



DIREITO E DEMOCRACIA: ESFORÇO TEÓRICO DE DELIMITAÇÃO DOS *PAPEIS* DO LEGISLATIVO E DO JUDICIÁRIO NO PROCESSO CONSTRUTIVO DO DIREITO¹

Claudio Madureira²

SUMÁRIO: **1.** Introdução. **2.** Limites à atuação do Poder Legislativo. **2.1.** Notas sobre a submissão das opções legislativas à Constituição. **2.2.** Sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional. **3.** Limites para a intervenção do Poder Judiciário nas escolhas políticas realizadas pelo Parlamento. **5.** Conclusões. **6.** Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO.

A Carta Política brasileira consagra a independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e recomenda a convivência harmônica entre eles (art. 2^o³). Ocorre que nem sempre, na prática, essa convivência é harmoniosa. Em especial quando se tem em vista o paradoxo induzido por nosso sistema jurídico, quando prevê a produção, pelo Parlamento, de atos legislativos que devem ser cumpridos por todos, inclusive pelos Juízes, ao mesmo tempo em que admite a inaplicabilidade desses textos legislativos, mormente pelos Juízes, mediante atividade interpretativa dedicada à preservação da Supremacia da Constituição. Preocupam-me, em especial, as dificuldades encontradas por juristas e cientistas políticos para delimitar o campo de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário nesse contexto, mais especificamente para investigar a existência de limites às atividades de produção legislativa e de correção interpretativa, como forma de

¹ Artigo originalmente publicado na Revista Fórum Administrativo (MADUREIRA, Claudio Penedo. Direito e Democracia: esforço teórico de delimitação dos papéis do Legislativo e do Judiciário no processo construtivo do Direito. *Fórum Administrativo*, v. 129, p. 31-38, 2011).

² Doutor em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito Processual pela UFES. Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES. Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

³ CRFB. “Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.



encontrar um equilíbrio capaz de fazer prevalecer, ao mesmo tempo, o Direito e a democracia.

Esse será, pois, o objeto das considerações teço neste artigo, no qual procuro demonstrar, por um lado, que a inaplicabilidade das opções político-legislativas contrárias da Constituição não ofende o princípio democrático, e que, no entanto, existem limites para a intervenção do Poder Judiciário nessas escolhas políticas. O tema é relevante, e certamente merece a reflexão da *comunidade acadêmica*.

2. LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO.

O controle da constitucionalidade das leis comporta a investigação da validade jurídico-constitucional dos atos normativos⁴. Essa atividade tem por premissa a idéia de supremacia da Constituição, gestada e gerida no corpo dos estudos que embasaram a construção da Constituição dos Estados Unidos da América, colhidos da obra "*O federalista*", de Hamilton, Jay e Madison⁵, e sobretudo a partir do julgamento pela Suprema Corte daquele País do célebre caso *Marbury v. Madison*, relatado pelo Juiz Marshall⁶, no curso do qual, pela primeira vez, reconheceu-se ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, de modo a que, havendo contrariedade entre a lei e a Constituição, deverá o julgador aplicar a Lei Maior⁷. Destarte, o controle de constitucionalidade das leis tem por escopo a preservação da Constituição, a defesa de seu texto e de seu espírito dos *golpes* porventura desferidos contra a sua eficácia, partam essas agressões do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou da própria sociedade.

⁴ Sobre o assunto, confira-se, por todos: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Boneti. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

⁵ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Campinas: Russell, 2005.

⁶ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "*o controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê. Todavia, pôde Marshall, em decisão célebre, deduzir de seus sistemas esse controle e reconhecer pertencer ao Judiciário, incumbido de aplicar a lei contenciosamente*" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 40).

⁷ Cfr.: [MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 541]; [FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 40; e BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 639-640].



Esses são, em apertada síntese, os contornos do paradigma normativo que contemporaneamente anima as discussões em torno do controle da constitucionalidade das leis, e que delimita o campo de incidência da jurisdição constitucional⁸.

Esse paradigma, entretanto, não é imune à crítica dos juristas. A principal objeção levantada nesse contexto diz respeito à suposta ausência de legitimidade democrática dos intérpretes para deixar de aplicar (controle indireto ou difuso) ou para *sacar* do ordenamento jurídico (controle direto ou concentrado) normas gerais e abstratas construídas pelo Parlamento, que reúne, por ficção jurídica, os legítimos representantes do povo.

Quanto ao particular, cumpre recuperar as objeções opostas por Roberto Gargarella ao controle de constitucionalidade das leis. Esse professor da *Universidad Torcuato di Tella* acentua que os *Federalistas*, quando afirmam, em resposta a semelhante inquietude, que a decisão que torna sem efeito uma lei, longe de macular a vontade popular, a confirma, na medida em que, na espécie, o Poder Judiciário apenas ratificaria a Supremacia da Constituição, que é o documento que mais fielmente reflete a vontade do povo, desconsideram as possíveis implicações antidemocráticas do controle da constitucionalidade das leis⁹. Gargarella adverte que a Constituição (cujo texto, enquanto norma *fundante*, é elaborado para perdurar no tempo) pode não mais representar a vontade popular (argumento histórico¹⁰), que estaria inscrita, então, na *lex posteriori*, ou seja, exatamente na lei cuja validade é discutida em face da Carta Política (argumento intertemporal¹¹).

Em direção semelhante é a crítica formulada por Jürgen Habermas, para quem “se o legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o

⁸ Sobre a argumentação que se segue, ler também: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça - o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* [PRELO]. Salvador: Juspodivm, 2011. Tópicos 5.3, 5.4 e 5.5 do Capítulo 5 Tópico 6.3.2 do Capítulo 6.

⁹ GARGARELLA, Roberto. *Le dificultad de defender el control judicial de las leyes*. In: Revista Isonomia, n. 6, abril de 1997. p. 56.

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. *Le dificultad de defender el control judicial de las leyes*, cit., p. 57.

¹¹ GARGARELLA, Roberto. *Le dificultad de defender el control judicial de las leyes*, cit., p. 58.



direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei", de outra parte, o controle das normas gerais e abstratas deveria ser função indiscutível do legislador, sem o que se abririam as portas para os Tribunais constitucionais criarem o direito, função reservada, segundo a lógica da divisão de Poderes, ao legislador democrático¹². Habermas acentua que numa democracia a Corte Constitucional deve-se limitar a uma compreensão procedimental da Constituição, e "*entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais*"¹³. Assim, para Habermas, a função da Corte Constitucional cinge-se a zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos estabelecidos para uma formação da opinião e da vontade política (observância do processo legislativo), a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político¹⁴.

Em arremate, cumpre referir à doutrina de Robert Alexy, para quem o principal problema da dimensão metodológica da jurisdição constitucional reside precisamente na investigação de se "*a competência jurídica de um tribunal constitucional, de deixar sem validade atos do parlamento, pode ser justificada*". Esse impasse é descrito por Alexy como o eterno problema da relação entre a jurisdição constitucional e democracia¹⁵.

Não há dúvidas sobre a pacificação dessa discussão na dogmática jurídica¹⁶, notadamente em sede pretoriana, onde resta assente o entendimento segundo o

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, Vol. II*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 186.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*, Madrid: Trotta, 1997, p. 99. *apud* VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 29.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*, cit., p. 29.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 162.

¹⁶ A propósito, confira-se, por todos, a lição de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, para quem o Poder Judiciário deve ser encarado como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais poderes, como uma agência indutora de



qual a legitimação democrática do Poder Judiciário para proceder ao controle da constitucionalidade das leis lhe é conferida pela própria Constituição, que, como *norma fundante*, encontra-se plenamente autorizada a estabelecer os contornos da atuação de cada um dos Poderes da República, concebendo, nesse contexto, mecanismos que impeçam a edição de leis que a contradigam, entre os quais se insere o controle judicial da constitucionalidade das leis.

Nada obstante, a crítica é ainda ilustrativa. Quando menos para que os juristas não se esqueçam de que existem limites à atividade que exercem a pretexto de promover o controle de constitucionalidade das leis, do que me ocuparei no Capítulo 3 deste trabalho. Por ora, cumpre-me discorrer, sem perder de vista essas advertências, sobre a existência de limites à atuação do Parlamento em sua atividade de produção legislativa.

2.1. Notas sobre a submissão das opções legislativas à Constituição.

Foi Carl Schmitt quem disse que “*a crença no sistema parlamentar, numa government by discussion, pertence ao mundo intelectual do liberalismo*” e não à democracia, enfatizando, adiante, que “*o liberalismo e a democracia devem ser separados, para que se reconheça a imagem heterogeneamente montada que constituiu a moderna democracia de massas*”¹⁷. Essa compreensão é deveras importante, pois, como leciona José Joaquim Gomes Canotilho, a circunstância de a democracia ter como suporte ineliminável o princípio majoritário não autoriza a ilação de que o princípio democrático admite o absolutismo (ou o domínio) da maioria¹⁸.

Canotilho adverte que “*a maioria não pode dispor de toda legalidade, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é*

um efetivo *checks and balances* e da garantia individual e cidadã (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, cit., p. 24).

¹⁷ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. p. 10.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 329.



indisponível”, o que implica reconhecer que o direito da maioria sempre estará em concorrência com o direito das minorias, notadamente quando se tem em vista os direitos, liberdades e garantias, e em geral a toda a disciplina constitucionalmente fixada, contexto em que “o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário”¹⁹. Exatamente por esse motivo é não se pode ter por absoluta a separação entre os Poderes, contexto em que o Parlamento assume o *papel* do Legislativo, mas com limitações²⁰; o que torna relativo o racionalismo situado na base da idéia do balanceamento (próprio da teoria republicana) e diferencia esse sistema daquele racionalismo absoluto do Iluminismo (próprio da teoria liberal)²¹, como leciona Carl Schmitt.

Canotilho pontua a distinção entre essas duas abordagens teóricas na seguinte passagem de sua obra:

“A teoria liberal assenta nos seguintes postulados: (1) a política é um meio para a prossecução de fins, estando estes fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; (2) o processo democrático serve para colocar o estado ao serviço da sociedade, reduzindo-se este estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema económico baseado no comércio entre pessoas privadas; (3) a política deve orientar-se no sentido de prosseguir estes interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins colectivos.

[...]

Segundo a teoria republicana a política é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática e por isso: (1) assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade; (2) não existe espaço social fora do espaço político traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum; (3) a democracia é, desta forma, a auto-organização política da comunidade no seu conjunto”²².

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 329.

²⁰ A propósito, confira-se também essa outra passagem da obra de Canotilho: “Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite excepções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 559).

²¹ SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*, cit., p. 38-39.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1.414-1.415.



Dentro dessa ótica republicana, que é inerente ao sistema jurídico brasileiro, a separação entre os poderes torna-se essencial para a busca da justiça, que vai aqui entendida como um ideal objetivo, desvinculado do sentimento popular, pois "*supõe-se que as Cortes fazem o que é certo, e não o que é popular*"²³, como observa Owen Fiss. Essa forma de independência, argumenta o professor norte-americano, "*também permite que o Judiciário, ao se manter em consonância com a doutrina de separação de poderes, aja como uma força em contrapeso no Estado, verificando a ocorrência de abusos de poder por parte do Legislativo e Executivo*"²⁴.

Essa é, pois, a conformação e a missão do sistema de *freios e contrapesos*, que, nas palavras de Paulo Bonavides, "*constitui a primeira correção essencial que se impôs*" ao princípio democrático, "*como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional*"²⁵. Por isso é que, como bem observaram os *federalistas* Hamilton, Madison e Jay, os Tribunais têm "*o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição*", pois, se assim não for, "*todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis*"²⁶.

2.2. Sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional.

Mas nisso não reside ofensa ao princípio democrático. Canotilho alude, em sua obra, às diversas dimensões do princípio democrático, dispondo, adiante, que somente a partir delas é que "*se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em ratio e ethos da democracia*"²⁷. Quanto ao particular, o constitucionalista português refere à *democracia representativa*, que ele qualifica, entre outros fatores, pela existência de órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes, e também à *democracia participativa*, que ele coliga à

²³ FISS, Owen. *O correto grau de independência*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.

²⁴ FISS, Owen. *O correto grau de independência*, cit., p. 155.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74.

²⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, cit., p. 471.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 288.



"*estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões*"²⁸.

Noutra passagem, após discorrer sobre as particularidades da aplicação do Direito de nosso tempo, refere à *democracia deliberativa*, cujos contornos principais seriam a existência de uma política deliberativa assente na idéia de *virtude cívica*, assim como a possibilidade de que se promova a igualdade entre os participantes no processo político, o consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática e os direitos de participação dos cidadãos na vida pública, pela via do controle dos seus representantes²⁹. Canotilho refere, ainda, à *democracia discursiva*, que atribui a Habermas, e que, em sua opinião, distingue-se do *republicanismo liberal* norte-americano, e da *democracia deliberativa*, por não se assentar "*em direitos universais do homem (ou direitos preexistentes na perspectiva liberal) nem na moral social de uma comunidade determinada (como sustenta a visão republicana), mas em regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos [...], cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade*"³⁰. Mas é possível compreendê-las, a *democracia deliberativa* e a *democracia discursiva*, como uma mesma acepção de democracia, designada simplesmente como *democracia deliberativa*.

A propósito, André Ramos Tavares, tendo em vista essa distinção feita por Canotilho entre a *democracia discursiva* e a *democracia deliberativa*, admite que dessas opções terminológicas possam "*ocasionar confusões conceituais de correntes de armadilhas da linguagem*"³¹, e a elas refere como sendo uma só categoria, quando, adiante, observa que a "*democracia deliberativa é também*

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 288.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1.416.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1.416-1.417.

³¹ TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 79-Nota de rodapé.



conhecida como *dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva*³². Demais disso, Habermas, em seus escritos, refere reiteradamente a uma *política deliberativa*, por ele qualificada como o âmago do processo democrático, e que ele procura distinguir da concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica e do conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado³³. Tal não bastasse, mesmo Robert Alexy, celebrizado pelo desenvolvimento da *teoria do discurso*, designa essa dimensão do princípio democrático como *democracia deliberativa*, dispondo taxativamente que “o princípio do discurso exige a democracia deliberativa”³⁴. Para Alexy, “a democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil”, pois, “nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta”³⁵.

Claudio Pereira de Souza Neto ensina que “a democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do século XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes”³⁶. Souza Neto argumenta que a *democracia deliberativa* contrapõe-se a essas teorias *agregativas*, e assume como premissa a compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes (já que a experiência histórica demonstra que democracia, assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada), devendo, portanto, “envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas”³⁷.

³² TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*, cit., p. 79.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*, cit., p. 18.

³⁴ ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

³⁵ ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*, cit., p. 35.

³⁶ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 104.

³⁷ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, cit., p. 104.



Num Estado Democrático, o campo da aplicação do Direito qualifica-se como principal *arena deliberativa* para a rediscussão de opções majoritárias aprovadas pelo Parlamento, com vistas à fruição da verdadeira democracia. Por isso é que os juristas, com destaque para a atuação do Poder Judiciário, quanto exercem o controle de constitucionalidade das leis, não contrariam ou ofendem o princípio democrático, mas, na verdade, o confirmam. A propósito, Souza Neto observa que as Cortes Constitucionais, quando garantem a fruição de direitos fundamentais contra a vontade da maioria, “*não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização*”, precisamente porque “*não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais*”³⁸⁻³⁹.

Assim, a verdadeira democracia não reside apenas e tão-somente no acatamento das opções majoritárias firmadas pelo Parlamento, e tampouco na prevalência da vontade da maioria sobre os interesses da minoria. Do contrário, não triunfaria o Direito, nem a justiça, mas o arbítrio e a opressão da maioria sobre a minoria.

3. LIMITES PARA A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS ESCOLHAS POLÍTICAS REALIZADAS PELO PARLAMENTO.

De igual modo, existem limites para a intervenção do Poder Judiciário nas escolhas políticas realizadas pelo Parlamento. A propósito, Ronald Dworkin distingue o papel de legisladores e aplicadores no processo construtivo do Direito a par da

³⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, cit., p. 105.

³⁹ Confira-se, a propósito, a seguinte passagem de Alexy: “*Tudo isso explica porque em todos os estados, dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, não só é refletido com calma, mas também litigado na arena política. Pode falar-se de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. Juiz arbitral nessa luta, porém, não é o povo, mas o tribunal constitucional respectivo. Isso é compatível com o princípio democrático, cujo núcleo, no artigo 1º, parágrafo único, da constituição brasileira, assim como no artigo 20 alínea 2, proposição 1, da lei fundamental, é expressado com a formulação clássica: “Todo poder estatal provém do povo”? Os direitos do homem parecem converter-se em um problema para a democracia quando eles são levados a sério e de um mero ideal transformados, por institucionalização, em algo real. É exata essa impressão? É o ideal, do qual se trata no preâmbulo da declaração dos direitos do homem universal, uma quimera que leva ao arrebatamento uma contradição entre direitos fundamentais e democracia?*” (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 51-52).



diferenciação entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*. Para Dworkin, os *argumentos de política* justificam uma decisão mostrando que ela “*fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo*” (v.g. da opção por tributar pesadamente o comércio de bebidas alcoólicas e de cigarros), ao passo que os *argumentos de princípio* justificam-na “*mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo*” (v.g. de decisão hipotética que considere abusiva a tributação cogitada, por identificar nela, por exemplo, efeito de confisco, ou ofensa à liberdade do cidadão em persistir consumindo tais produtos independentemente de serem prejudiciais à sua saúde)⁴⁰. Dworkin sustenta que as decisões jurídicas, inclusive aquelas que relativas à inconstitucionalidade das leis, fundamentam-se em *princípios*, e não em *políticas*, e que as opções políticas, se não puderem ser questionadas com base em *argumentos de princípios*, não podem ser revistas pelo Poder Judiciário⁴¹.

Essa preocupação teórica de Dworkin em distinguir *princípios* e *políticas*⁴² encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que há muito consolidou posicionamento quanto a ser vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador em suas opções políticas, que se manifesta através da vedação a que tais aplicadores do Direito atuem como *legisladores positivos*. Sobre o assunto, confirmam-se os seguintes julgamentos daquele Tribunal Constitucional:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS NAS IMPORTAÇÕES. LIMITAÇÃO A DATA DA EXPEDIÇÃO DA GUIA DE IMPORTAÇÃO. DESLOCAMENTO DA DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO ART. 6. DO DECRETO-LEI N. 2.434/88. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. **Não pode esta Corte alterar o sentido inequívoco da norma, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte de dispositivo de lei. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porem, como legislador positivo.** Precedente. Recurso extraordinário não conhecido. (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 149659 UF: SP - SÃO PAULO Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 31-03-1995 PP-07776 EMENT VOL-01781-02 PP-00286. Relator(a) PAULO BROSSARD).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - IOF/CAMBIO - DECRETO-LEI 2.434/88 (ART. 6.) - GUIAS DE IMPORTAÇÃO EXPEDIDAS EM PERIODO

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 132.

⁴² PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. In: Revista CEJ, n. 30, jul./set./2005. Brasília: CEJ, 2005. p. 73.



ANTERIOR A 1. DE JULHO DE 1988 - INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA - NORMA LEGAL DESTITUIDA DE CONTEÚDO ARBITRÁRIO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - INADMISSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. [...] - A exigência constitucional de lei formal para a veiculação de isenções em matéria tributária atua como insuperável obstáculo à postulação da parte recorrente, eis que a extensão dos benefícios isençionais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação de poderes. Os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. **Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado.** E de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO). [...] (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: AI-AgR - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo: 142348 UF: MG - MINAS GERAIS Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 24-03-1995 PP-06807 EMENT VOL-01780-03 PP-00407. Relator(a) CELSO DE MELLO).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS NAS IMPORTAÇÕES. LIMITAÇÃO À DATA DA EXPEDIÇÃO DA GUIA DE IMPORTAÇÃO. DESLOCAMENTO DA DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO ART. 6º DO DECRETO-LEI Nº 2.434/88. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. **Não pode esta Corte alterar o sentido inequívoco da norma, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte do dispositivo da lei. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo.** Precedente. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 188951 UF: SP - SÃO PAULO Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 15-09-1995 PP-29585 EMENT VOL-01800-19 PP-03844. Relator(a) MAURICIO CORRÊA).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO ICMS Nº 13/97, DE 21.03.97, E PARÁGRAFOS 6º E 7º DO ARTIGO 498 DO DECRETO Nº 35.245/91, COM A REDAÇÃO DO ARTIGO 1º DO DECRETO Nº 37.406/98, DO ESTADO DE ALAGOAS. PRETENDIDA AFRONTA AO PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 150 DA CONSTITUIÇÃO. REGULAMENTO ESTADUAL QUE ESTARIA, AINDA, EM CHOQUE COM OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE PETIÇÃO E DO LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Plausibilidade da alegação de ofensa, pelo primeiro dispositivo impugnado, à norma do parágrafo 7º do art. 150 da Constituição Federal, o mesmo efeito não se verificando relativamente aos dispositivos do Regulamento alagoano, que se limitaram a instituir benefício fiscal condicionado, que **o STF não pode transformar em incondicionado, como pretendido pelo Autor, sob pena de agir indevidamente como legislador positivo.** Cautelar deferida apenas em parte. (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 1851 UF: AL - ALAGOAS Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 23-10-1998 PP-00002 EMENT VOL-01928-01 PP-00064. Relator(a) ILMAR GALVÃO).

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO APENAS A EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. I - **Não é dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, mas apenas como legislador negativo nas hipóteses de declaração de**



inconstitucionalidade. II - Impossibilidade de extensão, às demais empresas, do prazo concedido pela Lei 8.620/93 às empresas públicas e sociedades de economia mista para parcelamento de débitos previdenciários. III - Agravo regimental improvido. (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 493234 UF: RS - RIO GRANDE DO SUL Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00047 EMENT VOL-02304-04 PP-00739. Relator(a) RICARDO LEWANDOWSKI).

Sendo assim, não cabe ao Poder Judiciário, quando da análise da constitucionalidade de opção político-legislativa firmada pelo Parlamento, externar considerações atinentes à pertinência, ou impertinência, das escolhas realizadas pelo legislador. Essas escolhas, dada a distinção teórica entre *políticas* e *princípios*, proposta por Dworkin e assimilada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apenas suscitam uma manifestação do Poder Judiciário quando contrapostas a regras e/ou princípios positivados no texto constitucional.

Destarte, constitui limite teórico para a intervenção do Poder Judiciário nas opções político-legislativas realizadas pelo Parlamento a depreensão de que, na prática, a escolha analisada contrapõe-se a dispositivos constitucionais, ou à interpretação que lhe dá o Supremo Tribunal Federal. Todavia, não se admite que o Poder Judiciário refute tais escolhas com base em *argumentos de política* (o que ocorre quando o Juiz afirma que determinada lei não é boa porque o legislador poderia ter adotado outro meio para solucionar o problema tratado).

Tampouco lhe pé autorizado substituir opções políticas consideradas inconstitucionais por escolhas pessoais suas (o que ocorre quando o Juiz afirma que determinada lei é inconstitucional, porque ofende determinado dispositivo da Carta Política, e determina a aplicação de outro meio para solucionar o problema tratado). Quando decide desse modo, o magistrado reabilita opção política anterior, seja ela atinente à regulação da matéria sob parâmetros distintos daqueles afirmados na lei invalidada (*v.g.* da fixação de alíquota tributária em parâmetros menos incisivos), seja ela consistente na opção do Parlamento por não legislar sobre a questão, ou na sua omissão em fazê-lo (*v.g.* da não-inclusão de determinado fato da vida entre as hipóteses de incidência de um dado tributo).



Somente sob essa ótica é que os Juízes atuam, de fato, como *legisladores negativos*⁴³⁻⁴⁴, atendendo, com isso, a orientação pretoriana firmada pelo Supremo Tribunal Federal, dantes externada, quanto a lhes ser vedado investir-se no *papel de legisladores positivos*.

Destarte, as fronteiras da atuação jurisdicional exercida como forma de proceder ao controle de constitucionalidade das leis situam-se, precisamente, na ilegitimidade dos Juízes para construir, por si só, novas opções políticas, ou para substituir, sem recurso a parâmetros fixados em texto legislativo, escolhas firmadas pelo Parlamento, que se pautam, como dito, em *argumentos de política*⁴⁵.

5. CONCLUSÕES.

Com essas considerações, concludo que existem limites constitucionais tanto à edição pelo Parlamento dos atos legislativos, que a despeito de representarem escolhas majoritárias, precisam respeitar os direitos das minorias, sob pena de não encontrarem fundamento de validade na Constituição e de não se legitimarem sob o ponto de vista democrático, quanto à intervenção do Poder Judiciário nessas escolhas políticas, que se situam na ilegitimidade dos Juízes para construir, por si só, novas opções políticas, ou para substituir, sem recurso a parâmetros fixados em texto legislativo, escolhas firmadas pelo Parlamento.

Não almejo, todavia, apresentar respostas definitivas às indagações formuladas neste trabalho, mas submeter ao debate público, de foro científico, as minhas impressões iniciais sobre o tema, com vistas ao estabelecimento de *solução de compromisso* capaz de orientar a atuação dos juristas, e a minha, em especial, no campo da aplicação do Direito.

⁴³ Cfr.: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

⁴⁴ Cfr., também: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁵ Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça - o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., Tópico 6.3.1 do Capítulo 6.



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

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



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1975.

FISS, Owen. *O correto grau de independência*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *Le dificultad de defender el control judicial de las leyes*. In: Revista Isonomia, n. 6, abril de 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, Vol. II*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Más Allá del Estado Nacional*, Madrid: Trotta, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2ª ed. Campinas: Russel, 2005.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça - o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* [PRELO]. Salvador: Juspodivm, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Boneti. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.



MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. In: Revista CEJ, n. 30, jul./set./2005. Brasília: CEJ, 2005.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Como citar este texto (NBR 6023:2002 ABNT):

MADUREIRA, Claudio. Direito e democracia: esforço teórico de delimitação dos papéis do Legislativo e do Judiciário no processo construtivo do Direito. *Informativo fmr.jur.adv.br*. Disponível na internet: <<http://www.fmr.jur.adv.br/publicacoes-1/artigos>>; acesso em __ de _____ de ____.