

**ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL COMO O “SUPEREGO DA SOCIEDADE”**
*ANALYSIS OF DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE FEDERAL SUPREME COURT AS
THE "SOCIETY'S SUPEREGO"*

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima*
Evaldo Ferreira Acioly Filho**

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição na atual jurisdição constitucional pátria, sob a ótica da legitimidade democrática e das limitações postas pelo poder constituinte originário. Para alcançar esse objetivo se fez necessário o estudo do Supremo Tribunal Federal como guardião do principal documento jurídico de uma sociedade politicamente organizada: a constituição. É por meio desta que a vontade do povo, titular do poder originário, expressa-se de forma a estabelecer a forma como a sociedade se organizará, delineando, os limites de atuação do Estado e garantindo os direitos individuais do cidadão face àquele. Assim, a constituição ocupa o topo valorativo do sistema jurídico, por isso precisa de meios de controle para que se cumpra sua vontade, e por essa razão, se investiga quem deverá ser o guardião da constituição e como ele vem desempenhado esse papel. Para isso, utilizou-se pesquisas de cunho bibliográfico e documental para analisar a evolução da jurisdição constitucional no caso brasileiro, e sua pertinência em relação aos conceitos de democracia e soberania popular imprescindíveis no contexto abordado.

Palavras-chave: Guardiã da Constituição; legitimidade democrática; “superego” da sociedade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the actions of the Supreme Court as guardian of the constitution in the current constitutional jurisdiction homeland, from the perspective of democratic legitimacy and the limitations posed by the original constituent power. To achieve this objective, it was necessary to study the Supreme Court as guardian of the main legal document a politically organized society: the constitution. Through which the will of the people, the holder of the original power, expressed in order to establish how the society will be organized, outlining the limits of state action and ensuring the individual rights of the citizen to that face to that. Thus, the Constitution occupies the evaluative top of the legal system, so it needs control means in order to fulfill his will, and therefore, investigating who should be the guardian of the constitution and how it has played this role. For this, we used surveys of bibliographical and documentary to analyze the evolution of constitutional jurisdiction in Brazil, and its relevance to the concepts of democracy and popular sovereignty are essential in the context addressed.

Key-words: Guardian of the Constitution; democratic legitimacy; "superego" of society; Federal Supreme Court.

* Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pelo Joahann Wolfgang Goethe-Universität/Frankfurt am Main, Alemanha (1998). Professor titular da Universidade de Fortaleza.

** Especialização em Pós-Graduação Lato Sensu Direito e Processo Constitucional pela Universidade Federal do Tocantins, Brasil (2015). Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

1. INTRODUÇÃO

A constituição é o meio jurídico-político utilizado para formação e estruturação do Estado que assegura ao povo a proteção contra o arbítrio estatal, proteção esta feita pela efetivação de direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna. Essa efetivação se realiza pela jurisdição constitucional que o faz por meio do controle do poder público por meio de processos jurisdicionais e de um órgão de nível superior integrante ou não da estrutura judiciária comum.

Com a aplicação da teoria política democrática na jurisdição constitucional, surge a problemática de identificar qual órgão exercerá a função de guardião da constituição e quais os motivos de sua escolha, partindo-se, necessariamente, de uma perspectiva democrática e da soberania popular.

A importância deste tema se dá justamente por este órgão utilizar-se das técnicas de controle de constitucionalidade e de interpretação de normas que efetivam os comandos constitucionais responsáveis pela materialização de um Estado Democrático de Direito.

Ao exercer uma de suas funções, qual seja a interpretativa e de enunciação constitucional, o *Excelso Pretório* acaba passando do papel de protetor para o de senhor, na medida em que não somente efetiva, mas acaba por complementá-la, ultrapassando os limites postos pelo poder constituinte originário. Desse fato decorre também o questionamento acerca da sua legitimidade democrática, uma vez que um órgão estatal que não foi escolhido pelo povo (de onde emana todo o poder), está como senhor da Constituição, complementando-a.

Partindo dessas concepções, o objetivo geral do presente artigo é analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição na atual jurisdição constitucional pátria sob a ótica da legitimidade democrática e das limitações postas pelo poder constituinte originário.

2. ORIGEM E ANÁLISE CRÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Para encontrar as origens do Supremo Tribunal Federal, é necessário que se faça um *link* com os acontecimentos históricos. A vinda da família real portuguesa para o Brasil, possibilitou a transferência administrativa da Corte e suas implicações, que no início da formação da autonomia brasileira, aos poucos, perdeu seu *status* de colônia. Diante desses acontecimentos foi necessário solidificar as instituições estatais aqui existentes.

Dentre estas, localiza-se o Judiciário que, de início, representava um poder com um papel muito limitado, ou seja, sua atuação restava circunscrita a um âmbito pequeno de atuação, mesmo com a mudança do período colonial para o período imperial. Esse panorama só foi mudar substancialmente com o início do período republicano, embora se saiba que na nossa história republicana por mais de uma vez o Supremo tenha sido subjugado pelas forças políticas que assumiram o controle político da nação.

Conforme expressa o texto da norma do art. 102 *caput* da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal é órgão responsável pela guarda da constituição. Dentre outras atribuições que o texto atribui, essa é sua principal tarefa: proteger a constituição, que se encontra no nível mais alto no escalonamento hierárquico das normas, efetivando a vontade do poder constituinte originário nela expressa.

Em razão dessa função precípua, surgem os questionamentos acerca de qual motivo escolher um tribunal para a guarda da constituição, quais os interesses existentes para que tal tarefa seja atribuída a ele e não a outro órgão, qual a relação do fator político na jurisdição constitucional e quais as conseqüências de um tribunal que ao abarcar para si a interpretação e o controle de constitucionalidade da constituição acaba ultrapassando os limites postos pelo seu próprio objeto defendido.

Portanto, mais importante do que entender quem é o guardião da Constituição, é compreender como essa guarda, mais precisamente no caso brasileiro, como o STF exerce sua competência peculiar e se esse exercício está em sintonia com os limites constitucionais.

2.1 ORIGEM DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O surgimento do Supremo Tribunal Federal no período colonial está ligado à Casa de Suplicação do Brasil, porém o precedente histórico, realmente, foi a Casa de Suplicação de Lisboa, o mais alto Tribunal do Reino e das colônias portuguesas. O que levou a transferência da Casa de Suplicação de Lisboa para o Brasil foi a chegada da família real portuguesa, em 1808, que só teve essa alternativa para manter autonomia e fugir da invasão de Napoleão à Portugal. Com a invasão de Napoleão, restou-se impossibilitado o Tribunal ser sediado em Lisboa, fato que impôs a Dom João VI, por meio do alvará de 10 de maio de 1808, a instituição da Casa de Suplicação do Brasil, funcionando como órgão máximo jurídico até 1828. A vinda da família real foi a mais sábia decisão de um monarca impotente ante o poder militar francês, e que preservou a autoridade da Coroa portuguesa em seus domínios.

Antes da criação desta, desempenhava esse papel de mais alto órgão da hierarquia da justiça do Reino, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro e o da Bahia, subordinado a Lisboa. Foi o tribunal de Relação do Rio de Janeiro que foi elevado ao patamar de Casa de Suplicação, cujos parâmetros foram definidos por Lisboa à semelhança do que lá havia. Sendo, portanto a última instância para decisão dos conflitos envolvendo as capitâneas do Brasil e das ilhas de Açores e Madeira.

Com as mudanças ocorridas no panorama político, principalmente, no ano de 1822, com a declaração de independência pelo príncipe regente, entra-se na fase imperial e há um rompimento com o Reino, o que ocasionou a outorga da primeira constituição do Brasil, fato que contribuiu para a evolução da organização judiciária brasileira.

A constituição de 1824 dispôs da criação do Supremo Tribunal de Justiça que antecede o que conhecemos hoje como Supremo Tribunal Federal. Aquele só foi efetivado pela lei de 18 de setembro de 1828 sancionada pelo imperador Pedro I, sendo composto de dezessete ministros, e tendo como competência o conhecimento de recursos de revista, julgamento de ações penais contra ocupantes de alguns cargos públicos e a resolução de conflitos de competência.

Ressalta-se que nesse período histórico do Brasil o Judiciário representava um poder limitado apesar de o texto constitucional ter sido elaborado com forte influência do liberalismo que se traduzia no princípio da separação dos poderes e da apresentação do Poder Judiciário como integrante da soberania política. Apesar de posteriormente Pedro II ampliar as atribuições do Tribunal, seu cotidiano se baseava em conceder revista e dirimir conflitos de jurisdição.

No âmbito penal, poucas autoridades estavam sobre o âmbito de julgo e de responsabilidade, o próprio imperador era uma figura inviolável. Com a proclamação da República, uma nova ordem se estabeleceu inspirada no modelo dos Estados Unidos da América, inaugurando o início do período republicano. De início, a Corte continuou exercendo suas funções normalmente, sem sofrer nenhuma mudança, o que só foi ocorrer a partir do Decreto nº. 848 de outubro de 1890 que mandaria organizar a Suprema Corte. Passando, portanto, esta corte a assumir o papel de órgão supremo do Poder Judiciário, assegurando, em suma, a supremacia da nova carta política como afirma Leda B. Rodrigues (1991).

O federalismo era uma característica do novo modelo político adotado no Brasil, fator importante no que tange à justiça, pois os estados federados gozam de maior autonomia e poderes para se auto-organizarem, inclusive no tocante à justiça local. Cabe ressaltar ainda

nesse modelo federado a bifurcação da organização estatal da justiça, uma vez que existia uma no nível estadual ou local, em cada unidade da federação, e outra em nível federal, que abrangia as questões da federação de forma geral, tendo o Supremo Tribunal Federal na cúpula do sistema judiciário.

Passada essa primeira fase da república brasileira, passa-se à segunda fase, que compreende a época de 1930 até 1937. Época conhecida também como Era Vargas, que enfraqueceu a Corte Maior, suspendendo as garantias judiciais dos magistrados, pondo de fora da apreciação do poder judiciário os atos do governo. Desse modo, quanto mais fraco o Tribunal mais aumentava o poder de Getúlio Vargas.

Com o fim do Estado Novo e a volta do regime democrático, o Supremo Tribunal Federal pôde agir de forma mais eficaz, a partir da constituição de 1946. Ocorre que na história política do Brasil ocorreram sucessivas interrupções no processo democrático que ocasionaram um retardo na solidificação de tipo de sistema. Afinal, pois pouco tempo depois da retomada da caminhada democrática de 1946, os militares aparecem no cenário político, em 31 de março de 1964, promovendo o golpe militar com a saída dos tanques de guerra às ruas.

A primeira consequência foi a tendência à centralização política, pois, com o golpe, a autonomia das unidades territoriais foi suprimida em face da União. O STF também sofreu baixa, afinal os militares queriam garantir a superioridade do Executivo, desestabilizando o Supremo. E assim o fizeram, elevando o número de ministros para poderem ter a maioria e suspenderam garantias essenciais da instituição como inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade. Portanto, a submissão do STF durante o regime militar frustrou diversas pessoas que se socorriam do judiciário para verem seus direitos conferidos.

Contudo, a ditadura não duraria para sempre, seja pelo contexto latino-americano que já não sustentava esse ideal antidemocrático, seja pela resistência interna da sociedade civil que estava em constante conflito com o Estado. Nesse cenário começa a transição do regime autoritário para o democrático que se inicia com a eleição de Tancredo Neves em, 1985, após vinte e um anos de ausência de um civil na Presidência da República.

Então começaram os trabalhos para elaboração de uma nova constituição que seria promulgada em 1988. Nela o Supremo Tribunal Federal está disposto no Título IV, Capítulo III, Seção II e art. 92, que traz os órgãos do poder judiciário. Os artigos seguintes dispõem sobre a composição dos ministros, forma de nomeação, competência. A nova constituição traz também parte da autonomia administrativa assegurada ao Judiciário que se constitui na eleição dos órgãos internos de direção, possibilidade de editar regimento interno com a

finalidade de delimitar a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Portanto, o STF, de acordo com o que a Carta Maior previu, assume o papel de cúpula do Judiciário de modo que interpreta a constituição e decide questões em última instância, figurando também como Tribunal Constitucional, uma vez que foi lhe atribuído o papel de Guardiã da Constituição.

3. A QUEM CABERÁ A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO?

Diante de um estudo da jurisdição constitucional, do controle de constitucionalidade e de um Tribunal Constitucional é importante que se faça uma abordagem sobre o debate ocorrido entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, nos anos de 1918 e 1933, na República Weimar, que contribuíram para o estudo das concepções de Estado e Constituição, como afirma Gilberto Bercovici (2003).

O debate ocorrido entre os dois juristas tinha como ponto fundamental definir a quem competiria a guarda da constituição. Schmitt, segundo, Gilberto Bercovici (2003) publica o livro “Der Hüter der Verfassung” (*Guardião da Constituição*) no qual inicia seu trabalho, desqualificando o Poder Judiciário como guardião da constituição, seja pela impressão de que a constituição deva ser protegida do legislador, seja pela influência da “solução austríaca” ou pela influência do papel da Suprema Corte norte-americana, que exerce competências distintas dos tribunais alemães.

Afirma Bercovici (2003) que Schmitt apresenta muitos limites ao poder judiciário como guardião da constituição, pois para Schmitt o controle judicial é um controle *a posteriori*, sendo também acessório exercido de maneira incidental por sentenças judiciais, resultando em um controle difuso, o que ocasionaria também em um Estado judicialista onde a vida política estaria subordinada aos tribunais ordinários. Para entender melhor os propósitos de Carl Schmitt, é importante que se saiba suas ideias sobre constituição, como o expõe Gilberto Bercovici:

Muito da resistência de Carl Schmitt ao controle judicial de constitucionalidade está ligado à sua concepção de Constituição. A constituição só é válida, para Schmitt, quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. A norma vale porque está positivamente ordenada em virtude de uma vontade existente. A unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado. Se a constituição for considerada apenas em seu sentido formal, como

constituição escrita, ela está sendo igualada a uma série de leis constitucionais escritas. Com isso o conceito de constituição só é possível se este for distinto da noção de lei constitucional. Este conceito é a constituição em sentido positivo, surgida mediante ato do poder executivo, que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política. A constituição, portanto, vale em virtude da vontade política existente tomada pelo poder constituinte. As leis constitucionais ao contrário, valem como fundamento na constituição. Toda lei, inclusive a constitucional, para ser válida, necessita, em última instância de uma decisão política prévia, adotada por um poder politicamente existente. A essência da constituição não está contida em uma norma jurídica: fundamentando toda normatização existe uma decisão política do poder constituinte. (2003, p. 196)

Após desqualificar o judiciário, Schmitt, na opinião de Bercovici (2003), analisa a possibilidade de o parlamento ser o guardião da constituição, fato que o jurista alemão descarta. Aquele expõe que o pluralismo político do parlamento faz com que não haja nenhuma direção, integridade ou unidade na política econômica, afirmando que a característica principal da democracia é a homogeneidade do povo. Concluindo, por defender que o legítimo guardião da constituição deveria ser o Presidente do Reich Alemão. Schmitt chega a tal conclusão por meio de uma interpretação extensiva do art. 48 da constituição de *Weimar*.

O presidente representaria um poder neutro, estando no mesmo nível de todos os poderes constitucionais, embora possuísse atribuições especiais para garantir e coordenar os funcionamentos dos demais poderes, além de garantir a unidade do povo alemão como o conjunto político, uma vez que era eleito diretamente pelo povo, podendo fazer frente aos interesses de grupos sociais e econômicos presentes no parlamento.

Em sentido contrário, Hans Kelsen publica o “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” (Quem deverá ser o guardião da constituição?), expondo suas críticas as teorias de Schmitt, atribuindo a guarda da constituição a um tribunal independente. Martônio Mont’Alverne (2003) afirma que “A guarda da Constituição em Hans Kelsen” servirá de apoio para a explicação do pensamento kelseniano sobre o corrente tema. O primeiro argumento contrário lançado por Kelsen contra a tese de Schmitt é em relação ao Chefe de Estado como guarda da constituição. Sobre esse ponto, explica Martônio Mont’Alverne:

O mais surpreendente é que Carl Schmitt, professor de Direito do Estado da Escola Superior de Comércio de Berlim, “renove e transfira a teoria do poder neutro (*pouvoir neutre*) de Benjamim Constant, um dos mais antigos e respeitados ideólogos da monarquia constitucional, sem qualquer limitação, para um chefe

de Estado republicano” (...) Schimitt prossegue na idéia – sempre combatia por Kelsen – de que uma corte constitucional com poderes de declaração de inconstitucionalidade de leis e de suspensão de eficácia de leis inconstitucionais, composta por homens a partir de uma proporcionalidade partidária, não pode ser denominada corte judiciária”. (2003, p. 205)

Ocorre que o tribunal constitucional é órgão independente dos demais poderes do Estado, não prosperando a tentativa de Schimitt de englobar a corte constitucional no poder judiciário, muito menos a alegação de que o controle constitucional nas mãos do Judiciário representaria uma politização da justiça, ameaçando-a, como afirma Martônio Mont’ Alverne (2003).

Outro ponto combatido por Kelsen é o argumento de Schimitt quando da impossibilidade do Legislativo de efetuar o controle de constitucionalidade em razão do pluralismo político da sociedade democrática que é heterogênea, ou seja, característica considerada nociva ao próprio Estado. Analisa esse aspecto Martônio Mont’ Alverne:

Para Schimitt o Estado total faz desaparecer a tensão produzida pelo pluralismo, qual seja o antagonismo entre sociedade e Estado. (...) O pensamento de que somente o legislativo, e não o judiciário, é verdadeiramente político é tão falso, quanto o argumento de que somente o legislativo produz direito e o judiciário, quando da aplicação do direito o reproduz (...) Na verdade, quando o legislador investe o juiz, dentro de determinadas fronteiras, de ponderar sobre interesses contrários e decidir conflitos em favor de alguns e desfavor de outros, transfere para o juiz, este mesmo legislador, a tarefa de criação de direito, e com isso, um poder que confere à função judicial o mesmo caráter ‘político’ que o legislador possui. Peremptório, conclui Kelsen: ‘Entre o caráter político do legislador e o do juiz, existe apenas uma diferença quantitativa e nenhuma qualitativa’. Neste sentido, todo conflito jurídico seria, para Kelsen, um conflito de poder. (2003, p. 205)

Pode-se concluir do debate realizado pelos juristas que o ponto principal é a perspectiva democrática em uma jurisdição constitucional. A preocupação existente em não extrapolar os poderes conferidos pela constituição no exercício de sua proteção. De forma que o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos seja a garantia de respeito formal e material da constituição.

4. O JUDICIÁRIO COMO “SUPEREGO” DA SOCIEDADE

No estudo da jurisdição constitucional, e na atuação dos tribunais como guardião da constituição, pertinente é a lição apresentada no artigo publicado pela jurista e professora de ciência política da Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt am Main, Ingeborg Maus, denominado o “Judiciário como Superego da Sociedade”. O artigo analisa o crescimento da atuação do Poder Judiciário no controle normativo à luz do conceito psicanalítico da *imago* paterna, que se projeta na função de moralidade pública.

A autora, através de análise da jurisprudência alemã constitucional, demonstra que por detrás das ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional escondem-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular. Pairando a suspeita de que essa atividade judicial dos tribunais constitucionais se desenvolveu a serviço da expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas.

Sua suspeita se fundamenta em uma leitura do controle de constitucionalidade das leis a partir de parâmetros oriundos do princípio da soberania popular, que é o ponto central de suas reflexões. Não haveria como fazer o estudo da jurisdição constitucional sem que se usasse a perspectiva radicalmente democrática, pois é essa soberania que externa a vontade do povo.

A autora, ao analisar o Judiciário na Alemanha, conclui que, quanto às funções da Corte Constitucional, houve um aumento nas funções, que iniciou-se no período liberal, na tentativa de substituir o Monarca que representava a figura do “pai” que fora derrubado. O que caracterizava o papel do superego coletivo de uma sociedade órfã carente de tutela. Sobre a sociedade órfã e a figura do “pai” explica Maus

A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego. Ambas as tendências levaram a relações em que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma. Por isso a “sociedade órfã” ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrativos, podem ser facilmente conduzidos por meio de reificação e dos

mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna. (2000, p. 185-186)

Em razão da perda do Monarca, surge uma lacuna para a sociedade, pois este representava o paladino da moral, na Alemanha, que havia caído. E para preencher essa lacuna aparece a Corte Constitucional sobrepondo-se sobre o legislador democrático na interpretação das normas. Desse modo os juízes eram tidos como pessoas mais aptas a debater os destinos da sociedade do que o próprio parlamento.

Maus (2000) analisa que não se trata de analisar apenas uma ampliação objetiva dos poderes do judiciário, mas sim a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu, após as duas grandes guerras, de forma que a Justiça passa a ter contornos quase religiosos pela população, não se tendo espaço para qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional.

Continua a referida autora, citando Erich Kaufmann, visto como representante da fração conservadora da época da Constituição Weimar, afirmando que o juiz é tido como “receptáculo puro”, o qual propõe como “sucedâneo” do monarca derrubado os direitos fundamentais da nova constituição e seus intérpretes judiciais, centralizando a “consciência” social na Justiça.

A imagem do pai, segundo a autora, aparece no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos, que desenvolve desde o século XIX um modelo original de controle da constitucionalidade, onde se observa, a partir da análise da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a figura paterna que se apresenta na biografia dos juízes, tidos como “profetas” ou “Deuses” do “Olimpo do Direito”. Essa tendência ao biografismo configura-se na idéia que suscita algo como uma reedição dos antigos espelhos dos príncipes, pois essa é a influência marcante da personalidade dos juízes e parece caracterizar requisito para a elaboração de uma decisão racional e justa.

Maus (2000) cita, em seguida, Ronald Dworkin, que defende a ideia de que moral e direito não podem ser separados na atividade jurisprudencial, e que essa idéia pode encobrir moralmente um decisionismo judicial situado não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social tem a capacidade moral de argumentação maior do que a dos juízes, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social e o

fator decisivo da interpretação jurídica. Sobre a inclusão da moral no âmbito do direito, explica Maus:

A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. (2000, p. 186-187)

A partir dessa concepção, Maus revela (2000) sua preocupação em investigar se esse ideal de jurisdição não seria o marco inicial do modelo de transferência de superego. Questionando-se por fim: não será a justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?

É, pois, a Justiça capaz de regular a moral pública, que o faz por meio da introdução de pontos de vistas morais e de “valores” na jurisprudência, legitimando-a e imunizando-a de qualquer crítica, bem como, liberando-a de qualquer compromisso legal com a vontade popular?!

Para Maus (2000) a Corte alemã aparece como censor ilimitado do legislador, superando suas competências constitucionais, chegando o tribunal a afirmar que seus parâmetros de controle de constitucionalidade das leis não deveriam ser pautados pela Constituição vigente. Deveria, portanto, ultrapassar seus horizontes, uma vez que reconheceu a existência de direitos suprapositivos e se declarou competente para analisá-los.

Desse modo, o tribunal constitucional se libera de qualquer limitação constitucional, podendo camuflar qualquer decisionismo com fundamento em uma certa “ordem de valores” submetida à Constituição. Sobre essa atuação ilimitada, expõe Maus:

Assim, a “competência” do TFC – como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. “*Legibus solutus*”: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que

disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição. (2000, p. 191-192)

A guarda da constituição deve ocorrer com fundamento em uma interpretação realizada por um órgão que seja legítimo no sentido de não assenhorar-se dela, mas sim de protegê-la, respeitando os limites constitucionais postos na carta política fruto de um poder constituinte. Impedindo, dessa forma, a manipulação da autonomia dos indivíduos da sociedade com base no poder de interpretar.

5. OS LIMITES DE ATUAÇÃO E DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF

Inicialmente, compete registrar que a ideia contemporânea de apresentar o constitucionalismo (regra contramajoritária) e a democracia (vontade da maioria) como ideais não compatíveis representa uma visão míope dos institutos. Na verdade a constituição se realiza com perfeição no molde democrático, com bem ensina o Prof. Lênio Streck:

Na realidade – e a tradição que engendrou o constitucionalismo nas suas diversas fases aponta para esse desiderato -, a democracia constitucional é o sistema político talhado no tempo social que o vem tornando a cada dia mais humano porque se enriquece com a capacidade de indivíduos e comunidades para reconhecer seus próprios erros, como acentua Holmes. A constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma - a Constituição – estabeleceu para o futuro. *Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade.* Veja-se, e a lembrança vem novamente de Holmes, que Locke, Kant e tantos outros aprovaram as regras constitucionais duradouras ainda que não inalteráveis. E assim fizeram porque reconheciam que tais regras podiam fomentar o futuro aprendido. *Os mortos não devem governar os vivos; devem, sim, facilitar a que os vivos se governem a si próprios.* (2014, p. 88)

Desse modo, não se está aqui há separar a campo político da Constituição, como se as dimensões devessem ser analisadas de forma separada, pelo contrário, justamente por reconhecer o caráter indissociável destas é que se justifica a importância em analisar o exercício da jurisdição constitucional.

O Brasil por representar um país de modernidade tardia, é preciso ponderar que um certo grau de intervencionismo da jurisdição constitucional é inexorável, porque é visível a inércia dos poderes legislativo e executivo na concretização de direitos fundamentais, não podendo a justiça constitucional também quedar-se inerte à concretização destes direitos.

Todavia, a defesa de um intervencionismo constitucional necessário para a concretização de direitos fundamentais não pode servir de máscara para o tribunal se assenhorar da Constituição por meio de posturas discricionário-decisionistas, conforme explica Lênio Streck (2014).

A atribuição de sentido de forma discricionária na concretização de direitos representa um retrocesso a grande conquista do direito do século XX, que foi justamente o surgimento do direito com uma dimensão de modificar as relações sociais. Nesse sentido continua explicando Lênio Streck:

Daí a inegável importância da hermenêutica desse novo direito exurgido no Estado Democrático de Direito. Há, visivelmente, uma aposta na Constituição (direito democraticamente produzido) como instância da autonomia do direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo da exceção. Disso tudo é possível dizer que tanto o velho discricionarismo positivista quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito têm algo em comum: o déficit democrático, isso porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, a esta altura da história é um retrocesso reforçar/acentuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição. É nesse contexto que se afigura imprescindível uma principiologia, ao mesmo tempo apta a “proteger” o direito e a concretizá-lo. (2014, p. 55)

Essa também é a preocupação externada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) O uso abusivo da *discricionariedade judicial* na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando

colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade. (...) A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobreponem ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A *preferência da lei* concretiza os princípios da separação de Poderes, da segurança jurídica e da isonomia. (2009, p. 392)

A ineficácia dos poderes Legislativo e Executivo não pode ter o condão de depositarmos as expectativas de realização constitucional exclusivamente no poder Judiciário, justamente porque este poder não possui uma cultura democrática. Um exemplo claro da ausência dessa cultura é a introdução pela emenda constitucional nº 45 das súmulas vinculantes.

Em análise do art. 103-A da Constituição Federal de 1988 vemos um rol restrito na provocação de aprovação, revisão ou cancelamento das súmulas, limitadas aos legitimados a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Não bastasse isso, o requisito das chamadas “reiteradas decisões sobre a material constitucional”, expõe o viés discricionário e arbitrário das causas sumuladas. Afinal, qual foram as reiteradas decisões sobre matéria constitucional que embasaram a súmula vinculante nº 11?! Essas súmulas que tem um caráter vinculante para todas as esferas da Administração Pública passaram por algum tipo de discussão heterogênea, onde pudessem ser analisados todas as implicações dessa postura positiva do Tribunal?!

E por que nada foi feito pelos que podiam agir?! Dentre outros fatores, certamente para manter uma governabilidade entre os poderes, evitando uma crise institucional que atrapalharia o projeto de poder do governo. Fica claro que entre governabilidade e democracia, os agentes políticos (sentido amplo) optam pelo primeiro, sem perceber que com essa postura contribuem diretamente para o esvaziamento axiológico da Constituição.

Nesse sentido, explana o prof. Gilberto Bercovici:

A democracia também não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional. Como bem afirma Friedrich Muller, o Estado Constitucional foi conquistado no combate contra a falta do Estado

de Direito e da democracia e este embate continua, pois a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais. A democracia e a soberania popular pressupõe a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo. A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta. Desta forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica. O “positivismo jurisprudencial” torna clara a crise, que, juntamente com a crise de representatividade, a crise dos partidos políticos, é também crise da Constituição. (2003, p. 127)

Partindo-se de uma perspectiva democrática, da qual não podemos nos afastar, atualmente, a jurisdição constitucional é uma atividade política no Estado brasileiro, e como tal, há de se submeter aos princípios decorrentes do estado democrático de direito. Para a manutenção dos direitos fundamentais é preciso ser levada em consideração a perspectiva política, todavia, não pode a constituição, sob esse argumento, ter o condão de arrematar para si todo o político sob um manto de um “positivismo jurisprudencial” que sugere um universo normativo restrito. Sobre essa perspectiva afirma Gilberto Bercovici:

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política. (2003, p. 131)

Percebe-se, a partir das decisões do Supremo que sua capacidade de alterar os destinos do governo é incomensurável, ocorrendo, portanto uma desproporção política do sistema, uma vez que o povo não participa da escolha dos membros desta corte, muito menos possui a possibilidade de intervir no funcionamento dela, gerando uma desproporção política que compromete os valores democráticos e soberanos.

Rompe a corte constitucional, desse modo, e não só no caso brasileiro, com as limitações do poder constituinte originário existentes na constituição, livrando-se do crivo da sociedade, abarcando para si o monopólio da definição dos valores expressos na carta política por meio do controle da constitucionalidade, equiparando-se ao próprio poder constituinte, como explica Gilberto Bercovici (2003, p. 204).

Passa o STF a figurar como o “*pai de uma sociedade órfã*”, camuflando, por meio de sua atividade de controle, um decisionismo político que vai além dos limites democráticos racionais. Tomando o espaço político, por meio da transferência do “superego”, como se vê no caso da análise do §1º do art. 4º da Resolução nº 20.993 de 26.02.2002 do Tribunal Superior Eleitoral que decidiu pela formação de somente uma coligação geral entre partidos políticos, fato que fez com que todos os partidos políticos ficassem imobilizados esperando uma palavra final do STF.

Outro caso emblemático é o comportamento do STF na época da implantação dos planos econômicos Collor e Real, quando o controle de constitucionalidade garantiu a execução destes planos, viabilizando sua realização. Bercovici (2003) relata que em nenhum momento foi alegada a inconstitucionalidade do Plano Real e suas conseqüências como a imobilidade de aumentos dos servidores públicos e o bloqueio dos passivos bancários relativos ao Plano Collor. Ou seja, entre governabilidade e democracia a jurisdição constitucional optou pela governabilidade, para manter uma segurança jurídica baseada em certo *status quo* político, mantendo uma realidade institucional.

A judicialização da política se configura para que o decisionismo político ficasse camuflado pelo controle de constitucionalidade, uma vez que o debate político em uma Corte é muito menor do que no parlamento, ficando comprometida a heterogeneidade das tensões sociais. Fortalecendo o caráter conservador da jurisdição constitucional, ela se põe acima dos outros poderes como um terceiro neutro. Essa experiência já foi vivida na história político institucional brasileira, qual seja, o poder moderador que funciona como instância moderadora de pretensos abusos do parlamento, garantindo a estabilidade requerida pelos liberais e estabelecendo uma democracia limitada e paradoxalmente legitimada pela sociedade.

6. CONCLUSÃO

O exercício da interpretação da constituição pelo Poder Judiciário vem, reiterada vezes, se afastando da vontade popular expressa, pairando sobre essa atividade judicial dos Tribunais Constitucionais a suspeita de servir para a expansão do poder autocrático sem nenhuma forma de controle equivalente.

Essa constatação surge da análise da questão sob uma perspectiva da soberania popular e não poderia ser diferente, pois o povo é o senhor dos seus destinos e expressa sua vontade na constituição fruto do poder constituinte originário. Portanto, o controle de constitucionalidade deve ser entendido em um parâmetro radicalmente democrático. Uma vez

que a jurisdição constitucional revela sua faceta política, nada mais sensato do que submetê-la ao crivo da sociedade.

O que se percebe é que não se trata apenas de uma ampliação objetiva das funções do judiciário, mas da consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador. A exemplo do que ocorre na Alemanha desde a queda da Monarquia, fica uma lacuna na sociedade que em relação a quem poderia ser o parâmetro da moral. Surge, então a Corte Constitucional para preencher essa lacuna, uma vez que seus poderes de interpretação da forma como ocorre, no caso brasileiro, contribuem para que o destino da sociedade seja debatido no Tribunais, e não no parlamento.

Essa concentração de poder na mão do Judiciário revela-se perigosa, pois a partir da análise da história política brasileira percebe-se uma tentativa de concentrar e fortificar o controlador e intérprete desde a época do Império. Falo do Poder Moderador que assim como o Judiciário, se colocava como um terceiro neutro, quando, na verdade, escondia seu caráter conservador. Ora, quando se dilata os poderes dos juízes que, normalmente não são eleitos reveste-se também a jurisdição constitucional de um aspecto conservador, pois o judiciário passa a deter o monopólio da moral e da ordem pública de um Estado, determinando o que uma constituição é ou não é. Esse monopólio diverge, também, da soberania popular, pois um poder estatal – Judiciário – se auto limita, excluindo a participação popular, rompendo com aspecto democrático da constituição.

Isto posto, o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal deverá ser repensado sob á luz dos conceitos de soberania popular e do parâmetro democrático para evitar a tendência de inclinação natural de abuso do poder. Desse modo, o STF não seria o senhor da constituição, exercendo apenas seu papel constitucionalmente definido de protetor.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, O Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003c.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 02 jun. 2015.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hanz Kelsen. In *Rev. Brasileira de Direito Constitucional* (Jan-Jun), Vol I. Ed. Método. São Paulo 2003.

_____. Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário, in: *Revista da Procuradoria Geral da República*, Ed. Revista dos Tribunais, v. 8, São Paulo, 1996, pp.81 - 101.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário Como Superego da Sociedade*. “O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã” Trad. Do Alemão: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em:

<<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 02 de jun. 2015.

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO E SILVA, Nanci de. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I/1891-1898. Defesa das Liberdades Cívicas. 2. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

STANZIOLA VIEIRA, Renato. *Jurisdição Constitucional Brasileira e os limites de sua Legitimidade Democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev. mod. ampl., São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

Encaminhado em 03/07/18

Aprovado em 29/01/19