaço traçado constitucionalmente para os diversos órgãos estatais.

Ante o exposto, tem-se que os limites impostos à jurisdição constitucional apontam quase sempre no sentido da objeção democrática, na necessidade de se resguardar a competência dos órgãos legitimados pela vontade popular. Entretanto, essa objeção pode perder força quando a atuação da jurisdição constitucional é justificada com base em argumentos que reforcem o próprio princípio democrático, como acontece, por de exemplo, quando contribui para o aprofundamento da democracia, quando intervém em caso de seu mau funcionamento, liberando os canais de participação, ou, ainda, para resguardar as condições da gênese democrática do Direito. E nesse sentido, o juiz constitucional deve adotar uma postura de autocontenção, com deferência em relação às atividades dos demais poderes constituídos, sem, contudo, implicar um compromisso com o *status quo*, bem como não pode ser confundida com renúncia absoluta ao controle de constitucionalidade.

Em estabelecidos esses parâmetros, o juiz no exercício da jurisdição constitucional, deve assumir, em uma democracia, uma postura de permanente preocupação com os valores de uma sociedade pluralista, atuando com deferência

ao princípio democrático, uma vez que, como regra geral, cabe aos representantes do povo a primazia na formulação das políticas públicas, que demandam, quase sempre, a elaboração de medidas legislativas.

Nada obstante a tensão entre direitos e democracia não estar solucionada, seria possível estabelecer, no marco do Estado Democrático de Direito, certos limites entre os domínios da jurisdição e da política, sem se esquecer, contudo, que pretender que uma forma de controle social, como o Direito, caso pudesse abolir a Política, exigiria que todos os homens, em dado momento e lugar, pensassem sempre do mesmo modo, alimentassem a mesma crença e almejassem os mesmos fins, o que restaria por fim em concluir que esses mesmos homens não teriam na plenitude de seu existir a liberdade de sentir, acreditar e criar.

5 CONCLUSÃO

A permanente tensão entre democracia e constitucionalismo, que coloca, de um lado, a soberania do Parlamento e a separação dos poderes, ambos como manifestação do princípio da maioria, e, do outro, a supremacia da Constituição, à qual todos deveriam estar subordinados, inclusive o Poder Legislativo e o Poder Executivo, abriu horizontes para uma profunda reflexão, no campo da Teoria Constitucional do segundo pós-guerra, sobre a legitimidade e aos limites da atuação da jurisdição constitucional em face do princípio democrático.

Em um primeiro momento, parece mesmo incompatível com o ideal democrático a função de atribuir a juízes, cuja investidura não advém do voto popular, a tarefa de invalidar atos aprovados majoritariamente pelo Parlamento, que teria sido escolhido democraticamente pelo povo. Uma definição mais clara de qual seria o papel do Poder Judiciário no regime democrático suscitou, em vários momentos da história do constitucionalismo, acirradas disputas políticas e diversas polêmicas doutrinárias, a exemplo dos debates ocorridos no contexto da Revolução Francesa no sentido de restringir o ato jurisdicional à mera aplicação do texto legal ou, ainda, no marco do Direito norte-americano a crise política entre os Poderes Executivo e Judiciário quando da fixação da *judicial review* e da jurisprudência restritiva da intervenção estatal laborada pela Suprema Corte durante o *New Deal*.

A tentativa de elucidar as implicações possíveis entre o princípio democrático e a atuação legítima da jurisdição constitucional revelou que o tema comporta diversas abordagens teóricas, gerando uma certa perplexidade na doutrina que busca solucionar o impasse, ora fortalecendo o pólo democrático, ora defendendo uma atuação mais ativa do juiz constitucional, principalmente, na defesa de determinados direitos que não devem ficar submetidos à vontade das maiorias legislativas, eventuais ou não.

Nada obstante as dificuldades em delimitar o tema a partir da análise isolada de um ou outro aspecto da questão, foi possível estabelecer, com base nas várias concepções teóricas estudadas, alguns parâmetros para a compreensão do papel da jurisdição constitucional, no que tange a sua compatibilidade com o princípio democrático.

As diversas concepções de democracia debatidas encontram-se intrinsecamente relacionadas com a compreensão que se tenha acerca do papel do

juiz constitucional, projetando-se, inclusive, nas técnicas utilizadas para a aferição da constitucionalidade das leis. Ademais, as implicações intrínsecas entre democracia e Constituição são inerentes à própria fórmula política do Estado Democrático de Direito. O princípio do Estado de Direito e o princípio da democracia, que, embora estejam associados *in abstracto*, podem muitas vezes conflitar-se *in concreto*. Nessa perspectiva, a relação entre política (democracia) e Estado de Direito (constitucionalismo) veicularia uma conflituosidade imanente ao próprio Estado Democrático de Direito, daí, afirmar-se que a questão em debate neste trabalho encerraria uma das aporias da Filosofia Política e da Teoria da Constituição.

A discussão acerca da legitimação democrática da jurisdição constitucional conduz invariavelmente à delimitação dos poderes do juiz constitucional, o qual terá, de acordo com a concepção adotada, uma postura de maior ou menor ativismo no exercício da função jurisdicional. Assim, partindo-se do pressuposto de que a jurisdição constitucional é compatível com a democracia, caberia então estabelecer os limites para a sua atuação, na tentativa de compatibilizar suas funções com as dos demais órgãos estatais legitimados pela vontade popular.

Ao atribuir ao Poder Judiciário o papel de protagonista de um processo de transformação social, geram-se não só as 'decepções' inevitáveis, mas também uma concepção elitista da organização da sociedade, principalmente no que concerne ao desconsiderar o potencial transformador do próprio povo, o que não significa dizer que o Poder Judiciário não tenha um papel importante no regime democrático, como garantidor dos direitos de participação de todos e dos direitos fundamentais das minorias, uma vez que, lembrando que a democracia implica, além da decisão majoritária, um diálogo constante entre cidadãos livres e iguais, cujas condições de deliberação devem ser asseguradas.

Então, estabelecidos esses parâmetros, afirma-se que, no exercício da jurisdição constitucional, o juiz deve assumir, em uma democracia, uma postura de permanente preocupação com os valores de uma sociedade pluralista, atuando em consonância com o princípio democrático. Cabe aos representantes do povo, em um regime democrático, a primazia na formulação das políticas públicas que demandem, geralmente, a elaboração de medidas legislativas.

Restou-se evidenciado que de fato há uma tensão entre os Poderes, onde estando o Poder Judiciário incumbido de ser o guardião da Constituição, não estaria

contudo, levando-se em conta o Princípio da Separação dos Poderes o qual estabelece frente ao Estado Democrático de Direito que rege o ordenamento pátrio a legitimação representativa dos Poderes Legislativo e Executivo, mesmo operando como última instância da democracia, legitimado pela maioria para decidir quando os demais órgãos políticos do Estado atuam legitimamente ou não. Portanto, é nesse contexto, mesmo sem pretensões exaurientes ou definitivas, que é possível estabelecer alguns limites a serem observados pelo juiz constitucional no exercício de suas funções, o que envolve, dentro das limitações, os seguintes aspectos: a) a concretização de preceitos programáticos; b) os limites na interpretação da norma; c) os limites na desconstituição de atos dos demais órgãos constitucionais; d) limites na conformação do espaço dos demais órgãos constitucionais; e e) a existência de um controle exógeno por parte de um órgão inter-dependente.

O que se mostrou evidenciado o alcance de como se desenvolve a judicialização no ordenamento jurídico brasileiro sob a égide do Estado Democrático de Direito na identificação dos limites da interpretação das normas jurídicas abertas, bem como no intervencionismo do Judiciário no âmbito dos demais Poderes (Legislativo e Executivo) o que poderia gerar, em feito de forma desenfreada, a formação de um 'Poder dos Juízes', ante a sua aparente falta de legitimidade, vez que não estão investidos pelo modo democrático, mas sim por mérito próprio através de concurso público (para juízes de primeiro grau) e elitista (para os juízes de segundo grau), onde efetuam um controle de forma independente na limitação do poder Estatal e nos controles de natureza política.

Para tanto, fez-se uma análise das justificações teóricas apresentadas pelo pensamento jusfilosófico contemporâneo na tentativa de ampliar os horizontes de compreensão do problema onde foi utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo que consiste na construção de conjecturas (hipóteses) que devem ser submetidas a propostas, as mais diversas possíveis, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica, à publicidade (sujeitando o assunto a novas críticas) e ao confronto com os fatos, para verificar quais são as hipóteses que persistem como válidas resistindo às tentativas de falseamento, sem o que seriam refutadas.

E como métodos de procedimento, o histórico evolutivo voltado a comprovação da verdade através da análise, evolução e comparação histórica das atividades e instituições e o exegético-jurídico voltado à análise das proposituras

constitucionais relativas ao tema, a interpretação jurídica onde a exegese foi realizar uma paráfrase direta do texto legal. E como, técnicas de pesquisa a pesquisa bibliográfica constituída principalmente em livros e artigos científicos.

Portanto, o que se tem como regra geral é que o juiz constitucional deve adotar uma postura de autocontenção, com deferência em relação às atividades dos demais poderes constituídos. A autocontenção, entretanto, não pode implicar um compromisso com o *status quo*, bem como não pode ser confundida com renúncia absoluta ao controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

6 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, artigo disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4> Acesso em 09 de outubro de 2010, p. 4.
- BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito constitucional.** Vol. 2. Coleção curso e concurso. Edilson Mougnot Bonfim (Coordenação). São Paulo: Saraiva, 2005.
- BERCIVICI, Gilberto. **O impasse da democracia representativa.** In: ROCHA, Fernando Luis Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito constitucional contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do de 1834. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/default.shtm>> Acesso em: 5 de outubro de 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- _____ **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

Consultor Jurídico, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei> Acesso em 20 de outubro de 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamento, 1998.

FAVOREU, Louis. **Los tribunales constitucionales y derechos fundamentales**. Tradução de Luis Aguiar de Luque e Maria Garcia Rubio de Iás Casas. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. *In*: VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea**. Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: JusPodivm, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O poder Legislativo e sua missão**. v.16 nº2. São. Paulo: Convivium, 2002.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Poder, democracia y configuración constitucional: momentos de creación y momentos de aplicación Del sistema constitucional argentino**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 4. jul/dez. 2004.

GARCIA, Emerson. **Jurisdição constitucional e legitimidade democrática**. De jure : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

HARBEMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vols. I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia**. Fortaleza: Pensar, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOPES, Ana Maria D'Avila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; MENDES, Inocêncio Mártires Coelho, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo 2. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RICHE, Flávio Elias. **Revisitando a deliberação pública**. In: VIEIRA, José Ribas. **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisprudência constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoria política**. Madrid: Alianza, 1992.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1 Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea**. Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: JusPodivm, 2009.

VIEIRA, José Ribas (org.). **Temas de constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

YOUNG, Iris Marion. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UNB, 2001.