



**DEMOCRACIA, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E
DIREITOS FUNDAMENTAIS – O NOVO CENTRO DE
CONCENTRAÇÃO DO PODER POLÍTICO**

JUDICIAL REVIEW, DEMOCRACY AND FUNDAMENTAL RIGHTS
– THE NEW CONCENTRATION CENTER OF THE POLITIC
POWER

Alberto de Moraes Papaléo Paes

Mestre em direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), professor de direito constitucional da Universidade da Amazônia (UNAMA), professor de direito constitucional e hermenêutica jurídica da Faculdade de Belém (FABEL), advogado sócio do escritório Amin, Dib Taxi & Papaléo Advocacia.

Resumo

No estudo da Teoria Geral do Estado é perceptível a incessante busca do homem pela integral realização de sua pessoa, enquanto ser humano, através de dois instrumentos de participação efetiva da sociedade na gestão do poder político: representatividade e democracia. Neste condão surgem as Formas de Estado e de Governo, assim como os Sistemas de Governo e a garantia de Direitos Fundamentais. Contudo, transportando-se estes argumentos para o controle de constitucionalidade brasileiro, fica a dúvida: existe representatividade política no controle feito pelo Supremo Tribunal Federal? Ainda, este controle é democrático? São estas perguntas que fundamentam a presente pesquisa.

Palavras Chave: Controle de Constitucionalidade; Democracia; Direitos Fundamentais.

Abstract

On the study of the General Theory of the State one can perceive man's incessant quest for the achievement of his person as a human being, by two instruments of effective participation of society in the management of political power: representativeness and democracy. In this sense there are the Forms of State and Government as well as Systems of Government and the grant of Fundamental Rights. However, these arguments are carrying for the Judicial Review in Brazil, and leads to the question: is there political representation in the control made by the Supreme Court? Still, is this control democratic? These are questions that underlie this research.

Key words: Judicial Review; Democracy; Fundamental Rights.

SUMÁRIO:

- I. Introdução.
 1. A Concepção Pura do Controle Difuso de Constitucionalidade.
 - 1.1. O Núcleo de Fundamentalidade da Decisão Judicial em Controle Abstrato.
 2. O Tribunal Constitucional do Modelo Concentrado de Controle.
 - 2.1. Garantia de Segurança Jurídica como Direito Fundamental.
 3. Centralização do Poder Político no STF.
 - 3.1. Representação Político-Judiciária, um Direito Fundamental?
- II. Conclusões.
- III. Referências.

INTRODUCCIÓN

Na maioria dos cursos de graduação em direito existe um forte preconceito contra as matérias propedêuticas. É possível observar que o aluno ingressante tem mais interesse na prática de matérias como o Direito Civil, Penal, Trabalhista, do Consumidor, entre outros. Notadamente, talvez isso seja um efeito do movimento de globalização que segundo Milton Santos (2001) foi um processo que se deu de forma perversa consagrando estruturas como a violência da informação, a competitividade, o consumo de massa; o que traz a figura da solipsia do capital como fator egocêntrico. Estas construções interferem na formação do profissional de direito enquanto pessoas, o que faz com que o exercício da profissão fique subjugado aos ditames da sociedade globalizada, então voltada para os aspectos mais práticos do ensino jurídico, ou para as matérias que vão ajudar a passar em um bom concurso público e obter a tão sonhada estabilidade financeira.

De todo modo, pode-se perceber que na verdade, a causa principal que faz com que muitos discriminem as matérias de ordem propedêutica trata da existência de um divórcio entre o debate prático e o debate teórico. Tal divórcio não é algo relativamente novo. É uma (des)construção que nasce desde Sócrates, como relembra Hannah Arendt (2009) na obra "A Promessa da Política". Durante seu julgamento o filósofo grego utilizou o discurso dialético de forma a tentar persuadir seus julgadores, o que por Hannah foi considerado um erro crasso, uma vez que o discurso voltado para as multidões era o discurso persuasivo, a forma expansiva de

se fazer política; enquanto que o discurso dialético era uma quebra de paradigma neste tipo impuro de política da antiguidade, uma vez que considerava o interesse do interlocutor e era um meio para a prática da maiêutica socrática. O problema somente começa aqui.

Antes do ano 1500, a sociedade científica possuía uma visão orgânica acerca da natureza dos acontecimentos. As produções consideravam a faticidade e a espiritualidade às necessidades individuais da comunidade, daí destacarem-se os estudos de Aristóteles, Platão, Cícero e São Tomas de Aquino (entre outros). Contudo, houve uma mutação paradigmática, que posteriormente ficou conhecida como Revolução Copernicana, na qual foi possível observar como a perspectiva da sociedade medieval mudou radicalmente entre os séculos XVI e XVII, deste modo

a noção de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pela noção do mundo como se ele fosse uma máquina, e a máquina do mundo converteu-se na metáfora dominante da era moderna. Esse desenvolvimento foi ocasionado por mudanças revolucionárias na física e na astronomia, culminando nas realizações de Copérnico, Galileu e Newton. A ciência do século XVII baseou-se num novo método de investigação, defendido vigorosamente por Francis Bacon, o qual envolvia a descrição matemática da natureza e o método analítico de raciocínio concebido pelo gênio de Descartes. Reconhecendo o papel crucial da ciência na concretização dessas importantes mudanças, os historiadores chamaram os séculos XVI e XVII de a Idade da Revolução Científica (CAPRA, 1987, p. 49-50).

Nicolau Copérnico revolucionou a ciência moderna quando se opôs à teoria geocêntrica concebida por Ptolomeu e mantida pela igreja como um dogma por mais de mil anos. Após os a publicação de sua teoria heliocêntrica (1543), a revolução estava iniciada com a quebra de um paradigma milenar, mostrando a todos que a terra não era o centro do universo e sim somente mais um planeta que circunda um astro de segunda grandeza. Logo após, veio Johannes Kepler com a sua tentativa de descobrir uma teoria sobre a harmonia dos movimentos das esferas, o que resultou em suas leis empíricas do movimento planetário o que apenas corroborava os estudos de Copérnico. Entretanto, aquele que causou a maior mudança de opinião científica foi Galileu Galilei. Famoso pelos estudos acerca da queda dos objetos, Galileu apontou o recém-inventado telescópio para os céus e superou a cosmologia comprovando a veracidade das hipóteses de Copérnico.

Outra grande contribuição de Galileu para a ciência moderna reside no fato de que somente a partir dele é que se começa a falar na linguagem matemática da natureza e a combinação desta linguagem com a experimentação científica. O que nos leva à Francis Bacon que é citado por também contribuir com as idéias da revolução que se vivia. Bacon foi o autor do método da experimentação no qual preceituava que o conhecimento advém das comprovações experimentais, logo considerava que o homem deveria “torturar a natureza” para obter todas as respostas possíveis para suas perguntas.

Por ter vivido em meados do Séc. XVI Bacon foi fortemente influenciado pela perseguição católica mais conhecida como “caça as bruxas”, por isso acredita-se que favoreceu ao paradigma patriarcal quando utilizou de figuras como “mãe natureza”, para descrever o natural e a necessidade de torturá-la para se obter respostas.

Pensando na natureza como selvagem e perigosa, tentou o homem, a todo custo, dominá-la e como a idéia do patriarcado estava fortemente ligada a este movimento, coincidiu com exploração do sexo feminino.

Outros dois grandes expoentes dessa revolução científica são René Descartes e Isaac Newton. Enquanto Descartes e seu “Discurso do Método” separa a mente do corpo e corporifica a divisão da ciência moderna como conhecemos, ciências naturais e ciências sociais, Newton é responsável pela fixação da metáfora da máquina do mundo, através da propagação de suas leis da física. De todo, modo, este cotejo histórico demonstra, na verdade, a fixação de um paradigma baseado no pensamento cartesiano, analítico, matemático, mecânico, que vem a ser o norte de toda a pesquisa e experimentação das ciências modernas.

Os estudos baseados no pensamento cartesiano ainda prosseguiram até 1905, quando Albert Einstein publicou dois artigos introduzindo novas tendências para a física moderna: uma teoria espacial da relatividade, e um novo modelo de considerar a radiação eletromagnética (que posteriormente se desenvolveria em característica da física quântica). Capra relembra que

Einstein acreditava profundamente na harmonia inerente à natureza, e, ao longo de sua vida científica, sua maior preocupação foi descobrir um fundamento unificado para física. Começou a perseguir esse objetivo ao construir uma estrutura comum para a eletrodinâmica e a mecânica, duas teorias isoladas do centro da física clássica. Essa estrutura é conhecida como a teoria espacial da relatividade. Ela unificou e completou a estrutura da física clássica, mas, ao mesmo tempo, provocou mudanças radicais nos conceitos tradicionais de espaço e tempo, e, por conseguinte, abalou um dos alicerces da visão de mundo newtoniana. Dez anos depois, Einstein propôs sua teoria geral da relatividade, na qual a estrutura da teoria espacial foi ampliada, passando a incluir também a gravidade. Isso foi realizado mediante novas e drásticas modificações nos conceitos de espaço e tempo (CAPRA, 1987, p. 70).

Aproximando mais essas revoluções paradigmáticas para o campo das ciências jurídicas, pode-se perceber que a divisão do método de Descartes faz com que o Direito seja uma ciência inclusa na área das ciências sociais; esta área que sofreu muita discriminação por não possuir um método que associasse a linguagem cartesiana à produção científica, fazendo com que houvesse uma miscelânea de informações, teses e conceitos. Entretanto, no início do século XX uma teoria veio a demonstrar um rigor metodológico impecável, incorporando, de vez o pensamento cartesiano à ciência jurídica através da obra prima de Hans Kelsen (2006), a Teoria Pura do Direito, consagrando uma ótica positiva das ciências jurídicas.

Este paradigma, do positivismo jurídico, apresenta-se ainda como o dominante na contemporaneidade (especialmente na brasileira). O que leva a crer que o desenvolvimento prático da produção de conhecimento na graduação de direito é um problema epistemológico; um problema do paradigma dominante na ciência do direito. De todo modo, a modernidade das ciências começam a criticar suas bases de fundamentação e passam a criar um novo direito complexo, sistêmico e holístico; distanciando-se da concepção “pura” de Kelsen e descrevendo a ciência do direito por suas referências externas.

Justamente neste viés é que se encontra a disciplina da Teoria Geral do Estado aliada à Teoria do Direito Constitucional como conseqüência lógica uma da outra. Tal explicação introdutória é importante na medida em que a proposição do presente artigo amarra uma locução que passe pelo estudo das formas de estado, de governo, pelo sistema de governo para enfim focar-se na questão da democracia e do controle de constitucionalidade (problemas na descrição do direito em sua efetividade enquanto normas jurídicas). Desde logo, é imprescindível salientar que não se pretende fazer um estudo exaustivo de todos o conteúdo subjetivo destes tópicos, mas sim focar-se especificamente naqueles que vão ajudar na argumentação que aqui será sustentada.

No que tange á Forma de Estado a Constituição Federal do Brasil adotou o pacto federativo, fazendo, dessa forma, que existisse um estado composto de vários membros. Nestes moldes, a idéia era a de rompimento com formas que levassem a regimes autoritários, com centralização de poder, como eram nos estados simples, ou unitários, que facilitavam o domínio do povo (pelo soberano) a partir da premissa da forma a qual o Estado adotava para si. Na lição do professor Dalmo de Abreu Dallari (2011),

Fortemente influenciados por Montesquieu, os constituintes norte-americanos acreditavam fervorosamente no princípio da separação dos poderes, orientando-se por ele para composição do governo da federação. Elaborou-se, então, o sistema chamado *freios e contrapesos*, com os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, não se admitindo que qualquer deles seja mais importante que os demais. Foi também preciso conciliar a necessidade de um governo central com a intransigência dos Estados que não abriram mão de sua autonomia política. Aliás, é importante que não se perca de vista que no caso dos Estados Unidos, a federação resultou, realmente, de uma união de Estados, o que é muito importante para explicar vários aspectos do mecanismo do sistema (DALLARI, 2011, p. 254).

Dessa forma, o binômio representação política/democracia participativa, começa, paulatinamente a ser instaurado na composição política do estado. A forma de governo adotada pelos estados modernos, guarda imensa correlação com a forma de estado e deve ser atacada por três pontos de vistas: a) a posição clássica de Aristóteles; b) a posição moderna de Montesquieu; e c) a posição contemporânea dos estudos mistos. Na concepção clássica de Aristóteles, admite-se a existência de modelos puros e impuros de governo, fazendo parte dos modelos puros a Monarquia, a Aristocracia e a Democracia; enquanto que nos impuros a Ditadura, a Oligarquia e a Demagogia. A diferença mais relevante entre os sistemas puros e impuros é a finalidade do governante; se age em prol do bem da coletividade sem utilizar interesses pessoais trata-se de um modelo puro ainda que o poder esteja nas mãos de um, de alguns ou de todos. Por outro lado, se o detentor do poder político age somente guiado por seus interesses pessoais, está-se diante de um modelo impuro de governo¹.

¹ Maquiavel em livro intitulado "Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio" introduz a idéia de ciclos de governo, no qual sempre um modelo puro é corrompido por um impuro indo da Monarquia à Ditadura; da Aristocracia à Oligarquia; da Democracia à Demagogia. (MAQUIAVEL in DALLARI, 2011. p. 222).

Para Montesquieu existem somente duas formas de governo que se sucedem no decurso da história com características básicas e próprias: Monarquia e República (entendida como Democracia). A Monarquia tem como principais características a vitaliciedade, a hereditariedade, a irresponsabilidade e a irresponsabilidade do monarca; este modelo é de criação histórica, tendo sua utilização diminuído ao longo do tempo e o povo optado por modelos nos quais sua representação seja mais dinâmica. Na República, as características são antinômicas à Monarquia, sendo a representatividade política feita de forma mais dinâmica e com participação do povo. Neste modelo o representante é eleito por prazo determinado e responsável pelos atos de gestão e de governo por ele praticado. Decerto que a concepção moderna de Montesquieu descarta outros modelos que tem existência reconhecida e os substituí por dois conceitos macro, por isso que a doutrina moderna revela que, na verdade, não existem formas puras de governo coexistindo várias dentro do mesmo Estado. O exemplo é o do Parlamentarismo da Coroa Britânica; reconhecidamente uma forma de governo monárquica, com um parlamento representando os interesses da Câmara dos Lordes (Aristocratas), e da Câmara dos Comuns (Democracia).

Ainda, e já se aproximando do fim da construção do argumento inicial, a opção pelo sistema de governo presidencialista corrobora com toda a organização política de um Estado Democrático de Direito a partir de uma República Federativa. Com a consagração de um sistema presidencialista de governo o Brasil adota a forma de Democracia Representativa, na qual o povo é detentor do poder soberano, mas a condição para o seu exercício (sem esquecer que o cidadão também pode agir diretamente) é estabelecida pela ação indireta através de representantes eleitos. Diante disto a pergunta que se faz em torno do Controle de Constitucionalidade brasileiro (pergunta já feita e respondida por Hans Kelsen) é: quem deve ser o Guardião da Constituição? (KELSEN, 2003).

O Brasil adota um modelo misto de Controle de Constitucionalidade no qual se pode perceber a influência da concepção Difusa (Americana) e Concentrada (Kelseniana) no controle repressivo, além de utilizar o modelo francês de controle preventivo no processo legislativo. A concepção do controle de constitucionalidade preventiva, através das Comissões de Constitucionalidade e do Veto presidencial, aponta para uma produção democrática (se se olhar pelo viés da representatividade) do controle de constitucionalidade. Todavia, como é possível discutir, de forma democrática, o controle feito pelos tribunais? Isto posto de outra forma; se a democracia e a representação política são Direitos Fundamentais do cidadão, como garanti-las nas decisões em Controle de Constitucionalidade? Estas são as perguntas que norteiam o presente trabalho. Na tentativa de explicar esta produção democrática, pretende-se, preliminarmente, abordar o estudo dos sistemas americano e austríaco na sua forma pura, para então tentar responder ao que se foi proposto.

1. A CONCEPÇÃO PURA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

O modelo de Controle de Constitucionalidade americano, popularmente conhecido como difuso, é fruto de uma decisão política no célebre caso *Marbury VS Madison*. Neste modelo, a competência para declaração de inconstitucionalidade é concedida a todo o Juiz ou Tribunal, que decide a questão no caso concreto e aplica sua decisão *inter partis*. Relembre-se que tal decisão pode vir a ter efeitos *erga omnes* quando a sentença for proferida pela *supreme court*, que confere “efeito vinculante” por torná-la precedente jurisprudencial.

De toda forma, como a intenção do presente trabalho é passar uma concepção pura deste modelo de constitucionalidade, faz-se de extrema importância inserir-se na questão histórica que fez surgir à idéia do controle difuso.

Em 1800, os Federalistas haviam perdido as eleições para presidência dos Estados Unidos, tendo como candidato derrotado o até então Presidente John Adams. Contudo, antes de ser sucedido por Thomas Jefferson (no começo do ano 1801), Adams editou um “ato judicial” (*judiciary act*), que criou 58 novos cargos de Juiz (*judgeships*) sendo 42 cargos para Juiz de paz (*justiceships of peace*). Thomas Jefferson suscitou que isto tratava de uma manobra política afirmando que os Federalistas haviam se retirado para o Judiciário como seu “*stronghold*” (porto seguro, ou, braço forte). Ocorre que na noite de 03 de Março de 1801, John Marshall, agindo como secretário de Estado, afixou o selo oficial às *commissions* (no sentido de “comissionar”, “delegar”) dos Juizes de Paz, porém, sem ter efetuado sua entrega.

No dia posterior, quando do início do governo de Thomas Jefferson, um novo secretário de Estado foi nomeado, James Madison que tratou de suspender 17 das 42 *commissions*, nestas inclusas a de William Marbury. Inconformado com a situação, Marbury requisitou formalmente a efetivação de sua *commission*, não obtendo êxito. Fato que o fez impetrar um *writ of mandamus* (que pode ser interpretado como um Mandado de Segurança), com a finalidade de reconhecer seu direito. A decisão no processo Marbury x Madison foi prolatada pelo *Cheif Justice* Marshall (aquele mesmo que afixou o selo oficial às *commissions*) que teve claras influências da obra *The Federalist*², escrita por Hamilton, Madison e Joy 15 anos antes do caso. Passemos à análise do mérito da decisão. O julgamento se desenvolve sobre três perguntas Básicas feitas pelo Juiz Marshall:

Tem o requerente (*applicant*), o direito às *commissions* demandadas?
Se ele tem direito, e se este direito foi violado, as Leis de seu País fornecem um remédio?
Se elas de fato fornecem um remédio é um *mandamus* de competência deste Tribunal?

No que tange a primeira pergunta, o Juiz decide que a Constituição e Legislação correlata ao caso contemplam três operações distintas: a) *Nomination* (Nomeação): Trata de um ato exclusivo do Presidente, sendo completamente voluntário; b) *Appointment* (Convocação): Também um ato voluntário do Presidente que somente pode ser concretizado com o aconselhamento e consentimento do Senado; c) *Commission* (Delegação, Autorização, Licença): A concessão da *comimssion* a uma pessoa convocada, pode, talvez, ser considerado um dever imposto pela Constituição, “*he shall*”, diz aquele instrumento, “*commission all the officers of the United States*”. Dessa Forma, Marshall acredita que todos os procedimentos haviam sido devidamente obedecidos, ressaltando que como havia um silencio do senado no que tange ao *appointment* não havia nenhum prejuízo no tramite.

² Na tradução para o português a obra ficou conhecida como “Os Artigos Federalistas”; destaca-se, nos pontos centrais de argumentação o número LXXVIII, que fala sobre a organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo, quando escrevem que “todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los”. (MADISON; HAMILTON; JOY, 2005, p. 479).

Ainda, aduz Marshall restar comprovado direito do requerente quando argumenta que

Mr. Marbury, then, since his commission was signed by the President, and sealed by the secretary of state, was appointed; and as the law creating the office, gave the officer a right to hold for five years, independent of the executive, the appointment was not revocable; but vested in the officer legal rights, which are protected by the laws of his country (MARSHALL, 1803).

Dessa forma, a retenção desta *commission* trata de um ato não justificável na lei e violador de direitos adquiridos pelo requerente; fato que remete à segunda pergunta: se a legislação fornece algum remédio para sanar o dano. O argumento do Juiz é pelo entendimento de que existe um remédio legal pela própria essência de liberdade civil e pela violação aos direitos do requerente, por isso escreve

The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection. The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right (MARSHALL, 1803).

Por fim, no que tange ao último questionamento, o juiz divide a questão em duas proposições: a) A natureza do Direito pretendido; b) O Poder do Tribunal. No que concerne à primeira indagação o *Cheif Justice* decide que o direito do requerente é de natureza concreta uma vez que foi devidamente nomeado; dessa forma a violação à esse direito dá ensejo à propositura do *mandamus* optado. Já no que diz respeito à segunda proposição, explica o juiz que a Constituição Americana confere à Suprema Corte autorização para processar ações, justificadas por princípios e costumes da lei, de atos de qualquer um que aja em nome dos Estados Unidos da America.

Ainda continua construindo a argumentação dizendo que a Constituição confere este poder à Suprema Corte, mas que, por vezes, ele deve ser estendido aos juízos *a quo* porque representam a extensão da própria Suprema Corte (como poder Uno, Judiciário). Por fim, passa a reconhecer a competência do tribunal para processar e julgar o *mandamus* na medida em que se trata da necessidade de *judicial review* das leis ou atos normativos em desconformidade com a Constituição.

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration (MARSHALL, 1803).

Em conclusão, expõe a sentença do *Chief Justice* a idéia que permeia o controle difuso, a de que aqueles atos que são incompatíveis com a constituição devem ser considerados vazios, nulos, inexistentes, porque se trata de um aspecto comum de todas as constituições escritas: a vinculação das Funções do Estado aos Valores Constitucionais como instrumentos de ordem político-jurídica. Por isso diz

Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument (MARSHALL, 1803).

1.1. Produção Jurisprudencial Democrática como Direito Fundamental.

J. J. Gomes Canotilho (2003) ainda vai além, quando diz que a concepção de controle difuso remete ao ideal jusnaturalista de uma “*Higher Law*” que transfere o Poder Soberano (que na Inglaterra era do Parlamento) para a Constituição, apontando que era insuficiente “afirmar a superioridade da constituição perante a lei: era necessário reconhecer a *judicial review*, ou seja, a faculdade judicial de controlo da inconstitucionalidade das leis” (CANOTILHO, 2003, p. 898). Mauro Capelletti (1983), faz um estudo comparado entre os dois modelos de controle de constitucionalidade apontando algumas críticas e, também, reiterando aos avanços que cada um deu. No que diz respeito ao modelo americano, Capelletti (1983) diz que pelo fato de se dar difusamente, e de forma incidental, atacando somente o caso concreto, não existe modificação da proteção constitucional generalizada, apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade naquele caso, explica ele que

este control, por lo tanto, no queda remitido a la exclusiva competencia de tribunales constitucionales especiales; es más, el control no se leva a cabo por procedimientos ad hoc, sino de forma incidental, en el transcurso de procesos ordinarios. Este control, en fin, no da lugar – al menos teóricamente – a una verdadera anulación, com efectos erga omnes, de la ley anticonstitucional, sino tan solo la inaplicación, em esse caso concreto, de la norma considerada inconstitucional. Sin embargo hay que precisar de inmediato, a propósito de este tema, que em los países de common Law, em virtud de la doctrina do stare decisis, todos los tribunales (o al menos todos los tribunales inferiores) quedan vinculados por la declaración de inconstitucionalidad de una norma realizada por um tribunal superior, a pesar de que esa declaración sea meramente incidental, con lo que ésta adquiere en la práctica valor erga omnes (CAPELLETTI, 1983, p. 602).

De todo modo, ainda acrescenta que a construção do modelo americano denota uma dupla garantia política ao Estado Americano, e dizem respeito aos argumentos acerca da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. A primeira garantia é a de um controle democrático que representa os interesses regionalizados, a capacidade de qualquer Juiz demonstrar a realidade de um determinado grupo em relação aquele caso e à Constituição Federal.

A segunda garantia diz respeito ao equilíbrio dos Poderes do Estado; enquanto que o Executivo e o Legislativo influem diretamente no curso das decisões políticas o Judiciário fica encarregado de proteger os valores constitucionais na tutela da liberdade e da igualdade, por isto a importância de haver representatividade no acesso ao cargo, instituindo-se o sistema de “*appointment or election*” no processo de seleção dos Magistrados.

É pacífico na doutrina que a compreensão da cisão conceitual entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos reside em dois aspectos distintos: 1) na positividade constitucional, o cunho formal de garantia e; 2) na dimensão axiológica da proteção universal, o cunho material de garantia (SARLET, 2007, p. 35-6). Desse modo, os Direitos considerados como Fundamentais têm proteção especial da constituição no processo de positividade, como é o caso do Brasil, que dedica um rol sobre Direitos e Garantias Constitucionais na Constituição e concede ao Judiciário a guarda e efetivação tanto destes direitos como da própria Constituição³.

Ora, cabe, ainda, argumentar que o Controle de Constitucionalidade pela via difusa, no Brasil, na maioria dos casos, acaba com a decisão do Supremo Tribunal Federal por intermédio da interposição de Recurso Extraordinário. Portanto, atuando como órgão do Judiciário sentenciando o caso e podendo até modular os efeitos de sua decisão. Tomando-se, como base, também o art. 103-A⁴ da Constituição, o STF pode constituir uma regra hermenêutica que servirá como norte interpretativo para os casos constitucionais, depois de reiteradas decisões (BRASIL, 1988). As súmulas vinculantes.

De toda forma, a questão a instigar questionamentos persiste justamente na produção democrática de um controle justo. Pela via difusa, é possível encontrar-se alguns julgados de demonstram mais uma instigação política, do que de fato uma inclinação a manifestação de feixes de interesse. Pode-se argumentar o seguinte: apesar de os Juízes, Desembargadores e Ministros não chegarem ao cargo público através do interesse político democrático, eventualmente, em suas decisões, eles acabam – por sua liberdade funcional no exercício do mister – representando este ou aquele interesse. Veja-se isto na prática.

No Recurso Extraordinário 631.102 Pará, o pleno do STF foi chamado a discutir questão suscitada da inelegibilidade de um candidato ao Senado, pela aplicação da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que alterou o conteúdo da Lei Complementar 64/1990. A questão permeava a respeito da punição retroativa do candidato que renunciou ao mandato para não sofrer condenação; bem como que acerca da ocorrência do art. 16 da Constituição que versa sobre o conhecido princípio da anterioridade eleitoral⁵. De todo modo, a decisão do Tribunal ficou empatada por ter um Ministro se aposentado às vésperas da Sessão no Plenário, fato que suspendeu o trâmite do processo até que novo Ministro assumisse a cadeira.

³ O próprio STF ainda aumenta o rol destes direitos por via de Controle de Constitucionalidade Direta, ou Concentrada (ADPF). Tratar-se-á da decisão da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33-5 Pará, em outro tópico mais a frente.

⁴ Preceitua o Art. 103-A, *caput*, alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (BRASIL, 2004).

⁵ Neste sentido: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.” (BRASIL, 1988)

De todo modo, o STF ficou (literalmente) dividido entre dois interesses políticos-sociais: 1) o do movimento de moralização do Poder Legislativo, através da mutação do processo eleitoral e; 2) o dos candidatos que achavam ter sido cerceados em seus direitos fundamentais de concorrer a um cargo público através de eleição. Mas, além destes interesses conflitantes, o Tribunal haveria de conformar, qualquer decisão que proferisse com os Valores albergados pelo sentido das normas constitucionais. Valores estes que são, na verdade, o interesse jurídico-político a que estão amarrados todos os Juizes. Assim como o *Chief Justice* Marshall, que utilizou de uma posição política pessoal, para buscar na Constituição Americana, um meio de adequar os interesses políticos aos valores constitucionais; todo o Juiz, eventualmente, age sem levar em conta, como argumento forte, o valor democrático protegido pela norma jurídica. Portanto, se os Direitos Fundamentais exigem uma postura ativa do Estado, como cobrar do Judiciário a garantia de decisões democráticas?

2. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO MODELO CONCENTRADO DE CONTROLE.

O modelo austríaco de Controle de Constitucionalidade é fruto dos estudos de Hans Kelsen (2006, 2000) na Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), e principalmente na Teoria Geral do Direito e Estado. No ano de 1920 foi promulgada a Constituição Austríaca (*Österreich Oktoberverfassung*) que consagrava o controle concentrado de constitucionalidade através do sistema de compatibilidade/incompatibilidade da norma ou ato normativo em face à Constituição. O momento histórico denota a necessidade de reformulação do quadro político da Áustria com a implantação do Parlamentarismo e a garantia de atuação livre do executivo e do judiciário sem a interferência exagerada do legislativo, garantias estas consagradas no texto constitucional. Segundo Jorge Miranda (1981)

Em diferentes sistemas constitucionais, com concentração de poderes no Chefe do Estado - desde a monarquia constitucional com poder moderador (na linha de BENJAMIN CONSTANT) e a monarquia limitada aos sistemas de governo representativo simples entende-se que lhe cabe a garantia da Constituição (MIRANDA, 1981, p. 273).

Pelo que, mais adiante, concluí argumentando que

Também, no primeiro após-guerra, ao mesmo tempo que surgia o modelo jurisdicional concentrado de Tribunal Constitucional tendo KELSEN por principal teórico - houve quem preconizasse a atribuição ao Chefe do Estado (na Alemanha de Weimar, ao Presidente de Reich) da função de guardião da Constituição - foi a tese de SCHMITT; e a controvérsia ficaria célebre (MIRANDA, 1981, p. 274).

A lógica do método Kelseniano consiste na argumentação de sua Teoria Pura do Direito, como aspecto descritivo da norma jurídica e seu método específico de ordenação da conduta humana (ou como diz, mais recentemente Luhmann, de expectativas normativas); cumulado com a noção de um ordenamento jurídico que obedece a uma hierarquia de validação formal.

No que tange ao primeiro aspecto o jurista austro-húngaro acentua que as ciências da natureza operam estudos baseando-se no princípio da *causalidade* que é própria da ordem natural das coisas. Exemplifica o procedimento do método utilizando a formulação de que, “se A é, B também é”; o que pode ser desenvolvido claramente a partir da explanação: se um projétil de arma de fogo atingir um indivíduo no crânio este virá a óbito (KELSEN, 2006, p. 86-91). Na doutrina kelseniana este ato, que possui um significado para a ordem social, somente passa a ser objeto da análise do direito na hipótese de haver correspondência a uma significação jurídica. Portanto, a ciência do direito opera num plano da *imputação*, do *dever ser*. A explicação é dada a partir da fórmula: “se A é, B deve ser”, que, levando em consideração o caso anterior pode ser explicado de forma mais contundente por: se um indivíduo ceifar a vida de outrem, deve ser que ele sofra uma sanção.

Dessa forma Kelsen procura dizer que o objeto principal da ciência jurídica é o Direito, fato que faz com que nesta mesma afirmação esteja contida, de forma menos evidente, o enunciado de que as normas jurídicas é que constituem o objeto principal da Ciência Jurídica. Acentua, então, que é possível partir de dois caminhos distintos para observar como o conhecimento é dirigido às normas jurídicas, ou pela norma reguladora da conduta humana, ou pela conduta humana a ser regulada pela norma. Fato este que dá ensejo à proposição de uma teoria jurídica estática e uma teoria jurídica dinâmica, como prossegue explicando Kelsen, “a primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito em seu movimento” (KELSEN, 2006, p. 80).

Da mesma forma, indica que existe uma enorme diferença entre Ciência do Direito, Direito e Lei Natural. Enquanto que a primeira trabalha em torno das prescrições que somente podem ser verdadeiras ou inverídicas, o segundo trabalha no plano das normas que são regidas através da imputação (*sollen*; dever-ser), o que confere às mesmas a sua validade ou invalidade. Já a terceira, são aquelas leis naturais decorrentes da causalidade, como o exemplo de que todo metal aquecido dilatar-se-á. Todavia, escreve o austríaco que

assim como todo o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. (KELSEN, 2006, p. 82)

A construção da ordem jurídica vai se dar em um plano de validação a partir da subsunção de uma norma de categoria hierárquica superior que autoriza o conteúdo normativo na expressão da conduta. Digamos que a Constituição estipule que é dever do cidadão pagar impostos pela utilização ou consumo dos serviços de eletricidade, estabelecendo uma norma autorizadora de caráter geral. A legislação federal poderá, portanto, regulamentar quais as alíquotas devem ser cobradas de acordo com a potencialidade de cada Estado, que por sua vez poderá regulamentar o procedimento que será utilizado na cobrança deste imposto em cada Município; que por sua vez estabelecerá, de acordo com as particularidades de cada realidade, as medidas necessárias a aplicação daquele direito.

Observe-se que parece ser uma construção decrescente, que parte da Constituição para conduta a ser regulada. Todavia, Kelsen explica ao contrário, numa lógica crescente, chegando até a Constituição que para ele somente tem validade porque fundada na Norma Hipotética Fundamental (*groundnorm*). Neste sentido ele escreve que

a derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve (KELSEN, 2000, p. 198).

Justamente é esta lógica (num olhar teórico-jurídico) que vai demandar a proteção da constituição em face aos conflitos entre as diversas categorias de normas ou atos que são editados ou tomados em sentido contrário à constituição. Todavia, Kelsen aponta que a função da constituição ordena o próprio rumo político, na medida em que estabelece limites (jurídicos) ao exercício do Poder Político. Por isso justifica que a garantia da segurança deste limite não pode ser entregue a um dos órgãos que compõem o maquinário do Poder, acreditando que a função de controle de constitucionalidade na verdade tem função de legislação negativa, e não jurisdicional. O Professor Ivo Dantas (2003) relembra lição de Louis Favoreu que anota

el Tribunal Constitucional hace respectar las normas constitucionales por los três poderes – ejecutivo, legislativo y judicial – no solamente com respecto a individuos sino también a cada um de ellos. La separación de poderes adquiere todo su relieve y su significado cuando existe un Tribunal Constitucional que se encarga de que cada uno de ellos observe los límites de sus competencias. Incluso se puede decir que em Francia el poder judicial (o más exactamente jurisdiccional) sólo apareció y se afirmó como tal a partir del momento en que el Consejo Constitucional desarrolló una jurisprudencia que establecía las garantías constitucionales reconocidas a las jurisdicciones administrativas y judiciales (FAVOREAU in DANTAS, 2003, p. 257).

André Ramos Tavares (2009) é mais descritivo em sua análise do Tribunal Constitucional, anotando que no sistema austríaco “os membros do Tribunal Constitucional são indicados pelo Presidente da Federação, dentre os nomes propostos pelo Governo Federal, Conselho Nacional e Conselho Federal” (TAVARES, 2009, p. 231).

Nesta mesma esteira, acrescenta outras características formais deste controle, como o fato de os Membros do Tribunal não serem vitalícios perdendo o cargo após os setenta anos de idade; uma separação teórica das funções do Tribunal em interpretativa, estruturante, arbitral, governativa e legislativa *strictu sensu* (TAVARES, 2009, p. 233).

2.1. Garantia de Segurança Jurídica como Direito Fundamental

Diversamente do modelo americano, o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, obra de Hans Kelsen (2000; 2003; 2006), se dá de forma concentrada, exercida por um Tribunal Constitucional. Esse sistema foi consagrado na Constituição austríaca de 1920 e alterado em 1929. Nesse modelo os juízes não possuem competência para avaliar questões constitucionais. Porém, o Tribunal Constitucional só poderá analisar questões constitucionais quando provocado por órgãos políticos. Segundo Canotilho (2003)

A ideia de um controlo concentrado está ligado o nome de HANS KELSEN, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal a quo) nem se desenvolveria uma actividade judicial (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Para Mauro Capelletti (1983), a crítica fica acentuada na questão dos Juízes. Diz ele que a composição dos Tribunais Constitucionais é feita por Juízes de carreira, que são pouco adequados para assumir o ônus do encargo que é o controle legislativo (negativo). O Juiz aplica a lei ao caso concreto utilizando a hermenêutica adequada em cada situação. Este enunciado implica dizer que o Juiz anda em um espaço determinado pela Lei e pela Constituição. O Tribunal Constitucional, agindo como uma função de legislação negativa aplica princípios políticos para retirar a validade da norma jurídica que está em desconformidade com a Constituição, o que pode vir gerar um *déficit* na democracia do modelo. Por isto Capelletti (1983) afirma que,

los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de carrera, poço adecuados para sumir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos,es inevitablemente creadora y va mucho más Allá de la mera funión tradicional e ser <<simples intérpretes>> y <<fieles servidores>> de las leyes. Incluso la interpretación de las normas constitucionales, y em particular, la de su núcleo central, la declaración de los derechos fundamentales o Bill of Righths, difiere mucho de la de las leyes ordinárias; requiere uma actitud dificilmente compatible com las tradicionales <<debilidad y timidez>> del juez del modelo continental (CAPELLETTI, 1983, p. 603).

Por outro lado, a própria sistemática do controle austríaco confere ao direito uma maior estabilidade e segurança jurídica pelo fato de fazer valer suas decisões de forma *erga omnes*. Todavia, volta-se, novamente, à análise do caso brasileiro. O controle de constitucionalidade pela via concentrada, ou direta, compreende os mecanismos chamados de Ações Constitucionais, que são de competência exclusiva do STF (no caso de conflito da Constituição Federal), e dos Tribunais do Estado (no caso de conflito da Constituição Estadual).

Apesar de tomar-se como prudente, a crítica de Capelletti⁶ (1983), importante notar que as decisões proferidas em controle de direito, garantem ao ordenamento jurídico e aos cidadãos, a segurança jurídica na aplicação dos Direitos Fundamentais, tanto é que na ADPF 33-5 PA, o Ministro Gilmar Mendes (2003), reconhece que o fato de o núcleo imutável da constituição versar sobre os direitos fundamentais exclui a visão de aplicação tecnicista de que seriam apenas os direitos conscritos na dicção do art. 5º ao 17º (bloco de fundamentabilidade), mas sim extensível aos princípios sensíveis espalhados por todo o texto constitucional. Inegável é o fato de que a segurança jurídica é necessária para que as relações jurídicas resem pacificadas, mas, o que passa despercebido é a razão por detrás da lógica no discurso e na argumentação. Alexy (2011) ensina que

o núcleo de fundamentação pragmático-universal das normas fundamentais do diálogo racional é formado pela tese de que todo falante une às suas manifestações as pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. Quem firma um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão de correção; pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente (ALEXY, 2011, p. 130).

A partir desta acepção é possível inferir-se duas condições do discurso jurídico: 1) a primeira diz respeito à expectativa normativa do discurso constitucional; 2) a segunda diz respeito à aplicação hermenêutica e o argumento utilizado pelos tribunais para adequar a conduta à expectativa normativa. Ora, se a constituição eleva a produção normativa pelo argumento do valor que deve ser protegido, a segurança jurídica encontra-se, justamente, nos limites da ponderação axiológica que merece proteção sob o manto daquele ato de linguagem normativo. Em outras palavras, o discurso constitucional é justificado pelo argumento: o valor vida deve ser protegido, por exemplo. Em contrapartida, a expectativa normativa deste conteúdo descritivo é condicionada ao fato, mas não pode ser inferida diretamente dele (ALEXY, 2011, p. 117). Necessário se faz, portanto, que a argumentação jurídica aproxime a proposição normativa ao resultado desejado, sob pena de, se não houver conformação entre eles, recaírem-se os ônus de uma sanção.

É, justamente, esta a lógica da argumentação jurídica fundamentadora do discurso; de modo que, a missão do Juiz é utilizar, dentro dos argumentos fortes, aquele que represente, naquela relação, o valor Justiça. O que se pode concluir? Que a segurança jurídica na verdade é constituída pela prevalência do argumento que melhor se adequa ao discurso normativo do valor protegido na constituição. Tanto é verdade que o art. 27 da Lei 9.868/1999, preceitua que “tendo em vistas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal (...), restringir os efeitos daquela declaração” (BRASIL, 1999), ou ainda optar pelo momento de início de produção de efeitos no mundo jurídico.

⁶ Porque já sustentadas anteriormente no que tange à questão da decisão democrática em controle abstrato, ou difuso.

Ainda nesta esteira esta o art. 11 da Lei 9.882, que versa sobre a ADPF, estabelecendo a mesma regra para as declarações de inconstitucionalidade por tal via (BRASIL, 1999 a).

3. CENTRALIZAÇÃO DO PODER POLÍTICO NO STF.

Diante da infinidade de conceitos que são usados para descrever o vocábulo política, parece oportuno utilizar o raciocínio de Ivo Dantas (2008) em sua “Teoria do Estado Contemporâneo”, argumentando que para o Direito Constitucional, ou para o Processo Constitucional, a expressão “política” não deve ser “tomada no sentido de *conhecimento*, porém, de *ação ou programa de governo (policy)*” (DANTAS, 2008, p. 30). Se se tomar em conta tal argumento, aquele que tem o condão de decidir os programas ou as ações do governo tem poder político. Esta idéia de poder que também possui uma enorme imprecisão conceitual, mas aparece sempre ligada a um aspecto social, tanto que há notórias tentativas de explicação por autores da sociologia, como Marx, Maine, Durkheim, Weber, Parsons e Luhmann. Este último que assim escreve

existem diversas e contraditórias tentativas de reduzir o fenômeno do poder a um conceito bem-sucedido teórica e empiricamente. Dada esta situação, uma teoria do poder não pode se limitar a uma interpretação descritiva ou uma análise essencial que apenas suponha, mais ou menos, o que irá obter como resultado. Igualmente, as tentativas de analisar o conceito em si mesmo e distinguir suas diversas significações não progredem e levam à prudência e, enfim, à resignação. Não é pois possível, nestas circunstâncias, proceder por pontos isolados já supondo o que seja poder, mas dever-se-á buscar conceitos abrangentes, utilizáveis também em outros contextos, servindo já para a transposição de questionamentos e construções conceituais consagradas, possibilitando comparações e investigações conexas em outros campos (LUHMANN, 1985, p. 03).

Dessa forma, o Direito Constitucional pode ser interpretado como a garantia da institucionalização, regulação e restrição do poder com a finalidade de que não sejam cometidos abusos ou diferenciações negativas na produção de direitos na prática. Exemplos de diferenciações negativas na história humana, são o caso dos regimes autoritários ou absolutistas; ainda mais recente, estão os exemplos das “ditaduras da lei” como o nazismo, o fascismo, o salazarismo, o franquismo, etc. De todo modo, como já foi visto até aqui no presente trabalho o controle de constitucionalidade repressivo nasce nas formas puras do controle austríaco e do controle americano e que a adoção de um ou de outro, remete á certos defeitos e certas qualidades.

Com vista nestes pressupostos (e isso já foi dito em outro lugar aqui), o Brasil, na Constituição de 1988, resolveu adotar os dois sistemas de controle repressivo na tentativa de congrega todas as qualidades e nenhum defeito dos dois. A Constituição reconhece a Inafastabilidade da Jurisdição de forma genérica quando diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

No Art. 102, no qual se estabelecem as competências do Supremo Tribunal Federal, fica clara a opção pelo controle concentrado quando enumera no inciso I função de julgador das ações Diretas de Inconstitucionalidade. Mais a frente é possível ver que, este mesmo órgão também tem competência para exercer a fiscalização constitucional por via incidental no inciso III, das alíneas “a” até “d”.

Não é só isso; os Art.s 104 (competência do Superior Tribunal de Justiça), 108 (competência da Justiça Federal), 114⁷ (competência da Justiça do Trabalho), e mais notadamente na atuação das Justiças Estaduais no art. 125, §2º; que o Brasil decide misturar os dois sistemas de controle de constitucionalidade. Entretanto, ressalte-se o seguinte; há uma desvirtuação para com os dois modelos em suas formas puras porque há uma notória desestabilização no Poder Político da Função Judiciária. Enquanto que para Kelsen o Tribunal Constitucional detinha a função de legislação negativa, no Brasil, ele faz parte da própria função Jurisdicional, ou seja, opera com duplicidade de funções.

De toda forma é necessário expor-se isso por outra abordagem. No primeiro título da Constituição, aquele que trata dos Princípios Fundamentais, no art. 2º é expressa a adoção do sistema de Montesquieu, também utilizado pelos Estados Unidos (lá chamado de *checks and balances*), como forma de organizar funcionalmente o Estado em três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário; que funcional com independência e harmonia entre si. A independência do Judiciário vem expressa no art. 99º do texto superior, que resguarda autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, além de, em alguns artigos já suscitados anteriormente, conferir a possibilidade de os Tribunais editarem normas referentes aos diversos procedimentos autorizados pela Constituição.

Enquanto Poder, ou, Função organizada, o Judiciário realmente necessita ter assegurada sua independência funcional com harmonia em relação aos outros poderes. Entretanto, a disparidade fica acentuada se se levar em conta o argumento utilizado anteriormente, de que no Brasil o Tribunal Constitucional faz parte do Poder Judiciário confundindo duas funções distintas: a Jurisdicional e a Legislativa Negativa. Contudo, não é simplesmente isto que causa a concentração do poder político no Judiciário, mas também a adoção de uma medida de baixa taxa de renovação entre os membros atuantes deste poder.

Os juízes ingressam na carreira da magistratura através de concurso público de provas e títulos e tem assegurada, dentre outras, a garantia de vitaliciedade. Lembrando-se que existem alguns limites para atuação do magistrado, como a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade; a disponibilidade em razão do interesse público; a remoção baseada no mesmo critério; etc. De toda forma, fica claro que, o Juiz de primeiro grau, utiliza-se de suas pré-concepções pessoais adequando-a à realidade da comarca que preside, isto dito de outra forma: na integração do círculo hermenêutico Gadameriano a relação entre sujeito, meio e objeto tende à concentração na realidade do sujeito em detrimento ao objeto que se analisa ou que se descreve.

Mas, no que implica isto? No fato de que o Juiz de primeiro grau, por mais que tente se aproximar da generalidade necessária para proteção do “interesse público” sempre vai depender de suas pré-concepções de mundo e da realidade regional a qual está conscrito para ponderar as situações que lhe são apresentadas e dizer quem tem o direito no caso concreto. Portanto, poder-se-ia argumentar que o Juiz

⁷ Não há uma dicção expressa na Constituição, mas pela aplicação do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho cumulada com a interpretação dos princípios constitucionais afetos à matéria é possível compreender a competência da Justiça do Trabalho na declaração da inconstitucionalidade.

representa o interesse da comarca a qual preside. Entretanto, esta é uma lógica que não encontra o uso devido na prática, veja-se o seguinte.

A promoção e acesso aos Tribunais se dá pelo critério de antiguidade ou de merecimento (segundo a constituição) então, no quadro geral, a idéia é que o Juiz passe pelo máximo de entrâncias possíveis para que chegue ao Tribunal carregando consigo as experiências e as vontades das comarcas as quais passou, representando os interesses regionais daqueles lugares. Dessa forma a composição dos Tribunais Estaduais deveria levar em conta tal processo democrático, mas, infelizmente não o faz. Se se desenhar um quadro mais geral, então todos os Estados da Federação deveriam fazer-se representados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, quando, de fato não o são. O que vai caracterizar uma concentração de Poder Político na Função Jurisdicional, na medida em que não há uma representatividade efetiva de seus membros para com o interesse democrático, e mais, na medida em que adotam uma postura ativista cresce, cada vez mais, a tensão entre a harmonia dos Poderes do Estado.

3.1 Representação Político-Judiciária, um Direito Fundamental?

Sucintas anotações no que se refere a este tópico, justamente porque, já resta pacificado o núcleo essencial de proteção ao processo democrático como Direito Fundamental. Na medida em que os direitos políticos ficam elencados no chamado bloco de constitucionalidade, assim como, que pelo próprio conteúdo normativo do art. 5º da Constituição Federal, a representação democrática pode ser considerada como direito fundamental nas decisões judiciais. Neste sentido são as anotações de Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2007) em uma visão norte-americana de Hart Ely, dizendo ela que

o papel da Suprema Corte americana seria o de averiguar o peso de um princípio moral da sociedade americana e convertê-lo num princípio jurídico. Ely é contrário à idéia de que a Suprema Corte só estaria a buscar um consenso acerca de determinado assunto por parte da coletividade, sendo que quando há um aparente consenso, é porque existe apenas uma dominação de alguns grupos por outros, a que demonstra o caráter antidemocrático deste pensamento. Ely reforça a opinião de que seria difícil que a Suprema Corte verificasse um suposto consenso moral existente na sociedade, sem, contudo, colocar sua própria opinião pessoal, sustentando, ainda, que a busca de um suposto consenso moral levaria a uma insegurança jurídica. (BARBOZA, 2007, p. 27)

Por isto é que Estefânia Barboza (2007) justifica a necessidade crescente de garantia do processo democrático através da adoção de uma democracia procedimental, o que viria por retirar o interesse sobre o foco da democracia como gestão do interesse da maioria com respeito aos direitos da minoria, para o foco da participação democrática nos procedimentos instituidores da política. Isto quer dizer, para o Controle de Constitucionalidade, que os procedimentos que legitimam a atuação dos Ministros deveriam sofrer uma fiscalização sob o prisma da democracia.

Por procedimento entenda-se a consecução dos atos que movimentam a marcha democrática dentro do processo de controle de constitucionalidade; passando-se desde a representação do interesse do julgador, ao método de adequação dos argumentos fundamentais explícitos no conteúdo normativo, ou nas expectativas normativas do ato de fala regulatório.

CONCLUSÕES.

Afim de uma exposição didática, opta-se pela enumeração das conclusões em tópicos como se faz em pesquisas fora do campo das ciências sociais. Enumerar-se-á-las a seguir, pela ordem:

- a. A construção dos modelos de controle de constitucionalidade visou à garantia dos direitos fundamentais consagrados nas cartas jurídicas dos Estados Unidos e da Áustria. Cada peculiaridade da tradição constitucional destes países foi levada em conta como uma consequência lógica da própria história e cultura de cada um. Dessa forma, durante o transcorrer do tempo, foi se descobrindo os defeitos e as qualidades de cada um deles;
- b. O Brasil resolveu adotar um sistema misto na tentativa de somente utilizar os pontos positivos, reconhecidos na história dos dois métodos de fiscalização constitucional. Contudo, a adequação destes sistemas, trouxe ao ordenamento jurídico uma concentração de Poder Político nas mãos do Supremo Tribunal Federal que atua tanto como Tribunal Constitucional, como, órgão da Jurisdição normal;
- c. A garantia, aplicação, delimitação e efetividade dos Direitos Fundamentais encontram guarida no próprio controle feito direta, ou abstratamente pelo Judiciário; de forma que, se há concentração de Poder Político, ou falta de representatividade do interesse social, como é possível discutir um processo democrático, ou, uma decisão justa?
- d. A adoção por uma Democracia Procedimental, parece resolver o problema da participação, mas, infelizmente, nunca poderá ser afastada do Juiz a discricionariedade no momento de aplicar-se a norma jurídica ao caso concreto, sendo necessária, caso se pretenda garantir um processo dialético e democrático de controle de constitucionalidade:
 - a. a adoção da rotatividade americana (*appointment or election*) de magistrados; ou ;
 - b. que se produza uma Teoria da Decisão Jurídica nos moldes adequados a tradição brasileira;
- e. A opção pela segunda medida apontada na conclusão anterior aparenta-se a melhor escolha para o sistema constitucional pátrio, contudo, há que se apontar algumas falhas teóricas na *praxis* brasileira na medida em que não nos é possível (ainda) identificar os aspectos da tradição brasileira para decisão e interpretação (como exemplo, a imprecisão pela adoção da Teoria dos Princípios em Dworkin e Alexy);

Restam então os pontos que se pretenderam abordar durante o curso deste estudo crítico. Peço *vênia* ao amigo leitor para que, nesta conclusão, efetue um desfecho na primeira pessoa. Estes breves apontamentos tiveram início no segundo semestre de 2011 durante o curso de Controle de Constitucionalidade ministrado pelo Professor Luiz Alberto Rocha no Mestrado na Universidade da Amazônia. Claro que muita coisa mudou de lá para cá, entretanto, a essência da crítica que aqui foi feita continua latente na sociedade brasileira em dois níveis de discussão.

No primeiro nível aborda-se a questão do ativismo judicial e a atuação do Supremo Tribunal Federal. A Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011 pretende a alteração do art. 97 da CF/88 com a elevação do quorum para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de maioria absoluta para quatro quintos; a alteração do art. 103-A que versa acerca das súmulas vinculantes que serão (a partir da aprovação da PEC) submetidas à aprovação do Congresso Nacional para produção de seus efeitos vinculantes à administração direta e indireta.

A proposta mais contundente versa sobre a inclusão dos parágrafos 2-A, 2-B e 2-C no art. 102 da CF/88. Aqui a ideia é de se estabelecer um procedimento extraordinário para declaração de inconstitucionalidade de emendas à constituição, organizando o procedimento da seguinte forma: 1) impossibilidade de cessação dos efeitos da emenda por decisão cautelar; 2) decisão de mérito sobre a emenda; 3) efeitos da declaração não são imediatos; 4) deliberação do Congresso Nacional em sessão conjunta, por três quintos no prazo de noventa dias; 5) não concluída a votação mantem-se a decisão do Supremo Tribunal; 6) concluída e votada em desfavor à decisão do Supremo Tribunal deve ser feita consulta popular.

O que fundamenta tal proposta é, outrossim, o tão temido (por alguns) ativismo judicial. Sem entrar nos pormenores deste assunto, se há um grave problema ele diz respeito mais a concepção que a doutrina brasileira tem sobre a interpretação em Ronald Dworkin do que sobre a interpretação em si. Digo isto porque excluí-se a maior contribuição que é o Direito como Integridade e discute-se sobre os “convencionalistas” *versus* os “pragmatistas”. A justificativa de que o ativismo judicial vem de Dworkin tem seus defeitos.

Se se tratar do assunto sob a independência e harmonia entre os Poderes da União refletiremos sobre Democracia e Representatividade. Daí que a proposta, neste sentido, não parece tão distante do ideal pretendido. Restam duas críticas: a) a sociedade brasileira hodierna vive um descrédito tão grande com seus políticos que não estão preparados para deixar-lhes intervir na atividade jurisdicional mesmo que isto reflita em recrudescimento da democracia; b) a forma e o ensejo da proposta é de cunho negativo na medida em que vivemos um período de instabilidade política com a atuação do STF para resolver questões complexas sobre a atividade parlamentar, como é o caso da AP 470 (Caso Mensalão) e a AP 396 (Caso Donadon).

O povo encontra-se num dilema democrático e fica sufocado porque nada pode fazer. Nem quando os congressistas votam nesta ou naquela proposta, nem quando os Ministros decidem esta ou aquela demanda, neste ou naquele sentido. Venho escrevendo e repetindo que a absorção dos valores da sociedade pelo direito dependem da Teoria do Direito que adotamos para explicá-lo enquanto fenômeno. Não há dificuldade em se observar que possuímos uma tradição germano-românica, tanto que não temos uma cadeira regular de Teoria do Direito em nossos cursos e estudamos Introdução ao Direito com premissas positivas.

Decerto que a Teoria do Direito nos últimos quarenta anos vem se modificando no mundo e a vanguarda do neopositivismo (ou pós como alguns preferem) encontra raízes na Alemanha e nos Estados Unidos com Alexy, Luhman, Habermas, Hart, Dworkin, Raz e Posner, dentre outros.

O Brasil, para não ficar atrás, começa a destrinchar algumas destas teorias traduzindo-as e tentando aplicá-las à realidade de nossa experiência. Entretanto, ao fazê-lo deixamos de lado a ideia do sincretismo, porque, sustentar Teoria dos Princípios segundo Alexy é reconhecer que a Reserva Legal no art. 5º, XXXIX da CF/88 trata de uma regra jurídica e não de um princípio.

No meio deste emaranhado todo de teorias conflitantes e problemas sociais que parecem não ter solução o jurista de hoje assemelha-se a um artesão tentando desenrolar um novilho de lã embaraçado. Procuramos pela ponta na esperança de que isto nos resolva o problema, mas é só achá-la que nos defrontamos com um novo, os diversos nós no novilho. Este é nosso segundo nível de debate (e talvez o mais problemático). A Teoria do Direito Brasileira.

Findo, então, minhas conclusões deixando bem claro que não pretendi, de forma alguma, fazer um ataque direcionado ao Poder Judiciário ou ao Supremo Tribunal Federal. Apenas pretendi apontar que é possível identificar alguns mitos e equívocos em nossa Teoria do Direito que refletem diretamente na pragmática do Direito ele próprio. Em sede de Controle de Constitucionalidade tais equívocos refletem, inclusive em desconfortos institucionais de democracia e representatividade que são, outrossim, Direitos Fundamentais do cidadão brasileiro.

É fato que precisamos de muito mais tempo e novas críticas para que sejamos capazes de resolver todas as deficiências de nosso sistema jurídico. E é fato que precisamos estar abertos a absorvê-las a partir de uma perspectiva possível e implementar medidas capazes de afetar aos problemas sociais brasileiros. Em nossa vida somos formados para uma mentalidade combativa, e as carreiras jurídicas não estão distantes disto. Precisamos compreender que, aceitar a posição do outro não significa, necessariamente, perder; e ter a posição dominante não significa, necessariamente, ganhar. Somente se vence de verdade quando a virtude individual se torna um ganho para todos. Uma virtude não só tua, mas de um mundo todo.

REFERÊNCIAS.

ARENDDT, Hannah. **A Promessa da Política**. 2ª Ed. Organização: Jerome Kohn; Tradução: Pedro Jorgensen Jr.; Rio de Janeiro: DIFEL. 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição Constitucional – entre constitucionalismo e democracia**. 1ª Ed. Editora Fórum. Belo Horizonte – MG. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Edição, atualizada. Editora Renovar. Rio de Janeiro – RJ. 2009.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 26.08.2011.

_____, **Emenda Constitucional n. 45 de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 26.08.2011.

_____, **Lei n. 9.868 de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 26.08.2011.

-
- _____, **Lei n. 9.882 de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm> Acesso em: 26.08.2011.
- _____, Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes**. ADPF n. 33-5 PA, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 26.08.2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. 9ª Reimpressão. Edições Almedina. Coimbra-Portugal. 2003.
- CAPELLETTI, Mauro. **Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional in Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Coleccion <<Estudios Constitucionales>> Edictora do Centro de Estudos Constitucionales de Madrid. 1984. Pág. 602.
- CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação – a ciência a sociedade e a cultura emergente**. Editora Cultrix. 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 30ª Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 2011.
- DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo – Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Volume I. Editora Juruá. Curitiba. 2003.
- _____. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 1ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro – RJ. 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado, 7ª Ed. Martins Fontes, São Paulo-SP. 2006.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3º Edição, 2º Tiragem. Editora Martin Fontes. São Paulo – SP. 2000.
- _____. **Jurisdição Constitucional**. Com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. Introdução de Sérgio Sérvulo Corrêa. Tradução Alexandre Krug. Editora Martins Fontes. São Paulo-SP. 2003.
- LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusoul de Rezende Martins. Editora da Universidade de Brasília. Brasília. 1985.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JOY, John. **Os Artigos Federalistas – 1787-1788**. Edição Integral. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Editora Nova Fronteira. 2005.
- MARSHALL, Jhon. Marbury VS Madison. **Voto do Cheif Justice**. 1803. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>> Acesso em: 10.04.2011.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, v. 2
- SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização – Do Pensamento Único à Consciência Universal**. 6ª Ed. Editora Record. Rio de Janeiro. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Revista e atualizada. Saraiva. São Paulo – SP. 2007.

Recebido em 02/02/2014
Aprovado em 21/03/2014