

ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Micheli Pereira¹

Sumário: 1. Introdução ao tema. 2. Jurisdição constitucional e democracia: procedimento ou substância? 3. Jurisdição constitucional e concretização dos Direitos Fundamentais 4. Conclusões 5. Referências bibliográficas.

RESUMO

Na primeira parte deste artigo trabalha-se com a discussão entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deve ser o defensor da Constituição, com a exposição dos argumentos dos autores. Na sequência, expõe-se a tensão entre constitucionalismo e democracia, levantando-se questionamentos pertinentes à matéria. Apresenta-se a teoria do discurso, de Habermas, a qual constitui uma teoria procedimental, que valoriza mais os procedimentos deliberativos do que os resultados políticos deles advindos. Aborda-se a teoria de Dworkin, a qual segue a lógica do constitucionalismo, para o qual não bastam procedimentos democráticos sem resultados políticos justos. Desenvolve-se uma reflexão, sob vários aspectos, para demonstrar que a atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos fundamentais, não é antidemocrática. Por fim, conclui-se no sentido de que não se defende um ativismo judicial desenfreado, mas sim um Judiciário comprometido com a defesa dos direitos fundamentais. Ressalta-se que a atuação conjunta de todos os poderes faria das garantias constitucionais mais efetivas, especialmente os direitos sociais, já que o Judiciário não pode resolver todos os problemas da sociedade.

PALAVRAS CHAVE

Constitucionalismo; Democracia; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

In the first part of this article one works with the quarrel between Carl Schmitt and Hans Kelsen on who must be the defender of the Constitution, with the exposition of the arguments of the authors. In the sequence, it is exposed tension between

¹ Advogada e Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Contato: michelipereira2003@yahoo.com.br.

constitutionalism and democracy, arising pertinent questionings to the substance. It is presented theory of the speech, of Habermas, which constitutes a procedural theory, that values more the deliberative procedures of what the results politicians of happened them. It is approached theory of Dworkin, which follows the logic of the constitutionalism, for which right politicians are not enough to democratic procedures without results. A reflection is developed, under some aspects, to demonstrate that the performance of the Judiciary Power, in the concretion of the basic rights, is not antidemocratic. Finally, it is concluded in the direction of that a wild judicial activism is not defended, but yes a Judiciary one compromised with the defense of the basic rights. One especially stands out that the joint performance of to be able them to all would make of the guarantees constitutional more effective, the social rights, since the Judiciary one cannot decide all the problems of the society.

KEYWORDS

Constitutionalism; Democracy; Basic Rights

1 INTRODUÇÃO AO TEMA

A conhecida discussão² sobre quem deve ser o defensor da Constituição, travada entre Kelsen³ e Carl Schmitt⁴ pelos idos de 1929, no contexto da República de Weimar, na Alemanha, ainda se mostra bastante atual, especialmente no que se refere ao questionamento quanto à legitimidade da atuação do Poder Judiciário na jurisdição

² A discussão entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem dever ser o defensor da Constituição é, em síntese, a seguinte: Para Carl Schmitt, o Poder Judiciário não pode ser o defensor da Constituição e, portanto, atuar no controle de constitucionalidade das leis, por uma série de limitações, entre elas: a) a de que o Judiciário estaria adstrito à norma, razão porque não poderia proferir uma decisão soberana quando necessário; b) a de que uma decisão judicial ocorre após um dado evento, ou seja, se aplica a feitos passados e não a futuros, como ocorre no controle de constitucionalidade; c) a de que o Judiciário tem uma atuação incidental ou acessória, ou seja, atua no caso concreto, em um processo judicial. Em várias passagens da obra de Schmitt (*La defensa dela Constitución*), o autor destaca que a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das normas seria uma atuação legislativa, papel que não caberia ao Judiciário, o qual não é eleito pelo povo. Schmitt sustenta que o defensor da Constituição deveria ser o presidente do *Reich*, porque este tem o poder de estabelecer o estado de exceção e detém a legitimidade popular. Hans Kelsen, por sua vez, sustenta a legitimidade do Tribunal Constitucional e a sua jurisdição, com os seguintes argumentos: a) 'ninguém pode ser o juiz de sua própria causa', ou seja, não poderiam os poderes representativos analisar a constitucionalidade de seus próprios atos e leis; b) que a única diferença entre o Tribunal Constitucional e outro órgão judicial era que o Tribunal Ordinário produz normas que resolvem controvérsias específicas, enquanto o Tribunal Constitucional anula normas, atuando como 'legislador negativo'; c) que o discurso de Schmitt é ideológico e não científico (vide nota 5).

³ Obra: KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser El defensor da la Constitución?** Traduzido por Roberto J. Brie. Madri: Editorial Tecnos, 1995.

⁴ Obra: SCHMITT, Carl. **La defensa dela Constitución.** Traduzido por Manuel Sanchez Sarto. Segunda Edição. Madri: Editorial Tecnos, 1998.

constitucional. Ainda na atualidade, se afirma que, por não ter sido eleito pelo ‘povo’, o Judiciário não poderia realizar o controle de constitucionalidade das leis, uma vez que sua atuação iria de encontro com a democracia e com os poderes eleitos.

Apesar do discurso de Carl Schmitt constituir um discurso ‘ideológico’⁵, este pode ser aproveitado no que toca a uma questão relevante, qual seja: não se pode confundir a atuação do legislador com a do juiz, papéis que se entrecruzariam quando a Corte Constitucional resolve o conteúdo duvidoso de uma lei, saindo de sua esfera de competência e entrando na esfera legislativa, conforme se verifica no trecho abaixo:

“(...) es preciso distinguir entre ley y sentencia judicial, y, por consiguiente, entre legislador y juez”⁶.

“Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve indudablemente el contenido de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional”⁷.

Conclui o autor que a atuação do Poder Judiciário na jurisdição constitucional afronta a lógica da separação dos poderes, e, conseqüentemente o Estado Cívico de Direito:

“(...) no existe Estado Cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y la sentencia judicial. El Estado Cívico de Derecho descansa sobre la distinción real de diversos poderes”⁸.

Apesar de existirem inúmeras críticas a tal posicionamento, conforme se verificará ao longo deste artigo, inclusive feitas por Kelsen⁹, tais fundamentos estabelecem a tensão entre constitucionalismo e democracia e nos levam a alguns questionamentos,

⁵ Carl Schmitt concebe a democracia como igualdade democrática, a qual é pressuposto de todas as outras igualdades. Tal concepção de democracia vai de encontro com a ideia do liberalismo. Por essa razão, Schmitt faz tantas críticas ao Parlamento da República de Weimar, pois, para o autor, a partir dele eram privilegiados alguns poucos, afastando a noção de unidade do povo e trazendo uma ideia de pluralismo (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Alianza Editorial. 2006, p. 222-230). Para o autor, os conceitos ‘liberalismo’ e ‘democracia’ não são compatíveis. Schmitt não aceita o Tribunal Constitucional, por ser este uma máxima do aparato institucional liberal, do qual era opositor. Ressalte-se que sua obra **La defensa de la Constitución** foi escrita quando já estava sendo criada uma solução para nomear um defensor para a Constituição, com a Constituição Austríaca de 1920 e a criação do Tribunal Constitucional, por isso Kelsen afirma que o discurso de Schmitt não era um discurso científico, mas ideológico (GARCIA, Pedro de Vega. Prólogo. In: SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Traduzido por Manuel Sanchez Sarto. Segunda Edição. Madri: Editorial Tecnos, 1998, p. 11-24).

⁶ SCHMITT, Carl. *Op. cit.*, p. 79.

⁷ *Idem*, p. 89.

⁸ *Idem*, p. 77.

⁹ Vide nota 2.

quais sejam: juízes não eleitos podem controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito e aplicadas pelo Executivo, também eleito? O Judiciário não estaria utilizando-se do discurso dos 'direitos fundamentais' para limitar leis e ditar valores sociais? O conteúdo dos direitos fundamentais não estaria sendo definido pelo Judiciário a partir de julgamentos de valores substantivos, ultrapassando a sua competência? Em que medida a jurisdição constitucional não estaria afrontando a democracia?

Se analisarmos a atuação do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade das leis, este não estaria se tornando o protagonista da vontade constitucional¹⁰, diante da passividade do Legislativo? Se pensarmos em sua atuação na resolução de situações polêmicas, como a pesquisa com a utilização de células-tronco, a vedação na nomeação de parentes para cargos de provimento em comissão¹¹, a utilização das súmulas vinculantes, etc., tudo isso não equivaleria a legislar? A sua atuação não estaria se tornando uma atuação política, ao invés de jurídica?

Apesar de essas questões acirrem ainda mais o debate sobre o papel da jurisdição constitucional e a tensão que se estabelece entre constitucionalismo e democracia, é necessário indagar: Se considerarmos que a Constituição Federal definiu os objetivos fundamentais do Estado, orientando a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional a partir do sistema de direitos fundamentais¹², e levando em conta que a Constituição é um sistema de valores, pode ela se transformar em outra coisa senão em um instrumento de realização política¹³? Na mesma lógica: Pode-se dizer que a atuação do Judiciário, legitimado pelo Poder Constituinte a realizar a jurisdição constitucional, garantindo a valorização dos direitos fundamentais, seria antidemocrática?

Verifica-se que a objeção democrática à jurisdição constitucional pode justificar uma postura de autocontenção do juiz constitucional, ao passo que a demonstração de sua compatibilidade com a ideia de democracia autoriza uma postura mais ativa do juiz¹⁴. Assim, a questão central da presente discussão paira sobre o papel da jurisdição constitucional no regime democrático, bem como o que vem se entendendo por 'democracia', conceito que, conforme se verificará, é controverso.

¹⁰ Santos, JOSÉ ANACLETO ABDUCH. **O Guardião da Constituição**. Disponível em: <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/opiniao/conteudo.phtml?tl=1&id=802214&tit=O-guardiao-da-Constituicao>.

¹¹ SÚMULA VINCULANTE Nº 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

¹² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo. Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 13.

¹³ *Idem*, p. 65.

¹⁴ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 111.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: PROCEDIMENTO OU SUBSTÂNCIA?

Com exceção da democracia ateniense, da república romana anterior ao Império e das repúblicas italianas dos séculos XII e XIII, poucos regimes democráticos podem ser lembrados antes do século XX. Somente após a Segunda Guerra Mundial se verificou a proliferação dos regimes democráticos e o desprestígio das demais formas de governo¹⁵, e, apenas depois da afirmação da democracia passou-se a estudar no que consistia o seu real conceito, o qual é impreciso, conforme afirma Dworkin¹⁶.

Para Montesquieu, “quando em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma democracia”¹⁷, ou seja, para o autor, o conceito de democracia significa o ‘governo do povo’¹⁸. Nesse sentido, a essência do Estado Democrático envolveria sempre a legitimação do exercício do poder pelo povo, o qual atualmente é representado por meio de seus governantes, uma vez que se tornou inviável aos estados modernos o exercício da democracia direta¹⁹.

José Afonso da Silva, por sua vez, aponta que democracia é um conceito histórico. Assim, ela não constitui um valor-fim, mas um valor-meio, a partir do qual ocorre a concretização gradual de valores essenciais à convivência humana, ou ainda, em suas palavras, “é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”²⁰. Dentro dessa perspectiva, haveria uma relação muito forte entre democracia e concretização dos direitos fundamentais, não se podendo falar em um deles, sem a presença do outro.

Reforçando a concepção de que ‘democracia’ seria um valor-meio, Maria Lúcia Luz Leiria afirma que “Democrático vem a ser o Estado que garante a efetiva realização

¹⁵ *Idem*, p. 112.

¹⁶ Dworkin afirma que democracia não tem um conceito preciso, ao criticar a concepção de John Hart Ely sobre a jurisdição constitucional, a qual está baseada na defesa de uma democracia procedimental. Vejamos as palavras de Dworkin: “Ely insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos. Isso poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo” (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 82).

¹⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Traduzido por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23-24.

¹⁸ De acordo com Sérgio Fernando Moro, a definição de democracia como ‘governo do povo’ é criticada como insuficiente e mistificada, uma vez que, em muitas situações, não há identificação da vontade do representante com a vontade do representado, e que, para Robert A. Dahl, tal concepção de democracia só pode ser considerada válida se concebida como um ideal a ser atingido, segundo o qual a participação popular nas decisões políticas deve ser o mais ampla possível (MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 113).

¹⁹ *Idem, Ibidem*.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 299.

dos direitos fundamentais representativos dos anseios do povo”²¹. No mesmo sentido se posiciona Estefânia Maria de Queiroz Barboza, quando sustenta que: “(...) numa sociedade heterogênea, desigual e plural como a brasileira, só se poderá falar em democracia quando os direitos sociais básicos dos cidadãos estiverem garantidos”²².

Nesse contexto, questiona-se: o papel da jurisdição constitucional é compatível com a democracia? Sua atuação fere a soberania popular, na medida em que o Judiciário é um poder não eleito? Ou, ao contrário, sua atuação é compatível com a democracia, na medida em que viabiliza a concretização de direitos fundamentais? Considerando ‘democracia’ como um processo de tomada de decisões, a partir das quais deve ser ampla a vontade popular, a jurisdição constitucional dificilmente poderá ser considerada uma instituição democrática²³, contudo, se ‘democracia’ for considerada um valor-meio de realização de valores essenciais à convivência humana, a jurisdição constitucional poderá sim ser considerada democrática.

Se pensarmos no ativismo judicial americano e nas críticas feitas a ele, verificaremos que alguns autores, dentre os quais Habermas, entendem que a jurisdição constitucional deve apenas garantir a preservação dos princípios democráticos, ou seja, deve apenas proteger os direitos que garantem a participação política e os processos deliberativos, porém, tais autores não se preocupam com os resultados que serão alcançados a partir do exercício democrático-procedimental desses direitos²⁴.

Por sua vez, outros autores, dentre eles Dworkin, são defensores do chamado ‘constitucionalismo’, para o qual não basta à jurisdição constitucional a defesa dos princípios democráticos, sem a atenção aos resultados produzidos por meio deles. Dworkin defende que os procedimentos democrático-deliberativos não são suficientes para alcançar resultados justos, sendo necessário, também, juízos de valores substantivos adequados a cada caso, de modo que estes se voltem à concretização de resultados²⁵.

A título de esclarecimento, Habermas defende a ideia de democracia deliberativa, a partir da qual o direito deve se legitimar pela formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos, os quais devem ser iguais e livres²⁶, devendo tal procedimento ser

²¹ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Jurisdição Constitucional e Democracia**: uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 22.

²² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 18-19.

²³ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 115.

²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 24-25.

²⁵ *Idem, Ibidem.*

²⁶ “(...) todos os indivíduos são livres no sentido de não serem discriminados em função de suas convicções pessoais, religiosas ou outras. Independentemente destas, a ninguém será negado o direito de participação política o que, no caso presente, implica no processo de deliberação. Por outro lado, o princípio da igualdade implica em que a opinião de todos e a forma de participação têm o mesmo peso, não sendo feita nenhuma diferenciação no sentido de estabelecer que um indivíduo ou um grupo de indivíduos vale menos que outro” (KOZICKI, Kátia. **Conflito e Estabilização**: Comprometendo

efetivado por meio de comunicação racional²⁷. Para o autor, os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, devem entender-se também como autores do direito²⁸, por isso todos os afetados pela decisão política devem participar do processo de deliberação, e somente as normas obtidas dentro desse processo serão válidas.

Para Habermas, há divergências quanto às concepções de bem comum nas sociedades modernas e complexas, razão porque ele entende ser fundamental o processo de deliberação, o qual é mais valorizado do que o consenso pretendido ou a postura final quanto às divergências geradas na arena política²⁹, ou seja, a participação política e o exercício desse poder é o que efetivamente importa, independentemente do resultado a que a maioria chegar³⁰. Nessa perspectiva, o cumprimento do princípio democrático significa uma concepção procedimental de democracia.

O ideal da democracia deliberativa “pretende funcionar como um método de tomada de decisão que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político”³¹, e, para tanto, o processo deliberativo é o garantidor de tal ideal democrático. Diante disso, Habermas questiona a atuação da jurisdição constitucional, a qual não teria competência de revisar as normas elaboradas democraticamente pelos cidadãos, razão porque sustenta que esta mesma via legislativa deve ser utilizada para a revisão em segunda instância, conforme trecho abaixo:

“O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial”³².

Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina no ano 2000).

²⁷ “(...) a esfera pública é a arena onde os sujeitos se encontram para, através de atos comunicativos, enunciarem suas preferências, posições e, principalmente, de forma racional, apresentarem razões para que determinada medida possa ser adotada. As razões apresentadas devem ser passíveis de aceitação pelos outros sujeitos participantes do processo, os quais devem se sentir suficientemente convictos de sua razoabilidade, no sentido de sentirem a elas vinculados, sob um ponto de vista moral. A racionalidade democrática deve ser capaz de prover aceitáveis formulações acerca de diferentes concepções de bem comum, as quais não comprometem o irreduzível fato do pluralismo. Esta postura procedimental é uma maneira racional de preservar a existência do conflito de valores no plano substantivo” (*Idem*, p. 97).

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157.

²⁹ KOZICKI, Kátia. *Op. cit.*, p. 93.

³⁰ “Habermas parte da constatação do pluralismo presente nas sociedades contemporâneas, e da dificuldade em se obter um consenso com toda essa diversidade de culturas e concepções individuais presentes. Desse modo, opta pela garantia do ‘processo comunicativo’ por meio de regras de procedimento, ou seja, pela racionalidade presente na deliberação política, os cidadãos, mesmo que não vejam seus interesses ali representados, aceitam racionalmente o direito deliberado de forma racional e pública” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 35).

³¹ KOZICKI, Kátia. *Op. cit.*, p. 94.

³² HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 300-301.

Apesar de entender que o controle abstrato das normas deve ser feito pela mesma via legislativa que a elaborou, ou seja, pelos cidadãos por meio do processo deliberativo, Habermas aponta que o Tribunal Constitucional tem por função proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos indivíduos, ou seja, os direitos fundamentais. Para o autor, a proteção dos direitos fundamentais é indispensável ao processo democrático, uma vez que a proteção de tais direitos garante aos cidadãos a proteção à participação política nos processos deliberativos:

“(...) o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controversas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de deliberação democrático”³³

Nessa perspectiva, a Corte Constitucional deve ser protetora do processo deliberativo democrático, ou seja, deve proteger o processo de criação do direito, veja-se:

“A Corte Constitucional deve entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardião 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 ela mesma o papel de legislador político”³⁴.

A teoria de Habermas é criticada sob vários fundamentos³⁵, dentre os quais, quiçá o mais recorrente, o de que ela “não é pensada em condições concretas, mas como uma ideia reguladora, a ser exercida numa sociedade democrática avançada”³⁶, uma vez que

³³ *Idem*, p. 326.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Apud*. CITTADINO, Gisele, *op. cit.*, p. 213.

³⁵ Kátia Kozicki aponta que tal teoria encontra-se na ótica da razão, não dando conta de explicar a importância que as paixões ocupam enquanto mola propulsora das ações individuais coletivas, bem como que a realidade da manipulação política permanece obscurecida para ela, ou seja, a situação que se vislumbra corresponde apenas a um ideal, e não à realidade e/ou vivência democrática (KOZICKI, Kátia, *op. cit.*, p. 101-103). Sérgio Fernando Moro aponta que a principal dificuldade da teoria de Habermas reside no fato de ela determinar as condições processuais da gênese democrática das leis (MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 148).

³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 37.

os cidadãos devem ser livres e iguais, inclusive em condições intelectuais³⁷, fato que dificultaria a aceitação da teoria do discurso em uma sociedade como a brasileira, em que grande parte da população não tem acesso sequer aos direitos fundamentais mais básicos, como saúde, educação, moradia, entre outros tantos.

Apesar das críticas formuladas à teoria do discurso de Habermas, bem como à sua concepção em relação à jurisdição constitucional, pode-se dizer que tal teoria, assim como outras que defendem a democracia procedimental, não devem ser vistas como resposta final à questão da legitimidade da jurisdição constitucional, especialmente porque não se pode concordar com a limitação da jurisdição constitucional à proteção das garantias procedimentais democráticas. Também é necessário analisar se tais garantias são suficientes para atender a sociedade moderna³⁸.

Dworkin, por sua vez, refuta as concepções procedimentais, sendo defensor do chamado ‘constitucionalismo’, o qual busca resultados garantísticos, mesmo que isso importe na limitação do Executivo e do Legislativo³⁹. Tal concepção tem como pedra angular os direitos fundamentais, os quais nada mais são do que valores substantivos que a sociedade escolhe no ato constituinte. Tais direitos “garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo, estão na verdade, a proteger o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais”⁴⁰. Nessa linha de raciocínio, quem estaria incumbido de proteger tais direitos seria o Judiciário, uma vez que ele foi legitimado pelo Poder Constituinte a fazê-lo⁴¹.

Pode-se dizer que, para Dworkin, a ciência jurídica precisa ter uma atitude interpretativa, em oposição ao caráter descritivo do positivismo ou a visão de direito como sistema⁴². Para ele, o direito não está separado da política e da moral, uma vez que a interpretação jurídica não pode ser evitada pelo juiz quando da análise de um caso, cabendo a este último encontrar a melhor resposta possível para os problemas existentes, a partir de uma análise detida do ordenamento jurídico, com suas regras e princípios subjacentes⁴³. Dworkin sustenta, portanto, que os princípios são inerentes ao

³⁷ “Efetivamente, existem determinadas questões que restam sem resposta ao se pensar a democracia deliberativa adequada às sociedades complexas, tais como: a) existe uma relação entre igual acesso ao processo de deliberação e igual aferição de renda? b) a desigualdade na distribuição de renda, na educação, no acesso à informação, ou na apatia podem constituir uma ameaça à participação simétrica de todos durante o procedimento de deliberação? c) em que medida a democracia deliberativa pode ser vista como uma resposta teórica, uma determinada forma de analisar a realidade existente ou, ao contrário, ser entendida como um ideal para as modernas sociedades?” (KOZICKI, Kátia, *op. cit.*, p. 101).

³⁸ Para Estefânia Maria de Queiroz Barboza “(...) tais garantias procedimentais não são suficientes para atender nossa sociedade, primordialmente desigual. O princípio da igualdade entre as partes não é suficiente para garantir o direito à igualdade, havendo necessidade de uma discriminação ativa” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 48)

³⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁰ *Idem, Ibidem.*

⁴¹ *Idem, Ibidem.*

⁴² KOZICKI, Kátia, *op cit.*, p. 180.

⁴³ *Idem*, p. 182.

sistema e devem ser perseguidos pelo Judiciário, através de uma atitude interpretativa, sendo a argumentação interpretativa “um tipo de argumentação onde os princípios podem ser mais importantes do que as regras, ou do que os objetivos políticos, uma vez que eles expressam os ideais constitutivos da comunidade política”⁴⁴.

Para o autor, interpretar a lei a partir de princípios não significa discricionariedade, mas apenas apontar quais os princípios aplicáveis a um caso concreto. Sob tal perspectiva, faz-se não somente uma crítica ao positivismo, mas também uma crítica contra o utilitarismo, o qual não permite que considerações quanto ao bem-estar da comunidade influenciem decisões judiciais”⁴⁵. Dworkin destaca, porém, que o juiz não está livre para ‘criar’ direito, cabendo a ele sempre servir-se dos princípios constitutivos de uma comunidade, para julgar cada caso concreto⁴⁶.

Dworkin entende que a Constituição destina-se a proteger os cidadãos contra as decisões que certas maiorias possam tomar, sendo algumas regras precisas e outras não. Estas últimas constituem o que o autor chama de padrões ‘vagos’, os quais se justificam através do apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria. Tais direitos reconhecem e protegem os cidadãos, assim como as regras precisas o fazem⁴⁷. Diante disso, para o autor, uma interpretação estrita do texto da Constituição produz uma concepção estreita dos direitos constitucionais, restringindo-os. Para ilustrar tal questão, Dworkin exemplifica, apresentando conjuntamente a sua crítica:

*“(...) Suponhamos que eu dissesse a meus filhos que esperava que eles não tratassem os outros injustamente. Sem dúvida, eu teria em mente exemplos de conduta que desejaria desencorajar, mas não aceitaria que meu ‘significado’ se limitasse a esses exemplos, por duas razões. Em primeiro lugar, eu esperaria que meus filhos aplicassem minhas instruções a situações nas quais eu não teria pensado. Em segundo lugar, eu estaria pronto a admitir que algum ato particular que eu considerava justo (**fair**) era de fato injusto, ou vice versa, caso um de meus filhos conseguisse me convencer disso posteriormente. Nesse caso, eu gostaria de dizer que minhas instruções incluíam o caso por ele citado, não que eu mudaria minhas instruções. Eu poderia dizer que minha intenção era a de que a família se guiasse pelo conceito de **justiça (fairness)** e não por alguma concepção particular de **justiça (fairness)** que eu tivesse tido em mente”⁴⁸.*

⁴⁴ *Idem, Ibidem.*

⁴⁵ *Idem*, p. 185.

⁴⁶ *Idem*, p. 189.

⁴⁷ “A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum. Algumas dessas restrições constitucionais assumem a forma de regras bastante precisas (...). Mas outras restrições assumem a forma daquilo que frequentemente se chama de padrões ‘vagos’ (...). Os redatores da Constituição presumiram que essas restrições poderiam ser justificadas através de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, direitos que – afirma-se – disposições constitucionais, tanto ‘vagas’ como precisas, reconhecem e protegem” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 209).

⁴⁸ *Idem*, p. 211.

Para o estudioso, muitas controvérsias judiciais implicam uma leitura moral da Constituição, a qual supõe que os direitos fundamentais sejam interpretados como princípios morais, que decorrem da justiça e da equidade e fixem os limites ao poder governamental⁴⁹. Ademais, “a leitura moral faz-se necessária seja porque os direitos fundamentais são quase sempre estabelecidos em uma linguagem abstrata, carente de interpretação, seja porque é a única capaz de solucionar corretamente conflitos entre direitos”⁵⁰.

Assim, verifica-se que, para Dworkin, a atitude interpretativa do juiz perante a norma é fundamental. Desse modo, não se sustenta uma democracia estritamente pautada em um procedimento deliberativo justo, sem que os resultados não sejam também justos, ou, em outras palavras, para verificar se a democracia se faz presente, não basta eleger governantes e saber quando ou porque as leis são feitas, mas saber o que as leis dizem⁵¹. Assim, para o autor, “o *judicial review* assegura um tipo superior de deliberação republicana, na medida em que viabiliza um debate político orientado por princípios e não apenas por valores forjados por maiorias eventuais”⁵².

Dworkin entende que a ‘democracia’ não possui um conceito preciso e que não se deve conceber que um conceito processual é melhor do que um substantivo⁵³. Em crítica feita a John Hart Ely, o qual sustentava, entre outros argumentos⁵⁴, que a revisão judicial baseada no processo era compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância era antagônica a ela⁵⁵, Dworkin assim se posiciona sobre o assunto:

“(...) A revisão judicial deve atentar para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direito as pessoas têm, mas, antes, em virtude da resposta correta a essas questões. A idéia de democracia é de pouquíssima utilidade na procura dessa resposta. Também não decorre, a partir simplesmente do compromisso com o processo e não com os resultados isolados do processo, que as chamadas decisões de ‘devido processo legal substantivo’, que Ely e outros deploram, sejam imediatamente excluídas. Pelo contrário, o compromisso com o processo confere a algumas dessas decisões um respaldo novo e mais poderoso. (...) o ideal abstrato de democracia, em si

⁴⁹ CITTADINO, Gisele, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁰ *Idem*, p. 191-192.

⁵¹ MORO, Sérgio Fernando. *op. cit.*, p. 116.

⁵² CITTADINO, Gisele, *op. cit.*, p. 194.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 82.

⁵⁴ A teoria da revisão judicial de Ely está pautada nos seguintes argumentos: “(1) A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado desse processo. (2) Ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia. (3) A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagônica a ela. (4) O Tribunal, portanto, erra quando cita um valor substantivo putativamente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa. **Griswold e Roe contra Wade** foram decididos erroneamente, e o Tribunal deveria abster-se de tais aventuras no futuro” (*Idem*, p. 81).

⁵⁵ *Idem. Ibidem*.

mesmo, não oferece nenhuma sustentação maior para uma doutrina jurídica da revisão judicial baseada no processo que para uma baseada nos resultados”⁵⁶.

É de se notar que Dworkin é contra a teoria de democracia majoritária, pois entende que a proteção dos direitos pelos Tribunais apenas fortalece o processo democrático, bem como o princípio da igual consideração e respeito, tido por ele como fundamento básico da democracia constitucional⁵⁷. O autor defende a concepção constitucional de democracia, pois, conforme analisado, sustenta que a Constituição tem o papel primordial na proteção das minorias, contra as decisões das maiorias:

“Se queremos uma teoria da revisão judicial que produza resultados aceitáveis – isso permitiria que o Tribunal eliminasse leis radicalmente discriminatórias mesmo que elas beneficiassem a comunidade como um todo, contando os interesses de cada um como um -, não podemos nos valer da idéia de que o Supremo Tribunal deve estar preocupado com o processo enquanto distinto da substância. A única versão aceitável da própria teoria de ‘processo’ faz o processo correto – o processo que o Tribunal deve proteger – depender de se decidir que direitos as pessoas têm ou não. (...)”⁵⁸.

Por fim, para Dworkin, a *judicial review* pode viver em harmonia com a democracia, contudo, desde que esta seja concebida como ‘democracia constitucional’. O autor defende a atuação ativa do Tribunal, “no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”⁵⁹. Isso não significa que os Tribunais possam tomar decisões políticas⁶⁰, ao contrário, eles sempre deverão pautar as suas decisões nos princípios, mesmo nos casos difíceis⁶¹.

⁵⁶ *Idem*, p. 81-82.

⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 61.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. p. 95-96.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. p. 231.

⁶⁰ O autor distingue os argumentos de princípio e os argumentos de política, sustentando que não cabem ao Poder Judiciário os argumentos de política, os quais são reservados aos poderes eleitos, vejamos a distinção entre ambos: “Argumentos de política justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão promove ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. O argumento em favor do subsídio para produtores de aviões, com o argumento de que o subsídio servirá para a segurança nacional, é um argumento de política. Argumentos de princípios justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. O argumento em favor de estatutos anti-discriminatórios, de que uma minoria tem o direito a igual respeito e tratamento, é um argumento de princípio” (DWORKIN, Ronald. *Apud*. KOZICKI, Kátia, *op. cit.*, p. 183).

⁶¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 64.

Embora existam críticas à teoria de Dworkin⁶², tal posicionamento contém elementos que podem nos fazer repensar a aplicação do direito, especialmente no que se refere à concepção de que toda regra jurídica necessita de interpretação e que, na realidade, o sentido da regra se constrói no próprio ato interpretativo, ou seja, as decisões judiciais não são neutras⁶³. O direito é sempre fruto de uma decisão, porém, “desmistificar a chamada neutralidade judicial não implica em reduzir o direito à política”⁶⁴.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme se demonstrou, “não existe uma resposta certa para democracia, assim como não existe uma resposta certa para o direito, no tocante à melhor forma de interpretação e aplicação do mesmo”⁶⁵, porém, conforme também se apontou, tanto a teoria de Habermas, como a teoria de Dworkin, possuem elementos interessantes para analisarmos a tensão entre constitucionalismo e democracia. Tais teorias nos permitem pensar o papel que deve ser exercido pelo Judiciário na jurisdição constitucional, especialmente no tocante à concretização dos direitos fundamentais.

Inicialmente, necessário ressaltar que ambas as teorias comungam da ideia de que é necessário proteger os direitos fundamentais. Para o constitucionalismo, tais direitos configuram uma pedra angular, a qual garante a concretização da democracia. Para o procedimentalismo, por sua vez, tais direitos configuram uma garantia ao processo democrático, uma vez que ao protegê-los, a participação política dos cidadãos em processos deliberativos fica garantida. Portanto, conforme se verifica, não há divergência entre as teorias no que se refere à necessidade de garantir os direitos fundamentais, cabendo analisar, agora, as contribuições trazidas por cada uma delas.

Pela teoria procedimental, seguida por Habermas, verificamos a importância dada à soberania popular, à realização dos processos deliberativos justos e aos direitos políticos, os quais merecem ser resguardados, contudo, na teoria constitucionalista, seguida por Dworkin, constatamos que apenas as garantias procedimentais talvez não sejam suficientes para atender as necessidades sociais. Nessa perspectiva, não se pode

⁶² Vejamos a crítica que Kátia Kozicki faz a respeito da teoria de Dworkin: “A visão de Dworkin de que é possível uma sociedade onde o direito expresse o povo através de uma só voz acaba por ser totalitária e antidemocrática em si mesma. Embora o faça através da afirmação do ideal de fraternidade, não existem elementos, nas modernas democracias, capazes de levar à conclusão de que os obstáculos à formação deste consenso possam ser superados sem atos de força ou sem exclusão. (...) Por fim, uma última crítica deve ser feita à posição de Dworkin: em sua obra existe uma supervalorização do jurídico, em detrimento do político. Os tribunais são chamados a funcionarem como ‘árbitros’ na solução de questões que poderiam muito melhor ser trabalhadas na esfera política do que na esfera judicial (KOZICKI, Kátia, *op cit.*, p. 199).

⁶³ *Idem*, p. 208.

⁶⁴ *Idem*, *Ibidem*.

⁶⁵ *Idem*, p. 209.

falar em democracia sem que existam resultados justos, os quais podem ser obtidos a partir da atuação interpretativa do juiz com base na análise social.

Assim, importante a observação de Dworkin no sentido de que a interpretação da norma é natural ao juiz, não se concebendo que ainda sejamos ingênuos ao acreditar que o este deve se pautar em “procedimentos interpretativos de bloqueio, pretensamente neutros, vinculados a uma concepção de Estado mínimo e adequados a uma legalidade estritamente positivista”⁶⁶ ou, ainda, que o juiz é a ‘boca da lei’.

Sob essa perspectiva, poderíamos nos indagar: Ao dizer que o Supremo Tribunal Federal está legislando ao realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos executivos, não estaríamos incorrendo no erro de achar que a decisão judicial é neutra e limitando a extensão da norma constitucional com base numa legalidade positivista? A questão é realmente delicada, contudo, Gisele Cittadino dita o rumo da resposta ao afirmar que a função do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, é uma função política, ou seja, não é uma função neutra. Para a autora, nem mesmo a Carta Constitucional é neutra, visto que está comprometida com valores comunitários, os quais devem ser garantidos por meio de um processo interpretativo:

“Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política. Se a própria Constituição, como vimos, não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos”⁶⁷.

Para Cittadino, a atuação do Supremo Tribunal Federal é uma atuação política, já que declarar o sentido e o alcance da norma constitucional constitui uma atuação política. A autora sustenta, ainda, que a Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e orientou a compreensão e interpretação da Constituição pelo critério do sistema de direitos fundamentais⁶⁸, e, para a realização de tais direitos, seria necessária a atuação da comunidade de intérpretes⁶⁹, de seus elementos processuais, assim como de uma hermenêutica que ultrapasse o formalismo positivista⁷⁰.

Miguel Seabra Fagundes também destaca que a função do STF é uma função política:

⁶⁶ CITTADINO, Gisele, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁷ *Idem*, p. 63-64.

⁶⁸ CITTADINO, Gisele, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁹ “(...) a abertura constitucional permite que cidadãos, partidos políticos, associações, etc. integrem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a constituição” (CITTADINO, Gisele, *op. cit.*, p. 19).

⁷⁰ *Idem*, p. 63.

“Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o que é óbvio. Porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do Poder Público... Com relação ao STF, o exercício da função política não se dá na rotina de suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade das leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares... Ao manifestar-se (...), como árbitro que é da Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é”⁷¹.

Maria Estefânia de Queiroz Barboza também se manifesta no mesmo sentido:

*“(...) deve o Poder Judiciário assumir que exerce função política, sim, e na medida em que interpreta, por meio de amplo esforço de compreensão valorativa das regras, principalmente de direitos sociais, prevista na Constituição de 88, ao estabelecer novos papéis a serem desempenhados pelo Estado, enquanto provedor de serviços básicos, enquanto promotor de novas relações sociais, enquanto planejador de atividades econômicas, etc. e efetivar os direitos sociais prestacionais, segundo os valores políticos e sociais consagrados na Constituição e conforme os anseios da população. A Constituição não pode mais ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, sem preocupação ou vinculação com a realidade social, como mera garantia do **status quo**. A Constituição brasileira, ao trazer valores sociais alçados a direitos fundamentais, acaba por legitimar o juiz constitucional”⁷².*

Sergio Fernando Moro enriquece a discussão afirmando que o juiz deve interpretar a norma constitucional tendo em vista o papel institucional que lhe foi reservado, de guardião da Constituição. Para o autor, o papel do juiz constitucional não é a de fazer uma comparação entre texto da Constituição e o texto da legislação infraconstitucional, pois, para isso, não seriam necessários juízes. Ao contrário, para o autor, o juiz constitucional deve agir consciente da responsabilidade que possui perante a Constituição, e que lhe foi outorgada pelo Constituinte, que é a de garantir os direitos fundamentais, a liberdade, a igualdade, a democracia, sem atuar como um ‘burocrata mecânico’⁷³.

Com o surgimento do Estado Social⁷⁴, o qual rompe com a lógica do Estado Liberal⁷⁵, nascem os direitos fundamentais sociais, e, a partir deles, o Poder Judiciário

⁷¹ FAGUNDES. Miguel Seabra. *Apud*. CITTADINO, Gisele, *op. cit.*, p. 67-68.

⁷² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 198-199.

⁷³ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 180-181.

⁷⁴ “No século XIX, a exploração dos trabalhadores pelos detentores do capital é tamanha, que o Estado é forçado a limitar a liberdade contratual existente, a fim de se oferecer um mínimo de dignidade às classes trabalhadoras, como forma de reverter o mundo de injustiças, derivado da liberdade individual e concorrência econômica, uma vez que a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade, o que deixou, inclusive, a burguesia numa situação de insegurança” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 141).

⁷⁵ “Na doutrina do Estado Liberal, o Estado era responsável apenas pela segurança das relações sociais, de forma a proteger a liberdade dos indivíduos. Para desempenhar tal finalidade, se limitava a

passa de mero aplicador da lei, para um intérprete do direito, o que faz com base na realidade social de sua época, a fim de “trabalhar ativamente para consolidar um novo ideal de justiça, qual seja, o da justiça social distributiva”⁷⁶. Andreas J. Krell afirma que o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências do direito material, ancorando-se em normas éticas e políticas, conforme aponta o trecho abaixo:

“Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a neutralização política do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo desse modo o valor segurança, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico. O Direito no Estado Liberal dependia basicamente do legislador; no Estado Social da sociedade de massas ele não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz”⁷⁷.

Diante disso, para Andreas J. Krell, não é possível negar a responsabilidade do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, bem como a hermenêutica de tais direitos deve ir além da subsunção do fato à norma, passando a se tornar um problema de conformação política, ou seja, de transformação que siga um projeto ideológico:

“se exigem alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam corresponsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política. A questão hermenêutica dos Direitos Fundamentais deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma para se tornar um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico (e não lógico)”⁷⁸.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário tem a função de fazer valer os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, concretizando-os. Em uma sociedade desigual como a brasileira, em que a garantia formal da igualdade não basta para que a população viva com dignidade, a igualdade deve ser buscada também no plano material. Desse modo, a atuação da jurisdição constitucional permitiria a concretização dos direitos fundamentais, os quais “não podem ser vistos como caridade, mas como autênticos direitos fundamentais, que, por sua vez, exigem uma atuação positiva do Judiciário para garanti-los àqueles que deles necessitam”⁷⁹.

produzir a lei, a executá-la, bem como a censurar a sua violação, os cidadãos possuíam, assim, somente direitos correlativos a prestações negativas” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 138).

⁷⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Apud.* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 145.

⁷⁷ KRELL, Andreas J. *Apud.* BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 262.

⁷⁸ *Idem*, p. 262-263.

⁷⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 194.

Portanto, diante das razões e teorias expostas, pode-se dizer que a atuação do juiz constitucional não é neutra, ao contrário, constitui uma atuação política, por se tratar a própria Constituição de instrumento político, não neutro. Resta também afastada a ideia de que a jurisdição constitucional estaria funcionando como ‘legislador’, ao contrário do que apontam alguns autores, uma vez que, primeiro, a atividade de interpretação do juiz é algo natural, segundo, tal atividade não pode se limitar a subsunção do fato à norma, o que limitaria a aplicabilidade da norma constitucional.

Considerando a posição de que o Judiciário funciona como intérprete da norma constitucional e que deve adotar uma hermenêutica que legitime os direitos fundamentais, podemos sustentar que a atuação do STF na defesa dos direitos fundamentais é antidemocrática? A vontade da maioria popular, assim como os representantes por ela eleitos, devem respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais?

Estefânia Maria de Queiroz Barboza sustenta que a democracia fundada na Constituição Federal de 1988 não se reduz a uma democracia da vontade da maioria, mas sim a uma democracia comprometida com o direito das minorias, o qual está garantido como direitos fundamentais⁸⁰. Para a referida autora, portanto, a definição do conteúdo substantivo de uma norma ou de um ato Executivo ou Legislativo, por parte do Judiciário, não fere o princípio democrático, ao contrário, lhe dá ainda mais força, uma vez que existe a proteção das minorias e a aplicação dos direitos escolhidos pela própria sociedade no ato constituinte, tornando-a mais justa e solidária⁸¹.

Ainda, no que se refere à atuação do STF e a tensão existente entre tal atuação e a democracia, Alexander Hamilton, sustenta que a Constituição seria um autêntico produto do governo do povo, não tendo os representantes eleitos o direito de substituir o povo, vindo a modificar ou violar a Constituição⁸². Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais constituiriam a fixação de valores previamente escolhidos pela sociedade, como forma de assegurar o processo democrático, e, uma vez escolhidos tais direitos, bastaria aplicá-los, a fim de se poder alcançar uma sociedade mais justa e solidária⁸³. Sob essa perspectiva, sustenta Sérgio Fernando Moro, que, sendo a Constituição produto do governo de um povo, e não apenas uma lei ordinária, “torna-se possível justificar a jurisdição constitucional pela necessidade de atribuir a uma instituição independente da maioria política a guarda da Constituição”⁸⁴.

O referido autor argumenta, ainda, que a atribuição da guarda da Constituição ao juiz não significa que este seja um intérprete superior aos outros, mas que ele é o poder menos perigoso para fazê-lo, já que as garantias conferidas aos juízes, bem como as influências políticas que os outros poderes possuem, fariam do Judiciário mais apto a interpretar a Constituição. Sustenta-se que a influência da vontade popular nas decisões

⁸⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 148.

⁸¹ *Idem*, p. 194-196.

⁸² HAMILTON, Alexander. *Apud*. MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 128.

⁸³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 196.

⁸⁴ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 130.

do órgão legislativo é inexpressiva, o que autorizaria a falar em crise da representação política e da democracia⁸⁵. Ainda, de acordo com o autor, o processo legislativo “contém mecanismos antimajoritários que podem impedir a transformação da vontade popular em lei, o que favorece a inércia e o *status quo*, o qual não é necessariamente democrático”⁸⁶. Nesse aspecto, toma-se como exemplo o bicameralismo, a composição do Senado Federal (representa Estados e não o povo), a influência dos chefes de partidos, dos *lobbies* e dos grupos de interesse, assim como o veto do Executivo.

Nesse sentido, importante precisar que, atualmente, o povo espera do Estado prestações ativas, e não a mera garantia formal de igualdade, nem tão somente a concretização de uma democracia procedimental, mas também busca resultados democráticos, os quais são obtidos por meio da concretização dos direitos fundamentais, especialmente sociais, garantidos na Carta Constitucional. Por essa razão, o povo busca o Judiciário, “como garantidor dos direitos fundamentais que não foram realizados pelo Poder Executivo, quer seja por problemas operacionais ou orçamentários próprios, quer seja por esperar uma regulamentação por parte do Poder Legislativo”⁸⁷. Ademais, grupos minoritários ou cidadãos isolados têm mais fácil acesso ao Judiciário, do que aos demais poderes, o que faria da sua atividade mais democrática⁸⁸.

Diante desses argumentos, e de outros que poderiam ser levantados, entende-se que a atuação do Poder Judiciário na Jurisdição Constitucional é democrática, uma vez que não se pode considerar como suficiente a adoção do princípio majoritário para a tomada de decisões, fator que demonstrou insucesso ao longo da história⁸⁹, sendo necessário ter uma perspectiva de democracia que vá além da noção de ‘governo do povo’, mas uma perspectiva em que ela seja entendida como um ‘valor-meio’, a partir do qual deve ocorrer a concretização de valores essenciais à vida humana. Nessa perspectiva, devem unificar-se as garantias formais e os resultados.

Quanto à indagação sobre, se a vontade da maioria popular, assim como os representantes por ela eleitos, deveriam respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais, entende-se que sim, não havendo qualquer afronta à democracia por conta disso. Os direitos fundamentais foram criados antes do Estado, pelo Constituinte, a partir da vontade popular, sendo papel do juiz constitucional proteger tais direitos em face de maiorias eventuais, bem como adequá-los à realidade social atual. Os direitos fundamentais são, portanto, limites à atuação do Estado, e, via de consequência, também à atuação do Legislativo, o qual não deve contrariá-los, mas promovê-los⁹⁰.

⁸⁵ *Idem*, p. 137.

⁸⁶ *Idem*, p. 138.

⁸⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 149.

⁸⁸ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 115.

⁸⁹ Dworkin aponta que não é suficiente a adoção do princípio majoritário para a tomada de decisões, dando o exemplo dos judeus e afirmando que não seria possível se falar em governo dos judeus na Alemanha nazista, ainda que eles tivessem participado das eleições que elegeu Hitler (MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 116).

⁹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 152.

4 CONCLUSÕES

Apesar de se entender que o Judiciário tem um papel importante na concretização dos direitos fundamentais, conforme se esboçou neste artigo, não se defende um ativismo judiciário incompatível com a democracia, a partir do qual o Judiciário possa se sobrepôr a outro poder, tornando-se autoritário, e, conseqüentemente, antidemocrático. Se defende um Judiciário comprometido com a concretização de tais direitos, de modo a tornar a sociedade moderna mais justa e igual, rompendo com a inércia dos demais poderes. Conforme sustentado por Sérgio Fernando Moro, certamente há um risco em se defender o ativismo judicial, contudo “apregoar o imobilismo também oferece riscos, ainda mais considerando as carências brasileiras, sendo um fator negativo não só dentro do Judiciário, mas também em nossa sociedade civil, comprometendo a qualidade de nossa democracia”⁹¹.

Para Kátia Kozicki, “a interpretação e a aplicação do direito pelos tribunais deve, necessariamente, representar padrões relativamente rígidos de conduta e ser o instrumental necessário, porém nem sempre suficiente, para a solução dos conflitos sociais”⁹². Assim, sustenta que, se não existem respostas certas para democracia e para a aplicação do direito, na forma como apontado, deve-se buscar respostas tanto no plano jurídico como no plano político⁹³, ou seja, direito e política devem ser igualmente demandados em face dos problemas e questões sociais, fato que há de se convir, uma vez que o Poder Judiciário não resolverá todos os problemas sociais. Assim, pode-se dizer que uma atuação conjunta do Judiciário e dos demais poderes faria com que as garantias constitucionais, especialmente os direitos sociais, fossem mais eficazmente concretizados, o que, contudo, não afasta a atuação do Poder Judiciário.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais:** Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2006.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Uma questão de princípio.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Volume I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁹¹ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 317.

⁹² KOZICKI, Kátia. *Op. cit.*, p. 209.

⁹³ *Idem, Ibidem.*

KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser El defensor da la Constitución?** Traduzido por Roberto J. Brie. Madri: Editorial Tecnos, 1995.

KOZICKI, Kátia. **Conflito e Estabilização:** Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina no ano 2000.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Jurisdição Constitucional e Democracia:** uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis.** Traduzido por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHMITT, Carl. **La defensa dela Constitución.** Traduzido por Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1998.

_____. **Teoría de la Constitución.** Alianza Editorial. 2006.

SANTOS, JOSÉ ANACLETO ABDUCH. **O Guardião da Constituição.** Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/opiniaio/conteudo.phtml?tl=1&id=802214&tit=O-guardiao-da-Constituicao>>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Povitivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.