

**ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS SENTENÇAS DE CARÁTER
ADITIVO**

Olavo Irineu de Araujo Neto
Aluno do curso de extensão de Teoria Geral de
Direito Público na Escola de Direito do IDP

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo de estudar a legitimidade das decisões proferidas pelo STF. A legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal frente às sentenças de caráter aditivo é objeto de polêmica no meio acadêmico e na imprensa. Pois, em certos casos a lacuna que é preenchida por decisões da Suprema Corte substituiu legislação que deveria ter sido feita pelo Congresso Nacional, logo o Supremo Tribunal Federal estaria fazendo às vezes do legislador positivo.

Palavras-chave: legitimidade, Supremo Tribunal Federal, ativismo judicial.

ABSTRACT

This work aims to study the legitimacy of decisions by the Brazilian Supreme Court. The democratic legitimacy of decisions of the Supreme Court against the sentences of additive character is controversial in academia and on press. In some cases the legislation empty is filled by Supreme Court decisions has replaced legislation that should have been made by Congress, so the Supreme Court would be doing sometimes the legislator positive.

Keywords: legitimacy, Brazilian Supreme Court, judicial activism.

INTRODUÇÃO

A legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal, quando decisões ou sentenças têm caráter aditivo tem sido objeto de um grande número de artigos¹ e livros² e a inquietação surge justamente quando se observa o questionamento dessa legitimidade em determinadas decisões: reconhecimento da união homoafetiva, Lei da Ficha Limpa com validade a partir de 2012, disciplinou o uso de algemas³, demarcação das terras indígenas, proibiu o nepotismo⁴ e ainda regulou a fidelidade partidária. A dúvida persiste: será que o STF tem ou não legitimidade democrática para prolatar tais decisões?

O problema que se alega geralmente na mídia, no caso de alguns políticos e juristas que reclamam da atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos em uma série de julgados importantes, nas quais não só decidiu a vida de milhares de pessoas como as afeta até hoje⁵. Pois, em certos casos a

¹ NICACIO, Adriana. Supremo Legislador Federal. Isto É, São Paulo: Editora três, ano 34, nº 2175, p.48-49, jul. 2011. Nesse artigo a autora afirma que Deputados e Senadores estão mais preocupados com emendas orçamentárias e distribuição de cargos que elaborar leis, e o STF passa a exercer o papel dos parlamentares.

² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³ Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467> acessado em 23/08/2011.

⁴ Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94747> acessado em 23/08/2011.

⁵ Segundo o Professor Lenio Streck. “O STF teve uma postura ativista e se colocou no lugar do legislador, violando a cláusula da separação de poderes. Não está em pauta, na minha discussão, ser contra ou a favor das uniões homoafetivas. Particularmente, acho a causa justa. Mas a Constituição Federal teria de ser modificada ou criada uma nova legislação, porque o texto legal fala em homem e mulher.” Disponível em:

lacuna que foi colmatada, por tais decisões acabou por substituir a legislação que teria que vir do Congresso Nacional, logo o Supremo Tribunal Federal estaria fazendo às vezes do legislador positivo, quando uma de suas características constitucionais é de legislador negativo.

Nos governos militares que foram do período de 1964 a 1986, cidadãos, juízes, políticos todos tiveram mitigados suas garantias constitucionais a partir da vigência do Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968.

O Executivo à época detinha todos os poderes sob seu controle inclusive o Judiciário, que não podia apreciar determinadas questões contrárias aos interesses dos governos militares, inclusive pedidos de *habeas corpus*⁶ de presos políticos. O Congresso Nacional foi fechado e ministros do Supremo aposentados de forma compulsória.⁷

Havia um clima tenso entre os militares e o Supremo, que poderiam ter fechado a corte, mas isso caracterizaria a ditadura de uma forma absurdamente negativa no plano nacional e internacional.⁸

Passado, a ditadura militar veio à Constituição de 1988, que deu diversas atribuições ao Supremo Tribunal Federal, e fortaleceu as instituições democráticas brasileiras. Em um primeiro momento tem-se uma evidencia maior das ações do Legislativo com a Constituição Federal de 1988 e a criação de diversas leis que permitiram a redemocratização do país. Depois se iniciou uma ascensão do Executivo relacionado às tentativas de estabilização econômica.

<http://blogdotarso.com/2011/05/08/decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva-lenio-streck-e-juiz-de-sp-divergem/> acessado em 01/09/2011.

⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101553> acessado em 27/07/2011.

⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124565> acessado em 27/07/2011.

⁸ “Um episódio contado no livro “O Julgamento da Liberdade”, de Ézio Pires, demonstra o clima de intrigas entre o Planalto e o Supremo. O presidente da Corte em 1964, Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, teria dito ao general Castello Branco que, caso o Supremo sofresse repressão na consciência e julgamento dos magistrados, ele fecharia o Tribunal e entregaria as chaves na portaria do Palácio do Planalto.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124565> acessado em 27/07/2011.

O constituinte originário optou por uma constituição que é caracterizada como analítica, uma constituição que tenta abranger um maior número de temas e dessa forma dando status constitucional a diversos temas que antes não tinham essa relevância. Essa característica marcante da Constituição Federal de 1988, leva ao STF um número grande de casos e muitos dos interesses nacionais são julgados na Corte.

Os impasses políticos gerados pelo Executivo e Legislativo também vão a essa instância do Judiciário para serem dirimidos⁹, quando determinados entendimentos não conseguem convergir de forma política para uma concordância.

Indubitavelmente a Constituição de 1988 atribuiu uma série de novas responsabilidades ao Supremo Tribunal Federal¹⁰ essas atribuições estão listadas no art.102 da Constituição Federal de 1988 e ainda foram ampliadas e reguladas pelas Emendas Constitucionais nº 3/93¹¹, nº 45/2004¹², além das leis nº 9.868/99¹³ e 9882/99¹⁴. Tais ações evidenciam uma tendência legislativa em

⁹ Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação com a sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.384.

¹⁰ A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância. VIERA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DIREITO GV*. Volume 4 número 2, jul-dez. 2008.

¹¹ Altera o artigo 102, I da CF/88 – inclui a ação direta de constitucionalidade.

¹² Emenda Constitucional 45/2004 – Inclui o princípio da celeridade processual no artigo 5º, cria o CNJ.

¹³ Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o supremo tribunal federal.

¹⁴ Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

transferir cada vez mais poder para a Corte Constitucional para dirimir quíazilas políticas.

Tal transferência de poder para a Corte Suprema brasileira parece não incomodar outras esferas políticas. Para atestar tais alegações tem-se que, o Presidente do Senado Federal em 2008, José Sarney, afirmou que nenhuma instituição é mais importante e necessária ao Brasil do que o STF¹⁵. O próprio ex-presidente Lula também apóia a atuação do Supremo Tribunal Federal¹⁶.

Devido a essa ascensão política do Tribunal e suas decisões políticas tomadas. Começou-se a questionar a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal frente a essas decisões que são proferidas com caráter aditivo.

No presente trabalho se sustenta que o Supremo Tribunal Federal tem legitimação democrática para decidir temas polêmicos ou controversos em relação à omissão legislativa ou mesmo ir além, pois tal órgão possui legitimação constitucional, democrática e argumentativa, além da legitimação da autoridade dada pelas garantias constitucionais da magistratura que confere

¹⁵ Segundo Sarney em discurso na abertura do ano judiciário em 2010. “Um dos maiores desserviços ao País é tentar desprestigiar o Supremo Tribunal Federal. Nada pior para o povo, para o Poder Executivo, Legislativo, juízes, advogados e procuradores, do que o Supremo ser alvo de ataques e contestações, visando o enfraquecimento de sua autoridade. Ele tem, segundo a expressão de Nélon Hungria, o direito de errar por último.” Disponível:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/abertura_do_anos_judiciario_2010_Sarney.pdf acessado em 21/07/2011 e <http://www.profpito.com/OSTFSarney.html> acessado em 18/07/2011.

¹⁶ Discurso do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, na solenidade de abertura do Ano Judiciário Supremo Tribunal Federal – Brasília-DF, 1º de fevereiro de 2010. “E o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem dado importantes contribuições ao nosso marco jurídico ao julgar matérias de grande repercussão no cotidiano da sociedade brasileira. Estou falando de casos que vão desde a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol à constitucionalidade da Lei de Recuperação Judicial e Falência. Do reconhecimento do direito de recorrer em liberdade à afirmação da constitucionalidade da legislação que proíbe as importações de pneus usados. Os exemplos da atuação do Supremo são muitos. Mas eles guardam, em comum, o compromisso da Corte em construir um ambiente juridicamente seguro e estável, componente indispensável para a manutenção de um longo ciclo de desenvolvimento social e econômico do nosso país. Esses fatos que narrei comprovam que, em todas as suas instâncias, o Judiciário Brasileiro mostra-se sólido e atuante nas missões constitucionais. Mais do que isso: está engajado no prosseguimento das reformas que tornarão o Sistema de Justiça ainda mais rápido e, sobretudo, acessível à população.” <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=119378> acessado em 18/07/2011.

aos seus Ministros segurança para proferirem decisões de caráter contramajoritário, pois não precisam de apoio financeiro para futuras eleições, devendo contas de seus atos à sociedade.

Os críticos¹⁷ afirmam que quando o Supremo Tribunal Federal profere decisões ativistas esse tribunal avoca para si uma competência que originariamente não é sua. Com isso fere a tripartição de poderes definida por Montesquieu. Isso causa sérios impactos e tenciona o equilíbrio que deve haver entre os três poderes. Além do mais o STF está virando uma casa de juízes-legisladores. Feito esse que amplamente condenado na literatura acadêmica de Direito e Ciência Política.

Para Ives Gandra Martins¹⁸ o ativismo judicial do STF usurpa competências que são do Legislativo.

Este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros - e não por um homem só -, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Poder Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar, substituindo o único poder que reflete a vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas.

Sabe-se que o STF atua como legislador negativo e esse poder é dado através da Constituição Federal de 1988 para retirar do mundo jurídico uma norma que esteja em desacordo com a Carta Magna. Para o Professor Ives Gandra Martins, o STF exorbita suas funções ao dar uma nova interpretação ao texto constitucional sem se preocupar com o sentido original que o legislador que passar para o texto o *mens legislatori*¹⁹.

¹⁷ Sempre fui contra o ativismo judiciário. O que a Constituição escreveu é o que tem que prevalecer. É evidente que não estou de acordo com os fundamentos da decisão. Entendo que o STF não pode se transformar num constituinte. Ives Gandra Martins ADI 4277 e ADPF 132 Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,juristas-e-igreja-contestam-a-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,715497,0.htm> acessado em 14/07/2011.

¹⁸ Disponível: <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=33808#> acessado em 19/07/2011.

¹⁹ Mens legislatori: é o sentido que o legislador quis dar a lei.

Outra crítica parte de Elival da Silva Ramos²⁰, resumindo seu pensamento, o direito moderno está baseado em textos escritos e esse texto escrito não pode ser distorcido, o ativismo judicial para esse autor é uma ruptura com o sistema jurídico quando o julgador cria um novo texto desprezando o texto original e em consequência rompendo com o Estado de Direito.

Apesar das críticas, o professor Inocêncio Mártires²¹ em seu livro Curso de Direito Constitucional afirma que, mais não se precisa dizer para comprovar que verdadeiro legislador não é quem faz as leis, mas quem dá a palavra final sobre o sentido e o alcance das suas disposições.

Tal colocação reflete que o verdadeiro legislador não é a aquele que positiva a lei e sim aquele que a interpreta. Uma prova disso seria a chamada mutação constitucional²², que em breves linhas é a mudança do entendimento da Constituição sem a alteração dessa²³, que não será objeto de discussão no presente artigo, mas corrobora com os escritos do professor Inocêncio que afirma que o verdadeiro legislador é o interprete da norma.

2 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES

²⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo:Saraiva, 2010.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* - Ed.4. São Paulo: Saraiva, 2009. p.27.

²² “A modificação da Constituição pode-se dar por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional. Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Obra de um assim chamado poder constituinte difuso, a mutação constitucional se realiza por meio da interpretação - isto é, pela mudança do sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente - ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, as possibilidades semânticas do relato da norma e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.397.

²³ “De quando em vez, se afirma que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções.” Gilmar Mendes, ADI 4277 e ADPF 132.

O poder do Estado consiste na elaboração das leis e no uso da força. A lei detém o poder de vincular a ação de todos que fazem parte de uma população. E quem detém a prerrogativa para elaborar leis pelo menos de forma originária é o Poder Legislativo. Outro titular dessa prerrogativa é o Presidente da República através do instituto da medida provisória²⁴. O judiciário também a partir do advento da súmula vinculante passou a ser um legislador positivo²⁵.

Uma das principais críticas que se faz a atuação do Supremo consiste na afirmação que o Supremo fere a harmonia dos três poderes ao proferir sentenças de caráter aditivo, sendo assim usurpando as funções que caberia ao Poder Legislativo. A separação dos três poderes é definida de forma constitucional no art. 2º da carta de 1988, definindo o Legislativo, Executivo e Judiciário como poderes da União independentes e harmônicos entre si.²⁶

A separação de poderes teve entre seus teóricos alguns pensadores como: Aristóteles, John Locke e Montesquieu. Esses autores estabeleceram os fundamentos do Estado Moderno com a doutrina da separação dos três ou a divisão do poder que é uno nas três funções básicas.

Para o político francês Coste-Floret sendo citado por Paulo Bonavides afirma que, “Há muito tempo que a regra da separação dos poderes, imaginada por Montesquieu como um meio de lutar contra o absolutismo, perdeu toda a razão de ser.”²⁷

²⁴ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

²⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

²⁶ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁷ Coste-Floret, Les Projets Constitutionnels Français, pp. 13-15, apud José Augusto, Presidencialismo versus Parlamentarismo, p. 44. Apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Ed.10. São Paulo: Malheiros, 2000, p.187.

A sociedade contemporânea é extremamente complexa, ágil, urge por decisões rápidas e eficientes. Existe um desejo da sociedade por decisões rápidas que não podem esperar de forma indefinida uma resposta do legislativo que parece ignorar os eleitores ou simplesmente ficar em “silêncio de forma eloqüente” sobre determinados assuntos que possam trazer prejuízos eleitorais nos próximos anos. Para alguns autores a separação teve sua função à época em que tal teoria foi criada influenciando a Revolução Francesa e o processo de independência das colônias americanas. Mas novas concepções e teorias nos mostram que não há mais uma separação nítida entre essas funções, para tanto afirmam que o poder é uno e indivisível, e que o existe é uma separação de funções²⁸.

Tal afirmação se deve as complexidades sociais agora impostas e vários direitos assegurados nas constituições analíticas instauradas em vários países na segunda metade do século XX. Tais cartas constitucionais definem atribuições originárias de um poder aos outros. Assim sendo dessa forma termina cada um dos três poderes originários legislando, administrando e julgando. Foi-se o tempo onde a concretização da Constituição era apenas de responsabilidade do Legislativo. A Corte Constitucional²⁹ como guardiã da Constituição tem a última palavra nos casos onde é provocada, mas essa última palavra não é absoluta, pois em muitos casos espera-se do legislativo

²⁸ O poder realmente é uno e indivisível e ao se falar em tripartição do poder, a expressão exatamente assim entendida estaria equivocada. Tripartição do poder, em realidade, significa tripartição das funções. Trata-se, assim, da palavra poder enquanto função do governo. Entenda-se que como muito vocábulos no direito, a palavra poder possui três concepções distintas. Aquela do artigo 1º da CF, em que a palavra poder apresenta-se como “governo”; no artigo 2º da Carta Magna como “órgão” e, por exemplo, no artigo 44, como “função”. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

²⁹ “Como afirma Madison, “não se nega que o poder é, por natureza, usurpador, e que precisa ser eficazmente contido, a fim de que não ultrapasse os limites que lhe foram fixados”. (“O Federalista”, n. 48) A limitação do poder, dada esta sua natureza intrínseca, só pode ser obtida pela contraposição a outro poder, isto é, o poder freando o poder. Outra forma de deter o poder legislativo se obtém pelo reforço dos outros poderes. O judiciário, necessariamente o ramo mais fraco porque destituído de poder de iniciativa, merece cuidados especiais para que sua autonomia seja garantida. Este é um ponto defendido com ênfase por Hamilton, que chega, em passagens de “O Federalista” n. 78, a atribuir à Corte Suprema o poder de interpretação final sobre o significado da Constituição.” LIMONGE, Fernando Papaterra. *O clássicos da política Vol.1*. Francisco C. Weffort(organizador), 13 ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, pp 249-250.

uma lei que preencha a lacuna que anteriormente fora preenchida pela decisão judicial.

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA LEGITIMIDADE

Para Paulo Bonavides³⁰ é espinhoso o tema da legalidade e legitimidade do poder político. Tal tema foi objeto de pesquisa de diferentes teóricos: Max Weber, Kelsen, Bobbio, Habermas, Luhmann. A legalidade pode ser definida de forma simples como a obediência ao sistema normativo ou mesmo a observância da lei. Tal princípio constitui como um dos pilares do ordenamento jurídico e deve ser observado por todos. O domínio da legalidade abrange a esfera processual, técnica, jurídica e se encontra definido na Constituição e em outros tantos dispositivos jurídicos.

A legitimidade por sua vez transcende a definição de legalidade colocando em seu bojo a questão axiológica, para ser legítima a decisão além de legal tem que ser uma decisão moral, e essa esteja em acordo com os valores sociais da época em que a tal decisão tenha sido prolatada, afinal toda decisão precisa de aceitação popular para tornar-se válida. De acordo com Luhmann³¹ a decisão é legitimada através da expectativa da aceitação popular,

a decisão é legitimada através da expectativa da aceitação. A legitimidade da legalidade é a integração desses dois processos de aprendizado. Ela torna-se instituição, na medida em que possa ser suposto o aprendizado nesse duplo sentido: que processos diferenciados de aprendizado regulem a decisão e a aceitação de decisões sobre as expectativas normativas.

Com base nessa expectativa de aceitação se profere uma decisão. Tais decisões ao serem proferidas irão necessariamente refletir mesmo que em uma

³⁰ “O espinhoso tema legalidade e legitimidade do poder político abrange uma literatura jurídica diminuta, apesar de tratar-se de matéria controvertida, que sempre reponta na consciência dos legisladores, dos políticos e dos pensadores sociais nas horas de crise do poder, quando se abre o inquérito das revoluções, das ditaduras e dos golpes de Estado, quando se questiona acerca de estremecimentos no princípio de autoridade, de quebra e afrouxamento dos laços de obediência que prendem os governados aos governantes.” BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Ed.10. São Paulo: Malheiros, 2000.

³¹ LUHMANN, Niklas. Expectativas cognitivas e normativas. In: *Sociologia do direito*, Vol I, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

posição contramajoritária a necessidade de uma parcela da população. Essa parcela dará necessariamente a aceitação e a legitimação para tal decisão mesmo que seja de forma temporária até o legislador decidir por enfrentar a matéria que originalmente é de sua incumbência apreciar.

A legitimidade democrática viria apenas dos políticos do executivo e legislativo que são os eleitos pelo povo ou tal prerrogativa se estenderia ao judiciário? Para se entender a pergunta e elaborar uma resposta minimamente adequada tem-se a necessidade de evidenciar uma definição contemporânea de democracia e essa vem dos escritos de Norberto Bobbio³².

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.

Tem-se então que o cerne desse conceito de democracia é a questão de quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e quais são os procedimentos de validação dessa decisão. Então tomando o conceito de Bobbio juntamente com o conceito de procedimental de Luhmann temos que os Ministros do Supremo tem sim legitimidade democrática para prolatar as decisões que visam a pacificação a sociedade. Essa legitimidade democrática pode até ser caracterizada como uma legitimidade democrática indireta, pois suas nomeações são dadas pelo Presidente da República e confirmadas pelo Senado Federal, procedimento esse estabelecido pelo constituinte na Carta de 1988.

Vê-se a necessidade de verificar a questão da legitimidade democrática do STF ao proferir decisões de caráter aditivo. E o prolatar dessas decisões e o

³² BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Ed.6. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p.18.

relacionamento com as outras esferas de Poder. Uma colocação interessante se extrai do livro do professor Luís Roberto Barroso³³, onde se verifica.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando interesse da doutrina do Brasil, que é a legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Algumas expressões concretas dessa atuação, como o controle de constitucionalidade - i.e., a possibilidade de invalidação de leis e atos normativos emanados do Legislativo -, já têm sido objeto de debate mais profundo nos últimos anos. Outro domínio polêmico, relacionado ao controle de políticas públicas - i.e., o exame da adequação e suficiência de determinadas ações administrativas e o suprimento de omissões - vem ganhando atenção crescente. São amplos os espaços de intersecção e fricção entre o Judiciário e os outros dois Poderes, potencializando a necessidade de se demarcar o âmbito de atuação legítima de cada um. Como intuitivo, não existem fronteiras fixas e rígidas, havendo uma dinâmica própria e pendular nessas interações.

Para o autor essas ações que parecem que um Poder está entrando no campo de atuação de outro é um fato normal da dinâmica democrática. Pois existem diversas atividade comuns aos Poderes que são justamente os pontos de intersecção, exemplo disso é a edição de medidas provisórias e súmulas vinculantes que os outros dois poderes entram no campo de atuação do Legislativo. Outro fator a se observar é a questão de não haver segundo Barroso de fronteiras fixas e rígidas entre os poderes.

Continuando a citar o professor Luís Roberto Barroso³⁴, referente à legitimidade democrática do judiciário, tem-se:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P.385.

seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve ser contas à sociedade.

Importante salientar que para Barroso a questão da representatividade democrática do judiciário se dá devido, que toda decisão proferida pelos tribunais tem representatividade democrática por causa do modelo constitucional adotado. Logo, a legitimidade da decisão vem a ser conferida pela legitimidade da autoridade que a profere.

3 A INÉRCIA DO JUDICIÁRIO

O judiciário é inerte por princípio e somente pode agir quando provocado. Para Luhmann³⁵ o meio acioná-lo é o processo, mas não somente o meio de acioná-lo, mas como também um meio de legitimação das decisões proferidas.

Os processos são, sistemas sociais especiais que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas.(...) Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica.

O processo é o meio de acionar o judiciário para que este saia da inércia e profira uma sentença que tem como finalidade a pacificação inter partes e com isso fazendo a justiça para cada caso, acabe por fazer a justiça para toda a sociedade gerando dessa forma a pacificação social. A inércia do judiciário trás a tona uma outra vertente que é a questão de não poder se eximir de prolatar uma decisão quando provocado, essa questão é representada pelo

³⁵ LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito II*, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1985.

princípio da indeclinabilidade³⁶. Tal princípio preceitua que o juiz não pode se eximir de prolatar uma sentença alegando que existe lacuna na lei.

O princípio da indeclinabilidade é positivado no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 4º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC³⁷) quando assevera que:

Segundo o Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a interpretação doutrinária nos mostra que o juiz não pode deixar de julgar determinado caso alegando que a lei é omissa ou lacunosa, é o que se depreende dos ensinamentos de Reale. Sabe-se que o legislador não pode prever todos os casos que a lei vá incidir para tanto cabe ao judiciário usando a régua de Lesbos³⁸ moldar a lei ao caso concreto.

4 REPRESENTATIVIDADE ARGUMENTATIVA

Em 2008, em entrevista ao jornal Valor Econômico³⁹, o então presidente do STF, o Ministro Gilmar Mendes, afirma que o Tribunal é competente para suprir as deficiências do poder legislativo e que enquanto os parlamentares representam a população politicamente, o Supremo Tribunal Federal faz a representação argumentativa da sociedade.

³⁶ Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Lei No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. CPC - Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

³⁷ Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

³⁸ "A justiça é uma proporção genérica e abstrata, ao passo que a equidade é específica e concreta, como a "régua de Lesbos" flexível, que não mede apenas aquilo que é normal, mas, também, as variações e curvaturas inevitáveis da experiência humana." REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁹ Disponível em: <http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/legitimidade-democratica-do-stf-se-d.html> acessado em 27/07/2011.

Robert Alexy faz uso dessa tese no livro *Constitucionalismo Discursivo*⁴⁰ que em síntese seria que, com a jurisdição constitucional, o Judiciário torna-se a representação argumentativa da sociedade, que caminha ao lado da representação política feita pelo parlamento, impondo suas decisões não só com base nas deliberações por princípio da maioria, mas também por argumentos racionais que possam ser aceitos de forma crítica por uma parcela significativa da população⁴¹ sempre lembrando que a jurisdição constitucional não precisa agradar uma maioria ou grupos de poder para se manter, tendo assim de certa um *deficit* democrático. Esse *deficit* democrático na opinião do Professor Luís Roberto Barroso⁴² tanto é comum ao parlamento quanto ao judiciário apesar de não ser o alvo do presente artigo estamos mostrando existe mais uma faceta da discussão legitimidade democrática.

Segue trecho de um artigo que demonstra de forma clara o pensamento de Alexy⁴³ sobre o assunto da representação argumentativa das cortes constitucionais.

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal

⁴⁰ Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Trad. Luís Afonso Heck, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp 162-165.

⁴¹ “jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos de fazer uso de suas possibilidades racionais” Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Trad. Luís Afonso Heck, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p.166.

⁴² “O deficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas dentre as quais o uso da máquina administrava nas camapanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.391.

⁴³ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217:55-66, jul./set. 1999.

argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

Fator importante para reflexão nesse trecho é quando Alexy afirma que a “representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político” tal característica é facilmente comprovada pelo apoio dado ao Supremo através dos chefes dos outros poderes^{15,16,45}.

Outro autor que assegura de forma tranqüila o convívio entre as cortes constitucionais e a democracia é Habermas⁴⁴, que afirma de forma resumida que as decisões tem que ser coletivamente vinculantes, então nota-se de certa

⁴⁴ “a idéia por detrás do Estado de Direito moderno requer que as decisões coletivamente vinculantes do poder estatal organizado (Staatsgewalt), que deve empregar o Direito para cumprir as suas próprias funções, não são apenas revestidas pela forma do Direito, mas são, por sua vez ,legitimadas por uma lei legitimamente promulgada. Não é a forma jurídica enquanto tal que legitima o exercício da dominação política, mas tão só o vínculo com a lei legitimamente promulgada. E, em um nível pós-convencional de justificação, só são consideradas legítimas as leis passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os co-associados em um processo discursivo de formação de opinião e vontade.” HABERMAS, Jurgen. *Fatigada e Validade: uma introdução à Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*, tradução Menelick de Carvalho, no prelo, p. 98. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/arquivos-pdf/apostila-5> acessado em 03/08/2011.

forma que existe uma complementaridade nos discursos de Alexy, Luhmann e Habermas talvez as análises fragmentárias de textos façam essa conclusão ser plausível, mas os estudos do tema e os discursos políticos tornam válidas as decisões aditivas tomadas pela Corte brasileira, principalmente devido ao embasamento filosófico, dogmático e jurídico que seguem as decisões proferidas por tal Corte.

CONCLUSÃO

Certa parcela da população tem dificuldade em aceitar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, onde exista um cunho aditivo à interpretação da norma constitucional. Tais decisões são fundamentadas na necessidade da efetivação de Direitos Fundamentais básicos. Como no caso do direito de greve dos servidores públicos, na equiparação das relações estáveis homoafetivas à heteroafetivas, entre outros julgados do STF.

Como já visto anteriormente, os casos colocados à apreciação do Supremo Tribunal Federal não podem ficar sem decisão. A própria lei veda essa conduta do magistrado, nos casos difíceis os Ministros do Supremo devem preencher a lacuna da lei, construindo através de argumentos constitucionais válidos uma justificativa para o voto que venha a ser prolatado.

Esse preenchimento da lacuna pelos Ministros não é de todo absoluto, o Supremo Tribunal Federal, em vários casos faz a chamada coisa julgada temporária⁴⁵. Esse caráter de temporariedade se dá até que o Congresso Nacional crie a lei para colmatar o vazio legal existente na legislação pátria.

Sobre a questão da inapetência do parlamento, no presente trabalho é uma variável que não será apreciada, mas é publico e notório que existe uma demora excessiva do Poder Legislativo em fazer muitas das leis necessárias

⁴⁵ “Nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência (Min. Gilmar Mendes) mesmo acentuou com muita propriedade que há uma espécie de uma inércia, uma inapetência do parlamento em regular essa matéria, por razões, que não nos compete examinar. Então, eu afirmei, assentei, conclui que a nossa colmatação dessa lacuna é meramente provisória, porque na verdade quem tem competência de legislar nessa matéria é o Congresso Nacional.” Ministro Ricardo Lewandowski, ADI 4277 e ADPF 132.

ao devido funcionamento do país. Muitas das decisões do Supremo Tribunal Federal é apenas uma consolidação de julgados ou jurisprudências oriundas de juízes de primeiro grau e de outros tribunais do país.

A própria argumentação dos opositores à tais decisões geralmente afirmando à necessidade de segurança jurídica dos julgados e a obediência à lei, se torna mínima frente à omissão ou negação de Direitos Fundamentais a parcelas da população. Em tempos de neoconstitucionalismo a efetividade de Direitos Fundamentais se torna urgente frente a injustiças e ações discriminatórias cometidas pelo próprio poder público.

Afinal, o Supremo Tribunal Federal existe para fazer valer a Constituição e os direitos constitucionais ali estatuídos. A jurisdição constitucional é normalmente contramajoritária. É sempre importante lembrar a necessidade do respeito e a não discriminação das minorias protegidas pelas decisões do Supremo, como se vive em democracia, não se pode em nome de uma democracia quantitativa esmagar uma determinada minoria. A Constituição existe como garantia de defesa das minorias, da pluralidade e tenta a partir dela criar um ambiente em que os diferentes possam conviver de forma harmônica e pacífica, mesmo que haja discordância de ideias, filosofias, políticas, religiões, sexo ou opções várias.

Existe uma série de segmentos da sociedade que anseiam a efetivação de direitos estatuídos através da Constituição e desejam a efetivação desses direitos de imediato e não no dia em que o legislador tiver a boa vontade para efetivá-los. Infelizmente o papel que o legislador não cumpre esta sendo efetivado através de um colegiado de 11 e não nos colegiados de 594 (se somados a Câmara dos Deputados e o Senado Federal) como apriori deveria ser⁴⁶.

⁴⁶ Em entrevista o Presidente da Câmara dos Deputados, Dep. Marco Maia, defende a atuação do STF em questões polêmicas. “Há na verdade às vezes uma incompreensão nesta questão é óbvio que o judiciário por ser um colégio menor, por não estar com a responsabilidade de representar a sociedade brasileira tem uma condição melhor de tomar decisões sobre alguns temas que são polêmicos, mas o judiciário não faz lei. Ele não produz alteração na legislação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Ed.6. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Ed.10. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito II*, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1985.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* - Ed.4. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* - Ed.6. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Ele vota e trata sobre assuntos quando ele é que é instigado, por um determinado caso e trata sobre aquele caso específico. Portanto, eu não acho que há uma judicialização da política no Brasil. O Parlamento é óbvio tem mais dificuldades, nós somos uma casa com 513 deputados, 81 senadores. Que há polêmicas, divergências, que representam setores específicos da sociedade, que acabam muitas vezes inviabilizando algumas votações que são mais polêmicas.” Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/tv/materias/expressao-nacional/199812-expressao-nacional-faz-o-balanco-do-semester-no-legislativo-%28BL.1%29.html>. Acessado em 26/07/2011.