



LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: DEMOCRACIA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E CORRENTE CONTRAMAJORITÁRIA

LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL JUSTICE: DEMOCRACY, CONSTITUTIONAL COURT AND THEORY AGAINST MAJORITY INTEREST

¹Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva

²Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

RESUMO

O presente artigo possui como tema a análise da separação dos poderes e a regra da democracia, além da possibilidade do Tribunal Constitucional ser composto por indivíduos nomeados pelo Presidente da República, não cumprindo a regra democrática, e fazer o controle de constitucionalidade das leis, criadas através de um processo democrático. Serão respondidos: a separação dos poderes obedece à regra democrática? Quando o Poder Legislativo deixa de cumprir sua função típica de legislar, abre a oportunidade para o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional que é, criar, através do ativismo judicial, as normas lacunosas? Isso fere a regra democrática?

Palavras-chave: democracia, tribunal constitucional, corrente contramajoritária

ABSTRACT

This article has as its theme the analysis of the separation of powers and the rule of democracy, in addition to the possibility of the Constitutional Court be composed of people appointed by the President of the Republic, not fulfilling the democratic rule, and make the control of constitutionality of laws, created through democratic process. Will be answered: the separation of powers obey the democratic rule? When the Legislature fails to fulfill its function of legislating, opens the opportunity for the Supreme Court, as the Constitutional Court that is, create, through judicial activism, silent rules? That injured the democratic rule?

Keywords: democracy, constitutional court, theory against majority interest

¹Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, Pernambuco, Brasil. Professora de Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito Processual Constitucional e Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, Pernambuco, Brasil. Advogada. Email: thaminne@gmail.com

²Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, Pernambuco, Brasil. Professor Titular pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, Pernambuco, Brasil. Reitor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, Pernambuco, Brasil. Email: profivodantas@uol.com.br



1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como tema a análise da separação dos poderes, juntamente com a regra da democracia, bem como a possibilidade de um órgão, qual seja, o Tribunal Constitucional, ser composto por indivíduos nomeados pelo Presidente da República, não cumprindo a regra democrática, e fazer o controle de constitucionalidade das leis, tendo sido estas criadas através de um processo democrático.

A sua problematização se dá a partir de reflexões acerca do real conteúdo desses conceitos, de seu alcance e limitações. Portanto, revelam-se os seguintes questionamentos: a separação dos poderes obedece à regra democrática? A partir do momento em que o Poder Legislativo deixa de cumprir sua função típica de legislar, abre a oportunidade para o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional que é, criar, através do ativismo judicial, as normas lacunosas? Isso fere a regra democrática? Buscou-se, assim, tecer uma análise crítica sobre este cenário.

O tema é de extrema relevância a partir do momento em que se vislumbra o impacto do reconhecimento da possibilidade de, no momento em que o Poder Judiciário supra a lacuna legislativa ou faça o controle de constitucionalidade das normas, se autorizar que o sistema dos freios e contrapesos seja afrontado, causando um verdadeiro impacto na democracia. Isso, principalmente, com base no fato de os componentes do Judiciário não terem sido eleitos pela regra democrática (através de voto direto, secreto e universal), mas através de nomeação pelo Chefe do Poder Executivo.

O objetivo geral, portanto, consiste em analisar o que se entende como democracia e separação de poderes, a judicialização das questões lacunosas e a análise do controle de constitucionalidade, que vem inflando o Poder Judiciário para que este, afinal, dê a decisão final sobre qualquer questão que lhe seja levada.

A metodologia utilizada para a realização da pesquisa foi o método de abordagem dedutivo, haja vista a racionalização e a combinação de ideias no sentido interpretativo; e o método de procedimento monográfico, pois é um estudo sobre tema específico de relevância. A técnica da pesquisa é indireta, abrangendo a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica.

Tais questões serão analisadas pontualmente no decorrer do presente trabalho, que, sem dúvida, contribuirá para toda a comunidade jurídica, no sentido de demonstrar opiniões, além de entendimentos doutrinários acerca do importantíssimo tema.



2 SEPARAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, afirma que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes que integram a União, atuando de forma independente e harmônica entre si. Em obediência a isso, cada um dos Poderes exerce uma função específica no Estado, qual seja: ao Legislativo cabe a enunciação das leis; ao Judiciário cabe a finalidade de dirimir conflitos entre pessoas, fundamentando-se para isto nas leis emanadas pelo Poder Legislativo; e ao Executivo cabe precipuamente a função de administração do Estado e o exercício de suas tarefas.

É claro que nenhum desses Poderes é absoluto e para que a democracia prevaleça, é necessário que haja freios e contrapesos. Aqui se faz mister abrir um parêntese para a discussão sobre a democracia e o constitucionalismo. É que, num primeiro momento, se denota que a primeira postula o governo do povo, através do predomínio da vontade da maioria, enquanto que o segundo, como doutrina que defende a limitação jurídica do exercício do poder, estabelece freios e barreiras para a soberania popular. Em outras palavras: o primeiro aposta na vontade das majorias e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões e, portanto, estabelecendo limites aos poderes estatais.

Dessa forma, a democracia e o constitucionalismo poderiam ser vistos como complementares, interdependentes e até mesmo sinérgicos, se fossem corretamente “dosados”. Isso porque o constitucionalismo em excesso é capaz de calar a voz do povo, frustrando a autonomia política do cidadão, enquanto que a democracia ilimitada poria em risco os direitos fundamentais das minorias, além de outros valores essenciais aos cidadãos. Bobbio, em seu “O futuro da democracia” (2011), afirma que hão de ser cumpridas as “regras do jogo”, como a da maioria, ao mesmo tempo em que alerta para o excesso de democracia, alegando inclusive a existência de promessas não cumpridas por ela³.

Sendo assim, é papel das constituições dos Estados, principalmente nos países que adotam mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, impor bloqueios para a deliberação coletiva, na medida em que subtraem do espaço de decisão dos representantes do povo certas questões previamente estabelecidas pelo constituinte originário, infringindo o princípio da separação dos poderes.

³ Seriam algumas dessas promessas não cumpridas pela democracia: o nascimento da sociedade pluralista, a revanche dos interesses (corporativismo), a persistência das oligarquias, o espaço comunitário, o poder invisível e os paradoxos da democracia.



O denominado Estado de Direito traz como uma de suas características fundamentais, a Constituição caracterizada por uma Supralegalidade e uma Imutabilidade Relativa, bem como um Constitucionalismo Democrático, sob cuja rubrica se indaga da legitimidade, ou não, da Justiça Constitucional como órgão competente para controlar atos e normas oriundas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Esta realidade leva a uma constatação conclusiva, qual seja, a de que, quando o Legislativo se apresenta como intérprete final da Constituição, fica-se à mercê de uma momentânea maioria parlamentar, o que igualmente ocorre no momento de exercício do Poder de Reforma, mesmo considerando-se que seu desempenho encontra-se limitado às exigências procedimentais fixadas pelo próprio texto constitucional. Assim, se considerar-se a realidade sociológica das maiorias ocasionais, pode-se afirmar que nestas situações, por mais que pareçam rígidas as normas quanto ao quórum da iniciativa e ao quórum de aprovação, nada disto resistirá diante de coligações e ‘acertos parlamentares’ que tem origem, muitas vezes, em negociações espúrias, sempre em busca de momentâneas maiorias no seio do colegiado.

Neste quadro, em não havendo um órgão próprio encarregado do Controle e Defesa da Constituição, independente dos demais Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), qualquer deles que seja competente para fazê-lo, ocupará uma posição de superioridade frente aos demais, o que se torna mais negativo ainda, em relação ao próprio Judiciário, que passa a ser o julgador de seus próprios atos decisórios.

Nunca é demais lembrar que sempre que a Jurisdição Constitucional encontrar-se como órgão integrante do Judiciário, seus membros são portadores da garantia da vitaliciedade que assiste aos Magistrados, tal como ocorre no Brasil. Esta realidade tem como consequência a permanência de determinados Ministros no órgão por algumas dezenas de anos (há vários exemplos no STF), o que representará, possivelmente, uma menor oxigenação das formas de interpretação constitucional frente às novas realidades ⁴.

Repare que o Poder Judiciário vem assumindo a sua modalidade limitadora do Poder Legislativo e de controle do Poder Público desde a Constituição dos Estados Unidos da América, incumbido do controle da constitucionalidade das leis.

Existe algum motivo para o Poder Judiciário estar regulando tanto o Legislativo? Analisando o tema em interessante e importante estudo relacionado ao caso brasileiro, AMES

⁴ A melhor forma de entendimento seria a de que o órgão encarregado do controle de constitucionalidade, seja qual for a denominação que lhe seja dada, sempre deverá ser integrado por membros titulares de Mandato Temporário.



(2003) afirma que o Poder Legislativo quase nunca toma a iniciativa de propor leis importantes, pois a aprovação final dos projetos custa caro em benefícios clientelistas, patronagem e concessões substantivas a interesses privilegiados.

AMES (2003) conclui o seu estudo afirmando que o Legislativo brasileiro é ativo, embora o Congresso pouco faça por iniciativa própria, havendo três causas para tal obstrucionismo parlamentar, que são: um número elevado de partidos com grandes divergências ideológicas, entraves regimentais ou excesso de membros escassamente interessados em legislações de alcance nacional.

Diante desse estudo, é possível corroborar o que já se sabe: o Legislativo brasileiro tem uma grande tendência de apenas aprovar medidas que interessem a um ou outro partido, ou mesmo parlamentar, não necessariamente sendo o povo brasileiro representado nessas medidas. E esse é exatamente um dos motivos pelos quais há tantos problemas criados pelo Legislativo a serem solucionados pelo Poder Judiciário.

Além disso, como bem afirma SANT'ANNA (2014), atualmente existe uma crise de representatividade dos poderes eleitos: entre escândalos de corrupção, serviços públicos ineficientes, alta carga de impostos e a realidade de miséria em que vive uma parcela significativa da população, cresce uma vital descrença na política. Existe a figura do “juiz desconfiado do legislador”, no sentido de que as leis por ele promulgadas não representariam o interesse público e social e, assim, afrontariam a CF. A própria sociedade veria com bons olhos a transferência da decisão acerca de determinados problemas nacionais dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário, pois aqueles são vistos como esferas corrompidas.

Justamente por isso que o Poder Judiciário acaba ficando assoberbado, para resolver questões que não necessariamente são de sua competência, mas acabam sendo judicializadas, dando uma impressão de que somente tal Poder poderia fazer efetiva a Constituição.

No entanto, não somente o Poder Judiciário é capaz de efetivar a Constituição, cabendo isso também ao próprio povo e às pressões políticas e sociais, além dos outros Poderes da República.

Então, diante da judicialização de várias questões, as decisões dos juízes muitas vezes irão de encontro à vontade da maioria parlamentar, que deveria expressar a vontade da sociedade, ocasionando um verdadeiro choque entre o Judiciário e o Legislativo. Como seria possível, então, a fim de se evitar um choque direto dos Poderes da República, contrabalancear dois instrumentos fundamentalmente contramajoritários, ou seja, o controle de constitucionalidade e a supremacia constitucional, e uma concepção de democracia



representativa? Como impedir que o modelo de Estado e justiça idealizado pelo juiz seja o único fator no processo de decisão judicial? Como obstar a arbitrariedade judicial, vez que a interpretação da Constituição está à mercê de um único homem?

Neste ponto, Dworkin (2005-A) procura defender um controle judicial baseado numa concepção substancial do princípio democrático, em que os indivíduos teriam o direito a um tratamento justo e isonômico. Para ele, os juízes estariam legitimados a limitar a vontade das maiorias parlamentares através de um controle de constitucionalidade sempre que o Poder Legislativo deixasse de tratar todos os cidadãos de forma igualitária. Este controle se efetuará a partir compreensão moral da Constituição, e caberia ao juiz constitucional, baseando-se nessa última, limitar a vontade das maiorias parlamentares. Assim, a legitimidade do controle consistiria na capacidade do juiz de deduzir princípios morais inseridos na Constituição.

Dworkin (2005-A) afirma ainda que os juízes desempenham atividade substancialmente diversa à atividade desenvolvida pelos membros do Poder Legislativo, já que estes foram eleitos para concretizar políticas públicas ditadas pela comunidade, enquanto aqueles são guiados, mesmo nos casos difíceis, por argumentos de princípios, não de política. O autor, analisando a importância das decisões judiciais à construção do ideal democrático e comparando-as às decisões legislativas, aduz que não há razão para se pensar que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, prejudicará o ideal democrático da igualdade de poder político. Segundo ele, os legisladores não estão institucionalmente em melhor posição do que os juízes para decidir questões sobre direitos. Ao contrário, podem os juízes ser o elemento propulsor desse ideal.

O que acontece, na opinião de Dworkin, é que, com o redimensionamento das funções do Poder Judiciário, o Direito assume uma especial forma de resolver ou mesmo esclarecer controvérsias políticas: é a judicialização da política.

O fundamento dessa judicialização da política reside no próprio modelo de Constituição concebido por Dworkin, qual seja, a Constituição como integridade, que garante a indisponibilidade dos direitos e das liberdades fundamentais. Para tanto, torna-se necessária uma alteração das funções originais do Poder Judiciário, que passa a examinar e decidir se o exercício do poder de legislar está, de fato, conduzindo ao respeito aos direitos fundamentais. Em nome da integridade da Constituição e dos direitos nas democracias contemporâneas admite-se, assim, o instituto da revisão judicial, que autoriza os tribunais a declarar a inconstitucionalidade das normas advindas de processos políticos deliberativos que sejam incompatíveis com os princípios contemplados na Constituição.



Veja-se que, como já admitido, o Poder Legislativo é composto de representantes do povo brasileiro, e deveria elaborar legislações que regulassem a vida em comum, tanto privada quanto pública, a serviço do bem e do justo. No entanto, como bem se sabe, a legislação é composta de várias normas inócuas, outras contraditórias e, pior, às vezes nem há regramento a ser aplicado. Sim, pois deve-se sempre lembrar que, além de nem toda a situação fática poder ser prevista em lei, mesmo que ela o seja, os parlamentares não o fazem.

E assim, ingressa-se numa nova dimensão do problema: a questão da responsabilidade do judiciário, já que este tem que regulamentar novas situações que não estão previstas na legislação, por meio, por exemplo, da utilização de princípios, uma vez que ainda serão definidas na lei. Isso, sem sombra de dúvidas, traz consequências para a sociedade, já que haverá mudanças no modo de limitar o comportamento social.

Como bem afirma Eros Roberto Grau, em seu Prefácio à obra de Carl Schmitt, “Teologia Política” (2006, p. xi), *“A situação de exceção, embora não prevista pelo direito positivo (=pelas normas), há de ser decidida em coerência com a ordem concreta da qual a Constituição é a representação mais elevada no plano do direito posto. Esta ordem concreta é anterior ao direito posto pelo Estado”*.

E continua (2006, p. xii):

Refiro-me a uma ordem geral concreta, situada geograficamente e no tempo, com as marcas históricas e culturais que a conformam tal como ela é. Por isso mesmo incompleta e contraditória, reclamando permanentemente complementação, refazimento e superação de situações de exceção. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas o Judiciário, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento. Aplica a norma à exceção *desaplicando-a*, isto é, retirando-a da exceção.

Na tarefa de concretização da Constituição, o Judiciário – especialmente o Supremo Tribunal Federal – deve aplicar-se a prover a força normativa da Constituição e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto. A sua mais prudente aplicação, nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações. A tanto leva a prática da interpretação da Constituição, que supõe caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular. Daí que ela exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada.

Sendo assim, mesmo que a situação fática da qual advém a situação jurídica não exista – ou exista, mas ainda não seja regulada ou regulamentada pelo Poder Legislativo -, o Poder Judiciário não pode se negar a julgar, em virtude daquilo que aprende-se ainda nas primeiras



lições do curso de Direito: ocorrendo lacunas nas leis, o juiz não pode se eximir de julgar, devendo, para tanto, utilizar-se da equidade, dos princípios gerais de direito e da analogia.

Esse poder-dever do operador do direito é chamado atualmente de Ativismo Judicial, e daí surge o primeiro questionamento: até que ponto deve essa atuação ser limitada? Será que os juízes seguem a teoria de Dworkin, utilizando, em seus julgamentos, a moral? E a moral de um juiz é a mesma do outro? E como ficaria essa nova atuação do Judiciário diante da Teoria da Separação dos Poderes, já que ele teria a competência para legislar? Na verdade, isso seria legislar, ou apenas “tapar um buraco”? Quem concederia essa competência para o Judiciário, já que os juízes não foram escolhidos pelo povo?

Nunca deve-se esquecer que a atuação jurídica – processo – é, a princípio, realizada entre duas partes (controle de constitucionalidade difuso), e que as situações fáticas ocorrem em face da mudança que ocorre na sociedade. Desta forma, com a mudança da própria sociedade e das relações sociais, mudam também as situações, e vão surgindo fatos que antes não eram jurídicos e que precisam, desta forma, ser normatizados.

Acontece que a normatização não ocorre de um dia para o outro, como acontece com a mudança social, que é diária. O processo legislativo é lento – e o brasileiro, então, nem se fala! Como afirmado anteriormente, por ser a atividade legislativa estritamente política e efetuada através dos parlamentares, “representantes do povo”, estes acabam por dar ênfase às possíveis legislações que de alguma forma interessassem para eles, o que não quer dizer que interessem ao povo.

Isso implica diretamente em uma nova forma de pensar e criar o direito, pois como a legislação não existe, o Poder Judiciário acaba tendo que, em tais situações, “criar” o direito. No entanto, como já comentado, isso é feito, normalmente, em sede de controle de constitucionalidade difuso, tendo os juízes que analisar caso a caso a situação fática e dar uma solução à celeuma.

Diante disso, a preocupação que advém é a decisão baseada apenas em interpretações de alguns, para decidir a vida de outros, ainda mais quando esse interesse pode variar de acordo com a visão e a moral de cada um. Surge o segundo questionamento: há uma maneira de organizar esses interesses para que se pense na coletividade e não apenas no indivíduo, objeto daquele controle difuso de constitucionalidade?

Esse é o grande desafio do operador jurídico: tentar alinhar os fatos do caso concreto com a positivação do Direito, ou seja, o juiz deve, diante de tudo, não se furtar de ter como base a lei. Sendo essa sua fonte de inspiração inicial, no momento de proferir uma decisão,



mesmo que ela não traga de forma detalhada todo o regulamento para os mais diversos casos concretos.

Neste ponto, é possível ingressar em outra discussão: sendo o Supremo Tribunal Federal o verdadeiro guardião da Constituição, é possível vê-lo como defensor de minorias vulneráveis ou poderosas?

Quem traz essa discussão é SANT'ANNA (2014), que trata das minorias não como análise de fatores numéricos, mas como uma parcela da sociedade que é excluída do processo democrático ou mesmo da própria sociedade. Podem ser incluídos em tal conceito os negros (que, no Brasil, são maioria numérica, mas minoria em termos sociais), assim como as mulheres, os pobres, os homossexuais etc. Então, a autora discute se o STF, em suas decisões, acaba por defender essas minorias, trazendo normas isonômicas e soluções que visem diminuir as desigualdades sociais (como ocorreu no caso de cotas, entre outros), ou beneficia os poderosos, que constam em número reduzido na população?

Para tanto a mencionada autora analisa o caso do fornecimento de medicamentos através de decisão judicial, e questiona se esse o direito à saúde é de um ou de todos? Neste ponto em específico, ela questiona se os juízes, ao proferirem decisões nesse caso, adotam critérios específicos, e se a intensificação da judicialização do direito à saúde promove o bem de uma minoria vulnerável economicamente ou existem beneficiários outros?

Ela explica informando e apontando um caso em que juízes de específico local do país sempre julgavam a favor de determinado laboratório de medicamentos, e depois se vislumbrou que este patrocinava várias festas no Judiciário daquele lugar. Por isso, ela questiona se esse Poder é defensor de minorias vulneráveis ou poderosas.

A mesma autora ainda traz discussão sobre a ADPF 132, que tratou do reconhecimento da união homoafetiva diante da expressão “homem e mulher” contida da Constituição, questionando, neste caso, se o STF seria constituinte e se, por ele ser o guardião da daquela, é superior a ela.

No entanto, esse não é o caso. O Poder Judiciário, como já comentado desde o início, acaba por ser chamado para resolver questões que o Legislativo não soluciona, e não pode se esquivar de julgar. Não é por isso que ele acaba sendo constituinte nem superior à própria Constituição. Ele está, somente, cumprindo sua função típica, nos moldes como determinado pela própria Carta Magna. A culpa não é sua se o Legislativo continua possibilitando que as situações, até mesmo as mais corriqueiras, continuem sem nenhum regramento.



3 LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E A CORRENTE CONTRAMAJORITÁRIA

Uma questão que chama a atenção dos estudiosos da Jurisdição Constitucional, como HESSE (1991) e HABERLE (1997), é sobre como justificar que o controle de constitucionalidade seja exercido por pessoas que “não tem legitimidade popular” (não são eleitas, integrantes do Poder Judiciário), se pensar no fato de que a norma ou o ato objeto de controle foram produzidos por “representantes eleitos pelo povo”?

Em torno do problema, fala-se hoje de uma Corrente Contramajoritária, expressão teorizada, pela primeira vez, por ALEXANDER M. BICKEL (“Counter-Majoritarian Difficulty”) no livro “The Supreme Court at the Bar of Politics” (1986).

Objetivamente falando: Constituição (constitucionalismo) e Democracia Representativa são instituições incompatíveis, que se opõem em razão dos valores que compõem cada uma destas instituições?

Em geral, os que defendem o choque, mencionam o caso inglês, no qual prevalece a soberania do parlamento e não a soberania da Constituição. Ademais, anotam que no Canadá, o Parlamento tem o poder de declarar que uma lei entrará em vigor a despeito da Constituição (Notwithstanding Clause, seção 333), conforme se denota das lições de PINTO (2009, p. 20).

Em outras palavras: para os defensores da Corrente Contramajoritária⁵, o controle de constitucionalidade fere o princípio da Legitimidade Democrática toda vez que aquele (o controle) é levado a efeito por órgãos não oriundos de uma representação popular. E indagam: como explicar que a vontade da maioria representativa da sociedade e expressa pelo exercício do mandato parlamentar e de governante que ocupam as funções executivas, depois de aprovarem um texto de lei, por exemplo, fiquem à mercê de uma apreciação pelo Tribunal Constitucional que poderá apontar sua nulidade sob o fundamento de um possível choque com a Constituição? De notar-se que a interpretação constitucional dos magistrados “não poderia utilizar-se do argumento da legitimidade”, pelo fato de não serem eleitos, e nesta condição, não podem ser considerados como legítimos ‘representantes da sociedade’.

ROSANVALLON, em texto intitulado “Sobre la Importancia de no ser elegido” (2010, p. 213), especialmente tratando de *La Dificultad Contramayoritaria*, leciona:

⁵ A fim de se tornar mais claro o sentido da expressão *Corrente Contramajoritária*, a sua *essência* se resume em contestar e negar um conceito absoluto e incontestável às decisões da maioria, ou seja, mesmo que a norma ou ato seja *decisão da maioria*, a “minoría tem seus direitos”, que deverão sempre ser respeitados, principalmente, quando em jogo o texto constitucional.





Government by judges: La expresión fue forjada en 1914 por el *Chief justice* de la Carolina del Norte. Bajo esta forma inicial, o transformada en *government by judiciary*, no ha dejado de ser utilizada desde hace cerca de un siglo en Estados Unidos para designar el temor de que los principios fundadores de la democracia sean pervertidos por el desarrollo de diversas figuras del poder judicial. Un libro francés de 1921, *Le Gouvernement des juges*, importó la expresión a Europa. La misma adquirió una renovada fortuna a partir de la década de 1980, cuando se consolidaban los poderes judiciales y se desarrollaba el papel de las Cortes constitucionales en casi todas las democracias, a fortiori allí donde se desmoronaba la legitimidad de los Parlamentos y del sistema de partidos (tal vez el caso italiano haya sido el más emblemático de todos en Europa). La cuestión de las relaciones entre el constitucionalismo y la democracia dio lugar, a partir de ese período, a una avalancha de publicaciones. Una pregunta central casi basta para resumir la cuestión: es democrático que un puñado de jueces no electos popularmente pueda imponer sus puntos de vista a una Asamblea de representantes del pueblo?

E prossegue ROSANVALLON (2010, p. 214), em texto marcado pela objetividade:

Ese problema, suscitado por el ejercicio del control de constitucionalidad, encontró su denominación en la década de 1960: ‘la dificultad contramayoritaria’. Tuvo sus historiadores y sus muchos teóricos. Los enfoques críticos fueron particularmente numerosos en Estados Unidos y recientemente han sido ilustrados por los nombres de Jeremy Waldron (*Law and Disagreement*, 2ª ed., 2001), Larry Kramer (*The People Themselves. Popular constitutionalism and the Case for Judicial Review*, 2004), Ran Hirschl (*Toward Juristocracy*, 2004) y también Mark Tushnet (*Takin the Constitution away from the Courts*, 1993). Todos los argumentos se relacionan con la idea simple según la cual el régimen democrático implica que los ciudadanos pueden manejarse por sí mismos según sus propios juicios, y que ese derecho es severamente criticado por las intervenciones de la Corte Suprema. Esos diferentes autores consideran que la defensa de la razón constitucional en el fondo no hace más que reactualizar las viejas prevenciones liberales contra el poder de la mayoría y que las antiguas figuras de los aristócratas y de los graduados en Derecho hoy han adoptado la máscara de los jueces constitucionales. En esta querrela, Jeremy Waldron ha sido quien con más vigor ha defendido la razón mayoritaria y la asimilación de la democracia con el parlamentarismo, llegando a coincidir con el punto de vista de los que consideran que la adopción de la Declaración de los Derechos Humanos constituye una inaceptable limitación de los derechos del pueblo para determinar permanentemente las reglas que lo rigen. Esos argumentos invitan, pues, a reflexionar sobre los cambios que acarrearía la elección de los integrantes de las Cortes constitucionales.

Outro autor a tratar da matéria é GARGARELLA (2011, p. 24), aduzindo que

Detrás de muchas de las discusiones que hoy se escuchan en países como el nuestro, se esconde una disputa a la cual apenas prestamos atención, y es la que enfrenta a las ideas de Constitución y democracia. En realidad, puede parecer extraño que exista un conflicto entre ambas ideas cuando es tan usual que hablemos de ‘democracias constitucionales’, o cuando es tan común que uno se proclame, al mismo tiempo, y por ejemplo, demócrata y defensor de los derechos humanos. Pero lo cierto es que tales ideas se llevan mal, y que dicho desacuerdo repercute finalmente en nuestras discusiones públicas. El conflicto entre ambas ideas surge, ante todo, del hecho de que ellas apelan a principios opuestos. Nuestros compromisos democráticos apelan a un principio que a primera vista no reconoce límites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente. Mientras tanto, y por otro lado, ideas tales como las de Constitución o derechos humanos nos llevan a pensar, justamente, en límites infranqueables,



capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, y especialmente, las presiones de un grupo mayoritario.

Como se verifica, desde o início, a questão se relaciona ao conteúdo de dois termos, a saber, Democracia (Representativa) e Legitimidade.

FERRAJOLI (2011) analisou a questão com palavras duras, mas verdadeiras, que bem poderiam ser aplicadas a várias outras realidades políticas contemporâneas, inclusive ao Brasil, quando afirmou que a ideia elementar da democracia constitucional é a de que o consenso popular é a única fonte de legitimação do poder político, motivo pelo qual serviria para legitimar todo abuso e para deslegitimar críticas e controles.

Como vem sendo observado, é exatamente neste falso entendimento da relação entre Democracia Representativa e Legitimidade, que se apoiam aqueles que são contrários à Justiça Constitucional, por entenderem eles que esta não pode ser democrática por contrariar a vontade da maioria expressa nos Parlamentos e da qual resulta a produção da Lei. Em outras palavras: a Lei é “vontade da maioria” e a ela todos devem cega obediência. Contemporaneamente, contudo, não é mais aceita esta compreensão, tal como será analisado ao longo deste texto.

TORRES (2003, p. 9) sintetiza de forma muito feliz as questões que envolvem o tema ao indagar:

Cuál es el fundamento político y democrático para que jueces constitucionales no elegidos por el pueblo invaliden leyes y actos expedidos por los genuinos representantes de los ciudadanos, el Congreso y el Jefe del Ejecutivo? A la posibilidad que los jueces impongan su voluntad sobre mayorías electorales representadas en los órganos legislativos y ejecutivos se la ha llamado la ‘gand dificultad contra-mayoritária’ de las democracias. No existe una explicación completamente satisfactoria que aclare por qué tales jueces pueden detentar un poder de veto de tanta magnitud.

Noutra passagem, escreve o autor (2003, p. 13), ainda em forma de interrogação, mas em texto representativo do pensamento dos que formam a mencionada corrente:

Los mayores cuestionamientos a la justicia constitucional se originan en su falta de legitimidad electoral y representativa, dos componentes esenciales de las democracias mínimas o formales. Si los jueces constitucionales no son el resultado directo de un proceso electoral ni tienen mandantes identificados entre los electores, cuál leyes y actos expedidos por órganos de poder revestidos de una inobjetable legitimidad democrática de origen?

SANTIAGO NINO (2003, p. 258), ao analisar o assunto de forma direta, afirma que



El poder de los tribunales para rever la constitucionalidad de las normas jurídicas sancionadas por órganos democráticos es una de las características centrales de las democracias constitucionales o liberales. La Idea fue introducida por la opinión del juez John Marshall en el famoso caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Marbury vs. Madison*. La doctrina se extendió en forma similar a muchos países de América Latina. A modo de ejemplo, ésta fue aceptada en Argentina por primera vez por La Corte Suprema en 1887 en el caso *Sojo*. Luego pasó a Europa después de la Primera Guerra Mundial al incorporarse a las constituciones de Austria y Weimar de 1918 y 1919 bajo la forma de un control de constitucionalidad abstracto y preventivo efectuado por un tribunal constitucional especial, creación del filósofo Hans Kelsen. Después de la Segunda Guerra Mundial, las ideal del control judicial de constitucionalidad retornaron al continente nuevamente, con fisionomías diversas, variando de país a país, en casi todas las constituciones de esa era incluyendo las de Italia, Alemania Occidental, França, Portugal y España. A pesar del carácter fundamental de la definición de lo que significa una democracia constitucional, la justificación del control judicial de constitucionalidad sigue siendo bastante misteriosa.

Em seguida, o autor, depois de fazer referência ao modelo americano e ao modelo do Tribunal Constitucional “de estilo europeu” (2003, p. 259), escreve:

De este modo, tanto en el sistema norteamericano como en el europeo de control judicial de constitucionalidad, surgen dudas acerca de por qué el poder judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático. Un rol de tan significativa importancia en cabeza de los jueces desafía la visión tradicional de la división de poderes según la cual aquéllos simplemente aplican las decisiones de los órganos democráticos, sin analizar los méritos de tales decisiones. Alexander Bickel llamó a este problema “la dificultad contramayoritaria”.

De notar que tanto SANTIAGO NINO (2003) quanto os demais defensores deste posicionamento, se fundam para criticar o controle judicial de constitucionalidade, naquele aspecto que chamam de “*elitismo epistemológico*”, defendendo que quando a origem dos juízes não é de caráter democrático, suas decisões não gozam do valor epistemológico que se obtém com o processo democrático.

Acontece que hoje, o que se defende é que ao lado de uma Supralegalidade do texto constitucional (que leva ao controle de constitucionalidade), aponta-se-lhe outra característica, a saber, a Imutabilidade Relativa (que leva ao Poder de Reforma) entendida como a exigência de critérios diferenciados daqueles que são cobrados para a elaboração da produção legislativa ordinária. Esta previsão de requisitos formais para a modificação do texto constitucional ao lado de matérias reservadas e não atingíveis pela Reforma, não impedem que a Constituição tenha sempre a possibilidade de permanecer atualizada frente a novos valores sociais, sempre em perfeita sintonia, sob pena da ocorrência de Hiatos Constitucionais.



A exigência do controle de constitucionalidade é indispensável e resulta de uma coerência lógica, a saber: se a Constituição consagra os valores maiores da sociedade, é correto exigir-se que a legislação infraconstitucional e os atos políticos, administrativos e judiciais estejam de acordo com ela (a Super-Lei), para a sua própria valorização. Neste sentido, é necessário que o comando da Constituição seja obedecido, mesmo quando maiorias eventuais desejam solução em contrário, pois, lembra LENIO LUIS STRECK (2008, p. 17),

... Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.

Mais adiante, com apoio em Tribe (2008, p. 18-19) , escreve o autor:

Por que um marco constitucional, ratificado há dois séculos, deve exercer tão grande poder sobre nossas vidas atuais? Por que somente alguns de nossos concidadãos possuem a faculdade para impedir que se façam emendas à Constituição? A revisão judicial, quando está baseada em uma lealdade supersticiosa em relação a intenção de seus criadores, é compatível com a soberania popular? Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este ‘subtrai’ da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau.

(...)

Daí que, desde logo, considero necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewestein). Na verdade, a afirmação da existência de uma ‘tensão’ irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado” (sic).

Antes de avançar na análise de outro aspecto do problema, leiam-se as considerações de DWORKIN, em trabalho disponível em sítio de internet (2013, p. 1-2), fazendo uma ligação entre Constitucionalismo e Democracia ao lecionar em defesa da maioria e da existência dos Limites materiais ao Poder de Reforma (“cláusulas pétreas”) a ser respeitado tanto pelo legislador como pelo segundo (Poder de Reforma), que



Apesar de tudo, uma forte objeção tem sido levantada contra o constitucionalismo: a de que subverte ou compromete a democracia, por que se uma Constituição proíbe o Poder Legislativo de aprovar uma lei limitando a liberdade de expressão, por exemplo, isto limita o direito democrático da maioria ter a lei que quer. Caso respeitemos o constitucionalismo, mas também a democracia, o que deveríamos fazer? Qual é o arranjo apropriado entre esses dois ideais? Acredito que o conflito há pouco descrito é ilusório, por que (sic) é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é. Devemos começar anotando uma distinção entre democracia e regra de maioria. Democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas algum tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é exatamente um pré-requisito para a democracia. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria dos direitos de voto. Fazemos uma distinção, então, entre normas constitucionais possibilitadoras, que constroem um governo da maioria estipulando quem deve votar, quando as eleições devem ser realizar, como os representantes são designados para os distritos eleitorais, que poderes cada grupo de representantes tem, e assim por diante, e normas constitucionais limitadoras, que restringem os poderes dos representantes que as normas possibilitadoras definiram. Não podemos dizer que apenas as normas possibilitadoras são pré-requisitos da democracia, por que (sic) algumas normas que possam aparentemente limitadoras quase que efetivamente retirando de uma minoria o direito de livre expressão do mesmo que se negasse voto à mesma, por exemplo.

Em oportuna monografia intitulada La democracia amenazada e publicada na coleção *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, JOSÉ LUÍS REY PÉREZ aponta três ameaças à democracia, a qual, em seu entender,

... en la actualidad existe el consenso sobre que la democracia es la mejor forma de gobierno posible. A comienzos de 2011 hemos vivido una serie de revueltas populares en algunos países árabes como Egipto, Túnez o Libia, donde la ciudadanía reclama la limitación del poder y el paso a una democracia. En España en mayo y junio de ese mismo año, lo que se conoce como democracia es un concepto polisémico, que no significa lo mismo en función de quién lo utilice y el contexto donde la palabra aparezca. De hecho, su uso suele venir acompañado de un adjetivo que es el que delimita su significado: democracia parlamentaria, democracia representativa, democracia directa, democracia constitucional... Y es este adjetivo el que determina la amplitud o estrechez de la propia democracia. A principios del siglo XXI la democracia se encuentra en crisis.

(...)

La cuestión que pretendo tratar en las páginas que se siguen es, como se puede observar, muy compleja. Porque cuando hablamos de democracia tratamos necesariamente aspectos jurídicos, filosóficos, políticos, sociológicos y hasta económicos. Este pequeño trabajo no pretende ser tan ambicioso como para agotar todas las cuestiones que la teoría de la democracia plantea. Más bien se va a limitar a ahondar en tres que he seleccionado porque considero que son las más relevantes a día de hoy, en este mundo en continuo cambio y creciente complejidad. Em primero lugar, abordaré la tensión entre democracia y derechos que está en la estructura del propio Estado constitucional. Intentaré ver si la tensión es irremediable y supone realmente una amenaza a la esencia de la democracia. Esta parte tendrá necesariamente un carácter más filosófico jurídico y político, un sentido más conceptual. El modelo constitucional atribuye un grand poder a los jueces que son



los encargados de vigilar el cumplimiento de la norma constitucional. Por ello algunos autores ven en los jueces una amenaza para la democracia por ser la judicatura un poder contramayoritario. En las paginas que siguen abordo esta cuentión intentando poner de relieve que en el fondo no lo es, si logramos hacer de la justicia constitucional un órgano Independiente comprometido con los principios, valores y derechos fijados en el momento constitucional. En segundo lugar, trato da tensión que se produce entre el mercado (o los mercados) y la democracia, algo de lo que estamos siendo testigos en el contexto de la crisis financiera que nos asola desde 2008. Se trata de introducir en la ecuación una variable más, la del mercado, junto a la de los derechos y la democracia, y ver como se podria conjurar esta ameaza a la decisión democrática que supone la siempre caprichosa y arbitraria voluntad de los dueños del capital. Intento defender la vigência del Estado social porque una democracia completa no puede existir sin derechos no solo de libertad, sino también sociales. La globalización financiera ha acorralado a los Estados en un contexto donde el capitalista es cada vez menos productivo y más financiero. Los dueños de ese capital convierten a los Estados en rehenes de su voluntad ahogando el autogobierno que caracteriza a la democracia y vulnerando el principio de igualdad. Por último, el funcionamiento poco democrático de los partidos políticos es otra de las amenazas que asolan la democracia, especialmente en países como España donde el partido político es el órgano fundamental de participación.⁶

Não há nenhum comprometimento ao conceito de Democracia, o fato de haver controle sobre a produção legislativa levada a efeito por órgão composto por “representantes do povo”, até porque, no fundo, o controle de constitucionalidade visa salvaguardar a vontade expressa no documento fundante de uma sociedade, em determinado momento histórico. Dizendo melhor: a Constituição Político-Jurídica é um documento que resulta de um consenso oriundo das diversas forças políticas presentes na Assembleia Constituinte no ato de elaboração do texto maior. Ora, em sendo assim, este texto foi feito para balizar o exercício do poder, mesmo quando existam forças eventualmente majoritárias que queiram substituir a orientação ideológica da Lei Maior. A verificação desta compatibilização há de ser feita de forma técnica, o que justifica seja o Controle exercido por Magistrados sem vinculação político-partidária. Sua legitimidade é decorrente da própria Constituição, ou seja, é funcional.

MÖLLER (2011, p. 135), ao estudar o mesmo tema, observa que

Ao tratar dos direitos fundamentais e dos problemas referentes à sua efetivação nos ordenamentos jurídicos constitucionais, é inevitável o enfrentamento da questão envolvendo o conflito entre decisões democráticas e a mudança de atuação dos juízes em relação às normas constitucionais, que determina uma limitação dos legisladores aos conteúdos materiais presentes na constituição. Esse novo perfil de atuação jurídica em relação aos direitos – característica fundamental do constitucionalismo – tem inegável repercussão no meio político, pelo que recorrentemente vem à tona a discussão sobre a tensão constitucionalismo e democracia. Tal questão também evidencia algumas mudanças substanciais relacionadas à alteração do próprio modelo de Estado – como a transição de um

⁶ A transcrição foi proposital, para mostrar como existem outros fatores que ameaçam à Democracia, além da *Justiça Constitucional*. Contudo, os autores que identificam uma ameaza desta sobre aquela nem ao menos atentam para os dois outros perigos.



Estado legislativo a um Estado constitucional de direito, do papel da lei como fonte hegemônica do direito e da própria evolução do processo de formação da vontade política que, culminando com a doutrina constitucionalista, inexoravelmente irá influenciar de forma decisiva no conceito de democracia no Estado constitucional. (...) Ainda que sob certos ângulos de abordagens as diferenças entre o constitucionalismo e a democracia pareçam incontornáveis, a conciliação entre estes parece sustentável no momento em que se considera que ambos são termos que admitem certa relativização, não se apresentando como conceitos absolutos e intocáveis. Isso pode ser comprovado com as alternâncias que sofrem os próprios conceitos de democracia e constitucionalismo ao longo dos últimos séculos e que influenciam decisivamente na concepção atual de democracia para o neoconstitucionalismo. Se considerarmos, por exemplo, que o conceito de democracia não deve ser simplificado pela noção de decisão majoritária, mas que assume um significado muito mais amplo de garantidor da participação do cidadão nas decisões coletivas; é possível justificar o constitucionalismo como mecanismo de proteção das minorias e, portanto, como valiosa ferramenta de aperfeiçoamento da democracia.

Evidentemente que não se está pensando que uma interpretação feita por magistrados, seja completamente isenta de aspectos ideológicos. Apenas se deseja crer que seja isenta de valorações político-partidárias, o que não existiria se o controle fosse feito por um órgão composto por pessoas com tal vinculação (político-partidária).

Ademais, neste emaranhado de argumentos a favor e contra ao Controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciário, e no que se refere ao preenchimento de lacunas legislativas, este passa a ser visto como legislador positivo, a ponto de muito se falar de judicialização da política ou politização do Judiciário.

4 CONCLUSÃO

Como visto no decorrer do presente trabalho, o tema discutido é muito importante na atualidade, na medida em que, por não ter condições de prever todas as situações do cotidiano, o Poder Legislativo acaba por não editar todas as normas necessárias à sobrevivência comum da sociedade, o que faz com que tais questões sejam levadas ao Poder Judiciário para que este, ao final, dê um fim à situação a ele trazida.

Ora, havendo lacunas na lei, o Judiciário será instado a preenchê-las. Ele dará a melhor solução para as lacunas? Não se sabe, depende do julgador. Além disso, a melhor solução para um pode não ser para outro. Assim, mesmo diante das lacunas e normas abertas que dão margens as diversas interpretações, causando uma insegurança jurídica na sociedade, e a diversas formas de soluções sem lei, é bem verdade que a melhor forma de limitar e organizar o sistema é através das normas escritas e estruturadas em um sistema lógico,



baseado no interesse comum, porque não se sabe como aquele que tem o poder de decidir irá solucionar as questões, já que será a decisão pautada apenas nos princípios e na moral daquele que decide, através de suas interpretações e visões pessoais.

Essa questão é primordial, pois é fundamental para a garantia da segurança jurídica, tendo em vista que os cidadãos não podem viver em sociedade com a impressão de que se uma situação fática não for legislada, não terá solução. Isso em momento algum pode ser sequer imaginado, e é exatamente o motivo pelo qual na Lei de Introdução ao Código Civil (hoje Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) foi prevista a possibilidade de utilização pelo julgador, em caso de lacuna legislativa, das normas de equidade, os princípios gerais de direito e a analogia. O que não pode é um caso concreto ficar sem solução, se eximindo o juiz de julgar por ausência de lei.

Por todo o exposto, acredita-se que para o julgador chegar ao objetivo de realizar a justiça, tomando por base o direito quando não houver previsão na lei, e levando em conta o fato de que a sociedade muda mais rápido do que a lei é produzida, e sendo o fato social a verdadeira fonte do direito, deve ele agir dentro dos ditames da moral e, principalmente, da equidade, pensando sempre no bem-estar da coletividade.

Num primeiro momento, como analisado, deve-se rechaçar a tese adotada por alguns, chamada de Teoria da Corrente Contramajoritária, através da qual não seria democrático que uma norma sofresse controle de constitucionalidade num órgão que não é composto por integrantes eleitos pelo povo, como ocorre com o Poder Legislativo, mas nomeados pelo Presidente da República.

A teoria criada por Dworkin afirma que um juiz deve proferir decisões com base na moral. Mas, deve-se confiar nisso? Deve-se sempre lembrar que, apesar de estarem cumprindo um ofício dos mais importantes para a sociedade brasileira, nem todos os julgadores efetivamente cumprem com a moral, a dignidade, a humanidade. Além disso, é de ser analisado se a moral para um é a mesma para outro. Da mesma forma que filhos dos mesmos pais pensam de maneira diversa, assim são os juízes, pois são pessoas, falíveis, tanto é que o Poder Judiciário brasileiro é composto de três esferas recursais. Parece até que é para o cidadão ter certeza de que aquele direito é bom ou não para ser aplicado a ele, e para tanto, essa certeza tem que ser dita três vezes...

Assim, atuando o juiz em alguns casos para decidir embasado apenas na sua interpretação por meio da consciência, dos princípios e da ética, por falta de uma previsão legal, deve ter como limite a justiça, partindo da ideia de que seria a aceitação geral da



decisão que traria a medida exata no sentido de que a interpretação do julgador foi realizada em nome do todo e não apenas no benefício de uma parte, o que a tornaria injusta, evitando assim, a troca de interesses políticos e corroborando a tese de que, diferentemente do Poder Legislativo, o Judiciário não teria por base interesses políticos.

Como bem afirmou SANT'ANNA (2014), “Constituição mesmo, só o Judiciário para garantir. Para os congressistas, a Constituição não é nada além de poder de barganha e pressão política!”. Daí, existe um impasse: qual o Poder mais capacitado para suprir as lacunas da lei ou as situações fáticas que não possuem um regramento a ser seguido? O Legislativo, altamente corrupto, como se tem visto atualmente, ou o Judiciário, que é composto também por homens passíveis de erros, mas que não foram colocados em seus cargos por meio de favores políticos (em regra)?

5 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Editora Noeses, 2011.

AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Releitura do princípio da separação de poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional**. Revista Jurídica. Setembro/2010. p. 79 – 109.

BICKEL, Alexander M. **The Supreme Court at the Bar of Politics**. Yale University Press; 2nd edition, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). **Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípios**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A Virtude Soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



_____. **Constitucionalismo e Democracia.** Disponível em: pt.scribd.com/.../Ronald-Dworkin-Constitucionalismo-e-Democracia. Acesso em 09/02/2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvages. La crisis de la democracia.** Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação.** São Paulo: Atlas, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional.** Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GIULIANI NETO, Ricardo. **Nas coxias do poder.** Porto Alegre: Dublinense, 2012.

HÄBERLE, Peter – **Constitución como Cultura** (Artículos seleccionados para Colombia). Bogotá: Universidad Externado de Colómbia, 2002.

_____. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **A Jurisdição Constitucional na sociedade aberta.** In André Ramos Tavares, George Salomão Leite e Ingho Wolfgang Sarlet, Estado Constitucional e Organização do Poder. São Paulo: Saraiva, 2010.

HART, H. L. A.. **O conceito de direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law.** Disponível em: http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado.** Parte geral tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo. Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PÉREZ, José Luís Rey. **La democracia amenazada.** Madrid: Universidad de Alcalá, 2012.

PINTO, Marcos Barbosa, **Constituição e Democracia.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

POSNER, Richard A. **Para além do direito;** tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Justicia Constitucional. El rol de La Corte Constitucional en el Estado Constitucional.** Bogotá: Universidad Javeriana, Legis Editores, 2006.



RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Editora FGV, 2013.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quatier Latin, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. **La Legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Barcelona, Paidós, 2010.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SALDANHA, Nelson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SANTIAGO NINO, Carlos. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

SCHIMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOBOTA, Katharina. **Não Mencione a Norma!** Trad. João Maurício Adeodato. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas concretas em Direito**. 2ª edição revista e ampliada, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

TORQUATO, Castro Jr. **A Pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente (reflexões sobre Metáforas e Paradoxos da Dogmática Privatista)**. São Paulo: Noeses, 2009.

TORRES, Luis Fernando. **Legitimidad de la justicia constitucional**. Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2003.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª edição revista. Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen, 1967.