

MARCELA LOPES FRATE

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, LEGITIMIDADE E DEMOCRACIA:
A POLITIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo e metodológica da Professora Raquel Coelho Lenz Cesar.

FORTALEZA – CEARÁ

2009

MARCELA LOPES FRATE

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, LEGITIMIDADE E DEMOCRACIA:
A POLITIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito, em conformidade com os atos normativos do MEC e pelo Regulamento da Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC.

Aprovada em ____/____/____

Raquel Coelho Lenz Cesar

Professora Orientadora da Universidade Federal do Ceará

Francisco de Araújo Macedo Filho

Professor da Universidade Federal do Ceará

Wagneriana Lima Temoteo

Professora da Universidade Federal do Ceará

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre investiram na minha formação espiritual, humana e intelectual, tornando possível meu crescimento em direção à construção de um mundo novo.

Ao meu bom e amado Deus, que, em sua infinita misericórdia, me concede a graça do encontro pessoal e, a cada passo, guia-me para que eu possa ser um dia aquilo que Ele quer de mim.

“É muito melhor amar o bem do que temer o mal, pois
temor é servil e o amor é livre. Ame e faça o que
quiseres!”

Agostinho de Tagaste

(Santo Agostinho)

RESUMO

A crise institucional enfrentada pelo Poder Judiciário, assentada na excessiva politização do Supremo Tribunal Federal, faz surgir debates no meio doutrinário acerca das melhores propostas de transformação estrutural de tal Poder. A situação referida é abordada segundo a perspectiva dos princípios da Separação dos Poderes, da Democracia e da Legitimidade, princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 que norteiam a organização e funcionamento do Estado brasileiro. No sentido das diretivas constitucionais, demonstra-se a politização verificada em situações concretas, em que se percebeu um explícito afinamento entre as decisões do STF e as políticas governamentais, ressaltando as dificuldades que a corte tem de impor a implantação de valores sociais e a observância das normas constitucionais. Por fim, são tecidos comentários acerca da necessidade da participação democrática para a configuração de um Estado Democrático de Direito, em que são indispensáveis as prerrogativas do exercício da cidadania.

Palavras-chave: Politização, Supremo Tribunal Federal, Separação dos Poderes, Democracia, Legitimidade, Corte Constitucional, Cidadania.

ABSTRACT

The institutional crisis faced by the Judiciary Power, which is founded on the excessive politicization of the Supremo Tribunal Federal (Federal Supreme Court), arouses debates amongst the doctrine authorities concerning the best proposals for the structural transformations of such Power. The referred situation is approached by the perspective brought by the principles of Separation of Powers, Democracy and Legitimacy, principles which are sculpted in the Federal Constitution of 1988, ruling the organization and functioning of the Brazilian State. Following the sense of the constitutional guidelines, it demonstrates de politicization in concrete situations, in which it was perceived an explicit consonance between the decisions of the STF and the government politics, bringing out the difficulties that the court has to impose the implementation of social values and the obedience of the constitutional rules. At last, some comments are made on the need of democratic participation for the establishment of a Democratic State of Law, in which the prerogatives of the exercise of citizenship are indisposable.

Key words: Politicization, Supremo Tribunal Federal (Federal Supreme Court), Separation of Powers, Democracy, Legitimacy, Constitutional Court, Citizenship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I: DIVISÃO DOS PODERES E DAS FUNÇÕES DO ESTADO	14
1. A distinção entre as funções do Estado.....	14
1.1 A contribuição de Aristóteles.....	14
1.2 Montesquieu e a Tripartição dos Poderes.....	15
1.3 Separação das Funções Administrativa e Judiciária.....	20
2. O sistema de freios e contrapesos.....	22
3. Críticas à Tripartição dos Poderes.....	23
CAPÍTULO II: DEMOCRACIA, O GOVERNO DO POVO... ..	27
1. A democracia na concepção clássica.....	27
2. A concepção moderna.....	28
3. A democracia e o Estado contemporâneo.....	30
3.1. Democracia direta, semi-direta e indireta.....	30
3.2. Democracia e participação.....	32
4. O Supremo Tribunal Federal e o novo conceito de Democracia.....	34
4.1. O papel de <i>Amicus Curiae</i> no controle concentrado de constitucionalidade..	37
CAPÍTULO III: A LEGITIMIDADE COMO FUNDAMENTO DE TODO PODER ESTATAL	42
1. A Legitimidade e a política segundo Max Webber	42

2. O Poder Constituinte legítimo como pressuposto da legitimação legal.....	44
3. A Legitimidade do Poder Judiciário.....	46
4. A Legitimidade democrática sob a perspectiva dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização.....	50
CAPÍTULO IV: A CRISE POLÍTICA DO SUPREMO	
TRIBUNAL FEDERAL....	53
1. Jurisdição e o papel das Cortes Constitucionais na atualidade.....	53
2. O lugar do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro – Controle de Constitucionalidade.....	56
3. A edição de Súmulas vinculantes e o princípio da Separação dos Poderes.....	59
4. A politização do Supremo Tribunal Federal	62
5. Algumas decisões políticas do Supremo Tribunal Federal.....	65
6. Propostas para novas transformações.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo realizar uma abordagem crítica do fenômeno na politização do Supremo Tribunal Federal, com enfoque nos princípios da Separação dos Poderes, da Legitimidade e da Democracia, tendo por base teorias gerais de Direito e de Ciência Política e Teoria Geral do Estado.

A análise é volvida para questionar se o Supremo, tendo constatada a eminência política de sua estrutura atual, atende aos comandos dos referidos princípios constitucionais, sobre os quais se explana, abordando seus conceitos, suas evoluções. Critica-se o atual modelo de aplicação e interpretação das normas extraídas do texto constitucional, sobretudo no que concerne ao papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Os princípios da separação dos poderes, da legitimidade e da democracia são consagrados no ordenamento jurídico brasileiro de modo a orientar a organização e o planejamento do Estado.

O primeiro princípio acima relatado é fruto de evolução de perspectivas teóricas de pensadores como Aristóteles, John Locke, Montesquieu, e determina que o poder estatal, embora seja uno e indivisível, deve se ramificar em três áreas de atuação, quais sejam o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, de modo que as três funções sejam exercidas harmonicamente e independentemente entre si.

O princípio democrático ensina que o Poder soberano do Estado só tem sentido se for proveniente do povo e exercido por este e para este, que é a fonte e o destinatário de tal Poder.

Já o princípio da legitimidade nos aponta que é esse povo soberano que legitima, tornando válido, o exercício do Poder, na medida em que escolhe os seus representantes, manifestando seus anseios, configurando-se como fundamento de toda atuação estatal.

Segundo o sistema vigente, cabe ao Supremo Tribunal Federal velar pela guarda da constituição federal, resolvendo conflitos por meio da interpretação das normas constitucionais e do controle de constitucionalidade das leis.

Ocorre que, ao exercer tal papel, o STF tem se alinhado a vontades políticas do Estado, comprometendo ideais de suma importância, consagrados por meio de lutas e conquistas históricas, ao longo de muitos anos. Comprovando tal entendimento, faz-se uma breve exposição de casos concretos em que o Supremo se posicionou conforme as pressões políticas do Poder Executivo, falhando cabalmente no exercício de sua função precípua.

Aborda-se também as propostas realizadas com o fito de transformar o sistema vigente, para que se reconstitua o exercício legítimo dos Poderes estatais. Neste sentido, analisa-se as propostas de emenda constitucional de nº 68 de 2005 e a de nº 342 de 2009, bem como as proposições de doutrinadores renomados e dos órgãos representativos das magistraturas.

Pretende-se priorizar uma metodologia qualitativa e bibliográfica, sendo a compilação a principal técnica de coleta de dados utilizada neste estudo, por meio do levantamento bibliográfico de livros, monografias e artigos científicos referentes à temática a fim de subsidiar uma revisão literária que possibilite uma compreensão histórica e teórico-conceitual sobre o papel do Supremo Tribunal Federal e as implicações de sua politização.

CAPÍTULO I: DIVISÃO DOS PODERES E DAS FUNÇÕES DO ESTADO

1. A distinção entre as funções do Estado

1.1. A contribuição de Aristóteles

Em seu livro *Política*, Aristóteles define o homem como um animal político, tendente a se agrupar por consequência do seu próprio instinto, de modo a perseguir em conjunto o fortalecimento para melhor adaptação às condições naturais do meio em que vive para garantir a sua sobrevivência e o seu desenvolvimento.

Inerente à escolha do seres humanos de viverem em sociedade está a necessidade de uma organização política que harmonize as relações entre eles como seres sociais.

Seguindo sinteticamente a evolução dos tempos desde os primórdios da civilização, passando pela barbárie, em suas diversas concepções, pelo feudalismo e chegando ao absolutismo, construiu-se uma visão centralizada da organização social, pela qual os seres sociais estruturam-se de modo a delegar a um poder soberano a tarefa de comandar e dirigir as atividades estatais.

A idéia de que tal poder soberano deveria ser exercido por meio de funções distintas remonta a Aristóteles, que as dividiu em três. As mesmas foram discriminadas como a função de editar as normas gerais a que todos deveriam se submeter, a de aplicar tais normas aos casos concretos e a de julgar os conflitos ocasionados pela aplicação dessas normas¹.

Diferentemente do que se observa na atualidade, quando as funções estatais são divididas entre diversos órgãos, na concepção aristotélica elas eram exercidas por uma mesma pessoa, diante da conjuntura social absolutista de sua época. Nesta esteira, Pedro Lenza (2009,

¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. Ed. Ver., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.337.

p. 337) afirma sobre a idéia do referido filósofo que o poder era exercido pelo soberano, o qual detinha o “poder incontestável de mando” e concentrava em suas mãos todas as funções do estado.

1.2. Montesquieu e a Tripartição dos Poderes

Tendo como base de suas reflexões o pensamento de Aristóteles e a doutrina do filósofo inglês John Locke, que desenvolveu as idéias aristotélicas tendo por base o constitucionalismo inglês a partir do século XVI, Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, sistematizou a Teoria da Separação dos Poderes. Esta serve de modelo para a organização interna da maioria dos países ocidentais da atualidade e para os que procuram construir um estado democrático de direito².

Para Montesquieu, a vida em sociedade pressupunha a existência de um governo, que funcionaria como um ente maior responsável pela coordenação das vontades dos entes sociais para harmonizá-las, estabelecendo uma finalidade para a sociedade. De tal modo, todos os cidadãos deveriam ser submissos ao Estado soberano, organizado segundo ideais democráticos.

Delineando as premissas dos ideais democráticos que pregava, o Barão acreditou ser extremamente perigoso pôr nas mãos de um único soberano todo o poder estatal. A exemplo do que aconteceu com o rei Luís XIV nos tempos da monarquia francesa, o poder ilimitado e desordenado do soberano acabou por levar a França à ruína.

Continuando seu raciocínio, Montesquieu, em *De L'esprit des lois*, distingue:

Há dentro de cada Estado três tipos de Poderes: o Poder legislativo, o Poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes [Poder Executivo do Estado] e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil [Poder de Julgar] [...]”³. (MONTESQUIEU, 1748, p. 142, tradução nossa)

O referido pensador fez tal distinção em contraposição ao absolutismo, determinando que cada função estatal deve ser exercida por um órgão específico que constitui

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 24.Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, capítulo IV.

³ *Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil[...].* MONTESQUIEU. *De L'esprit des Lois*. Nouvelle Edition. Paris: Librairie Garnier Frères, 1748, p. 142.

um poder dotado de função típica por sua natureza e atua no Estado de maneira autônoma e independente em relação aos demais Poderes⁴, afirmando em tal norte que:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou de nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou os litígios particulares⁵.
(MONTESQUIEU, 1748, p.143, tradução nossa)

Neste esteio, ele estabeleceu que o Poder Legislativo corresponde ao poder que o Príncipe ou o Magistrado tem de fazer leis temporárias ou permanentes, podendo corrigir ou revogar as que já estão feitas. O Poder Executivo do Estado seria um poder de alcance internacional, que poderia declarar a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadores, garantir a segurança do Estado dentro do seu território e contra as possíveis invasões externas, sendo também responsável pela administração do Estado, devendo executar as leis em geral. Já o Poder de Julgar se encarregaria de punir os crimes e de contrabalancear as demandas dos particulares segundo o direito civil estabelecido.

A pedra angular de sua teoria é a separação desses poderes, de modo que cada um seja independente cada um dos demais, sendo também por eles limitado, para que se possa garantir a melhor desenvoltura do Estado, segundo uma visão democrática pela qual os cidadãos possam conviver dentro de um sistema em que todos são iguais perante a lei, no cerne de um Estado de Direito.

O referido filósofo considera que um dos maiores valores a serem preservados é a liberdade dos homens, que, para ele, consiste, numa sociedade onde existem leis, em “poder fazer aquilo que nós devemos querer e a não sermos forçados a fazer aquilo que não devemos querer”. Ela se consubstancia no “direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem” (MONTESQUIEU, 1748, p.141, tradução nossa). Nesta esteira, para que tal liberdade seja garantida, afirma que:

Quando na mesma pessoa ou dentro do mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo se reúne ao Executivo, não há liberdade, porque nos podemos temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não há liberdade, ainda, se o poder de julgar não é separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se ele se unisse ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a

⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado.13. Ed. Ver., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.337.

⁵ *Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps de principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers*” (MONTESQUIEU,1748, p. 143)

liberdade dos cidadãos seria arbitrário porque o juiz seria legislador. Se ele se unisse ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor⁶. (MONTESQUIEU, 1748, p. 143, tradução nossa)

Propondo uma situação ideal de convivência dos três Poderes, Charles de Secondat afirma que eles deveriam “formar um repouso, uma inação, mas, como pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados de caminhar, eles serão forçados a caminhar juntos” (1748, p. 150).

Aprofundando a sua concepção acerca do papel de cada um dos poderes, o Barão delineou mais precisamente os respectivos campos de atuação dos mesmos para harmonizá-los entre si. Essas determinações foram ratificadas por seu livro *Defense de L'esprit des Lois*, o qual escreveu para por fim aos debates doutrinários e políticos que se levantaram acerca de suas idéias.

Acerca do Poder Judiciário, Montesquieu afirma que ele não deve ser dado a um senado permanente, devendo ser exercido por cidadãos retirados do povo, como se verificou na democracia ateniense. Seus membros devem ser escolhidos em determinada época do ano, quando for requisitado e da maneira que o Legislativo prescrever, para formar um tribunal que terá apenas a duração que for necessária.

Já os Poderes Executivo e Legislativo podem ser atribuídos a pessoas ou a corpos permanentes porque eles não são exercidos sobre particulares. Este constitui a vontade geral do Estado e o outro é apenas encarregado da execução dessa vontade geral.

Normalmente, o Poder Legislativo não pode atribuir ao Executivo o direito de prender os cidadãos sumariamente porque, se assim fosse, estaria mitigada a liberdade dos cidadãos. O Executivo só poderá prender se a pessoa tiver cometido crime tipificado em lei ou se ela colocar em perigo a própria ordem estatal.

O Legislativo deveria ser exercido por todo o povo como um único corpo, mas, diante da impossibilidade de tal exercício nos grandes Estados, o Barão ratifica a necessidade

⁶ “Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, Il n’y a point de liberté, parce qu’on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour lés exécuter tyranniquement.

Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutrice. Sui elle étoit jointe à la puissance législative, Le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire car Le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance exécutrice, Le juge pourroit avoir la force d’un oppresseur”. MONTESQUIEU. De L’esprit des Lois. Nouvelle Edition. Paris: Librairie Garnier Frères, 1748, p. 143.

de que o povo se faça ouvir por meio de seus representantes, que devem discutir pormenorizadamente cada assunto para que se atinja a vontade geral do Estado.

Ao Poder Executivo é dada, ainda, a faculdade de vetar as iniciativas do Legislativo para que não se crie um corpo legislador despótico, que seja capaz de fazer sucumbir os demais Poderes, destruindo o ideal democrático encerrado na política de separação dos Poderes. Esse poder deve sempre ser exercido sobre coisas momentâneas, sendo limitado por sua própria natureza, de modo que não se faz necessária uma faculdade recíproca de veto por parte do Legislativo sobre o Executivo. O que Montesquieu ressalta é um dever imprescindível do Legislativo de fiscalizar a execução das leis que criou, não podendo, contudo, julgar de logo a pessoa que falhou na execução, devendo tomar lugar uma cuidadosa investigação para que haja posterior punição.

Essa doutrina já previa que, em geral, o poder de julgar nunca deve se unir ao Poder Legislativo, a não ser em três exceções; de acordo com o interesse particular daquele que será julgado, já prevendo as prerrogativas funcionais observadas nas constituições da atualidade.

Em tal previsão, os nobres devem ser julgados pelo corpo legislativo porque estão sempre expostos à inveja do povo, podendo estar em perigo se forem julgados pelos tribunais ordinários da nação.

Se a lei for rigorosa demais para certos casos, já que ela é ao mesmo tempo “perspicaz e cega”, não caberá aos juízes moderá-la, tendo em vista que eles são apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”, são “seres inanimados” que têm o dever de aplicar a lei somente. Caberá também ao corpo legislativo, que constitui um tribunal necessário, “a moderação da lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente que ela mesma” (MONTESQUIEU, 1748, p. 149).

A terceira exceção se trata da já citada possibilidade de falha na execução ou quando algum membro da administração pública violar os direitos do povo ou cometer crimes. Montesquieu preconiza que, “para conservar a dignidade do povo e a segurança do particular”, a porção legislativa representante do povo deve acusar diante da porção representante dos nobres porque ambas têm interesses e paixões diferentes, o que levará ao equilíbrio no julgamento.

Em uma visão geral, o ilustre jurista sumariza:

[...] O corpo legislativo, sendo composto de duas porções, uma se acorrentará à outra pela mútua faculdade de impedir. As duas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual estará, por sua vez, amarrado pelo Legislativo⁷. (MONTESQUIEU, 1748, p. 150, tradução nossa)

De tal sorte, percebe-se nas lições de Montesquieu, mesmo diante de uma conjuntura política ainda pouco desenvolvida no sentido da democracia, uma forte sensibilidade quanto aos anseios de liberdade, igualdade e fraternidade, que constituíram os princípios norteadores das grandes revoluções liberais da humanidade.

A Separação dos Poderes foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, com data em 26 de agosto de 1789, em seu artigo 16, prelecionou: “Toda sociedade na qual a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a Separação dos Poderes determinada, não tem Constituição”.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da Separação dos Poderes vem consagrado no seu artigo 2º, o qual dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Para garantir a permanência de tal premissa no ordenamento jurídico brasileiro, o constituinte foi ainda mais longe ao instituí-la como cláusula pétrea no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, do texto constitucional, que expressamente proíbe tentativas abolicionistas do princípio na ordem jurídica nacional.

Observa-se, em tal teoria, uma estrutura político-governamental idealizada de forma bastante coerente e perspicaz, a qual serve como padrão e meta dentro da maioria dos países no mundo atual, inclusive o Brasil. Discute-se incessantemente acerca de maneiras de aperfeiçoar tal doutrina para que ela seja eficazmente praticada como forma de garantir, sobretudo, os princípios da democracia, da igualdade e da liberdade. Acerca do tema, Paulo Bonavides nos leciona:

A jurisprudência das cortes constitucionais, em todos os Países abraçados à ordem jurídica do Estado de Direito, tem sabido por igual adotar o princípio como a melhor das garantias tutelares com que estabelecer as bases de um sistema de leis onde o exercício do poder se inspire na legitimidade dos valores que fazem a supremacia do regime representativo em todas as suas modalidades democráticas de concretização. (BONAVIDES, Paulo. 2005, p.555)

⁷ “[...] *Le corps legislative y étant composé de deux parties, l’une enchaînera l’autre par sa faculté mutuelle d’empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle même par la législative*”. MONTESQUIEU. De L’éprit des Lois. Nouvelle Edition. Paris: Librairie Garnier Frères, 1748, p. 150.

A discussão tem se tornado cada vez mais intensa por trazer no seu seio o papel que vem sendo desempenhado atualmente pelo Judiciário, que traz em sua estrutura o órgão responsável pela guarda da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, o qual é encarregado de realizar o controle de constitucionalidade das leis e que encontra na sua maneira de atuação diversas críticas a serem abordadas posteriormente no presente estudo, com fundamento no próprio princípio da separação dos Poderes⁸.

1.3. Separação das Funções Administrativa e Judiciária

Desde o antigo regime, na França, quando a teoria da separação de Poderes de Montesquieu⁹ ainda era desconhecida, se verificou a importância da separação das funções exercidas pelas autoridades administrativas e judiciárias como regra de organização administrativa. A regra era praticada como uma tentativa dos parlamentares, cortes e tribunais, de tomarem conhecimento dos empreendimentos do Rei para orientar suas decisões¹⁰.

A pretexto de concorrer para o melhor interesse dos cidadãos, controlando os atos reais por meio de confronto destes com as leis fundamentais do reino, Richelieu proclamou o Editto de Saint-Germain, em fevereiro de 1641, que reafirmou a separação das autoridades administrativas e judiciárias. Tal regra proibia os juízes de deliberar sobre os atos da administração e sobre os administradores em razão de suas funções.

Pontes de Miranda nos leciona que essa distinção das funções do Estado é uma constatação fática, “pertinente à natureza dos fatos da vida social”, de modo que não se confunde com a Separação dos Poderes, a qual é “regra de distribuição das competências orgânicas”.¹¹

Não se pode afirmar que a separação das funções do Estado tem uma ligação direta com o princípio da separação dos Poderes trazido por Montesquieu, pois este constituiu símbolo das reivindicações feitas pelos revolucionários de 1879, inspirado no regime anglo-

⁸ Vide item 3.

⁹ Vide item 1.3.

¹⁰ RENOUX, Thierry S. Séparations des pouvoirs, in Cadiet (Loïc) (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris, PUF, 2004, pp.1212-1222.

¹¹ PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946. 4 Ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1963.

saxônico. Na verdade, essa regra serviu para fortalecer a arbitrariedade real, que é justamente o contrário daquilo que pretendeu o ideal da revolução¹².

Essa idéia não foi, contudo, abolida pelos revolucionários, já que eles não queriam que suas atividades fossem interrompidas por intervenção dos tribunais. O que houve foi uma reunião dos dois paradoxos para consubstanciar a concepção francesa da separação dos Poderes, a qual vem servindo de exemplo para outros países, que também procuram adaptar a separação dos Poderes à sua realidade¹³.

Thierry Renoux nos mostra que a teoria da separação dos Poderes não é um pensamento estático, mas é uma idéia que vem sendo modificada ao longo dos anos para melhor atender às necessidades de cada país que a adota, em função dos anseios históricos, culturais e da forma de Estado, seja este unitário ou federal, descentralizado ou centralizado.

Como foi visto, desde a antiguidade os estudiosos perceberam a necessidade de distinção e distribuição das funções do Estado para a melhor organização da máquina estatal. A teoria da separação dos Poderes trouxe uma concepção democrática para que se procure instalar no meio social a predominância do interesse da maioria.

Ocorre que, diante de cada conjuntura política, são verificadas necessidades diferentes, as quais trazem demanda de nova forma de conciliação da doutrina da Separação dos Poderes e da Separação das Funções do Estado. Assim, pode haver uma distribuição flexível das competências de cada Poder, podendo haver uma interpenetração entre eles sem que haja prejuízo à separação dos Poderes. Esta passa a ser vista como o dever de se respeitar o que foi constitucionalmente estabelecido, dando força ao princípio da indelegabilidade de atribuições constitucionais.

¹² Ibid., 2004, pp. 1212-1222.

¹³ A referida concepção francesa consiste em um dualismo jurisdicional que é fundamentado por razões históricas, verificando-se sempre uma administração que deseja que suas ações escapem ao controle do judiciário. Desta concepção resultou a atual organização da França como um Estado que é ao mesmo tempo presidencialista e parlamentarista, no qual as jurisdições administrativas caminham ao lado das judiciárias, sendo ambas protegidas pela constituição. RENOUX, Thierry S. *Séparations des pouvoirs*, in Cadiet (Loïc) (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, pp.1212-1222.

2. O Sistema de Freios e Contrapesos

Associando-se a teoria da separação de funções estatais ao ideal de um Estado Democrático de Direito surgiu o Sistema de Freios e Contrapesos, por meio do qual os Poderes se limitam mutuamente, de modo a harmonizar o poder uno que se traduz na soberania estatal. Proveniente do constitucionalismo inglês, o sistema ficou conhecido como sistema dos “checks and balances”¹⁴.

A teoria da separação dos Poderes não está distante do aludido sistema, de modo que “os contrapesos freiam os excessos governamentais em sentido equivalente ao da limitação recíproca que a separação francesa oferece” (Nelson Saldanha, 1987). Ambas as doutrinas proíbem a invasão de atribuições entre os Poderes, bem como o acúmulo de atribuições em um só Poder¹⁵. O objetivo é contrabalancear os Poderes para garantir o Estado Democrático de Direito.

Dalmo de Abreu Dallari, segundo a referida teoria, afirma que o Estado pode exercer suas funções por meio de atos gerais e especiais. Somente o Poder Legislativo pode praticar os atos gerais, pois estes se percebem por meio da elaboração de normas gerais e abstratas que não são emitidas a casos concretos específicos.

Por esse sistema o Poder Legislativo estaria cerceado, proibido de cometer abusos de poder, por não ter em seus atos o alcance para atingir a esfera pessoal de um cidadão ou um grupo de pessoas de forma benéfico nem tampouco prejudicial.¹⁶

Após a elaboração da norma geral por parte do Legislativo, deverá o Executivo atuar por meio do exercício dos atos especiais por ela limitados. O Executivo não pode, portanto, usar de discricionariedade, mas dispõe de meios concretos para a sua ação.

O Poder Judiciário, por sua vez, é encarregado de fiscalizar os atos dos Poderes Legislativo e Executivo, fazendo com que ambos se restrinjam aos limites de suas competências estabelecidas constitucionalmente¹⁷. O papel de guardião da constituição que vem sendo atribuído ao Judiciário pelas constituições modernas, mais especificamente às

¹⁴ SALDANHA, Nelson. O Estado Moderno e a Separação dos Poderes. São Paulo: Saraiva, 1987.

¹⁵ Ibid. 1987. p.115.

¹⁶ Ibid. 2003. p. 219.

¹⁷ Ibid. 2003, p. 220.

Cortes Constitucionais e, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, é uma evolução dessa função fiscalizadora.

O próprio Supremo Tribunal Federal já balizou a teoria dos pesos e contrapesos nos seguintes termos:

Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os “freios e contrapesos” admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição Federal [...] (ADI 1.905-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.19.11.98, DJ, 05.11.2004)

Em outra ocasião, o supremo afirmou que o sistema de freios e contrapesos tem aplicabilidade “sempre restrita ou materialmente inelástica” (ADI 2.911, rel. Min. Carlos Brito), o que significa que o paradigma da Constituição Federal deve ser sempre cuidadosamente observado para a delinação dos limites do aludido sistema.

3. Críticas à Tripartição dos Poderes

Mesmo diante da sua aplicação prática em diversos ordenamentos jurídicos, a doutrina de Montesquieu vem sendo muito criticada ao longo dos anos pela doutrina.

Em primeiro lugar, critica-se a própria denominação da teoria, que utiliza o termo “poder” como uma realidade divisível, suscetível de partilha. É pacífico o entendimento na doutrina de que o poder do Estado é uno e indivisível, constituindo um atributo que emana do povo¹⁸. Tal poder é exercido por meio de órgãos que executam funções estatais.

Apesar da crítica, observa-se que o constituinte brasileiro optou por adotar a nomenclatura denominada por Montesquieu, embora faça inúmeras adaptações da teoria à realidade nacional. O supracitado artigo 2º da carta magna demonstra a eleição do constituinte quando dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Outro ponto de desentendimento é o ideal de que os três Poderes devem ser independentes um do outro. No Brasil a Tripartição dos Poderes tem sido adotada desde 1823

¹⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. Ed. Ver, atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.339.

(Paulo Bonavides, 2005), mas tal independência nunca foi estritamente observada na prática. Por essa razão, os críticos mais afincos defendem que nunca houve, de fato, aplicação da teoria da Separação do Poderes segundo o seu idealizador, tendo sido a teoria sempre mitigada desde a sua concepção.

A Tripartição é, portanto, considerada uma teoria meramente formalista por não ter sido jamais posta em prática. A crítica é sustentada pela constatação de que as próprias constituições, a exemplo da brasileira, determinam uma intensa interpenetração entre os chamados Poderes estatais.

Verifica-se, de fato, que, para cada Poder, o constituinte prevê funções típicas e atípicas, sendo as primeiras aquelas que derivam diretamente da função tradicionalmente prevista para cada Poder e as segundas, as funções atípicas, aquelas que exorbitam a esfera do que foi idealizado para cada Poder. Deste modo, determinado Poder terá competência para realizar função que seria de outro. Nesse sentido, o Poder Legislativo exerce sua função típica de legislar, mas também tem competência para administrar questões internas e para julgar determinados conflitos em decorrência da atividade exercida pelas partes ou por uma delas; o Judiciário tem a função de julgar, que lhe é típica, mas também lhe é atribuída a prerrogativa de editar normas para sua organização interna; o Executivo exerce sua função típica de administrar, mas também participa do processo legislativo.¹⁹

Em contrapartida, os defensores da teoria de Charles de Secondat afirmam que o próprio Barão já havia estabelecido algumas de tais funções atípicas²⁰. A sua teoria não estaria, portanto, sendo mitigada por conta do seu exercício, mas caberia a cada ordenamento estabelecer a sua própria estrutura de separação de Poderes. A respeito deste ponto, o discurso dos críticos é no sentido de que o que há é uma mera distribuição de funções e não uma separação de Poderes.

Outra crítica provém do objetivo da teoria de garantir a liberdade dos indivíduos segundo ideais democráticos. Leciona-se que o sistema jamais foi capaz de cumprir esse objetivo, visto que predomina na sociedade a existência de injustiças decorrentes do próprio liberalismo²¹. Além disso, sabe-se que, na prática, o que se têm não são verdadeiras instituições democráticas, mas instituições que concorrem sempre para os privilegiados, não

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 24 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 220

²⁰ Vide ponto 1.3.

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 24 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 220

tendo sido a separação dos Poderes capaz de modificar essa tradição histórica que remonta aos tempos de barbárie.

O Poder Legislativo, na maioria das vezes, é desprovido da representatividade popular a que ele se propõe, obedecendo, muitas vezes, a determinações do Executivo²². Transforma-se a máquina estatal em uma arma em benefício de poucos, não se seguindo o que se preconizaria em um Estado verdadeiramente democrático.

Levantando-se a favor de uma definida separação dos Poderes, como forma de garantir o bem estar do Estado, Michel Debré, em discurso diante do Conselho de Estado francês, em 27 de agosto de 1958, nos leciona a respeito de como deve ser organizado um regime republicano presidencialista:

Os Poderes, dentro de tal regime, não são confundidos. Eles são, ao contrário, forte e rigorosamente separados. As assembleias legislativas são desprovidas de toda influência governamental: seu domínio é o da lei e é um domínio bem definido. Elas aprovam igualmente o orçamento e, normalmente os tratados. Em caso de conflito, o presidente, para resolvê-lo, dispõe de armas, como o veto e a promulgação de ofício. A justiça ocupa um lugar à parte e privilegiado a fim de assegurar a defesa dos indivíduos contra este chefe muito poderoso e contra as consequências de um entendimento entre esse chefe e as assembleias (DEBRÉ, 1958, tradução nossa)²³.

Compreende-se, portanto, o importante papel do Judiciário como conciliador entre os Poderes Legislativo e Executivo e o povo, como garantidor da lei, especialmente da Constituição, e da liberdade do cidadão em face do Estado.

Surge a discussão segundo a qual o Judiciário, nessa função de conciliação, principalmente na pessoa do Supremo Tribunal Federal, tem se colocado a serviço das vontades políticas, dos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo. Tal poder deveria constituir uma instância neutra, mas observa-se um desvio da sua função de defender os cidadãos contra os abusos do Estado e de contrabalancear os demais Poderes para que se faça instalar a harmonia no meio social. Neste aspecto, a crítica insiste em defender que há uma desvirtuação seriíssima do princípio da separação dos Poderes e de seus objetivos.

²² Ibid. 2003. p. 220.

²³ “*Les pouvoirs, dans un tel régime, ne sont pas confondus. Ils sont au contraire fort rigoureusement séparés. Les assemblées législatives sont dépourvues de toute influence gouvernementale: leur domaine est celui de la loi et c’est un domaine bien défini. Elles approuvent également le budget et, normalement, les traités. En cas de conflit, le Président, pour le résoudre, dispose d’armes telles que le veto ou la promulgation d’office. La justice occupe une place à part et d’ordinaire privilégiée afin d’assurer la défense des individus contre ce chef très puissant et contre les conséquences d’une entente entre CE chef et les assemblées.* Discours devant le conseil d’État du 27 août 1958. Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm> Acesso em: 15 Jul 2009

Considera-se, ainda, que o sistema de controle de constitucionalidade que é exercido pelo Judiciário é uma afronta ao referido princípio, o qual seria mitigado dentro do próprio ordenamento jurídico. O fato é que, embora a tarefa de derrogar uma lei que seja considerada inconstitucional seja do Legislativo, o processo de análise da constitucionalidade ou não da lei é feito pelo Judiciário. O Legislativo deve se submeter à decisão proferida, em respeito à própria Constituição. Esta crítica alcança, ainda, a permissão que o Supremo Tribunal Federal tem de editar súmulas vinculantes, exercendo papel que deveria ser do legislador ao criar normas de observação obrigatória dentro do ordenamento jurídico nacional.

Segundo o renomado jurista Paulo Bonavides, o princípio da Separação dos Poderes não está em crise e nem é mitigado. Ele desempenha papel de extrema importância na atualidade, imprimindo no corpo estatal os valores maiores da sociedade. Sempre que houver ameaças de lesão às liberdades ou ao Estado Democrático de Direito, haverá lugar para tal princípio em virtude da indisponibilidade dos valores que ele representa na ordem jurídica. O antigo princípio permanece válido, pois “rejuvenesceu por obra de intérpretes e aplicadores de um direito constitucional da liberdade” (Paulo Bonavides, 2005), contribuindo para que sejam respeitados os valores mais altos das nações.

O que se deve ter em mente para o bom funcionamento de qualquer organização estatal é algo que o próprio Montesquieu já pregava: a virtude é um componente imprescindível para a constituição de uma nação democrática, já que todo o homem que detém poder tende a se corromper. Nessa linha de raciocínio, considera-se que o representante do povo, seja no Legislativo ou no Executivo, e o juiz devem ter em sua mente a busca do bem comum, devem amar o povo, a liberdade, a democracia, sem que se corrompam por seus ânimos egoístas para que o Estado constituído em nome de todos possa atingir seus objetivos. Nas palavras do próprio Montesquieu: “contudo, dentro de um Estado popular é necessária uma impulsão a mais, que é a virtude”²⁴.

²⁴ “Mais, dans um Etat populaire, Il faut um ressort de plus, qui est la vertu” (MONTESQUIEU, De L’esprit des Lois. Nouvelle Edition. Paris: Librairie Garnier Frères, 1748, p. 20).

CAPÍTULO II: DEMOCRACIA, O GOVERNO DO POVO

1. A democracia na concepção clássica

Como foi visto no capítulo anterior, a doutrina da separação dos Poderes foi construída como um instrumento a favor da democracia, em contraposição a uma conjuntura política absolutista na qual imperavam os interesses de uma classe dominante minoritária.

Para se compreender o que significou essa revolução de pensamento, faz-se necessário trazer à luz a origem do ideal democrático na sua concepção clássica, a qual evoluiu para o conceito moderno trazido pelo iluminismo, o qual veio, mais tarde, a delinear novo pensamento para atender às necessidades da vida política contemporânea.

O termo “democracia” nos remonta à Grécia antiga, apontando para um governo do povo, o qual era estruturado de forma a garantir a efetiva e direta participação dos cidadãos nos rumos políticos e administrativos da *polis*. Esta forma de organização foi concebida para assegurar a instalação da vontade da maioria, já que a vontade de todos era impossível de ser posta em prática.

Montesquieu nos ensina que as instituições democráticas instaladas na Grécia antiga somente puderam ter lugar em razão da pequenez do Estado, no qual se podia fornecer aos cidadãos uma educação política generalizada, educando todo o povo como se ele fosse uma só família (1748, p. 37).

Em seu livro “A Constituição Aberta” (1996), Paulo Bonavides nos indica que havia uma idealização do cidadão grego, o qual deveria ter um espírito indiviso, sem conflitos, em total unidade com a *polis* e sua vontade. Essa comunhão entre os cidadãos e a cidade-estado era o fator responsável pela harmonia que se observava e era sinal de que as instituições democráticas estavam caminhando conforme eram por eles intuídas.

Deve-se ter em mente que esse modelo foi desenvolvido em uma sociedade em que nem todos eram tidos como cidadãos. As mulheres, crianças, escravos, artesãos,

comerciantes, dentre outros, não eram tidos como pessoas dignas de participar da vida política, judiciária ou administrativa da cidade-estado.

Aristóteles, em seu livro “A Política”, nos leciona que somente aqueles que não precisavam trabalhar para sua sobrevivência é que possuíam a virtude política, qual fosse a sabedoria para integrar as decisões tomadas a respeito da cidade-estado, para mandar e obedecer²⁵.

É a idéia de governo do povo que permanece até os dias de hoje na concepção de um Estado democrático. Muitas foram, contudo, as transformações pelas quais passou este ideal, especialmente no que concerne aos próprios conceitos de povo e cidadania, assunto sobre o qual trataremos a seguir.

2. A Concepção Moderna

Com a ascensão da Burguesia no Estado Moderno, houve uma mudança no conceito de cidadania. Os comerciantes e artesãos, que detinham o monopólio econômico dentro do Estado, passaram a exigir melhores condições de participação e a implantação de seus interesses na vida da nação.

Explica-nos Dallari que, sob a influência dos jusnaturalistas, limitou-se o poder absoluto para garantir os direitos naturais dos indivíduos. A premissa de que todos nascem livres e iguais levou à idéia de governo da maioria. Os Poderes do Estado, segundo a concepção de Montesquieu, deveriam atuar de modo a garantir a liberdade dos indivíduos e os ideais democráticos.

Ampliou-se a abrangência do termo “povo” de modo que uma parcela bem mais ampla dos habitantes do Estado passou a ter espaço dentro do governo democrático. Passou-se a identificar a noção de Estado Democrático à de Estado burguês²⁶.

O crescimento territorial e demográfico que os Estados sofreram na fase do imperialismo absolutista e depois dela tornou inviável a participação direta de todos na vida política. A democracia que demandava a participação de todos deu lugar à democracia da

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 146.

²⁶ Ibidem, 2003, p. 147.

representação. Por meio do Sufrágio, a maioria dos cidadãos participa indiretamente, fazendo a escolha daquele que deve lutar para garantir os seus interesses e que agirá em seu nome.

Segundo Locke, em um Estado democrático, o Poder Legislativo teria a supremacia, mas deveria estar sempre sujeito aos anseios do povo. Tal poder deveria nomear os funcionários destinados à execução das leis elaboradas e dadas ao conhecimento do povo, que não poderia ser surpreendido por meio de decretos repentinos. Para ele haveria sempre um pouco de discricionariedade no Poder Executivo, que poderia atuar em benefício do povo sem haver previsão expressa de cada ação²⁷.

Essas idéias foram impressas nos ideais revolucionários burgueses que permearam as revoluções inglesas, a independência norte-americana, a revolução francesa, dentre outras. Foram editados em nome de cada uma dessas revoluções textos legais consagrando tais ideais. Na Inglaterra, foi publicado a *Bill of Rights*, que afirmava o direito e a liberdade dos súditos. Nos Estados Unidos, foi feita a Declaração da Independência, a qual pregava que:

Consideramos tais verdades evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a procura da Felicidade; que para assegurar tais direitos são instituídos os governos entre os Homens, derivando seus justos poderes dos consentimentos dos governados; que sempre que uma forma de governo se torna destruidora de tais finalidades, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo, embasado em princípios e organizando seus poderes da forma que lhe parecer mais capaz de proporcionar segurança e Felicidade [...]. (Declaração de Independência dos 13 Estados Unidos da América, 1776, trecho do segundo parágrafo, tradução nossa)²⁸.

De tal texto apreende-se o pensamento que predominava na época, quando que se acreditava que o governo não só deveria ser proveniente do povo, mas deveria atuar para o povo, em seu benefício e interesse, e pelo povo. Tal foi o lema do governo de um dos presidentes dos Estados Unidos da América, Abraham Lincoln²⁹.

No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da revolução francesa de 1789, contribuiu definitivamente para a universalização da crença em

²⁷ Ibidem, 2003, p. 148.

²⁸ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness[...].” (The Unanimous Declaration of the Thirteen United States of America, 1776, 2nd Paragraph).

²⁹ Bonavides, Paulo. Política e Constituição: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.503.

princípios democráticos, os quais se alastraram por todo o mundo ocidental. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

Declarou-se, então, que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Como fim da sociedade política aponta-se a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei, que é a expressão da vontade geral. E todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, para a formação dessa vontade geral [...]. (DALLARI, Dalmo de Abreu. 2003, p. 150)

Chegou-se, assim, à idéia de um Estado Democrático de Direito, no qual se consagra a democracia como valor supremo, trazendo em seu cerne a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade do indivíduo e a igualdade de todos perante a lei³⁰.

3. A Democracia e o Estado Contemporâneo

3.1. Democracia direta, semi-direta e indireta

É sabido que o desenvolvimento humano e tecnológico observado nos últimos dois séculos levou a um aumento extraordinário na velocidade das evoluções das relações sociais, de modo que também sofreram inúmeras transformações os anseios políticos e os modos de expressão da vontade dos seres constituídos em sociedade.

Os valores democráticos permanecem em vigor, mas sem escapar às transformações necessárias para que acompanhem a evolução dos tempos. Alteram-se a forma de governo, a forma de Estado, os ideais consagrados pelas nações; altera-se todo o ordenamento jurídico de uma nação para que ela possa atender aos interesses do seu povo, respeitando os ideais supremos do pensamento democrático, conformando-os à realidade contemporânea.

Desse modo, os diversos governos democráticos estruturam-se de maneira a implantar dentre os seus administrados maneiras diferentes de apurar qual seja a vontade destes. A democracia passa a ser vista em diferentes concepções, a direta, a semi-direta e a indireta.

³⁰ Ibidem, 2003, p. 151.

A democracia direta é aquela em que o povo se pronuncia diretamente, manifestando sua vontade por meio de sua própria voz, sem mediadores. Nela o povo tem o dever de participar, não é uma faculdade mas uma função bem definida e de extrema relevância na estrutura estatal. Deste modo, os cidadãos precisam comparecer às assembleias públicas e têm o direito de votar a respeito de todos os assuntos discutidos, seja de direito interno ou externo, seja a votação de projetos de lei, ratificação de tratados internacionais, ou reorganização da máquina estatal, conferindo, deste modo, legitimidade a todas as manifestações de poder³¹. Foi o modelo observado em Atenas, na Grécia Clássica, sendo, atualmente, verificado somente em pequenos cantões da Suíça. Paulo Bonavides (1985) nos leciona que foi este modelo que inspirou Rousseau, ao escrever sua obra “Contrato Social”.

Na democracia semi-direta prevalece o sistema de representação, pelo qual os cidadãos escolhem mandatários para atuar em seu lugar e para escolher os rumos que tomará o governo da nação. Neste tipo de democracia há instrumentos para que o povo manifeste diretamente a sua vontade e se posicione contra as decisões dos representantes, a exemplo do *referendum*, do plebiscito, da iniciativa, do veto popular e do *recall*³².

Em se tratando da democracia indireta, verifica-se também o sistema de representação. Neste caso, contudo, os representantes possuem mandato independente daqueles que os elegeram. Eles são discricionários e escolhem livremente a esfera de sua atuação, não tendo a obrigação de motivar seus atos e suas escolhas³³.

Muitas são as falhas dos modelos democráticos que foram observados ao longo dos anos. A partir delas surgiu a descrença na democracia, que passou a ser vista como um ideal inatingível. Fruto de sérias reflexões a respeito do tema foi, contudo, o desenvolvimento de uma nova face do princípio democrático, que levou ao desprendimento de dogmas e estruturas para abrir espaço a concepções contemporâneas aptas a alcançar a problemática atual, fazendo evoluir o pensamento sob a perspectiva do povo.

³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P.155

³² Ibidem. 2003.p.155.

³³ Ibidem. 2003. P. 156.

3.2. Democracia e participação

A constituição federal de 1988 consagrou no ordenamento jurídico brasileiro a democracia participativa, ou semi-direta, como modelo de democracia adotado no Estado brasileiro. No modelo nacional a participação é feita por meio de uma representação aliada a certos mecanismos de participação direta. Dispõe a letra do parágrafo único do artigo 1º da magna carta: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Para José Afonso da Silva, a democracia representativa é constituída por meio de inúmeras instituições que viabilizam a participação do povo no processo político de forma indireta, periódica e formal. Neste sentido, o referido autor aponta as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos, dentre outros, como instrumentos qualificadores da cidadania, que é pressuposto para que seja instaurada a representação democrática.

O povo participa por meio da escolha seus representantes, conferindo a estes mandatos políticos e consentindo com suas políticas e propósitos governamentais. A escolha e o consentimento do povo é o poço de onde se extrai a legitimidade dos governos democráticos representativos, tema que será mais profundamente analisado no capítulo seguinte.

Das lições de Paulo Bonavides assimila-se que o mandato representativo foi criado pelo Estado Liberal-Burguês como um meio de tornar abstrata a relação do povo com o governo. A autorização do povo para a atuação do representante é dada no momento da eleição, não sendo necessária a ratificação de cada ato por parte do mandatário. A relação de representação é geral, livre e irrevogável em princípio. Geral porque a maioria escolhe o representante de todos os indivíduos da nação ou da região; livre porque sua atividade não é vinculada à vontade dos seus eleitores, possuindo certa discricionariedade para a implementação de suas políticas; irrevogável porque o escolhido tem o direito de continuar com seu mandato pelo tempo constitucionalmente determinado para ele, salvo nas situações expressamente determinadas pela constituição para perda ou revogação do mandato representativo.

É certo que o sistema, como relatado acima, foge completamente da idéia democrática de um governo do povo, pelo povo e para o povo. Vê-se que nada impede a

instauração da vontade do próprio representante e que a participação do povo em tal modelo democrático se restringe apenas ao momento eleitoral. Em tal momento, verifica-se, ainda, a atuação dos candidatos no sentido de alcançar sua eleição a qualquer custo, utilizando-se, para isto, até mesmo de meios fraudulentos. Sobre este aspecto opina Anderson Sant’Ana Pedra:

É impossível salvar a democracia representativa, porque ela contém uma contradição em termos: a impossibilidade de uma representação legítima (seu pressuposto), isto é, não evitada de manipulação – manipulação que apenas cresce e se agiganta e toma as formas de um *moloch* na sociedade de massas –, pela exigência de instrumentos de mediação que se constituem, ao mesmo tempo, em incontornáveis instrumentos de defraudação da vontade-cidadão original.

.....

A soberania foi usurpada pelas elites, pelo poder econômico, pelas instituições, pelas empresas multinacionais desapegadas da soberania, pelo sistema representativo instalado, pelos meios de comunicação de massa, politizados e partidarizados, pelo menoscabo do poder constituinte, do poder legiferante e da vontade popular. (Pedra, 2003)

Por essa razão e com o objetivo de gerar uma maior preocupação dos representantes em fazerem políticas que agradem o povo, mesmo que o façam com intuito de reeleição, o constituinte brasileiro de 1988 optou por instalar junto ao sistema de representação o sistema de participação, de modo que o povo passa a ter alguns instrumentos para fiscalizar a atividade governamental.

Cresceram em importância as instituições que atuam em favor da coordenação e expressão da vontade popular. Os partidos políticos, os sindicatos, as associações políticas, a garantia da liberdade de imprensa, entre outras instituições de cunho constitucional, passaram a ter essa função de disseminar o pensamento democrático, agremiando a vontade dos seus componentes, criticando as atuações políticas, de modo a fazer conhecer a vontade do povo, bem como o sentimento formado em torno de determinadas atitudes de seus representantes.

Além disso, a CRFB de 1988 trouxe ao povo mecanismos de participação direta na formação dos próprios atos de governo, como a iniciativa popular das leis, o referendo popular, o plebiscito, a ação popular, a possibilidade de fiscalização das contas públicas, da administração do ensino público, a participação dos trabalhadores e empregado nas instituições representantes das categorias profissionais, entre muitas outras. Por essa razão, ficou conhecida como a “Constituição Cidadã”, buscando também incluir os excluídos e as minorias na vida política do país. Há também a possibilidade de participação do povo no próprio controle concentrado de constitucionalidade, através da figura do *amicus curiae*, amigo da corte, permitindo a intervenção de órgãos e entidades de representação nas ações

direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental.

A crítica direcionada aos mecanismos de participação democrática criados para o povo brasileiro repousa no fato de que eles constituem meras expectativas de direito, pois não são exercidas pelo povo, já que este não é consciente da função precípua que o exercício de sua cidadania tem para a efetivação da democracia participativa. Há que se concordar, entretanto, que já há avanços no sentido da participação quando se constatarem as existências de orçamentos participativos, planejamento-cidadão e outras formas de participação direta do povo nos atos de governo.

Ainda segundo Anderson Pedra (2003), existe uma visão esperançosa dos frutos da efetiva regulamentação, desenvolvimento e implantação da democracia participativa no Brasil: “a democracia participativa retoma o conceito rousseauiano de povo, povo-ícone, o povo do contrato social, donde a democracia compreendida como o regime que possibilita a participação dos governos na vontade governativa”.

Paulo Bonavides, em artigo intitulado “Jurisdição Constitucional e Legitimidade”, releva a primazia da democracia participativa dentre os modelos democráticos estabelecidos:

A grande vantagem, senão a superioridade mesma da democracia participativa sobre quaisquer outros sistemas de organização governativa é a de que onde mais se precisa – e é o caso dos países em desenvolvimento – ela não mantém, como nos regimes representativos tradicionais, o soberano, isto é, o poder constituinte originário, adormecido senão que o conserva sempre presente. Nunca distante do cidadão, mas invariavelmente ao seu lado. (BONAVIDES, Paulo, 2004, 132)

Na esteira da evolução do pensamento democrático nacional, com a valorização da participação popular, se tem um novo sentido de povo, que deixa de ser resignado a uma simples escolha para poder, além de participar como autor da história e como manancial de todo o poder, atuar diretamente junto àqueles que escolheu, fazendo-se efetivamente representado.

4. O Supremo Tribunal Federal e o novo conceito de democracia.

No passo do desenvolvimento e instalação das tecnologias de comunicação, a democracia passou a ser um componente das relações internacionais e o povo passou a acompanhar com mais proximidade as desenvolvimentos das políticas nacionais internas e

externas, bem como a atuação política e governamental de outros países. Com a difusão da comunicação, o povo passa a ser participante da opinião pública política, nacional e internacional³⁴.

Nasce novo conceito de democracia, no qual o cidadão deve também se empenhar para perseguir o bem comum, sendo a república assunto de todos. Sob este pensamento, o constituinte de 1988 procurou elaborar uma constituição que fosse acessível ao povo, de modo que o cidadão comum pudesse compreendê-la para poder exercer o papel que ela lhe atribui. Constata-se que a legitimação de um regime democrático continua a encontrar suas bases no povo, em quem reside a finalidade final da própria organização em sociedade.

Neste sentido, temos um Estado republicano que é verdadeiramente público, não sendo monopólio privado de nenhum tipo de grupo de influência nacional, seja majoritário ou minoritário. Segundo Friederich Muller:

A "República" no sentido enfático e a "Democracia" no sentido renovado se constituem por si mesmas: o fator decisivo da legitimidade de todo o poder público deverá ser concretamente o povo; e, onde esse fato não for satisfatório, o poder deverá se transformar nesse fator. (Muller, Friederich, 2003)

Faz-se necessário, então, que o Estado implemente meios pelos quais o povo se manifesta como coautor das normas às quais se submete, como fiscalizador da atividade estatal, como sujeito de direitos que lhe são garantidos por meio de processos devidamente tangidos segundo as premissas constitucionais. Além disso, os atos e as decisões públicas passam a vir acompanhados de suas motivações, que, por meio de uma política de publicidade e transparência, serão submetidas à opinião popular. Neste sentido, temos ensinamento de Muller:

Dessa forma [...] verificar-se-á que o paradigma atual, deve pressupor um procedimento que se estrutura pela vontade dos interessados (partes), no qual a discursividade em contraditório propicie esgotamento argumentativo (alcançável pela razão discursiva) que traga validade ao provimento emanado do Estado (Consenso). (Muller, Friederich, 2003)

Sob tal prisma, o princípio do devido processo legal adquire ampla relevância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo objeto de consagração constitucional, por trazer garantias processuais mínimas e propiciar aos cidadãos o pleno acesso à justiça, que lhes proporcionará a proteção à vida, à liberdade, à propriedade e às demais garantias às quais se

³⁴ Muller, Friederich. Democracia e República. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/civil_03/Rev_77/Artigos/Muller-rev77.htm>

rende a Constituição Federal, dando primazia à segurança jurídica que ela visa estabelecer. Nas palavras de Pereira Leal:

Ao povo, num Estado democrático de direito, não cabe mobilizar-se para conferir maiores poderes ao Judiciário com vistas a realizar justiça, porque a democracia não se apóia na taumaturgia do reforço ao idealismo mítico, mas no indubitado asseguramento, numa proposição constitucional explícita, do devido processo como forma isonômica de inserção imperativa do julgador como um dos elementos figurativos procedimentais, em conjunto com as partes, na rede discursiva da normatividade procedimental, a fim de se buscar uma decisão preparada pelo pelo compartilhamento estrutural de todos os figurantes do processo, segundo o modelo do *due process of law* que é o instrumento de legitimidade (relativização argumentativa) dos conteúdos da decidibilidade no direito democrático. (LEAL, Pereira. 2002, p.136)

Ensina-nos Muller que a democracia é “o direito de cada pessoa”, pressupondo um nexos legitimador entre a estruturação e organização da liberdade e da igualdade de cada indivíduo, que deve ser tratado como membro do povo soberano e fonte de toda legitimação do poder exercido pelo Estado, o qual foi constituído pelo povo e para este. No mesmo sentido afirma Habermas (1997) que “somente as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito promulgado”.

Nesta linha de pensamento, continua Muller, sob os aspectos jurídicos e políticos, um sistema democrático deve ser fundado no desenvolvimento juridicamente livre e na igualdade dos direitos de todos os cidadãos. Precisa-se velar pela liberdade de constituição e de tratamento dos partidos políticos e de sua igualdade de oportunidades em face da Constituição e da lei, bem como de seu direito à oposição leal para fazer imperar o princípio que preconiza a vontade da maioria, sendo também protegidos e respeitados os direitos das minorias.

De acordo com a doutrina de Pereira Leal, nenhum sistema jurídico poderia adquirir integridade, equidade ou adequabilidade a partir dos conceitos de justiça, igualdade e imparcialidade atribuídos pelo julgador, já que é o povo, através do devido processo legiferante constitucional, que faz e garante suas próprias conquistas, sendo o juiz o seu funcionário. Assim, temos um juiz que não deve simplesmente construir o direito, mas deve concretizar o que foi determinado pelo processo democrático segundo a maneira constitucionalmente estabelecida para sua atuação, garantindo o devido processo legal e a segurança jurídica dentro de um ordenamento jurídico e democrático.

É dentro deste papel exercido pelo Judiciário que aparece a função das cortes constitucionais; no Brasil, do Supremo Tribunal Federal. A corte constitucional deve prezar

pela guarda da constituição mediante o processo especificamente previsto constitucionalmente, sendo imprescindível a observação do contraditório, da motivação das decisões e da ampla transparência que possibilitará aos cidadãos a participação como garantidores e destinatários dos preceitos constitucionais. Tal se dá como um resgate da função de cidadania que deve ser exercida, como a própria constituição determina, para que se instale efetivamente em território nacional um Estado democrático de direito³⁵.

O Supremo Tribunal Federal aparece com a função de corroborar para que se dê, efetivamente, às minorias uma oportunidade comprovada, já que a Constituição de 1988 consagra uma sociedade democrática pluralista. Deste modo, busca-se a inclusão social de todo o povo e não mais só de uma representada maioria. Busca-se a introdução na corte constitucional de membros que sejam escolhidos para fazer tal contrabalanço entre a vontade da maioria e as necessidades e direitos das minorias, que também devem ser observadas e protegidas.

É também papel do Supremo Tribunal Federal fazer com que a democracia não represente apenas um sistema formal, mas que, de fato, as instituições brasileiras observem o que a assembléia constituída para formalizar os anseios do povo determinou, de modo que em todas as instâncias de poder se considere de fato o interesse da população. Há que se implantar efetivamente, ainda, os mecanismos de participação direta do povo, por meio de seus representantes, na atividade hermenêutica, pelo instituto do *amicus cúria*, sobre o qual se versa a seguir.

4.1 O papel do *Amicus Curiae* no controle concentrado de constitucionalidade

Conforme foi dito, o Brasil adotou o regime democrático para ser o alicerce de seu ordenamento político e jurídico. Dentre as variações de tal regime, foi escolhida a democracia participativa, a qual possibilita ao povo uma maior participação nas diretrizes de seu país. Verifica-se que o povo não exaure sua função nas simples escolha de seus representantes, tendo também a função-dever de corroborar para a interpretação da

³⁵ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. O futuro da natureza do Estado Democrático de Direito. Uma reconstrução paradigmática a partir dos modelos de Estado Constitucional, Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2146, 17 maio 2009.

Constituição segundo seu Espírito³⁶. É o preconizado em uma sociedade pluralista e aberta, em que se deve ampliar paulatinamente as formas de participação da sociedade.

Para atender a tais expectativas, introduziu-se no seio da jurisdição constitucional brasileira a figura do *amicus curiae* por meio da Lei 9868 de 1999 e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, abriu-se a possibilidade para uma ampliação no rol dos legitimados a interferirem no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Há uma maior orientação no sentido de fazer uma aproximação entre os cidadãos jurisdicionados e os intérpretes do texto constitucional.

Amicus curiae é termo utilizado para designar um terceiro que colabora com a atividade de jurisdição em causas de comprovada relevância. Esta colaboração acaba por dotar de maior legitimação social as decisões judiciais, respeitando os anseios do pluralismo democrático verificado pela complexidade dos membros da sociedade brasileira na medida em que permite o acesso dos cidadãos às decisões proferidas.

É uma forma de intervenção de terceiro especial ou um tipo de assistência qualificada³⁷ com o fito de auxiliar a corte na composição de questão constitucional controvertida. Sobre o tema, já se manifestou o Supremo no sentido de que “a admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional”³⁸.

Diferentemente do que acontece nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, no controle concentrado a Lei 9868 de 1999, no parágrafo 2º do seu artigo 7º, prevê que: “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível admitir [...] a manifestação de outros órgãos e entidades”. Tais “órgãos e entidades” são tidos como as coletividades que representam valores essenciais de determinados grupos sociais.

Deve-se atentar para o fato de que o aludido artigo 7º, *caput*, leciona que a regra é a não permissão de intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade. Tal se dá em respeito aos princípios da celeridade e economia processual, para que não haja interferências desnecessárias que tenham por objetivo o prolongamento da atividade

³⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: constituição para e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

³⁷ A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do instituto.

³⁸ STF - ADIn-MC 2.130 - SC - rel. Min. Celso de Mello - j. em 20.12.2000.

jurisdicional, aumentando sobremaneira o seu custo para o Estado. Há que se prezar pela eficiência no exercício da jurisdição constitucional.

Em se tratando da ação declaratória de constitucionalidade, o artigo 18 da Lei 9868/99 traz apenas a proibição para a intervenção de terceiros. No projeto da lei, havia a previsão de parágrafos 1º e 2º que estabeleciam, de forma semelhante ao procedimento da ADI, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em situações relevantes, por entidades e órgãos representativos. Tais parágrafos foram, entretanto, objeto de veto, de modo que o relator terá que se valer da analogia para admitir tal intervenção na ação direta de constitucionalidade. Este entendimento é extraído do artigo 131 do Regimento Interno do STF, que não diferencia a ADI e a ADC, as quais seguem os mesmos procedimentos gerais.

A lei 9882 de 1999, reguladora do procedimento para a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) caminha no mesmo sentido, ao permitir a interferência do *amicus curiae*. O parágrafo 1º do artigo 6º do referido texto legal preleciona que o relator, quando achar necessário, pode fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria, podendo também ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição.

No sistema previsto pela Lei 9868/99, que tem o mesmo direcionamento do artigo 482, parágrafo 3º do CPC, a admissão da entidade ou do órgão representativo fica a critério do relator, o qual avaliará o preenchimento dos requisitos necessários. Tais requisitos são, conforme dito anteriormente, a representatividade dos postulantes e a relevância da matéria.

Observe-se que o ingresso de pessoa, entidade, órgão ou grupo social na ação pode se dar a qualquer tempo antes do início do seu julgamento final. Ao ingressarem, receberão o processo da maneira em que se encontrar, podendo participar dos acontecimentos futuros. O *amicus curiae* pode, também, interpor recurso de agravo contra despacho do relator que indeferir a sua intervenção, segundo o disposto no parágrafo 2º do artigo 7º. O que ele não pode é recorrer de decisões já proferidas nos autos, não podendo haver, tampouco, recurso da decisão que conceder a sua participação.

A manifestação do “amigo da corte” deverá ser feita de forma escrita, por meio de apresentação de memorial comprovando a representatividade dos postulantes. Este memorial poderá já trazer as razões de direito e de fato que sustentam o interesse defendido. Esta petição será submetida ao relator e constará nos autos do processo.

O Supremo Tribunal Federal analisou diversas vezes a possibilidade de sustentação oral por parte do auxiliar do tribunal. No julgamento da ADI 2.321- DF e da ADI 2.223 – DF, a corte decidiu pela sua impossibilidade. Entretanto, a partir da ADI 2.277 - SP, de 2003, o Supremo revisou seu entendimento, possibilitando a sustentação oral do *amicus curiae* em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Segue o voto do Ministro Celso de Mello na referida ADI:

[...] entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema – *que restringisse* a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível *perspectiva reducionista*, que não pode (*nem deve*) ser aceita por essa Corte, *sob pena de total frustração* dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na *positivação* da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. *Cumpre permitir*, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior, o exercício de *determinados* poderes processuais, *como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral* das razões que justificaram a sua admissão formal. (MELLO, 2004, Informativo 349, STF)

Para melhor regulamentar o assunto, o STF alterou o artigo 131 de seu Regimento Interno (Emenda Regimental nº15/04), que passou a versar que:

Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral.

.....

§ 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento.

Art. 132. Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de 15 minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Presidente.

§ 1º O Procurador-Geral terá o prazo igual ao das partes, falando em primeiro lugar se a União for autora ou recorrente.

§ 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar

Tal dispositivo veio consolidar a permissão para a sustentação oral do terceiro interveniente, o qual deve ser admitido pelo crivo do relator, segundo os mandamentos da Lei 9868/99.

Outro requisito que se faz necessário é a interferência no processo feita por meio de advogado. A lei não prevê exceção à tal regra, sendo, portanto, observada a regra geral

pela qual o *jus postulandi* é exercido por meio de advogado nos processos judiciais em geral. Isto se dá para que se possa efetivamente implantar a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, por meio de atuação de um profissional tecnicamente apto para garantir a observância de tais princípios.

Neste esteio, conclui-se que a recepção no ordenamento jurídico constitucional da figura do *amicus curiae* representa importante evolução da estrutura judiciária no sentido da real democracia participativa, a qual possibilita aos cidadãos a atuação para a construção de uma sociedade que respeita a sua própria pluralidade, sendo mais justa e solidária.

CAPÍTULO II I: A LEGITIMIDADE COMO FUNDAMENTO DE TODO PODER ESTATAL

1. A Legitimidade e a política segundo Max Webber

Em período marcado por intensas disputas entre os Estados soberanos no quadro internacional, após a primeira grande guerra mundial, Max Webber trouxe à esfera acadêmica suas idéias acerca do poder e da política, iluminando a idéia trotskista de que todo Estado é fundado na força³⁹.

Adentrando mais em tal pensamento, Weber nos aponta que a força é um meio específico para o Estado, estando ambos intimamente relacionados. Para ele, “o Estado é uma comunidade humana que (com sucesso) clama o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um dado território” (1946, p.78, tradução nossa)⁴⁰. Ainda na mesma linha de raciocínio, afirma que a violência, bem como a limitação de direitos, tem sua fonte única no próprio Estado, que definirá por quem e como poderão ser utilizados.

Neste esteio, o Estado, para Weber, é uma relação de homens dominando outros homens, sustentada por meio de legítima violência. Os dominados devem obedecer às autoridades que foram legitimamente constituídas como tais, tendendo tais autoridades a exercer seus deveres de maneira política.

O domínio estatal elencado acima tem suas legitimações a partir de três diferentes fontes. A primeira é a tida pelo referido autor como “tradicional”, sendo aquela que advém da crença dos indivíduos na autoridade dos patriarcas, dos príncipes, a qual é proveniente de

³⁹ GERTH, H.H.; MILLS C. Wright. From Max Weber: Essays in sociology. New York: Oxford University Press, 1946, p. 78.

⁴⁰ [...] *a state is a human community that (successfully) claims de monopoly of the legitimate use of physical force within a given territory. Ibid. p.78.*

tradições antigas e conformadas aos hábitos. Tal legitimação é característica das monarquias e são independentes da legalidade formal⁴¹.

A segunda forma de legitimação é a “carismática”, pela qual o povo reconhece na autoridade um estado pessoal e extraordinário de graça, uma vocação para a liderança, que se faz presente nas pessoas dos heróis, profetas, feiticeiros e outros. A obediência se observa neste caso porque o indivíduo tem absoluta confiança e devoção naquele que é “agraciado”, o qual se dedicará primordialmente a guiar a sociedade para o seu melhor fim. Algumas vezes esses “líderes autênticos” interpretam os sentimentos e as aspirações do povo mesmo contra o direito vigente⁴².

Já a terceira forma de legitimação se consuma na virtude da lei, trazendo um “poder racional”. Os indivíduos acreditam na validade dos estatutos legais e das competências funcionais por eles estabelecidas. É a legitimidade regida pela legalidade, que faz do povo sujeito de direitos e deveres. Apesar de não existir atualmente nenhuma forma de legitimação observada puramente, esta terceira é a forma que mais se aproxima da fonte de legitimidade dos Estados de Direito da contemporaneidade, como se verá adiante.

Weber leciona que, como já foi dito anteriormente, há uma forte tendência dos administradores de atuar de maneira política, tendo esta sido expressada desde os tempos antigos de uma maneira demagógica. Os integrantes da política passam a utilizar, portanto, estratégias de oratória, táticas de argumentação, para conduzir as massas e se manter no poder⁴³.

Próximo a tais pensamentos encontra-se a sua concepção do que seja política, mostrando que a mesma “significa lutar para dividir poder ou para influenciar a distribuição de poder, seja entre estados ou entre grupos dentro de um estado” (1946, p.78, tradução nossa)⁴⁴. Esta abordagem muito se aproxima da idéia de política que se tem no Estado atual. O indivíduo ativo na política é, portanto, aquele que se esforça pelo poder como um meio de servir outros objetivos, sejam eles ideais comunitários ou interesses egoístas, ou aquele que busca o poder como um fim em si mesmo, pelo simples contentamento trazido pelo prestígio de quem detém o poder.

⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.44.

⁴² Ibidem, 2003, p.44.

⁴³ Ibidem, 1946, p.80-86.

⁴⁴ [...]politics for us means striving to share power or striving to influence the distribution of power, either among states or among groups within a state”. Ibid. p.78.

Neste esteio, Max Weber define que para que um homem tenha vocação política, de modo que não tenha o poder como uma mera vaidade, ele tem que, além de dar primazia aos ditames da ética, ter devoção às causas defendidas e representadas, bem como um senso de responsabilidade e proporcionalidade, acreditando na prosperidade, seja ela qual for em sua concepção.

O pensamento narrado acima encontra diversas críticas no sentido de que é puramente formalista, levando em consideração somente a origem do poder. Para Georges Burdeau é preciso que, na averiguação da legitimidade, se atente também para a atuação do poder, pois este “não é uma força providencial surgida no meio do grupo, mas uma encarnação do próprio grupo, pois resume suas aspirações” ⁴⁵. De maneira sumária, para Burdeau, “o poder legítimo é o poder consentido” ⁴⁶. Por este raciocínio, os grupos de interesse e as coletividades devem manifestar seu consentimento, reconhecendo as suas aspirações nos objetivos do poder exercido.

2. O poder constituinte legítimo como pressuposto da legitimação legal.

Conforme foi dito acima, embora não exista uma forma de legitimação do poder que atue sozinha em determinado Estado, a forma que mais se aproxima do que se acredita legitimar os governos na atualidade é a legitimidade racional ou legal, que é alicerçada nas normas editadas.

Com o advento do movimento constitucionalista, a constituição passou a ser o documento que contem as máximas de uma determinada sociedade, as suas crenças, seus ideais maiores, sendo algumas constituições mais abrangentes materialmente do que outras, de modo a organizar os sistemas de governo, as formas e regimes de Estado, entre outros itens relevantes para a persecução dos fins estatais. Juristas como Hans Kelsen deram tal importância ao texto constitucional que o colocaram no topo da hierarquia das normas, como a norma mais abrangente e geral, como a diretriz maior que consagra os sumos princípios tradicionalmente cortejados pelos indivíduos e seus anseios para o futuro.

Os neo-constitucionalistas foram ainda mais longe ao estabelecer a supremacia da constituição sobre as demais normas de um ordenamento jurídico, aprimorando a jurisdição

⁴⁵ Ibid. 2003, p. 44.

⁴⁶ Ibid. 2003, p. 44.

constitucional, de modo que elevaram os princípios nela consagrados à categoria de norma jurídica com força cogente, não mais simplesmente como guias abstratos para as condutas.

Nesta linha de pensamento, a constituição mesma passou a ser a fonte de legitimidade dos poderes por ela distribuídos. Assim, resta necessário perceber qual o fator que atribui legitimidade à própria constituição.

O ilustre doutrinador Paulo Bonavides, ao nos apontar a fonte de legitimação das cartas magnas, indica-nos a figura de Sieyès, que afirma a existência do poder constituinte como um fato e como um valor que atribui legitimidade aos poderes que constitui⁴⁷. De tal modo, remete-nos ao questionamento a respeito da legitimidade do poder constituinte e nos leciona:

A legitimidade de um poder constituinte assentado sobre a vontade dos governados e tendo por base o princípio democrático da participação apresenta uma extensão tanto horizontal como vertical, que permite estabelecer a força e intensidade com que ele escora e ampara o exercício da autoridade. (BONAVIDES, 2005, p. 161)

Percebe-se que a legitimidade do poder constituinte surge da participação dos governados na sua formação. A citada extensão horizontal está relacionada à amplitude do colégio de cidadãos que participa nas decisões de matéria constituinte ou elege representantes para uma assembléia constituinte. Neste esteio, tal jurista nos indica que “o sufrágio deve ser o critério e referência com que caracterizar e definir o grau de legitimidade democrática; quanto menores as restrições à participação, maior a legitimidade que se logra na decisão constituinte” (2005, p. 161).

Em se tratando da extensão vertical, tem-se a mensuração dos diferentes graus de participação dos governados através dos meios de “exteriorização do poder constituinte como manifestação da vontade soberana” (2005, p. 161). Nas palavras de Paulo Bonavides, são exemplos de meios de averiguação da extensão vertical da legitimidade:

Primeiro, o poder decisório sobre a Constituição, mediante referendun ou distintos meios plebiscitários; segundo, a incumbência de escolher os membros da Assembléia Constituinte e, terceiro, a faculdade de eleger um Congresso ordinário, dotado de competência constituinte latente, que é a forma mais branda, menos política e mais jurídica, indireta e arredada de participação do elemento popular. (BONAVIDES, 2005, p. 161)

Essas ideais são regidas pelo princípio da legitimidade democrática, cuja observância é imprescindível em um Estado Democrático de Direito. Tal princípio demanda

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 160.

uma atuação livre dos governados na formação da vontade oficial, podendo aquela ocorrer em diversas escalas⁴⁸.

O poder constituinte de uma nação pode representar tanto uma usurpação da soberania nacional como um exercício legítimo, respeitador dos valores consagrados pela própria sociedade, como nos leciona Paulo Bonavides (2005, p.169).

No mesmo sentido, o referido autor nos mostra que uma Constituição legítima é, portanto, aquela que é capaz de exprimir a vontade dos indivíduos, contendo a verdadeira dimensão da soberania nacional, objetivando fins almejados ou consentidos pelo povo soberano.

3. A legitimidade do Poder Judiciário

De acordo com o conceito de legitimidade exposto nos itens anteriores, conclui-se que todo o poder estatal deve ser exercido de maneira legítima, de modo que seja assegurada aos seus destinatários a previsibilidade de normas que serão aplicadas nos casos concretos, garantindo a segurança jurídica.

A legitimação implica não somente a observância dos procedimentos formais legislativos ou das distribuições de competência para a efetivação da normatização, implicando de fato uma participação democrática na elaboração de textos e, ainda, na atuação decisiva de aplicação de tais normas às realidades específicas. Percebe-se que abrangência da necessidade de legitimidade vai além da normatização, atingindo também a sua concretização feita por meio do Poder Judiciário, o qual deve ser igualmente legítimo.

A atividade jurisdicional consiste em velar pela eficaz aplicação do ordenamento jurídico nacional de maneira definitiva a determinados casos em que sua atividade foi provocada pelos interessados. Tal se consubstancia pela solução de conflitos que possam surgir no meio social, tendo as partes a faculdade de acionar o Estado e informá-lo dos seus interesses, participando também da decisão provida, segundo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

⁴⁸ Idem. 2005, p. 162.

É legítima a atuação do Poder Judiciário quando ele age em correspondência com os anseios do povo, que é o titular de todo poder político. Esta titularidade é consagrada no ordenamento jurídico brasileiro no primeiro artigo da Carta Magna nacional.

Diferentemente do que ocorre com os mandatos executivos e legislativos, em que há uma participação popular direta na escolha dos seus representantes, os juízes e membros dos tribunais são constituídos por formalidades que embora encontrem sua legitimação no texto constitucional, possuem menor grau de legitimidade.

Os cargos de magistratura de primeiro grau são preenchidos por meio de concurso público, o que vem expressamente previsto no artigo 93, I, da CF/88, revelando a opção do constituinte por dar a irrelevante primazia às aptidões técnico-jurídicas e ao mérito, em detrimento do critério de representação popular. Os tribunais judiciais, por sua vez, são formados por meio da escolha entre juízes de instâncias inferiores conforme nos indica a Constituição Federal.

A composição da corte constitucional suprema, o Supremo Tribunal Federal, se dá por meio de escolha que não é tampouco efetuada pelo povo, como nos leciona Agapito Machado Junior, mostrando-nos, à luz da Constituição Federal, que a formação de tal corte se dá por interferência do Executivo e do Legislativo, para respeitar o modelo de freios e contrapesos imposto pelo princípio da separação dos Poderes.

Segundo o artigo 101 da CF/88, os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovação da sua escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. A escolha deve ser feita entre brasileiros entre 35 e 65 anos de idade que tenham notável saber jurídico e reputação ilibada. Convém salientar que o mandato de tais Ministros é vitalício, significando que ele será exercido de maneira permanente.

Atenta-se para o exercício da jurisdição constitucional, a qual traz substrato para diversas críticas, já que é o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição Federal, encarregado de dirimir conflitos entre atos infraconstitucionais e esta. A crítica, que será abordada com maior afinco no capítulo seguinte, repousa na politização de tal atividade, clamando que a mesma é exercida de modo a satisfazer os interesses de alguns grupos políticos em detrimento da vontade geral.

Outro fator diminuidor da legitimidade deste poder, conforme o pensamento de Agapito Machado Junior, é que o povo não dispõe de amplos mecanismos de controle sobre a sua atividade. Tem-se que a forma de controle popular se traduz na fiscalização dos concursos públicos realizados para provimento dos cargos judiciais e no direito de participação na formação dos provimentos jurisdicionais de seu interesse particular ou de interesse público, mediante o direito de ação e o devido processo legal, garantidor do contraditório e da ampla defesa.

O controle de constitucionalidade exercido pela corte constitucional é tido como um fator de garantia de legitimidade do exercício do poder político, já que tem por objetivo confrontá-lo e conformá-lo com os ditames constitucionais. Esta atividade é também executada com um menor grau de legitimidade, já que pequena ou inexistente é a participação popular nas decisões tomadas⁴⁹.

Tal participação se dá de maneira limitada, no controle difuso de constitucionalidade, quando o interessado poderá demandar a tutela jurisdicional em casos concretos, bem como participar da decisão tomada pelo juiz, conforme apontamentos anteriores. No controle concentrado de constitucionalidade, a participação direta não foi instalada pelo constituinte, de modo que ela se dá por meio de representação por parte dos legitimados elencados no artigo 103 da Constituição Federal. Embora a legitimidade para acionar o controle concentrado tenha sido atribuída a determinados entes coletivos, como os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao povo não foi atribuída a faculdade de participar diretamente.

Machado Junior afirma que a aferição da legitimidade do Judiciário está próxima à averiguação da sua efetividade. Na medida em que este Poder cumpre a sua função social por meio dos objetivos constitucionais que lhe foram traçados, ele tem maior efetividade, aproximando-se um pouco mais da noção de exercício legítimo.

A Emenda Constitucional 45 de 2004, que reformou o Judiciário, trouxe diversas mudanças no sentido de aumentar a efetividade da atividade de jurisdição, tornando-a um pouco mais legítima, a exemplo da implantação do direito fundamental à razoável duração do processo, da descentralização dos tribunais e da justiça móvel, de modo que o povo, também

⁴⁹MACHADO JÚNIOR, Agapito. A legitimidade do Poder Judiciário e a função de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 965, 23 fev. 2006.

destinatário de todo poder, pudesse ter maior acesso aos meios de obtenção da tutela jurisdicional diante das necessidades⁵⁰. Além disso, a decisão provida pelo juiz deve ser pública e motivada, ostentando claramente as razões de fato e de direito que levaram ao provimento, segundo o inciso IX do artigo 93, da CF/98, sob pena de nulidade. Esta é uma importante garantia de legitimidade, posto que a publicidade gera possibilidade de fiscalização da atividade jurisdicional por parte do povo.

Como responsável pela implantação dos preceitos normativos à realidade, transformando-a, o Judiciário deve velar pelos direitos garantidos aos indivíduos pela Constituição. Neste esteio, deve atuar de modo a implementar os direitos fundamentais, “forçando o Estado a agir como provedor das necessidades básicas e essenciais da coletividade”(Machado Júnior, 2006)⁵¹. Machado Júnior afirma ainda: “outrossim, será legítima a decisão judicial e por sua vez a própria existência do Poder Judiciário, na medida em que sejam assegurados os direitos subjetivos e a eficácia constitucional”.

A inobservância da maneira do exercício de sua função, a qual deve ser informada e guiada pelas normas existentes, tendo a Constituição Federal posto de primazia frente aos demais dispositivos, consiste em uma afronta ao princípio da separação dos Poderes. Neste sentido, concatena Agapito Machado Júnior:

Quando o STF passa a decidir mediante critérios puramente políticos, termina por invadir a competência dos demais Poderes do Estado, passando a gerir os rumos do Estado, e pior, ao fazê-lo, priva o povo de qualquer forma de controle, haja vista que não se submete à censura popular mediante o voto, pois seus membros são vitalícios, não detêm mandato. Em outras palavras, um mau político é expurgado do poder nas próximas eleições, mas um mau juiz não sofre tal tipo de controle, permanecendo indefinidamente no exercício indevido do poder político (MACHADO JÚNIOR, 2006)⁵².

Forte é, portanto, a crítica que repousa na concepção acima exposta de legítima atuação. Atribui-se ao Judiciário descaso frente à necessidade de implementação da vontade constitucional, verificando-se, de fato, a implementação das vontades políticas em seu lugar, dando espaço a uma atuação ilegítima, posto que sai da esfera da competência que lhe foi constitucionalmente atribuída. Este tema será amplamente tratado no capítulo seguinte.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

4. A legitimidade democrática sob a perspectiva dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização

Sabe-se que, nos últimos anos, as cortes constitucionais de diversos países têm sido responsáveis pela decisão de conflitos em torno de situações de extrema relevância para os respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, não sendo necessariamente tais decisões embasadas em argumentos de natureza jurídica. As cortes constitucionais têm funcionado como um órgão de controle das atividades dos demais Poderes, como desdobramento do sistema de freios e contrapesos imposto pelo princípio da separação dos Poderes⁵³.

O conceito de judicialização está ligado à apreciação de diversas questões pelo Poder Judiciário, questões que, embora sejam importantíssimas para a vida do Estado em geral, não têm, necessariamente, um cunho exclusivamente jurídico. Não se trata apenas da aplicabilidade do Direito posto nos casos concretos, trata-se da apreciação de situações pertinentes a qualquer área de interesse social, seja política, econômica, de âmbito internacional, entre outros.

Já no que concerne o ativismo judicial ensina Luis Roberto Barroso (2007, p. 6): “a idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Neste sentido, afirma a manifestação de tal postura através da aplicação direta da Constituição a determinadas situações que não foram abordadas em seu texto, independentemente do legislador ordinário, em face da falha do Poder Legislativo em alcançar todas as situações possíveis e em dar eficácia às normas carentes de regulamentação. Tal manifestação se dá, ainda, pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos violadores dos textos ou valores constitucionais e pela imposição, em se tratando de políticas públicas, de condutas ou abstenções do Poder Público.

O embate de legitimidade que se constrói acerca de tais atividades gira em torno do fato de que, não sendo constituídos por meio de eleição popular, os membros do Judiciário têm a prerrogativa constitucional de desempenhar o papel fundamentalmente político de

⁵³ Barroso, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

invalidar atos dos outros dois Poderes, que são eleitos diretamente pelo povo, em procedimento de alto grau de legitimidade democrática.

Os fundamentos de tal legitimidade são obtidos dos campos normativo e filosófico⁵⁴. Normativamente, conforme já foi dito anteriormente, é a Constituição que atribui tais tarefas ao Judiciário, delineando o seu papel, bem como o de sua cúpula suprema, o STF. A força normativa das constituições têm crescido, conforme delineia o pensamento neo-constitucionalista. Nesta linha de pensamento, a Constituição em si é suficiente para legitimar a estrutura de um Estado Democrático de Direito nela insculpido. A respeito da fundamentação normativa, Luis Roberto Barroso estabelece que:

De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica⁷. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. (BARROSO, 2007, p. 12)

Filosoficamente, por sua vez, o referido autor justifica a jurisdição constitucional e a atuação do Judiciário na vida institucional pelo surgimento de situações de conflitos entre o constitucionalismo e a democracia. O primeiro significa “poder limitado e respeito aos direitos fundamentais”, constituindo “o Estado de direito como expressão da razão”. Já a democracia, conforme já se versou no segundo capítulo do presente estudo, relaciona-se à soberania popular, a um governo do povo realizado por ele e para ele. Por este raciocínio, o autor mostra que para as tensões surgidas entre a vontade e a razão (democracia e constituição, respectivamente) existe o Judiciário para realizar a composição.

A tal respeito indica que há um duplo papel a ser exercido pela Constituição Federal. O primeiro consiste em “estabelecer as regras do jogo democrático”, de modo a garantir uma vasta participação, e “estabelecer o governo da maioria e a alternância no poder”. O segundo papel do constituinte, de extrema importância, é apreciado por Luis Roberto Barroso nos termos em que segue:

A democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois mulçumanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a

⁵⁴ Idem.

vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política - e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. (BARROSO, 2007, p. 12)

Tais princípios acabam por se tornar garantidores de uma legítima democracia, se bem exercidos pelo ente jurisdicional. Em uma sociedade pluralista, como foi consagrada a brasileira, a democracia não significa mais apenas a instalação da vontade da maioria, implicando também nos respeitos aos direitos das minorias, já que os direitos fundamentais são para todos, sem exceções. A Constituição é quem distribui as competências entre os Poderes, alicerçando sua atuação, de modo a se verificar a instalação no meio social de governos legítimos e democráticos em função do progresso.

CAPÍTULO IV: A CRISE POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Jurisdição e o papel das Cortes Constitucionais na atualidade

José de Albuquerque Rocha, em seu livro intitulado “Estudos sobre o Poder Judiciário”, conceitua jurisdição como “a atividade destinada a resolver o conflito de interesses”⁵⁵.

São os conflitos gerados pela convivência dos seres humanos e a necessidade de divisão dos recursos de subsistência existentes ao seu redor que tornam indispensável a presença de um Estado organizado para que se instale o bem estar social. Consequentemente, o Estado organiza-se por meio de regras, estruturando-se com o objetivo de atribuir-lhes força cogente em nome da eficácia da sua própria existência. É ele quem elabora as normas, gerencia os interesses públicos e julga os conflitos, executando as decisões tomadas.

Partindo-se das lições kelsenianas, que delimitam as funções do Estado de criar e elaborar as normas, chega-se à conclusão de que a jurisdição é uma função estatal que se expressa por meio de tais prerrogativas⁵⁶. Ela constitui função de concreção terminal do direito em um processo de individualização do sistema jurídico para eficiência da sua aplicabilidade nos casos concretos. Neste esteio, apresenta José de Albuquerque Rocha uma ampliação do conceito exibido em linhas anteriores:

A jurisdição é justamente a instância que realiza a função de interpretar e aplicar, coativamente, as normas jurídicas de modo terminal, garantindo a certeza e a segurança dos direitos de que carece a sociedade para reproduzir-se na história. Trata-se, pois, de uma atividade indispensável a todo ordenamento jurídico, que é a de colocar um ponto final no debate sobre o sentido, o alcance e validade das normas, por um lado, e sua violação, por outro lado, transformando as proposições normativas abstratas e gerais em disciplina efetiva de fatos concretos e reais. (ROCHA, 1995, p. 23)

⁵⁵ Rocha, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1995, p.19.

⁵⁶ Idem. 1995, p. 22.

No ordenamento jurídico brasileiro, o exercício da atividade de jurisdição é atribuído aos membros do Poder Judiciário pela Constituição Federal de 1988, a qual prevê expressamente as exceções a tal regra, situações singulares em que a jurisdição poderá ser exercida pelos demais Poderes do Estado. O Judiciário deve ser, portanto, um corpo unitário cujos membros atuam com independência, imparcialidade e neutralidade.

A independência significa que os judicantes devem estar livres de influências internas e externas estando unicamente vinculados à lei. A independência é um instrumento para a obediência ao princípio da legalidade, corroborando para conferir maior grau de legitimidade à atividade exercida pelo Judiciário. De maneira geral a independência do Judiciário está prevista pelo artigo 96 da CF, atribuindo competência governativa, regimental e orçamentária a tal Poder. No que concerne ao exercício da magistratura, as garantias de sua independência funcional estão estabelecidas no artigo 95, I, II, III, da CF/88, o qual dispõe acerca da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos da magistratura.

A imparcialidade, por sua vez, é direcionada ao provimento judicial, determinando que o juiz deve ser um terceiro em relação às partes e aos interesses em conflito, de modo que possa julgar objetivamente cada caso concreto. Ela é um instrumento em favor da independência e é consagrada no parágrafo único do artigo 95 da CF, o qual impede o estabelecimento de relações jurídicas geradoras de dependência entre os órgãos jurisdicionais.

A noção de neutralidade se refere à expectativa de indiferença por parte do juiz em relação aos valores, especialmente os de cunho político-ideológico, pertinentes à causa. Fala-se em neutralidade não como elemento essencial à jurisdição, não implicando a sua ausência em perda da imparcialidade, que é indispensável. Sabe-se que, após vários anos de embates filosóficos acerca do tema, a neutralidade é uma condição impossível de ser cumprida quando se trata do ser humano. Este faz, por sua própria essência de ser pensante, valorações automáticas acerca dos fatos que o cercam e, sendo o juiz um ser humano, não se pode esperar que ele consiga se afastar de determinados valores ideológicos que sobre ele exerçam influência.

O que existe na prática é a proibição para os magistrados do exercício de atividades político-partidárias, segundo o artigo 95, parágrafo único, inciso III, da CF/88. O juiz decidirá, portanto, com base nos seus valores ideológicos, políticos e, sobretudo, na lei,

motivando devidamente cada decisão de mérito que proferir, podendo ainda livremente exercer a atividade doutrinária ou científica, conforme direito assegurado pela Constituição a toda pessoa humana (art. 5º, IV, VI, IX, CF/88).

A atividade de jurisdição, conforme caracterizada acima, é exercida pelos órgãos do Judiciário, os quais são, segundo o artigo 92 da Constituição Federal: o Supremo Tribunal Federal, Supremo Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízos Federais, Tribunais e Juízos do Trabalho, Tribunais e Juízos Eleitorais, Tribunais e Juízos Militares, Tribunais e Juízos dos Estados, Tribunais e Juízos do Distrito Federal e Territórios. Trataremos neste estudo do Supremo Tribunal Federal, o qual é o órgão que exerce a função de guardião da Constituição Federal, sendo dotado das prerrogativas de uma Corte Constitucional.

As Cortes Constitucionais são, segundo o modelo europeu continental, órgãos encarregados de velar pela efetivação das vontades populares consagradas nas Constituições, limitando os poderes, defendendo os direitos e liberdades fundamentais e garantindo a supremacia e a permanência da Constituição⁵⁷. Idealmente, são órgãos desvinculados de quaisquer dos Poderes, encarregados de exercitar o controle externo sobre eles, inclusive sobre o Judiciário, que no ordenamento jurídico brasileiro atual não é sujeito de controle externo por nenhum dos demais Poderes.

Tal órgão deve ter alto grau de legitimidade, com composição democrática, devendo seus membros ser eleitos pelas casas legislativas representativas do povo e dos Estados, dentre os seus membros, membros do Executivo, do Judiciário, do Ministério Público e da sociedade civil⁵⁸. Tramitam no Senado brasileiro dois projetos de Emenda Constitucional, PEC 68/2005 e 342/2009, com o objetivo de aproximar a escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal a este modelo, já que esta corte exerce, sem dúvida, o papel de Tribunal Constitucional no país.

Além da forma de composição acima descrita, José de Albuquerque Rocha indica que os mandatos dos membros das Cortes Constitucionais devem ter sempre duração por tempo determinado e improrrogável, como forma de garantia da democracia e preservação em frente à corrupção. O exercício de tal mandato deve ser incompatível com o exercício de qualquer outro emprego ou função, principalmente quando forem de natureza política.

⁵⁷ Idem. 1995, p. 79.

⁵⁸ Idem. 1995, p. 82.

O Supremo Tribunal Federal, em sua situação política atual tem exercido as atividades próprias de Corte Constitucional, sendo responsável pelo controle de constitucionalidade dos atos normativos e administrativos dos outros Poderes de maneira geral. Por meio de tal atuação, este órgão guarda a Constituição, de modo a garantir a observância das normas constitucionais postas, bem como da vontade geral embutida na Constituição Federal, ao integrar normas de eficácia precária ou assuntos sobre os quais não haja normatização formal. Tratar-se-á mais delicadamente das funções do STF a seguir.

2. O lugar do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro – Controle de Constitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 101 e conforme já foi dito anteriormente, tem a competência precípua de atuar como guardião da Constituição Federal, por meio dos mecanismos por ela previstos.

A Magna Carta prevê que o Supremo Tribunal Federal será o órgão de cúpula do Judiciário nacional sediado no Distrito Federal, sendo composto por “11 Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”. Dispõe a norma máxima, ainda, que os Ministros do STF serão nomeados pelo Presidente da República, depois de escolha aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal.

Uma das formas de exercício da sua função de guardião da Constituição Federal é o Controle de Constitucionalidade. Tratam-se de mecanismos derivados da rigidez da Constituição Federal, que dificulta a sua modificação, delineando formalidades específicas para que instale qualquer alteração, bem como para a fiscalização dos atos praticados pelos Poderes do Estado. A Constituição goza de grau de estabilidade superior ao das demais normas ordinárias⁵⁹.

Distingue-se o controle de constitucionalidade formal do material. O primeiro se dá em âmbito exclusivamente jurídico, através da avaliação da forma de elaboração das leis, que deve seguir os procedimentos estabelecidos na Constituição Federal, de acordo com a competência por ela estabelecida. Tem-se um controle técnico, que atenta para os aspectos

⁵⁹ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 296, 197.

formais de construção das normas expressamente discriminados na norma máxima, não gerando maiores controvérsias⁶⁰.

A necessidade de realização de um controle material surge a partir do momento em que a idealização de uma Constituição Rígida tem por objetivo assegurar e efetivar os interesses dos indivíduos. Segundo Paulo Bonavides:

O que se tem em vista nos países de Constituição rígida é instituir um controle em proveito dos cidadãos, fundar uma técnica da liberdade em nome do Estado de direito, fazer das instituições e do regime político instrumento de garantia e realização dos direitos humanos e não, como sói acontecer nos organismos totalitários, técnica que reduz o homem ao meio e não fim” . (BONAVIDES, 2005, p. 298)

Seguindo o pensamento acima exposto, verifica-se que há que se olhar para o conteúdo das normas elaboradas, de modo que os direitos e garantias, os princípios e as vontades gerais consagradas na Constituição devem ser observados em todos os textos legais, devendo ser respeitadas as finalidades do próprio Estado insculpidas na Carta Magna.

A grande polêmica da qual se reveste este estudo se assenta no exercício do controle material de constitucionalidade, que é encoberto de *politicidade*⁶¹. Ocorre que nesta esfera de controle há um amplo espaço para a interpretação das normas constitucionais, dispondo o juiz constitucional de vasta possibilidade de atrelar a atividade de hermenêutica a seus próprios valores. Tal possibilidade se torna ainda mais criticável quando se verifica a presença de influências políticas exercidas por um Poder do Estado no outro, instalando-se até mesmo no âmbito da jurisdição constitucional a troca de favores eminentemente política.

Já foi dito em linhas anteriores que os membros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo Presidente da República, que é também o chefe do Poder Executivo. Neste esteio, teme-se a super-influência dos interesses do Executivo na essencial atividade desempenhada pelo Supremo, que é o controle de constitucionalidade. Não se deve esquecer que esse controle é feito como uma forma de garantir os interesses do povo e não deve ser utilizado como uma aliança entre Poderes para que seja instalada a vontade dos governantes. Os Poderes estatais, segundo o princípio expressamente consagrado na CF/88 da separação dos Poderes, devem ser harmônicos, mas também devem ser independentes.

Conforme já explicamos, as cortes constitucionais foram idealizadas para exercerem o controle de constitucionalidade, constituindo um órgão político, desvinculado de

⁶⁰ Idem. 2005, p. 298.

⁶¹ Idem. 2005, p. 299.

quaisquer dos três Poderes do Estado, devendo ter componentes de todos eles. No ordenamento jurídico brasileiro, tal controle foi atribuído a um órgão do Judiciário. Não há, contudo, em se falar em impossibilidade ou ilegitimidade do STF ante a realização de tal controle, pois segundo Paulo Bonavides:

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é a coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis. (BONAVIDES, 2005, p. 301)

O controle de constitucionalidade jurisdicional no Brasil pode ser realizado pela via de exceção ou pela via de ação. O primeiro (via de exceção) é também chamado de controle concreto, ou difuso, e pode ser realizado pela magistratura em qualquer instância. Ocorre quando uma das partes em conflito suscita a inconstitucionalidade do ato normativo que o juiz pretende aplicar ao caso. Este controle só pode ser feito por meio de requerimento de alguma das partes interessadas e a decisão provida só vinculará as partes, não tendo o condão de afastar a aplicabilidade da lei em todo o ordenamento jurídico. Tal decisão forma coisa julgada relativa. A lei torna-se inaplicável somente no litígio em juízo e somente terá sua executoriedade suspensa pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, CF.

Já a segunda forma de controle de constitucionalidade se dá pela via de ação, por meio do controle concentrado, de modo que a lei poderá ser questionada em abstrato, devendo ser este o intuito do exercício da ação. Nesta esfera, a competência para conhecimento das ações é do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade, que pode levar à declaração de inconstitucionalidade da norma, de modo que ela será anulada para todos os efeitos, vinculando a todos. Ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, há a ação declaratória de constitucionalidade, que objetiva o reconhecimento da constitucionalidade de corpo normativo controverso.

A inconstitucionalidade pode ser suscitada por meio de três tipos de ações diretas de inconstitucionalidade: a genérica, a interventiva e a por omissão. A genérica é a que levará à análise de determinada lei ou ato normativo federal ou estadual que se acredita ser inconstitucional, garantindo a supremacia constitucional. Já a ADI interventiva tem espaço quando algum dos estados da federação brasileira descumpra algum dos princípios sensíveis elencados no artigo 34, VII da Constituição, descumprimento este que autoriza a intervenção

da União nos Estados para proteger o pacto federativo. A ADI por omissão, por sua vez, se dá quando se percebe a omissão do Poder Legislativo ou administrativo em face de alguma norma constitucional de eficácia limitada, sem aplicabilidade, necessitando de regulamentação para que os direitos consagrados na Constituição sejam garantidos e efetivados.

O artigo 103 da CF/88 traz a legitimidade para a propositura das ações acima descritas. Os legitimados para a ADI de maneira geral e para a ação declaratória de constitucionalidade são o Procurador Geral da República, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados das Assembléias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A ADI interventiva constitui uma exceção à regra estabelecida no artigo 103, de modo que somente o Procurador Geral da República tem legitimidade para propô-la.

A Constituição estabelece em seu artigo 97 que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Segundo Paulo Bonavides (2005, p. 307), “uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível”. Não havendo tal declaração, presume-se constitucional toda lei ou ato normativo.

3. A edição de súmulas vinculantes e o princípio da separação dos Poderes

Outra prerrogativa do Supremo Tribunal Federal extremamente criticada em meio aos estudiosos é a possibilidade trazida pela EC nº 45/04 de o órgão editar súmulas com efeito vinculante. Neste sentido, o artigo 103-A traz passou a trazer dispositivo que, sob os argumentos da crítica, consiste em uma afronta ao princípio da separação dos Poderes, que é cláusula pétrea da carta magna brasileira.

A súmula vinculante é concebida quando o STF se pronuncia diversas vezes acerca de determinada matéria constitucional, tratando da interpretação, validade ou eficácia dos atos normativos. Analisados os temas em sede de controle de constitucionalidade, o

entendimento da corte é consolidado, passando a vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, de maneira semelhante ao poder vinculativo que têm as leis, sob pena de nulidade dos seus atos e responsabilização dos seus agentes⁶².

Segundo André Tavares, o que ocorre é uma “transposição do concreto para o abstrato-geral”, conectando-se o controle difuso-concreto ao controle abstrato-concentrado, com o objetivo de sanar a insegurança jurídica gerada pelas divergências interpretativas dos textos normativos, as quais são atribuídas nos casos concretos pelos juízes de primeira instância.

Critica-se, contudo, a utilização de tal prerrogativa fora dos limites para ela estabelecidos, situação na qual o Supremo Tribunal Federal age em descompasso com o mandamento constitucional, atuando como legislador positivo. A exemplo, temos a edição de súmulas vinculantes sem haver um número considerável de precedentes justificadores de sua imposição. Segundo Luis Roberto Barroso:

Ao longo de 2008, foram editadas dez súmulas vinculantes, que se somaram às três pré-existentes. Os temas foram os mais variados: uso de salário mínimo como indexador (Súmula 4); defesa técnica por advogado em processo disciplinar (Súmula 5); remuneração de praças no serviço militar (Súmula 6); não auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º da Constituição enquanto vigorou (juros reais de 12%) (Súmula 7); prescrição e decadência do crédito tributário (Súmula 8); recepção do art. 127 da Lei de Execução Penal (Súmula 9); reserva de plenário para afastar incidência de lei ou ato normativo (Súmula 10); restrições ao uso de algemas (Súmula 11); taxa de matrícula em universidade pública (Súmula 12) e vedação do nepotismo nos três Poderes (Súmula 13). (BARROSO, 2007, p. 20)

Já em 2009, foram editadas outras 3 súmulas: acerca do acesso do defensor aos elementos de prova em favor do representado (súmula 14); a respeito do abono do servidor público (súmula 15); e sobre a remuneração do servidor público (súmula 16).

A doutrina aponta três requisitos para a possibilidade de edição de súmulas vinculantes, quais sejam uma controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, a instalação de uma grave insegurança jurídica e uma relevante multiplicação no número de processos referentes ao tema.

Segundo prevê o *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal, as súmulas vinculantes podem ser editadas, revisadas ou canceladas, procedimentos a serem regulamentados por meio de lei federal. O mandado constitucional foi observado, tendo sido

⁶² TAVARES, André Ramos. Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007. p.18-20.

posta em vigor em 2006 a Lei 11.417, lei que dotou de eficácia plena o dispositivo constitucional.

Por essa razão, acredita a mais severa crítica que o órgão do Poder Judiciário estaria legislando, exercendo função típica do Poder Legislativo ao elaborar normas de observância obrigatória para todos os membros dos Poderes Judiciário e Administrativo. De tal modo, a edição de súmulas vinculantes constituiria uma afronta direta ao princípio da separação dos Poderes, o qual já foi amplamente analisado no primeiro capítulo do presente estudo.

Em breves palavras, recapitulamos que a concepção inicial da separação dos Poderes trazida por Montesquieu determinava que as decisões dos magistrados deveriam constituir uma fiel e pura reprodução da lei, para que fosse garantida a estabilidade no meio político, sem que houvesse usurpação de Poderes. Ao juiz era vedada a interpretação do mandamento jurídico por ser este papel único do próprio legislador.

Essa linha de entendimento foi, contudo, superada. Na atualidade já se compreende a noção de que o juiz não é um mero aplicador do direito, constituindo a sua atividade uma interpretação da norma que é capaz de criar o direito nos casos em que há espaço para isso, especialmente quando houver omissão ou obscuridade na lei.

De fato, a argumentação da crítica que gira em torno do tema repousa no grau de criatividade dos juízes que efetuam a interpretação das leis, de modo que se deve evitar a arbitrariedade na extração da norma do texto legal, que é contrária ao princípio da legalidade. Nesta linha de raciocínio, Mauro Cappelletti nos indica a existência de limites processuais e substanciais para a atuação do Judiciário no exercício dessa atividade, diferenciando-a da atividade criadora do direito por parte do Poder Legislativo.

A imparcialidade e a garantia do contraditório funcionam como limites processuais, demandando do juiz uma inércia inicial. Este deve ser provocado antes de interferir nas situações específicas para proferir suas decisões, mediante convocação das partes envolvidas para que se manifestem. Tais limites não se fazem presentes no exercício do Poder Legislativo, que pode agir parcialmente e definir nos termos da ordem jurídica o contorno das normas elaboradas.

Ao ser provocado por alguma das partes litigantes, o juiz extrai a norma mandamental contida nos enunciados normativos dos textos legais. É aí que se constitui a atividade interpretativa do magistrado e é essa norma mandamental que atuará como precedente para funcionar como escopo para futuras decisões judiciais.

Nesta esteira, a edição de súmulas vinculantes expressa atividade jurisdicional atuante dentro dos seus limites, de modo que se detém aos conteúdos trazidos pelos casos concretos sobre os quais se decidiu reiteradamente em juízo. São os precedentes jurisdicionais consolidados para a uniformização dos provimentos jurisdicionais e a conseqüente garantia da segurança jurídica. Vale lembrar que tais súmulas não vinculam a atividade legislativa, podendo o legislador elaborar texto legal sobre o mesmo assunto de súmula vinculante, mesmo que seja a esta contrário.

4. A Politização do Supremo Tribunal Federal

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na idéia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. (BARROSO, 2007, p. 13)

O fragmento de texto acima, retirado de artigo de Luis Roberto Barroso intitulado Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, nos aponta para o excesso de politização que leva o Judiciário brasileiro a adentrar uma época de crise de legitimidade. Especialmente atentos aos reflexos de tal situação em âmbito do Supremo Tribunal Federal, os mais renomados juristas têm se pronunciado em desfavor do ciclo de influências políticas em que se inserem os três Poderes Estatais.

A relevância da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro tem crescido desde o advento da constituição de 1988. Segundo as lições de Paulo Bonavides:

[...] cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade. (BONAVIDES, 2004, p. 127).

A dita jurisdição constitucional, como toda a atividade jurisdicional, pressupõe uma instância neutra, mediadora e imparcial no deslinde das controvérsias constitucionais, características próprias do Poder Judiciário, desde a concepção dos mais remotos estudiosos. Contudo, tem-se verificado uma forte onda de prejudiciais influências governamentais nos rumos da sua atuação. Neste sentido, nos indica Paulo Bonavides que:

[...] o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle, transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento e hipertrofia, já do Poder do Estado, já do arbítrio dos governantes.

Tal ocorre em determinadas situações fáticas que afetam bastante a relação de poderes entre o Executivo e o Legislativo. Com efeito, a preponderância negativa do primeiro sobre o segundo logo se faz sentir em ordem a abalar a independência dos tribunais e desvirtuar as bases da legitimidade da própria jurisdição constitucional, severamente golpeada, toda vez que a Corte Suprema, por obra de pressões inadmissíveis e descabidas, algumas vezes mais sutis que ostensivas, dobra-se à vontade executiva.

Disso resulta, incólume, uma política governativa de Medidas Provisórias que, com extrema freqüência, ferem princípios constitucionais da substância e essência do sistema. A sociedade e a cidadania perdem; o Estado e o Governo ganham deploravelmente. O poder hegemônico nele incorporado faz fraca a Constituição, enquanto o prestígio do tribunal supremo desce a níveis institucionais, sobreposse baixos e deprimidos. (BONAVIDES, 2004, p. 127).

Ocorre que, segundo a crítica, em conseqüência da forma de composição do Supremo Tribunal Federal, que - conforme dito em páginas anteriores, se faz por meio de nomeação do Presidente da República, depois de aprovada escolha por maioria absoluta dos membros do Senado Federal, conforme reza o artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal – existe uma forte influência do Poder Executivo nas tomadas de decisões feitas pela judicância. Deste modo, observa-se uma predominância no interesse do Supremo Tribunal Federal em fazer cumprir os objetivos dos governantes em detrimento de uma atuação efetiva como Guardião da Constituição Federal, que é o seu primo fito.

O ilustre jurista acima citado nos indica a importância do sistema de controle de constitucionalidade nas Cortes Constitucionais para uma federação. Este sistema é indispensável para harmonizar os anseios dos diversos Estados federados que buscam a unidade e identidade mesmo em face de suas diferenças.

A força que se atribui a uma Corte Constitucional para que ela atue como fiscal da ordem jurídica escolhida pela federação pode se transformar em uma arma contra os seus interesses democráticos, fazendo-se instalar uma ordem jurídica escolhida não pelo constituinte, mas pelos governantes. Isto é totalmente contrário aos princípios norteadores da

própria atuação de ambos, que devem em todas as instâncias buscar a efetivação dos interesses democráticos.

Por meio de atuação desmedida, o Supremo Tribunal Federal acaba por colaborar para uma realidade à qual deveria combater: a hipertrofia do Executivo. O Executivo termina por atuar como legislador, diante do mau uso da sua prerrogativa de editar Medidas Provisórias, as quais somente deveriam ser editadas em situações de extrema necessidade. Atua também como julgador, por meio da influência exercida, dando azo à instalação cada vez mais forte da politicagem e da corrupção no seio dirigente do país.

Para Paulo Bonavides (2004, p.130), é essa distorção institucional que “afeta e compromete o princípio da separação dos Poderes”, “a alma da nossa Constituição”.

A omissão do STF ante a edição de tais medidas provisórias, atitude de clara cumplicidade com as artimanhas do Poder Executivo, não tendo se manifestado mesmo após a devida provocação para declarar a sua inconstitucionalidade, tomou a consistência de ato reprovável.

Essa forma de exercício do poder estatal leva à constatação de atuação ilegítima do Poder Judiciário, de modo que age de maneira diferente da vontade do corpo político que é o ultimo legitimador da própria Constituição. Por esse raciocínio, uma Constituição que perde cada vez mais sua legitimidade, por se afastar dos anseios populares que lhe são legitimadores, não é capaz de legitimar a atuação dos órgãos do Estado que por ela é regido. Neste sentido, Paulo Bonavides:

A Constituição que ele tem por dever guardar perde cada dia que passa legitimidade e juridicidade. Isso acontece porque o País já não confia na retidão dos três Poderes no tocante ao desempenho de suas atribuições constitucionais. A desconfiança gera a crise e a enfermidade do sistema, e esta lhe Poderá ser fatal. Nenhuma sociedade livre se governa, que não seja justa. E a justiça constitucional de que não se pode prescindir na era da diversidade, das heterogeneidades, do pluralismo e das complexidades sociais é a justiça dos homens livres, dos Poderes legítimos, dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2004. p. 139)

Percebe-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, mesmo não sendo uma corte constitucional propriamente dita, tem falhado em cumprir o seu papel de manter a ordem jurídica abraçada pelo corpo político como guardião da Constituição, de modo que ela mesma está sendo indevidamente modificada conforme interesses de poucos.

A meta ideal não é que os Poderes caminhem sempre em sentidos e segundo opiniões contrárias, mas que eles sejam independentes para fazê-lo, podendo ser implantado efetivamente o sistema de “checks and balances”. Assim, claro que em uma sociedade idealística onde todas as autoridades objetivassem altruisticamente a busca da vontade do corpo político, as atuações dos três Poderes caminhariam em direção da convergência. O que ocorre é que, como já nos ensinou Montesquieu, o homem é corrompido pelo Poder e é necessário que haja uma ação fiscalizadora que os Poderes exercem entre si. Não se deve aceitar, portanto, que um Poder Estatal que seja corrompido exerça influências sobre o outro a ponto de corrompê-lo. É necessário que haja uma real independência entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário para que seja respeitada a Carta Magna brasileira e a sua vontade legitimadora.

Incentiva-as o diálogo institucional, pelo qual os Poderes dialogam em busca das melhores opções para a condução da máquina estatal, mas este diálogo não pode jamais limitar a independência que deve existir entre os três Poderes. Neste sentido, deve-se buscar uma real motivação, fundamentada por ampla argumentação jurídica, acompanhada por uma política de total transparência nas decisões proferidas pelo Judiciário, para que a sociedade brasileira volte a confiar na atuação dos Poderes a quem confiou a direção da nação.

5. Algumas decisões políticas do Supremo Tribunal Federal

Com o fito de ilustrar o que foi dito no item anterior se fará, a seguir, um apanhado geral de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no pós CF/88, que foram consideradas como decisões políticas. Foram provimentos concedidos a fim de satisfazer interesses do Poder Executivo, em infeliz detrimento de uma correta e justa atuação daqueles que deveriam se utilizar de seus conhecimentos jurídicos e de suas prerrogativas em vista de atender os objetivos da República Federativa Brasileira, elencados no artigo 3º da Carta de Outubro.

Como primeiro exemplo, tem-se a posição tomada pelo Supremo por ocasião do congelamento dos ativos financeiros, chamado corriqueiramente de “bloqueio dos cruzados”, pelo Governo Collor, por meio da MP 168, de 1990. Em face das ações que tal cerceamento do direito à propriedade deu azo, o governo editou ainda a MP 173, que proibiu a concessão

de medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias 151, 154, 158, 160, 161, 164, 167 e 168, de 1990. Tendo sido proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 223-6, do Distrito Federal, o Supremo negou a liminar de inconstitucionalidade da norma combatida, demorando dois anos para a apreciação do mérito, quando extinguiu o feito, em clara consonância com os interesses do plano de governo do então presidente Fernando Collor de Melo⁶³.

Outro exemplo que pode ser observado é a atuação da corte ao ser acionada para se manifestar acerca das excessivas privatizações efetuadas pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso, que empobreceram os cofres do Estado brasileiro. O Supremo foi provocado por partidos políticos, governadores e entidades associativas, contudo sempre se posicionou no sentido de sancionar as escolhas governamentais em prejuízo do melhor interesse nacional, a exemplo das ADI's de número 1.582; 562; 1.584; 504; 1.182 e do Mandado de Segurança 22.800⁶⁴.

Importantes manifestações claramente afinadas com os anseios governamentais trouxeram a mudança do próprio conceito de "Direito Adquirido", que é cláusula pétrea da Constituição Federal, conforme o artigo 5º XXXVI, consagrada também no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Tais decisões constituíram verdadeiras aberrações jurídicas, pois, para conferir eficácia jurídica aos planos econômicos Bresser, Verão e Collor, determinaram que o direito adquirido não é intocável, contrariando o mandamento constitucional, exigindo dos servidores públicos uma colaboração com o programa de governo, o qual não poderia ser prejudicado⁶⁵.

O direito adquirido foi transformado em mera expectativa de direito. Esses acontecimentos desaguaram na criticada edição da EC 41/2003, que reformou a previdência em detrimento do direito adquirido por razões indubitavelmente econômicas. Neste sentido, o RE 193.542-1 DF; RE 144.756-7 DF; RE 190.411-9 AP; RE 102.638 PR, dentre outros.

Extremamente relevante foi a denúncia feita à Convenção 158-OIT, que mais uma vez beneficiou os interesses econômicos ao desprezo dos anseios sociais, em atuação alheia aos interesses de milhões de trabalhadores brasileiros. A Convenção estabelecia uma espécie

⁶³ Lima, Francisco Gerson Marques de. O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira. Fortaleza: ABC. 2001. p. 186.

⁶⁴ Ibidem. 2001, p. 202.

⁶⁵ Ibidem. 2001, p. 221.

de garantia de emprego, que só poderia ser mitigada pela justa causa. O Supremo deferiu liminar suspendendo os efeitos do Decreto Presidencial de nº 1.855, de 1996 na ADIn 1.480-3, mesmo reconhecendo a existência do direito dos trabalhadores, por razões político-econômicas⁶⁶.

A manutenção e declaração de constitucionalidade da Portaria 534/2005 do Ministério da Justiça, que efetuou a demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, regulamentação manifestamente ilegal, foi mais uma das posições reprováveis adotadas pelo STF, em sede da Ação Popular nº3388, no ano de 2008⁶⁷.

De forma semelhante, indica Francisco Gérson Marques de Lima outras decisões que se afinaram aos interesses e políticas governamentais, nas quais o Supremo se posicionou acerca da reeleição para Presidente da República, Governadores e Prefeitos, do seqüestro de verbas públicas para ressarcir a falta de cumprimento do sistema de precatórios, dos ajustes no valor do salário mínimo bem como a sua vinculação, do caso do Senador Humberto Lucena. Este havia utilizado a máquina pública em benefício próprio com fins de campanha eleitoral.

Aponta-se, ainda, a decisão acerca do exercício do direito de greve por parte dos funcionários públicos em sede de Mandado de Injunção, em que a corte agiu fora dos limites de sua atuação ao estender o alcance da norma direcionada para os funcionários celetistas aos funcionários públicos, dentre muitas outras decisões de mesmo escopo e dubitável respeito aos interesses sociais.

Diante da profunda irreverência dos mais sérios estudiosos em face de casos como os acima exemplificados, percebe-se uma crescente comoção social para que se instale uma transformação na estrutura jurídico-política da nação. Devida *venia*, deve-se reconhecer a seriedade de alguns dos membros do Supremo Tribunal Federal, os quais procuram manifestar-se em direção à Justiça e ao bem social, em respeito à ordem jurídica vigente. Espera-se, entretanto, um maior compromisso dos Ministros do Supremo com o corpo político nas futuras decisões.

Vale ressaltar que temas atuais como as ações afirmativas e a implantação de cotas para negros nas universidades públicas estão em pauta para manifestação da corte. Há a

⁶⁶ Ibidem. 2001, p. 265.

⁶⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=raposa%20serra%20do%20sol&base=baseAcordaos>

previsão de realização de audiência pública em março de 2010 para a ampla discussão do tema, em virtude da proposição da ADPF 186 pelo Partido Democrata. No mesmo sentido o RE 597285.

Outro tema que deverá ser julgado pelo Supremo é o atinente à ADI 4167, que questiona a fixação do piso salarial dos professores pela Lei 11.738 de 2008. A corte já deferiu liminar garantindo a eficácia da referida lei e a observância do piso a partir de 2010, entretanto, o processo ainda aguarda julgamento.

Como os supracitados temas, há muitos outros que serão analisados pelo Supremo em futuro próximo, como as leis contra a homofobia, a aplicação do princípio da isonomia à Lei Maria da Penha, para estender a sua aplicação a homens e homossexuais, dentre outros temas de inquestionável relevância. Resta a esperança de que a sociedade estará atenta para reclamar a instalação de sua vontade e a observância dos seus valores mais altos.

6. Propostas para novas transformações

A partir da EC 45/03, inúmeras foram as mudanças concernentes ao setor Judiciário, como já salientamos anteriormente. Ocorre que diante de todas as dificuldades com as quais se depara o sistema de jurisdição constitucional atual, diversas são as propostas para mudanças para que se atinja um maior respeito às premissas maiores que conferem legitimidade à nossa Carta Política Maior. A necessidade de instalação de um tribunal puramente constitucional, que, conforme a sua estrutura na maior parte dos países que o adotam, seja independente dos três Poderes, de modo a exercer efetivamente a fiscalização e impor a observância do *mandamus* da Constituição.

Neste sentido, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, no ano de 2006, manifestou-se publicamente sobre os critérios de composição do Supremo Tribunal Federal, explicitando o seu descompasso com os princípios democráticos e com o ideal republicano, perfazendo uma barreira ao sistema de freios e contrapesos, impossibilitando a independência harmônica que deve haver entre os Poderes Estatais.

Como exposto em páginas anteriores, a Constituição Federal determina que a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será feita pelo Presidente da

República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo requisitos a idade entre 35 e 65 anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada. Acerca de tais requisitos, discursa a ANAMATRA:

A lamentável prática de utilização de critérios, exclusivamente, políticos para escolha dos Ministros daquela Corte pelo Presidente da República e a incompreensível atuação, meramente, homologatória dos Senadores da República nas chamadas ‘sabatinas’ dos candidatos comprometem, seriamente, a idéia de imparcialidade da magistratura e ensejam inconveniente partidarização do STF.

Os Juízes do Trabalho brasileiros, por sua Associação de classe, criticam, publicamente, o modelo vigente, no intuito de promoverem um saudável debate nacional que motive a sociedade e os políticos brasileiros a garantirem o aperfeiçoamento das instituições e a defenderem a independência do Poder Judiciário.

Como alterações constitucionais demandam tempo e estão condicionadas aos percalços do Parlamento, propõe-se a observância, desde já, de critérios suplementares aos prescritos na Constituição da República para a indicação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, que se estabeleçam por meio de ampla consulta à sociedade e aos atores sociais diretamente envolvidos na questão, sendo conveniente aferir dos candidatos também sua classe de origem, a área de atuação e sua formação científica.

Neste contexto, a ANAMATRA sustenta que no conceito constitucional de ‘notável saber jurídico’ se inclua, como pressuposto fundamental da candidatura ao cargo de Ministro do STF, conhecimento e compromisso com os Direitos Humanos, o Direito Social e a legislação trabalhista. (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 12 janeiro de 2006)

A Associação dos Juízes Federais do Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil e diversos setores de classe também têm se manifestado acerca do tema, pleiteando participação na indicação dos Ministros do STF⁶⁸.

Com o objetivo de afastar as influências políticas do Poder Executivo no Supremo Tribunal Federal, a Proposta de Emenda Constitucional 68, de 2005, atualmente em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apresentada pelo Senador Jefferson Peres, do PDT, também trouxe sugestões no sentido de modificar a forma de composição do Supremo. Segundo o projeto, os 6 opções de Ministros devem ser escolhidos pelos órgãos de representação da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, que encaminharão sua escolha aos próprios membros do Supremo, que finalizarão o procedimento. Segue a íntegra da proposta:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 68, DE 2005

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

⁶⁸ Consultor Jurídico. < http://www.conjur.com.br/2005-dez-08/projeto_muda_regras_escolha_ministros_stf >

“Art. 84.....

XIV – nomear, observado o disposto no parágrafo único do art. 101, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei;

..... (NR)”

“Art. 101.....

Parágrafo único. Aberta vaga no Supremo Tribunal Federal, proceder-se-á da seguinte forma:

I – os órgãos de representação da magistratura, do Ministério Público e dos advogados escolherão, mediante eleição, na forma da lei, cada um, dois candidatos à vaga, submetendo-os ao Supremo Tribunal Federal;

II – o Supremo Tribunal Federal elegerá, dentre os seis nomes submetidos na forma do inciso I, por voto secreto e maioria absoluta, um deles, encaminhando-o ao Presidente da República para a nomeação. (NR)”

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Como se pode perceber, a proposta apresentada mostra-se falha no que concerne à sua habilidade de afastar as interferências nas tomadas de decisão do Supremo, de modo que traria apenas uma mudança na proveniência das pressões. “A interferência do governante de plantão seria apenas substituída pela interferência das entidades de classe” (Consultor Jurídico, 2005). Tal afirmação indica a incapacidade de modificação efetiva na estrutura vigente.

A proposta foi criticada, ainda, porque não permitiu aos senadores a participação na escolha dos ministros, mesmo que o Senado tenha, por força constitucional, a prerrogativa de realizar controle de constitucionalidade e legalidade prévio com relação aos atos do Executivo, rejeitando-os. De tal modo, haveria um ente participativo a menos, diminuindo o caráter democrático do procedimento proposto. Não se pode olvidar que o Senado exerce o papel de representante dos Estados Federados Brasileiros e que não se pode cercear a sua atuação em situações que requerem ampla participação democrática, tendo em vista que o intuito da almejada mudança é conferir maior legitimidade às escolhas feitas pelo membro encarregado de impor a observância das regras de um Estado Democrático de Direito, o qual é regido por uma Constituição.

No corrente ano de 2009, outra proposta de Emenda à Constituição foi apresentada pelo deputado Flávio Dino, do PC do B, ao Congresso Nacional, a EC 342. Na

presente data, o projeto tramita na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. A proposta de mudança trazida concerne aos procedimentos para escolha dos membros do Supremo, prevendo para os mesmos mandatos limitados. O referido dispositivo tem por escopo reconhecer a fatalidade que é a face política da referida corte, estabelecendo critérios políticos para sua composição e funcionamento, dialogando com a situação que existe de fato para que se faça enraizar a democracia também no seu seio. Nesta esteira, determina que o tribunal deve ser renovado a cada 11 anos, para que não haja perpetuação dos ideais e tampouco dos erros cometidos.

O procedimento sugerido determina a elaboração de listas prévias de nomes indicados pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pela Ordem dos Advogados Brasileiros e pelo Ministério Público. A previsão para estabelecimento de mandato temporário é uma medida tomada para que se garanta o caráter democrático da instituição, de modo que o tribunal possa acompanhar as evoluções sociais e jurídicas do corpo político. Essa medida seria, em tese, capaz de introduzir também o Supremo dentro do Sistema de Freios e Contrapesos, tendo sua infalibilidade e eminência política reconhecidas por meio da introdução de mecanismos de legitimação e participação. Segue a PEC:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 342, DE 2009

(Do Sr. Flávio Dino e outros)

Altera dispositivos constitucionais referentes à composição do Supremo Tribunal Federal

Art. 1º O artigo 101 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação e acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§1º. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos:

I – cinco pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por três quintos dos membros do Senado Federal;

II – dois pela Câmara dos Deputados;

III – dois pelo Senado Federal;

IV – dois pelo Supremo Tribunal Federal;

§ 2º. No caso dos incisos II, III e IV serão considerados escolhidos os nomes que obtiverem três quintos dos votos dos respectivos membros, em escrutínios secretos, tantos quantos forem necessários.

§ 3º. As escolhas recairão obrigatoriamente em nomes constantes de listas tríplices que serão apresentadas:

I – pelo Superior Tribunal de Justiça

II – pelo Tribunal Superior do Trabalho;

III – pelo Conselho Nacional de Justiça;

IV – pelo Conselho Nacional do Ministério Público;

V – pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – pelos órgãos colegiados das Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado em funcionamento há pelo menos dez anos.

§ 4º. O mandato dos ministros do Supremo Tribunal Federal será de 11 anos, sendo vedada a recondução ou o exercício de novo mandato.

§ 5º. A aposentadoria dos ministros do Supremo Tribunal Federal ocorrerá nos termos do art. 40.

§ 6º. É vedado ao ministro do Supremo Tribunal Federal o exercício de cargos em comissão ou de mandatos eletivos em quaisquer dos Poderes e entes da federação até três anos após o término do mandato previsto no § 4º.” (NR)

Art. 2º As regras previstas no artigo anterior somente se aplicarão aos ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados após a publicação desta Emenda Constitucional.

Art. 3º As escolhas iniciais para os cargos que vagarem no Supremo Tribunal Federal a partir da publicação desta Emenda Constitucional obedecerão à seguinte ordem:

I – Primeira, quinta, nona, décima e décima primeira, pelo Presidente da República.

II - Segunda e sexta, pela Câmara dos Deputados;

III – Terceira e sétima, pelo Senado Federal;

IV – Quarta e oitava, pelo Supremo Tribunal Federal;

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Constatando que considerável parcela dos Ministros escolhidos para o Supremo Tribunal Federal exerciam cargos relacionados ao assessoramento do Poder Executivo, texto acima prevê uma espécie de quarentena para os indicados que tenham trabalhado diretamente com o Poder Executivo federal ou estadual nos três anos anteriores ao momento da indicação, modificando ainda o quorum de aprovação da escolha presidencial pelo senado, o qual deverá ser de 3/5 dos seus membros, coincidindo com o quorum constitucionalmente estabelecido para a aprovação de emendas constitucionais.

O ilustríssimo autor Paulo Bonavides, em sentido contrário às sugestões de tal proposta, nos indica que, em lugar de reconhecimento e resignação em face da politização do

Supremo, deve-se “desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça, que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição e, logo, transformá-la em tribunal constitucional, segundo o modelo austríaco”. Assim, o Tribunal Constitucional deverá ser segregado, posicionando-se acima dos três Poderes, funcionando exclusivamente para exercer o controle de constitucionalidade, impondo a estes a submissão ao espírito impresso no texto constitucional, expressão do espírito da nação.

Garantir a independência do Poder Judiciário é essencial para a garantia dos anseios democráticos, do Estado de direito, sem que ele esteja vulnerável aos apelos políticos. Segundo Paulo Bonavides, a atribuição a membro de um dos Poderes o papel de decidir em última *ratio* os conflitos constitucionais quebra a equivalência hierárquica que deve haver entre os Poderes, tendo em vista que os três devem atuar harmonicamente, em grau paritário.

Leciona-nos o aludido autor que o essencial não é a simples forma de composição do Tribunal, mas que sejam implantadas garantias de independência dos juízes que o compõem. Para isso, espera-se a inexistência de relações pessoais entre o nomeador e o nomeado, que é o que tem ocorrido de forma escandalosa no Brasil. Sustentando seu pensamento, ensina:

Se medidas não forem tomadas em tempo para coibir o abuso que tem conduzido a uma politização exagerada da justiça constitucional, a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo, exercitando, em favor deste, a função normativa que as Cortes Constitucionais, quer queiram, quer não, têm exercitado, por via interpretativa, na ordem concreta dos fatos e da realidade, como uma espécie de Legislativo paralelo e invisível. Com efeito, ao levarem a cabo o controle concentrado de fiscalização constitucional, os juízes constitucionais em sua função judicante podem, com a autoridade de última instância que lhes é atribuída de declarar o direito, resvalar no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior. Nesse conspecto, a Constituição, desfalecida, sai da letra do constituinte para a sentença de tais juízes. A sentença sim é soberana, não aquela! (BONAVIDES, 2007, p. 141)

No mesmo sentido, o referido autor conclui:

Um Tribunal carente de independência, politizado ao excesso pelo Executivo, fragilizado pelo desrespeito à sua função, debilitado pelas omissões no controle jurisdicional de constitucionalidade é o inimigo da Constituição; é também a espessa muralha e o grande obstáculo que no caso do Brasil, se levanta para tolher o ingresso, em nosso ordenamento, da democracia participativa direta, legislada pelo constituinte

de 1988 no parágrafo único do artigo 1º, combinado com o artigo 14 da Constituição Federal vigente. (BONAVIDES, 2007, p. 142)

Tais são alguns dos pensamentos que iluminam os contornos da crise pela qual passa o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal. Vale ressaltar, ainda, que, em um Estado que se intitula democrático de direito é de suma importância a percepção das vontades que o compõem, de modo que, diante da incongruência de todas as vontades sociais e da impossibilidade de convergir todas elas para um ponto comum, objetiva-se a implantação da vontade das majorias e das minorias, expressadas por meio de corpos representativos coletivizados. Por meio de tal atividade, busca-se a restauração da legitimidade das instituições, respeitando-se as normas advindas da Constituição Federal, em vigor segundo o seu espírito constituinte.

Neste sentido, faz-se mister a implantação de equilíbrio entre as instituições jurídicas, políticas e governamentais, para que se possa abrir espaço para as tão almejadas transformações sociais que beneficiarão à sociedade como um todo, alcançando tanto os ideais do interesse público como dos interesses privados. É certo que somente em uma sociedade onde os governantes estão atentos às necessidades de seus representados e em que estes participam dos processos políticos e jurídicos, pode-se falar em Estado legítimo, democrático e de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como muito bem explanou Norberto Bobbio, a diferença entre uma monarquia e uma democracia é que a primeira faz súditos e a segunda, cidadãos.

Qualquer que seja a estrutura de um governo, ele só será democrático se o seu povo for constituído de cidadãos. A grande revolução francesa foi feita pela burguesia excluída de participação política, mas que era possuidora de consciência política. Essa consciência foi fruto do trabalho de grandes pensadores que descobriram que ela era necessária para que se instaurasse um governo de todos e para todos.

A conjuntura de distribuição de funções e separação de Poderes dentro do Estado brasileiro não é de todo ultrapassada. A corrupção é um risco fortalecido pelo sistema de representação que vem sendo adotado, pelo déficit de politização e participação do povo nos rumos dos governos. O que falta é a constituição de cidadãos aptos a fiscalizar as atividades dos Poderes que delegaram às autoridades e a seus representantes. Todos sabem que todo poder emana do povo e é o povo, dono do poder, que deve velar para que seus interesses sejam de fato perseguidos.

O Estado funciona como uma máquina empresarial: quando os donos da empresa não observam o trabalho dos seus administradores, é certo que estes não farão jus ao alvo do patrão, não efetuarão as tarefas devidamente, estarão facilmente propensos a deturpar as finalidades e até mesmo a desviar capitais.

O povo, que é dono do poder estatal, deve ser formado, tendo em mente o conceito de cidadania e o seu dever, a sua função, de exercer o seu papel de cidadão. Da mesma maneira devem as autoridades estatais atuar de maneira a propiciar o bem comum e os interesses dos cidadãos.

O povo composto de cidadãos precisa ter em mente que o Supremo Tribunal Federal deve agir em consonância com os seus anseios, com os anseios das maiorias, mas

também das minorias. Deve participar ativamente e acompanhar as tarefas dos seus membros e deve se manifestar, como nos foi lecionado pelos revolucionários da história, quando a estrutura do seu governo não lhe for agradável.

Neste sentido, se tem ouvido a manifestação dos entes sociais, se tem percebido a sua inquietação diante das falhas flagrantes de seus governantes. São os primeiros sinais de uma sociedade mais politizada, mais atenta a seus interesses, mais fiscalizadora da atividade daqueles a quem confia o dever de agir em seu nome.

Os estudiosos preocupam-se em efetivar os preceitos constitucionais, movimentando-se no sentido de transformar as instituições vigentes, a exemplo das propostas de emenda constitucional de número 68 e 342 que tramitam na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para que se busque de fato os objetivos fundamentais do país.

Resta a extensão da inquietude para o próprio povo. É pelo caminho da politização do povo, que se terá uma menor politização judiciária. É na construção de um povo consciente e ativo e na formação efetiva de um corpo político que se abrirá espaço para a democracia participativa, para um Estado estruturado de forma a garantir os direitos fundamentais de seus cidadãos.

A questão da politização do Judiciário brasileiro, como muitas outras questões, não depende tão somente da mudança estrutural da organização dos Poderes no Estado brasileiro, mas depende também de transformações que começam no interior das mentes dos cidadãos, que amplamente instruídos possam participar na condução dos rumos do país.

Há que se construir um esqueleto forte, capaz de respeitar os valores constitucionais, escolhidos pela nação, fortificando-se o próprio povo para que este constitua a armadura protetora do esqueleto construído.

Sem o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação popular no arcabouço dos sistemas jurídico e político, não se pode esperar por um governo sem corrupção ou prevalência de interesses políticos, posto que nenhum homem é feito somente de virtude, como bem nos ensinou Montesquieu, sendo o poder uma armadilha capaz de corromper aqueles que caminham sozinhos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 10 de set 2009.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional.** 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Política e constituição: os caminhos da democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 1985

BONAVIDES, Paulo. Estudos Avançados 18 (51). **Jurisdição constitucional e legitimidade (Algumas observações sobre o Brasil).** 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.**

CAMBY, Jean-Pierre. **La nomination des membres du Conseil Constitutionnel ou la liberté absolue de choisir.** RDP, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo. **O futuro da natureza do Estado Democrático de Direito. Uma reconstrução paradigmática a partir dos modelos de Estado Constitucional.** 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12906&p=2> Acesso em: 24 Ago 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEBRÉ, Michel. **Discours devant le conseil d'État du 27 août 1958.** Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm> Acesso em: 15 Jul 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Unanimous Declaration of Independence of the Thirteen Unites States of America.** In Congress, 1776. Disponível em: <http://www.ushistory.org/declaration/document/index.htm> Acesso em: 20 jul 2009

FRANÇA. **Déclaration des Droits de L’homme et du citoyen.** En Assemblée Nationale, 26 août 1789. Disponível em: < <http://www.syti.net/DDH.html>> Acesso em: 23 Jul 2009.

GERTH, H.H.; MILLS, C. Wright. **From Max Webber: Essays in Sociology.** New York: Oxford University Press, 1946.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: constituição para e procedimental da constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Dmeocracia – Entre a Faticidade e a Validade,** Trad. Flávio Beno Sieeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol II.

JUCÁ, Maria Carolina Miranda, **Crise e Reforma do Estado: as bases estruturantes do novo modelo,** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3598>> . Acesso em: 02 fev. 2009

LENZA, Pedro. **Direio Constitucional Esquematizado.** 13 Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira.** Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **A legitimidade do Poder Judiciário e a função de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal .** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 965, 23 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7992>>. Acesso em: 17 set. 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De L’Esprit des lois.** Nouvelle Edition. Paris: Librairie Garnier Frères, 1748.

MULLER, Friedrich. **Democracia e República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_77/Artigos/Muller-rev77.htm> Acesso em: 24 Ago 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Na defesa de uma democracia participativa**, jus navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3795>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

PEREIRA LEAL. Rosemiro. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy. 2002

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. 4 Ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1963.

RENOUX, Thierry S. **Séparations des Pouvoirs**. In Cadiet (Loïc) (dir.), Dictionnaire de la Justice. Paris: PUF, 2004.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes Rocha. **Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Jose de Albuquerque. **Estudos Sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Ec. Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. São Paulo: Método, 2007.