

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Márcia Haydêe Porto de Carvalho; Henrique Ribeiro Cardoso; Maria Tereza Fonseca Dias. – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-531-

7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, realizado durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em São Luis do Maranhão, reuniu professores e pós-graduandos para debater temáticas contemporâneas do Direito Público. As IES participantes deste GT foram: UFS, USP – Ribeirão Preto, Universidade Dom Bosco, de São Luís, UNIRIO, Universidade Fumec, Universidade Federal de Fortaleza, UENP, Unichristus – Ceará, PUC Paraná, UFRN, UNINOVE entre outras. Pelas instituições de origem dos participantes percebeu-se a diversidade temática e metodológica dos trabalhos abordados, todos eles fruto de pesquisa realizada na pós-graduação em direito.

De cada um dos temas abordados, destacou-se a contribuição que o estudo propiciou para o campo do conhecimento foco deste Grupo de Trabalho. No artigo “Para além do Branco e do Preto: os limites da liberdade de expressão e do discurso de ódio racial no Brasil”, da UFS, a contribuição da pesquisa foi a inefetividade da Constituição brasileira quanto a questão da liberdade de expressão, devido ao discurso de ódio e racismo implícito presentes nas relações sociais. O Trabalho intitulado “O constitucionalismo democrático no Brasil: entre a crise de representatividade e a participação”, oriundo da USP de Ribeirão Preto, procurou identificar as insuficiências do modelo representativo e como os poderes da República têm legitimidade para aplicar o direito, além de repensar alguns outros valores da Carta constitucional brasileira. O trabalho “Mitigação de normas constitucionais: uma análise hermenêutica sobre a aplicação de princípios e regras” da Universidade Dom Bosco, a partir de pesquisa realizada na Universidade Portucalense, promoveu estudos de julgamentos emblemáticos e recentes do STF, tais como o do cumprimento provisório de sentença, quebra do sigilo bancário pelo Fisco, execução penal entre outros, para verificar o eventual excesso de poderes na hipótese de não haver limites para a ponderação de princípios. A contribuição da pesquisa foi construir um método diferente para compreender as decisões do STF que exorbitam o seu papel de aplicador do direito, atuando, por vezes, como legislador.

O artigo denominado “A restrição do foro por prerrogativa de função e a força normativa da Constituição em tempos de Lava Jato”, da UNIRIO, buscou discutir a ineficiência e baixo desempenho do STF para dar conta da questão estudada. Propõe que deveria haver maior harmonia entre os entendimentos da Corte, quanto a restringir o foro para crimes durante o exercício da função. Verificou-se, ainda, que as decisões nessa seara, violam princípios constitucionais e interferem na efetividade do sistema penal.

No trabalho sobre “A trajetória do federalismo brasileiro e as deliberações preliminares do STF frente às competências elencadas na Constituição da República de 1988 aos entes federativos”, da Universidade Fumec, foi estudada a influência do coronelismo na formação do Federalismo brasileiro para demonstrar que esse fenômeno impediu o desenvolvimento fecundo do próprio federalismo no Brasil, se comparado a outros países. O artigo intitulado “O Direito de resistência como instrumento de participação e cidadania”, da UFC, buscou demonstrar que o direito de resistência é direito fundamental e se constitui como espaço de criação de novos direitos na democracia. Além disso, o trabalho constatou que o direito de resistência serviu para justificar a defesa da ordem estabelecida e a criação de novos direitos, razão pela qual deve-se pensar em um novo conceito de direito de resistência na nova realidade social brasileira. NO trabalho sobre a “Análise da supremacia das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito: afronta à democracia?”, oriundo da UFC, discutiu-se primordialmente a legitimidade da Suprema Corte Americana, problematizando e questionando os temas clássicos do ativismo judicial, segundo os quais: o Legislativo não é mais confiável, haja vista o fato de que, depois de eleito, o candidato desconecta-se dos seus eleitores e os governos de maioria, em regra, desrespeitam as minorias. No trabalho sobre “Conselhos de políticas públicas e o direito fundamental a participação democrática”, da UENP, foi discutido em que medida a sociedade civil pode contribuir para a tomada de decisões do Estado, vez que constatado que o problema central dos conselhos de políticas públicas está na sua composição e na falta de paridade entre os diversos segmentos da sociedade. Diante dos critérios de ação, participação e mobilização, demonstrou-se que os conselhos garantem participação, mas não promovem mobilização e ação. No estudo sobre a “A inelegibilidade da pessoa não alfabetizada: segregação antidemocrática e persistente”, do PPGD da Unichristus – Ceará, discutiu-se, diante da existência de 7 milhões de analfabetos no Brasil, a iniquidade da legislação eleitoral brasileira. Demonstrou-se que, ao fim e ao cabo, trata-se de uma minoria que sempre será sempre subrepresentada, considerando as disposições do Direito Eleitoral. No trabalho oriundo da UFC, intitulado, “Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo a conceituação de grupos minoritários” tentou-se buscar os elementos essenciais da noção de minorias, para que haja a luta pelo direito ao reconhecimento, o redimensionamento e rearquitetura dos deficientes. Além do tratamento desigual, o trabalho buscou atentar-se para as diferenças e particularidades, além da afirmação de grupos minoritários, como o caso das pessoas com deficiência, devido a discriminação, desenvolvimento histórico e contingente elevado no Brasil.

O artigo sobre “Direito à segurança como direito fundamental na ordem constitucional brasileira”, da UNIRIO, foram estudados os dados do Mapa da Violência (número de

homicídios, investigação dos crimes etc), para revelar o baixo valor da vida e desrespeito ao direito à segurança como direito fundamental, sobretudo considerando o contexto e a realidade do Rio de Janeiro. Além disso, a pesquisa buscou a indicação de instrumentos e políticas públicas para efetivar o direito à segurança no Brasil. O trabalho “Instituições democráticas no Brasil: por um constitucionalismo popular”, da PUC Paraná, demonstrou a fragilidade da democratização na história brasileira, pois os instrumentos de participação ainda são incipientes. Em diversas situações recentes da legislação brasileira, tais como as noções de que o “combinado prevalece sobre o legislado”, a participação é deixada de lado em razão de outros valores, como os da Análise Econômica do Direito. Ao contrário dessas tendências, o artigo conclui que a participação tem que ser o elemento central para o processo de democratização brasileiro, vez que se todo poder emana do povo, os sentidos da Constituição não podem ser definidos tão somente pelo STF. No trabalho sobre a “Jurisdição constitucional em tempos de crise: ensaio sobre os limites do STF” foi discutido, primordialmente, o papel do STF em caso de crises políticas e estudados julgados recentes da Corte, como o do impeachment, afastamento de deputados, atos interna corporis, foro privilegiado, entre outros. O trabalho concluiu que o Supremo Tribunal Federal tem um ônus argumentativo em suas intervenções, devendo realizar seu julgamento com uma finalidade política e lançando mão de uma argumentação principiológica. O trabalho sobre a “Justiça social na ordem econômica brasileira e a busca pela efetivação do Estado Democrático” (Escola Paulista de Direito e UNINOVE) visou demonstrar que na Constituição brasileira há a defesa da justiça social no capítulo da ordem econômica e não uma contradição entre ideias liberais e sociais, como costuma ser trabalhado e defendido. O trabalho intitulado “Legitimidade democrática do Poder Judiciário”, da UENP, debateu os seguintes temas relevantes do constitucionalismo contemporâneo, como o da jurisdição constitucional e da legitimidade do Poder Judiciário. Atualmente, tem-se que, pela falta de legitimidade do Legislador, o Judiciário exerce funções com caráter normativo e os magistrados promovem a tutela específica do direito diante da concretização dos direitos. Assim, diante do procedimentalismo da jurisdição, o Judiciário torna-se o intérprete da vontade geral, podendo, para tanto, efetivar os direitos fundamentais haja vista estar legitimado, indiretamente, pela Constituição, que passou pela vontade popular. No trabalho sobre “A crise da lei no estado democrático de direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica”, da Universidade Fumec, foi analisada a crise da legalidade sobre os aspectos da falência da legitimidade do Estado e da crise do Estado de Direito. Diante desse contexto, concluiu-se que os pressupostos e técnicas da legística possuem meios para o restabelecimento da credibilidade da lei, a partir do processo legislativo. No trabalho “Sobre a autonomia universitária, liberdade de cátedra e o projeto de lei “escola sem partido” discutiu-se os princípios constitucionais e pedagógicos da liberdade de cátedra ou de ensino e da autonomia universitária frente ao projeto de lei concebido pelo “Movimento Escola sem

Partido”. Conclui-se que a limitação à liberdade de ensino ali defendida é inconstitucional.

Os trabalhos apresentados nesse GT, mesmo diante da diversidade temática e de referenciais teóricos distintos, foram bastante críticos no tocante ao ativismo judicial, procurando extrair da Constituição brasileira as inúmeras conexões entre a Constituição e a Democracia.

Profa. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho - UFMA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias - UFMG/FUMEC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE DA SUPREMACIA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AFRONTA À DEMOCRACIA?

ANÁLISIS DE LA SUPREMACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: AFRONTA A LA DEMOCRACIA?

Whenry Hawlysson Araújo Silveira ¹

Resumo

O presente trabalho busca analisar as recentes intervenções do Judiciário na perspectiva de dois grandes jusfilósofos: Jeremy Waldron e Jonh Hart Ely. Para os autores, o ativismo judicial seria uma intervenção de um poder em outro poder, afrontando, assim, o Estado Democrático de Direito. No primeiro momento, evidencia-se a necessidade de atribuir ao legislativo o poder de discutir os méritos sociais. Posteriormente, analisa-se os limites e possibilidades de intervenção da Suprema Corte através das decisões judiciais. Ressalte-se que, para se obter o equilíbrio entre os poderes, os resultados obtidos pelas análises não devem ser interpretados de modo dissociado.

Palavras-chave: Ativismo, Judiciário, Legislativo, Democracia, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo analiza las recientes intervenciones del Poder Judicial en la perspectiva de dos grandes jusfilósofos: Jeremy Waldron y Jonh Hart Ely. Para los autores, el activismo judicial sería una intervención entre los poderes, afrontando así el Estado Democrático de Derecho. En el primer momento, se evidencia la necesidad de atribuir al legislativo el poder de discutir los méritos sociales. Posteriormente, se analizan los límites y posibilidades de intervención de la Corte Suprema mediante las decisiones judiciales. Se resalta que, para obtener el equilibrio entre los poderes, los resultados obtenidos por los análisis no deben interpretarse de modo disociado.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ativismo, Judiciario, Legislativo, Democracia, Estado democrático de derecho

¹ Mestrando em Avaliação de Políticas Públicas pela UFC. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sá.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 2º, descreve como os Poderes da União se relacionam, embora sejam independentes e ao mesmo tempo harmônicos. Essa independência e harmonia revelam que a função de um poder não pode usurpar a função do outro. Além disso, segundo o princípio democrático estabilizado no artigo 1º, parágrafo único da nossa Magna Carta, o poder surge e emana do povo. Este poder é exercido por meio de seus representantes democraticamente eleitos.

Entretanto, há algum tempo, o Brasil vem presenciando o poder Judiciário assumindo posição legiferante, quer seja através do direito sumular, precedentes judiciais ou mesmo através das decisões com repercussão geral. Essa tarefa, todavia, cabe originariamente ao Legislativo, em seu caráter típico, uma vez que este é representante eleito pelo povo para tal.

Muitas dessas decisões são prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal através de repercussão geral e versam sobre temas que a sociedade deveria participar, mas não participa. A função do poder Judiciário deveria ser a de aplicar a lei já legitimamente reconhecida pelo povo em um caso concreto. Decisões restritas vindas de uma classe, sacrifica a verdadeira democracia e o Estado democrático de Direito.

No presente artigo, será perscrutado os limites do Judiciário e reconhecido o devido valor do Legislativo, que deve retomar sua posição legiferante. Sem essa consciência que este poder tem e representa, as funções dos poderes se misturam. A democracia deixa de ser realizada em decorrência de um grupo seleto de ministros que não são legitimados para representar a vontade do povo.

A reflexão sobre o assunto começa com o caso *Marbury Versus Madison* (1803), onde o controle difuso tem seu início, implementado no Brasil pelo do jurista Ruy Barbosa. Esse controle surgiu de uma aparente antinomia na corte norte-americana, onde o juiz Madison, com uma saída magistral, conseguiu estabelecer os critérios desse controle. Desde então, os juízes passaram a exercer o controle difuso (*inter partes*).

Após uma breve análise história acerca dos efeitos do caso *Marbury versus Madison* no controle difuso de constitucionalidade, refletir-se-á acerca da visão política de Jeremy Waldron, que evidencia a importância do Legislativo como Poder representativo do povo, assim como a necessidade de trazer de volta sua dignidade.

Por fim, o estudo abordará a perspectiva jurídica de John Hart Ely no tocante aos limites que devem ser impostos às Supremas Cortes dentro de uma democracia. O ponto de equilíbrio, segundo Ely, reside em ver reconhecido o valor da Constituição como reflexo da

vontade do povo, que precede a vontade dos juízes. Fugindo dos extremos das correntes interpretacionistas e não interpretacionistas, Ely reconhece que a positividade da norma constitucional é a interpretação que garanta ao povo aquilo que o ele decidiu para si mesmo.

2 ANÁLISE DA REPERCUSSÃO HISTÓRICA DO CASO MARBURY VERSUS MADYSON NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O processo de formação histórica do sistema de controle de constitucionalidade nasce nos Estados Unidos da América, a partir do caso Marbury versus Madison, em 1803. Trata-se do primeiro caso onde a Suprema Corte americana aplica o princípio do Judicial Review¹, originando precedente histórico a ser utilizado em diversos países, inclusive o Brasil.

O contexto histórico tem início no final do Séc. XVIII (1797), quando ocorria a sucessão presidencial nos Estados Unidos entre John Adams e Thomas Jefferson. Ao perder as eleições e antes de ser sucedido por Jefferson, Adams toma uma decisão para não perder a influência total de seu partido, o partido federalista.

Passa, então, a nomear diversos juízes federais, entre eles, William Marbury, para ser juiz de paz do condado de Washington. Contudo, sua posse não fora efetivada, uma vez que o secretário de Estado (John Marshall) não teve tempo hábil de colocar o *Great Seal of the United States* (equivalente a “Armas da República” do Brasil) em todos os documentos, deixando de fora, além de Marbury, outros quinze juízes nomeados.

Após a derrota de John Adams para Thomas Jefferson nas eleições presidenciais dos Estados Unidos, John Marshall, secretário de Estado da Suprema Corte na gestão de Adams, é nomeado por Jefferson como chefe da Suprema Corte Americana (*Chief Justice*). Alguns dos nomeados a juiz de paz, que não receberam o título, foram impedidos da posse pelo novo presidente, Thomas Jefferson, que ordenou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os títulos remanescentes do governo anterior.

Ao tomar conhecimento que não tomaria posse, Marbury pediu a Madison para apresentar suas razões de forma fundamentada. Não houve resposta de Madison, levando Marbury a impetrar o *writ of mandamus*² diretamente junto à Suprema Corte (SWISHER,

¹Judicial Review ou “Revisão Judicial” consiste na possibilidade dos tribunais federais anularem os atos do Congresso que se encontram em dissonância com a Constituição Federal.

² O *writ of mandamus* é um termo usado para uma determinação superior. Usa-se para Habeas Corpus e Mandado de Segurança.

1962, p.98). O objetivo era simples, obter provimento jurisdicional que determine a entrega dos títulos de nomeação dos juízes nomeados, mas não empossados.

A impetração de Marbury foi baseada na Lei Orgânica da Magistratura, de 24 de setembro de 1789. A redação do dispositivo legal não era bem esclarecedora quanto à competência de julgamento, muito embora fosse cabível para o julgamento dos “*writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law...*” (COMMAGER, 1958, p.153). No entanto, segundo John Marshall, a competência originária da Corte para julgamento do writ alegado por Marbury e os demais era inconstitucional, uma vez que se tratava de violação a uma lei ordinária.

A Corte investigou a matéria e utilizou-se de três argumentos mais gerais para defender o primeiro momento do *judicial review*: Em primeiro plano, ela reconheceu que quando a nomeação é assinada pelo Presidente dos Estados Unidos, está feita a indicação; e que somente a nomeação está legalmente reconhecida quando o selo dos Estados Unidos estiver afixado a ela pelo Secretário de Estado. Portanto, negar a entrega do termo de nomeação e a posse a Marbury, segundo a Suprema Corte, traria manifesta insegurança jurídica, uma vez que se tratava de garantia dada pelo direito adquirido.

Por segundo, cada cidadão, ao sofrer danos em seu direito, está sob a proteção de uma lei americana. Há, portanto, um remédio que garante a proteção dos seus direitos, sendo, portanto, pertinente o writ impetrado para a defesa do direito de Marbury e os outros. E por último, Marshall via que os atos do Legislativo em relação à supremacia da Constituição, deviam ser revogados quando houver antinomias, prevalecendo, portanto, a Constituição por ter seu valor hierárquico acima de qualquer lei em vigor.

Embora John Marshall reconhecesse que Marbury tinha direito para provocar o Estado, e que o Estado Americano protegia esse direito, todavia, Marshall sustentou a tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária (SWISHER, 1962, p.10-14). "Reconheceu-se, assim, que a Corte poderia interferir nos textos legislativos contrários à Constituição, demonstrando que a interpretação das leis terá que ser *in harmony of the Constitution*" (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.105).

Foi a partir desse caso singular que o Brasil implementou o modelo do *Judicial Review*, através do jurista Ruy Barbosa, conforme Mendes, Coelho e Branco (2009, p.1035):

Iniciada a República, desde a sua primeira Constituição (1891), o Brasil passou a adotar o modelo difuso de controle da constitucionalidade, buscando fundamentos no modelo norte-americano, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a

decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, §1º, a e b).”

O controle difuso foi o primeiro sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil desde a Constituição de 1891. Porém, somente em 1894, com o advento da Lei federal nº 221, os juízes e tribunais ampliam sua competência para julgarem a constitucionalidade das leis e atos normativos. Portanto, nos casos concretos passaram a impedir sua aplicação quando entendessem que estavam contrários à Constituição.

Afirma Rui Barbosa (2010, p. 30) que “Os autores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar (...) eram discípulos de Madison e Hamilton”. Passaram então os juízes, em qualquer grau de jurisdição, a realizar controle de constitucionalidade.

É nesse momento que as questões centrais começam a assumir forma. Se as leis, afirmadas pelo povo através de seus representantes eleitos, forem interpretadas por órgão não legítimo e de maneira não satisfatória ao próprio povo? Estaria o povo, legítimo detentor do poder, a ser infantilizado ao estar impedido de decidir acerca de suas próprias vontades?

A partir da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal e consequentemente os Tribunais vêm agindo sob o espírito inovador do neoconstitucionalismo. Muitas vezes, usurpam as funções originariamente não concedidas, ao passo que interpretam leis como se fossem órgãos para legislar, inclusive legislando. Com essa nova configuração, que foi consolidada nessa nova Constituição, o judiciário está indo a outro extremo que é o ativismo judicial pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988, embora tenha preservado o modelo de controle de constitucionalidade difuso, passou a ter novos outros instrumentos como o mandado de injunção (MI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), o mandado de segurança coletivo (MSC) e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), aumentando mais ainda o rol de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

Com todo esse sistema de intervenção judicial dada pela Constituição ao Judiciário, muitos outros questionamentos se apresentam, sobretudo quanto aos limites de sua utilização. Isto é, se o povo decide por criar uma Constituição para regulá-los de modo satisfatório, decide quais cláusulas devem estar contidas nessa Constituição, como se dará o procedimento de representação legislativa para a proposição de leis, em que momento houve a perda da legitimidade democrática do povo de decidir sobre seus méritos?

A Constituição e as leis deveriam ser criadas pelo povo e para o povo. Se em um dado momento as pessoas mudam, a Constituição e as leis, por pertinência, devem ser

mudadas, buscando efetivar o fim para o qual foram criadas. Essa referência é de suma importância, sobretudo nos dias atuais, onde o Supremo Tribunal Federal interfere constantemente nos dispositivos legais através do direito sumular, jurisprudencial e vinculante.

Decisões, por exemplo, como a possibilidade do aborto de fetos anencéfalos, casamentos entre pessoas do mesmo sexo e muitos outros temas que são de cunho político e do Legislativo, colocam em cheque o papel do povo no Estado Democrático de Direito. O novo Brasil, que saiu do regime autoritário, legalista, para ser um Estado Democrático de Direito, está presenciando a mitigação do direito do povo por um único poder.

Diante de todo o exposto questiona-se: seria mesmo o judiciário o melhor lugar para se levar a questão do controle de constitucionalidade das leis? Seria o legítimo lugar que, ao decidir, represente a verdadeira vontade do povo? Adiante serão abordados conceitos relacionais entre a Constituição e a Democracia que permitam aclarar conceitos confusos.

3 ESTUDO DA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE JEREMY WALDRON

A ponderação que Jeremy Waldron faz entre Constituição e democracia é que a Carta Magna não é pura restrição ao governo e à política. Esta visão traz ao judiciário a oportunidade para interpretações engessadas. Segundo Waldron, ao invés disso, a Constituição serve de fundamento para as políticas públicas, como referencial de legitimação do governo (WALDRON, 2009).

Segundo o autor, o controle constitucional não é repressivo, mas controle de direção, semelhante ao motorista que dirige um carro e que sabe aonde quer levá-lo. E este controle pertence ao povo ou aos seus verdadeiros representantes - Parlamento. São eles os que têm a legítima decisão para suas metas e projetos. Caso o povo deseje que aqueles que o governem reduzam a pobreza, isto está amparado de forma programática pela constituição. (WALDRON, 2009, p. 271).

A segunda observação que Waldron faz acerca da Constituição, é a restrição ao governo, isto é, “limitar afirmativamente o tipo de coisas que o governo pode fazer” (WALDRON, 2009, p. 272). Portanto, afirmando o que é ou não a função do governo. Dessa maneira, a constituição fortalece a democracia quando não limita o debate, o dissenso sobre temas. Pelo contrário, consolida a democracia quando fomenta o povo a pensar, a criar novos projetos de leis, o que ele chama de política constitucionalizada:

É uma política articulada que deliberadamente e deliberativamente, de estágio a estágio e de fórum a fórum, leva a sério a integridade de cada parte de [dizer] o processo de elaboração da lei ou de outro processo de decisão política. Eu tenho em mente processos como a legislação bicameral, o requerimento do consentimento executivo, a relação articulada entre a legislatura, de um lado, e as cortes e agentes do executivo que administram, interpretam e aplicam as leis (WALDRON, 2009, p. 273- 4).

Para Waldron, a Constituição é um meio legítimo que confere ao povo uma maior participação, quando este recebe poder para sua atuação em uma verdadeira democracia aproveitando o aparelho do governo para suas aspirações. (WALDRON, 2009, p. 279). Desta forma, conclui que o impedimento para uma real democracia não é a constituição, mas, o modo de como esta é interpretada.

Jeremy Waldron aponta que esse tipo de constitucionalismo de interpretação proporciona mais o ativismo judicial e menos a participação das ideias do povo, assim como do Parlamento. Com as constantes omissões deste Poder – o Legislativo -, as lacunas deixadas por ele não podem ferir a Constituição, criando com isso, oportunidades para que o Judiciário preencha tais omissões parlamentares. Waldron vê esse momento como consequência de um parlamento omissor. É dito por ele:

A legislatura, por contraste, tem a imprudência de dizer: “Esqueçam o que o que a lei foi o tempo todo. É assim que ela vai ser agora.” E supõem-se que a lei foi mudada — mudada, como digo, *descaradamente* — em virtude do reconhecimento pela comunidade da intenção deliberada do corpo legislador de fazer exatamente isso. (WALDRON, 2009, p. 13-14, *grifos do original*).

É diante dessa falta do Parlamento que se abrem brechas ao Judiciário. No entanto, seria a intervenção do judiciário a solução mais adequada a essa omissão?

O ministro do STF nos traz uma reflexão: A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Ele afirma a necessidade de reforma política imediata, e esta não pode ser feita por magistrados. (BARROSO, 2008, on line).

Diante das constantes intervenções do Poder Judiciário, o povo está cada vez mais sem representação, mitigando assim a democracia. Nesse contexto, surge a cabível crítica do jusfilósofo Jeremy Waldron conforme será abordado a seguir. O autor constrói críticas fundamentadas na necessidade de devolver ao povo a legitimidade para decidir sobre suas próprias vontades, redesenhando o legislativo de modo que permita a garantia uma democracia representativa construída pelo povo e para o povo.

3.1 AGINDO EM RESGATE DA DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

Em sua obra intitulada “a dignidade da legislação”, Jeremy Waldron se posiciona de modo contrário à revisão judicial.³ O autor procura evidenciar, de forma mais contundente, a função do Legislativo como legítimo representante do povo. Com base na visão política de Aristóteles, Kant e Locke, o jusfilósofo busca resgatar a dignidade da legislação, até então, rejeitada pelo povo e esquecida entre eles.

As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, seja um local mais adequado para solucionar questões desse caráter (WALDRON, 2003).

O autor rebate três críticas no intuito de resgatar a dignidade da legislação. A primeira, comumente utilizada pelo povo, diz respeito aos jogos de poder que acontecem entre as pessoas que foram eleitas. No entanto, usando o conceito de Immanuel Kant, para qual o consenso nunca foi marca de uma boa política, Waldron afirma que o dissenso não pode ser dissociado do direito. Onde houver direito haverá dissenso, pois, o mesmo é pressuposto de reflexão e debates. Segundo Waldron, é através do dissenso que nascem as leis de um Estado.

A segunda crítica que o jusfilósofo replica para resgatar a dignidade da legislação, diz respeito ao que se denominou de “governo da maioria”. No processo de deliberação política, a minoria é oprimida pela maioria, uma vez que não encontra bases sólidas de concretização de seus direitos nesse processo. Waldron, todavia, rebate esse argumento afirmando que a minoria não é oprimida pela maioria, usando Locke como base de sua argumentação.

Segundo o autor, em um dado momento histórico a sociedade abriu mão de parte de sua liberdade em prol de um Estado que lhes garantisse os direitos mínimos para sua segurança. Esse foi o único momento em que houve uma decisão unânime, tamanha diferença entre os homens. Exigir que as decisões posteriores fossem tomadas de modo unânime seria

³ Conhecido também como judicial review, o mecanismo de revisão judicial despontou com o famoso caso *Marbury versus Madison*, em 1803 nos Estados Unidos, conforme descrito no início deste trabalho. Sua oposição está principalmente delineada em seu artigo “O judicial review e as condições da democracia”.

não levar em consideração as divergências morais e sociais entre os homens. Essa compreensão inclina para a decisão da maioria como método de participação social.

Para o autor, se houvesse opressão no processo de deliberação política, seria inevitável que ocorresse uma desagregação social dos oprimidos. Desse modo, o interesse de manter a coesão social também pertence à maioria, pois, em caso de desagregação social, esta não poderia usufruir de seus ganhos. Se a minoria permanece unida mesmo após o processo de deliberação política, então ela não foi oprimida. O pensamento é de que a derrota no processo de deliberação é algo melhor que a desagregação a ser sofrida.

Assim, só resta a crítica acerca da supressão da minoria pela maioria através da contagem de votos. Essa compreensão, segundo o autor, também não merece subsistir. Não há como criticar o governo da maioria apenas pela contagem de votos. Não há como atribuir pesos diferentes para os votos da minoria, sob pena de se instaurar a ditadura destes. Por outro lado, cumpre ressaltar que caso haja discordância entre os membros do Supremo Tribunal Federal, estes também decidem contando votos.

Conseguindo efetivar a consciência de uma legislação digna, o autor começa a desenvolver as concepções morais da sociedade, trazendo o direito de participação como “direito dos direitos”. No debate entre direito e justiça, o autor analisa a concepção de Kant, para o qual a subjetividade da moral é usada no lugar da exteriorização da lei.

Conforme Kant, a subjetividade moral “dá grande importância ao pensamento moral individual”. Waldron usa essa subjetividade, ao invés dos comandos do Estado ou das tradições do direito consuetudinário, como ponto de orientação para pensar sobre direito e justiça” (WALDRON, 2003, p. 48).

Mesmo assim, com toda subjetividade moral exteriorizada entre os seres humanos, e por isso havendo paz, os indivíduos necessitam da criação do Estado. Essa necessidade se dá com a possibilidade de um indivíduo agir pelos seus próprios instintos, seguindo seu estado de natureza, pois, neste estado, segundo Kant, cada um tem o direito de fazer aquilo que achar correto. Diante desse risco, o Estado vem como proteção externa do indivíduo. Dessa reflexão kantiana, Waldron vê o dissenso como uma realidade no Estado.

Se há, porém, razões para pensar que a sociedade precisa apenas de *uma* visão de certa questão específica a qual todos devem dar preferência, pelo menos no que diz respeito a suas interações externas, então, deve haver uma maneira de identificar uma visão como a visão da comunidade e um fundamento para a nossa fidelidade a ela não baseado em nenhum juízo que tivéssemos de fazer quanto à sua retidão. Essa, afirmo, é a base da doutrina de direito positivo de Kant, e é porque ele chama atenção para essa circunstância e essa necessidade que o cito como um dos campeões da dignidade da legislação humana (WALDRON, 2003, p. 76).

É percebido que autor defende aquilo que a sociedade tem como visão do que lhe é mister, não permitindo que essa esteja circunscrita aos juízes:

Admito que Locke não considera a possibilidade com a qual *nós* estamos familiarizados — que um corpo pode ter a supremacia de propor e decretar leis, ao passo que um outro tem a supremacia apenas no que diz respeito a revê-las e derrubá-las. Mas, embora Locke não *considere* essa possibilidade, seu argumento institucional realmente a rejeita com eficácia. Pois o que penso que ele quer dizer é que, sempre que há controvérsias a respeito do direito natural, é importante que uma assembleia *representativa* as solucione. Na teoria, podem ser solucionadas por um monarca ou por uma junta, e os membros da junta podem até usar perucas e togas; na teoria, o poder legislativo pode caber de direito a uma pessoa ou a algumas. Mas, na prática, isso não será prudente. (WALDRON, 2003, p. 105.)

Ele defende a lei como reflexão de um consenso de um povo. Nela está intrinsecamente inserida aquilo que lhe reflete como necessidade. Todavia, o problema das leis está quanto à sua interpretação. Portanto, o cerne da questão em relação ao comprometimento da democracia não se trata de saber quem deve interpretar a constituição, mas de quem decide quando há direitos em desacordo.

O autor busca demonstrar as causas para o descrédito e a indignidade geral da legislação, ao sustentar que a mesma deve ser tratada de um modo mais sério e teorizada. Em seguida, ao colocar o dissenso como característica central do direito, Waldron afirma que nas situações de desacordo moral entre os membros de uma sociedade, a legitimidade para decidir é mesmo do legislativo (FERREIRA, 2012, p.14427 e ss.).

Este é o ponto no qual a questão dos direitos se cruza com a questão da autoridade. “Parece ilegítimo que um corpo possa ter a supremacia de propor e decretar as leis, ao passo que um outro tenha a supremacia apenas no que diz respeito a revê-las e derrubá-las” (WALDRON, 2003, p. 105-106).

Em Kant, Waldron nos lembra de que há também preocupação com o dissenso e daí decorre a necessidade do estabelecimento de um posicionamento que possamos identificar como sendo a opinião da comunidade, e, conseqüentemente, a necessidade de um processo político que afirme esse posicionamento. Com tantos desentendimentos entre as pessoas, a legitimidade para dispor sobre eles só pode ser por meio da legislação. Assim Waldron coloca o direito à participação nas decisões públicas como o “direito dos direitos”.

4 ANÁLISE DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE JOHN HART ELY

As questões que objetivam conciliar Direito e a Justiça através de uma interpretação equânime, para que haja uma hermenêutica constitucional equilibrada, despertou o interesse de diversos pensadores do Direito. Dworkin, ponderou sobre os critérios racionais a serem observados pelos juízes na figura do Juiz Hércules, Alexy descreveu os mandados de otimização, Konrad Hesse propôs a força normativa da Constituição, John Rawls descreveu uma teoria da justiça, além de muitos outros.

John Hart é um desses grandes jusfilósofos que não poderia ser deixado de lado. Diferentemente de Jeremy Waldron, Hart busca a autoridade do texto e da semântica Constitucional. A teoria de John Hart oferece às cortes uma interpretação peculiar, equilibrada, de proteção dos direitos assegurados a todos.

Segundo Ely a ideia de que os magistrados têm o poder de inferir os direitos e valores morais do povo a partir do texto Constitucional como justificativa, é totalmente contra o espírito democrático. Nesse caso, a Suprema Corte deve interpretar a Constituição garantindo a representação do povo por seus representantes legais, garantindo, com isso, os processos populares. (ELY, 2010).

Esta teoria busca valorizar a participação popular de forma efetiva, como por exemplo direito ao voto. Segundo Ely (2010, p. 156), "[...] o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções". Ou seja, Ely quer com isso, garantir a vez e a voz do voto de cada cidadão, assegurado pelos Tribunais.

Para a teoria de caráter procedimentalista de Hart, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. (KOZICKI; BARBOSA, 2008). O judiciário deve, portanto, garantir esse direito como característica de uma sociedade democrática.

Em sua obra “Democracia e desconfiança”, Hart (2010) afirma que a teoria constitucional vem sendo interpretada por uma dicotomia, dividindo de um lado, o “interpretacionismo” e de outro o “não interpretacionismo”. Naquela os magistrados devem ser direcionados a cumprir as normas que estão claras, explícitas na Constituição, ou também quando estiverem implícitas. Nesta, os Tribunais devem inferir a partir do conjunto de referências fazendo cumprir as normas que não estão claras no texto constitucional.

Todavia, nem o interpretacionismo bitolado, restrito a dispositivos constitucionais, nem o não interpretacionismo, apegado a valores fundamentais da sociedade, não são capazes de dar uma solução hermenêutica satisfatória. Os interpretativistas acreditam que a única

interpretação constitucional correta é aquela que reconhece a obrigatoriedade à Carta Constitucional. Já os não interpretativistas abstraem a interpretação e perdem sua referência.

A intenção de Ely é superar esses dois extremos impostos pela dicotomia explicada acima, uma vez que, em sua teoria, ambas as correntes são insuficientes para fundamentar uma prática adequada do controle judicial de constitucionalidade das leis. Esses dois extremos não contemplam uma adequada interpretação constitucional. Há, portanto, a necessidade de superar essas extremidades, através de um ponto de equilíbrio.

Para que não haja uma tirania da maioria, a Constituição assegura direitos fundamentais que o próprio povo por seus representantes estabelece como princípios. Diante disso, não são os juízes quem primeiro garantiram esses direitos, mas a própria Constituição, revelando com isso, que é o povo quem controla a si mesmo. Tal conclusão é compartilhada tanto por interpretacionistas como não interpretacionistas. (ELY, 2010).

Ely faz uma crítica ao interpretacionismo quando diz que as pessoas que escreveram a Constituição já estão mortas. Para o autor, ao invés de a Constituição ser um patrimônio dos vivos com suas realidades, passa a ser desproporcional no tempo, por pertencer a outra geração. Logo, um quórum tido como qualificado para emendar a Constituição é desrespeitar a vontade do povo por estar fora do seu tempo. Além disso, o interpretacionismo, por ter uma visão centrada na lei, não dá uma resposta satisfatória para as cláusulas abertas, ou seja, aos princípios fundamentais. (ELY, 2010).

Segundo Hart, aplicar a Constituição pelas vias do interpretacionismo cria uma sedução, quando a interpretação está restrita somente ao texto constitucional. Essa corrente positivista acredita que pode extrair do texto constitucional e da história legislativa, significados claros e atuais que devem ser fielmente aplicados hodiernamente. E, além disso, o interpretacionismo passa a aparente ideia que o juízo está, de fato, dentro da vontade do legislador, assim como de acordo com os princípios democráticos.

Embora aplicar a Constituição signifique começar de premissas que estejam explícitas ou claramente implícitas no seu texto, a Carta Magna contém várias disposições que nos convidam a ir além de seu texto escrito. Nem sempre será possível conhecer exatamente o que pretendiam os legisladores quando elaboraram um texto normativo. Eram épocas diferentes. A linguagem se torna a única referência entre a vontade do legislador e a discricionariedade do aplicador da norma.

Hart vê um problema no interpretacionismo. Segundo o autor, o texto constitucional é repleto de ambiguidade. Isso leva o intérprete a preencher as lacunas deixadas, buscando na

história legislativa e no sistema jurídico seus preenchimentos, quebrando a pretensão de fidelidade do texto jurídico tão almejado por essa corrente.

Contudo, segundo o autor, há vantagens no interpretacionismo. Os juízes que seguem essa corrente acreditam categoricamente que essa é a postura a ser seguida, não intervindo nos casos que a Constituição não trata especificamente da matéria. Dessa maneira estaria evitando o debate sobre temas não previstos expressamente no texto da Constituição. Nesse sentido, o interpretacionismo poderia gerar uma maior previsibilidade acerca do que a Suprema Corte estaria apta a discutir ou não.

Por outro lado, o não-interpretacionismo está ligado à ideia de direito natural, ou seja, para ser descoberto pelo intérprete, enfrenta maiores dificuldades para se harmonizar com a aspiração democrática. O não interpretacionismo, para Ely, é ainda mais grave. Em decorrência das lacunas existentes, o intérprete vai além do que está escrito no texto constitucional, procurando valores fora da semântica constitucional, ficando tal interpretação ao arbítrio do juiz, conferindo ao magistrado poderes ilimitados. Esses valores seriam extraídos da subjetividade do juiz, da razão comum, do direito natural, da tradição, e outros.

Para Ely, toda decisão, queira ou não, por mais imparcial que seja, está eivada de um grau de subjetividade. Os juízes são tão humanos como qualquer pessoa. Além disso, suas decisões fora do texto constitucional são resoluções de decisões humanas e suas realidades. Portanto, os magistrados, *a priori*, têm predisposições, conscientes ou não, para passar seus valores pessoais nos seus argumentos jurídicos.

A tradição, todavia, é uma fonte óbvia para consolidar direitos fundamentais. O problema estaria na sua circunscrição: tradição de qual país, qual povo, qual época, da maioria, de dogmas religiosos? Invocar tradições passadas para limitar decisões presentes não parece compatível com a teoria básica de controle popular ou com as disposições sobre o controle sobre as maiorias. Isso pode ocasionar uma incompatibilidade com a democracia, pois são realidades em épocas distintas. Controlar a geração de hoje pelos valores dos seus netos é tão inaceitável quanto controlá-la pelos valores dos seus avós.

Descreve que essa postura por parte do judiciário acarretaria manifesta violação ao princípio do autogoverno, substituindo do governo que foi escolhido democraticamente pelo povo para se estabelecer um governo pautado nas decisões adotadas pelos juízes - politicamente irresponsáveis.

Werneck Vianna chega a dizer que esse ativismo é um fenômeno mundial que está acontecendo nos países democráticos, em decorrência do distanciamento entre representantes

e representados, o que, em consequência, leva os políticos a estimularem os canais de representação por via da legislação (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 41).

John Hart estabelece um modelo ideal a ser seguido pelas Supremas Cortes. Diante disso, passar-se-á a analisar o modo de governo representativo em John Hart, estabelecendo-se os limites que as Cortes devem ter em sua atuação na sociedade.

4.1 O GOVERNO REPRESENTATIVO EM HART

Hart entende que a atividade da Suprema Corte de deliberar uma decisão de caráter moral que está intrinsecamente ligado à sociedade, sem, contudo, ouvir esta mesma sociedade, comprometeria a segurança jurídica do sistema democrático, por delimitar uma decisão restrita e aristocrática, ou seja, corresponderia a uma expressão de alguns, no caso os Tribunais, e isso usurparia a vontade geral do povo. *In verbis*:

Os exemplos são inúmeros, mas já deve estar claro que, quando contemplamos os valores sociais através de nossos próprios olhos – solucionando de maneira “adequada” as aparentes incoerências do pensamento popular mediante a aplicação de um critério do “emergente em detrimento do recessivo”, do “geral em detrimento do particular” ou qualquer outra coisa –, podemos nos convencer de que o consenso, seja ele qual for, apoia praticamente qualquer posicionamento que uma pessoa civilizada possa adotar. Como em outros casos, contudo, é difícil afirmar que isso por si só totaliza um argumento decisivo: não existe uma teoria constitucional decente que não inclua algum tipo de juízo arbitrário. Na verdade, acredito que essa seja a pior do que a maioria das outras nesse quesito, mas de qualquer maneira o juízo comparativo é devastador: entre os tribunais e as Assembleias Legislativas, é óbvio que as últimas estão mais bem situadas para refletir um suposto consenso (ELY, 2010)

Para a Teoria Procedimental de Ely, o poder Judiciário deve estar limitado a atuar no controle de constitucionalidade expresso na Constituição, garantindo o que nela já está estabelecido como decisão do povo, de modo que a sociedade, de forma participativa, venha a efetivar suas ideias. Assim, por seus direitos já estarem expressos na Constituição, as Cortes devem atuar para manter direitos, como promover a igualdade entre a maioria e a minoria no processo de deliberação, sem, contudo, adentrar no mérito do processo político.

A democracia, para Hart, deve ser exercida pelo povo e por seus representantes legitimamente eleitos. Com isso, a participação do Judiciário não seria sobre valores substanciais, o que segundo ele, traria evidente ilegitimidade das Cortes Constitucionais. Ao invés de usurpar a função legiferante do poder do Legislativo ao interpretar a vontade originária do povo, deve o Judiciário tão somente garantir participação isonômica no debate.

A primazia do legislativo na representação dos anseios dos seus representados é defendida por Ely ao criticar a atuação da Suprema Corte, que de forma quase onisciente, pensa perscrutar a vontade do povo. Uma forma restrita, elitista e antidemocrática de representá-lo. Assim sugere:

Assim eu digo às cortes: façam cumprir aqueles direitos que inspiraram suficiente consenso popular para obter um lugar no documento [constitucional]. Façam cumprir aqueles direitos que são necessários para nos deixar todos livres e igualmente registrar nossas preferências. Façam respeitar para as minorias aqueles direitos que a maioria considerou próprios para lhe ser assegurados. Façam cumprir todos os direitos com todo o vigor que vocês possam reunir. Mas, além disso, vocês simplesmente não têm direito algum em uma democracia – não mais que filósofos ou professores de direito ou qualquer outro – de dizer para o resto de nós que nós nos enganamos e que vocês sabem mais.

Diante do exposto, verifica-se que, para Ely, as Cortes devem possuir atuação limitada à proteção dos direitos constitucionalmente previstos. Os direitos de igualdade de participação, proteção das minorias em detrimento da maioria também deve ser assegurado. Qualquer debate que influencie na interpretação e discussão desses direitos deve ser decidido através dos representantes do povo, legitimados para tal. A Constituição, portanto, é mecanismo de direção e não de repressão.

5 CONCLUSÃO

Ao se refletir acerca das constantes intervenções do STF em assuntos políticos, o Supremo produz normas no lugar do Legislativo. Essa posição se torna injustificada, sobretudo quando se está diante de um cenário democrático. Os Poderes da República devem se regular e se completar no intuito de que a democracia seja efetiva.

Em um Estado Democrático de Direito, o poder e as leis nascem do povo. O poder Judiciário tem como função conhecer as leis e aplicá-las ao caso concreto, sem entrar na substância destas. Havendo ausência de norma regulamentadora, cabe aos representantes eleitos pelo povo refletirem acerca dessa ausência e as criarem. Dessa forma, cada Poder da União estará independente e harmônico entre si, uma vez que o poder não estará concentrado nas mãos de um órgão apenas.

Pela perspectiva de Jeremy Waldron, a legislação oriunda da vontade do consenso popular deve ser encarada como uma legislação digna. Por advir de debates, demonstra que a maioria e a minoria tiveram igualdade de oportunidades e votos. Por isso, as cortes devem

respeitar a vontade impressa no texto constitucional, criada pelo povo e para direcioná-lo, assegurando tão somente as políticas públicas, ao invés de tolhê-las. A decisão de um consenso popular é bem melhor do que a interpretação de uma cúpula restrita, uma vez que esta não reverbera a vontade do povo.

Já em Jonh Hart Ely, é defendido que a Suprema Corte deve estar restrita a tomar decisões para proteger e efetivar a vontade do povo e seu autogoverno. Portanto, as decisões no processo de controle de constitucionalidade não devem adentrar no mérito social, mas garantir tão somente a proteção dos direitos já previstos, através da efetivação de leis democráticas e legalmente criadas pela a vontade do povo. As minorias devem ser protegidas no processo de deliberação política, no intuito de evitar a dominação da maioria.

Jeremy Waldron e John Hart Ely são dois jusfilósofos necessários à nossa atualidade. Em um país onde os ministros do Judiciário são indicados pelo poder Executivo, urge a necessidade de que a efetivação dos “freios e contrapesos” sejam velados. Assim, o Brasil estará com todos os poderes exercendo suas funções típicas e independentes, porém necessárias, evitando assim, o totalitarismo de algum Poder.

Essa compreensão deu início à democracia, quando os gregos, em suas polis, se reuniam para decidirem, através de um consenso, acerca de assuntos de interesses da cidade. Séculos depois, Charles de Montesquieu (1979), em seu livro o Espírito das Leis, escreve que a separação é necessária para se evitar o poder absoluto. Havendo a separação dos Poderes, o espírito democrático se efetivará.

Conclui-se que, no panorama atual brasileiro, a legítima participação do povo através da democracia participativa deveria ser levada mais a sério pelos outros poderes e pelo próprio povo. Com isso, a efetivação do espírito democrático se consolidaria através do conhecimento e das oportunidades de participação dispendidas ao povo, quer seja por meio de plebiscito, referendo ou ações de iniciativa popular.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudius. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **A era dos deveres** <in> Revista Intertemas. Revista da Toledo. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001 E 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, 15. ed., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3ª ed. – Campinas: Russel Editores, 2010.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**.

Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 24/11/2013.

BONAVIDES, Paulo, 10. ed., **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COMMAGER, Henry S. (Ed.). **Documents of american history**. 6. ed. New York: Appleton-CenturyCrofts, 1958.

COSANI, Cristina Forani. **A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo**. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direo/article/viewFile/35730/22971>. Acesso em: 05 de março de 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIUM, 2009.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2723d092b63885e0>>. Acesso em: 19 de agosto de 2017.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. In:

ARGUMENTA. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Jacarezinho, 2007, n. 7.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**, Rio de Janeiro: Forense, 1962.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=is. Acesso em: 20 set. 2010.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.