

REFLEXÕES SOBRE A DEMOCRACIA DE OBER E ROSENFELD E O ATIVISMO JUDICIAL.

REFLECTIONS ABOUT OBER'S AND ROSENFELD'S DEMOCRACY AND JUDICIAL ACTIVISM.

Gryecos Attom Valente Loureiro

RESUMO

A democracia é ofendida quando o Poder Judiciário atua como efetivador dos direitos fundamentais? Para pensar sobre esta indagação, este estudo parte da premissa de que o Poder Judiciário pode assim atuar de mais de uma forma. Admitida a existência de mais de uma destas formas de atuação, a presente pesquisa visa isolar uma delas e analisá-la segundo a ótica da democracia. Por sua vez, a democracia é apresentada segundo as diferentes visões propostas por Ober e por Rosenfeld. No que tange à linha de raciocínio, o caminho trilhado nesta pesquisa, parte da consideração de haver uma atual necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, tendo esta necessidade contribuído para o aumento do fenômeno denominado ativismo judicial. O ativismo judicial se caracteriza por uma atuação direta do Estado-Juiz, na figura do Poder Judiciário, no sentido de assegurar a realização de um direito fundamental estabelecido na constituição. O âmbito de abrangência do presente estudo está restrito às situações nas quais o Poder Executivo houver elaborado uma política pública com pretensão de efetivar determinado direito, mas nas quais o Poder Judiciário intervenha com o fundamento de que aquela política seja ineficiente para uma determinada situação concreta. O objetivo com a pesquisa é refletir se esta atuação do Poder Judiciário subtrai, ou tem o potencial de subtrair, alguma das atribuições do Poder Executivo ou do Legislativo, ofendendo, em última análise, a própria democracia. Para o presente estudo, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que a atuação do Poder Judiciário tem o potencial de subtrair competência de outro Poder da República, flertando com a possibilidade de ofender o postulado democrático, “**Reflexões Sobre a Democracia de Ober e Rosenfeld e o Ativismo Judicial**” é um tema que se apresenta como de relevância para todo estudante do direito.

Palavras-chave: Democracia; Ativismo Judicial; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Is the democracy offended when Judiciary Power acts as fundamental rights effectiveness? To think about this question, this study starts by the premise of the Judiciary Power is able to actuate on this form. Admitted the existence of more than one of this forms of actuation, this research aims to isolate one of them and analysis it by the glasses of democracy. On the other

hand, the democracy is presented accord the different views of Ober and Rosenfeld. About the rational course, the track of this research, starts with the actual need for enforcement of fundamental rights has contributed to the increase in the phenomenon called judicial activism. The judicial activism is characterized by a direct action of the State-Judge, in the figure of the judiciary, to ensure the realization of a fundamental right laid down in the constitution. The scope of coverage of this study is restricted to situations in which the executive branch there is a public policy designed to accomplish specific claim of right, but in which the judiciary to intervene on the ground that the policy is inefficient for a given situation. The aim of the research is to reflect whether this action of the Judiciary subtracts, or has the potential to subtract some of the powers of the Executive or the Legislature, offending, ultimately, democracy itself. For the present study, we use the methodology of literature that basically consists in reading, cataloging and comparison of the theories of the principal authors of the law that deal with this problem. Starting from the assumption that the judicial power has the potential to subtract jurisdiction of another branch of the Republic, flirting with the possibility of offending the democratic postulate, "Reflections About Ober's and Rosenfeld's Democracy and Judicial Activism" is a theme that presents itself as relevant to every student of law.

Keywords: Democracy, Judicial Activism; Fundamental Rights.

Introdução

A democracia é ofendida quando o Poder Judiciário atua como efetivador dos direitos fundamentais? Para pensar sobre esta indagação, este estudo parte da premissa de que o Poder Judiciário pode assim atuar de mais de uma forma. Admitida a existência de mais de uma destas formas de atuação, a presente pesquisa visa isolar uma delas e analisá-la segundo a ótica da democracia.

Por sua vez, a democracia será aqui apresentada segundo as diferentes visões propostas por Ober e por Rosenfeld, sendo, portanto, ora vista como a capacidade de fazer coisas e ora vista como o governo da maioria.

Nesta perspectiva, é de se reconhecer que a crescente necessidade de efetivação dos direitos fundamentais encartulados na constituição brasileira, tem contribuído para a geração do fenômeno que parece ter se convencionado chamar de *ativismo judicial*.

Em linhas gerais, o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação direta do Estado-Juiz, na figura do Poder Judiciário, no sentido de assegurar a realização de um direito fundamental estabelecido na constituição, diante de uma situação concreta na qual uma pessoa seja privada deste direito.

Esta atuação costuma ser verificada em três esferas de ausência, sempre relacionadas a inércia, em alguma medida, dos Poderes Legislativo ou Executivo. O primeiro bolsão de ausência ocorre diante da inexistência de norma infraconstitucional reguladora do direito que

se pretende resguardar. O segundo é verificado quando inexistir política pública hábil à consecução dos objetivos e programas idealizados pelo legislador constitucional. E, por fim, o terceiro ocorrerá quando houver política pública sobre determinada matéria, mas esta política se mostrar ineficiente diante do caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

Delimitando o âmbito de abrangência do presente estudo, a pesquisa foca sua mira apenas no terceiro bolsão de ausência acima citado, sendo esta a hipótese investigada, ou seja, as situações nas quais o Poder Executivo houver elaborado uma política pública com pretensão de efetivar determinado direito, mas nas quais o Poder Judiciário intervenha com o fundamento de que aquela política seja ineficiente para uma determinada situação concreta.

Frise-se, desde logo, que o presente estudo não objetiva, em nenhuma medida, analisar casos concretos. Esta análise não é o mote desta pesquisa, nem mesmo *an passant*. A pretensão deste *paper* é analisar, em tese, se ao agir assim o Poder Judiciário estaria atuando de forma democrática.

Delimitada a hipótese de investigação, o estudo objetiva refletir se esta atuação do Poder Judiciário subtrai, ou tem o potencial de subtrair, alguma das atribuições do Poder Executivo ou do Legislativo.

Em outras palavras, pretende-se analisar se esta atuação do Poder Judiciário se reveste de uma das características que o define como instância de poder julgadora, ou seja, se é legítima, ou se está ocorrendo invasão de uma das atribuições do Poder Executivo ou do Legislativo, ofendendo, em última análise, a própria democracia.

1 Direitos Fundamentais no contexto constitucional

Moraes¹ classifica os direitos fundamentais como de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. Assim, os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), os de *segunda geração* são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século XX (trabalho, previdência, saúde, etc.). Já os de *terceira geração* são os chamados *direitos de solidariedade* ou *fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida entre outros direitos difusos.

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2001, p.57-58.

O tema que será tratado no presente estudo é um pouco mais restrito e em Barroso é possível encontrar uma delimitação do ponto que se quer investigar, mais precisamente quando fala em

Âmbito dos direitos *individuais*, cuja origem se encontra ligada às revoluções liberais e às declarações dela resultantes. Os direitos individuais, freqüentemente referidos como *liberdades públicas*, são a afirmação da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares. Na Constituição brasileira em vigor, eles se concentram na extensa enunciação dos 77 incisos do art. 5º^{2, 3}.

Esse olhar da constituição para o indivíduo, sendo os direitos deste indivíduo encarados como *liberdades públicas*, é também encontrado em Nogueira

Do direito Constitucional clássico, que atingiu seu ponto culminante com o modelo do Estado Democrático de Direito, passa-se a um plano ainda mais elevado, o supradireito das Liberdades Públicas moldado no Estado Democrático dos Direitos Humanos.

[...] O ocaso de uma era é a aurora de outra moldada na experiência passada, mas modelada em um mundo completamente renovado.

Um Direito outra vez humanizado para o “homem do terceiro milênio” pós-burguês. É nessa perspectiva que na incessante busca de uma Ordem Jurídica Justa (dever de todo jurista e também de cada cidadão, cada ser humano, mas especialmente do jurista...), o objetivo fundamental, senão o único, é alçar o Direito [...] como a matriz, ou centro gravitacional, dos demais sistemas ou ordens.⁴

Além de estarem razoavelmente delimitados no texto constitucional, Ferraz chama a atenção para o fato de que não se apresentam apenas como um enumerado de direitos, mas sim que constituem um verdadeiro sistema

² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.82.

³ A Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB. N.A.

⁴ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.415-420.

Impulsionada pela evolução histórica do mundo atual, pela reação à ordem constitucional anteriores e pela enorme repercussão internacional do novo tratamento dos direitos da pessoa humana, cuja idéia central é não apenas reconhecer, declarar, proteger, mas, sobretudo concretizar direitos fundamentais de todos os “cidadãos” do mundo, a Constituição de 1988 avança, ainda, de modo absolutamente inovador nesse campo, e leva à percepção do que se pode chamar de um “sistema” constitucional de direitos fundamentais”, ou seja de um conjunto normativo ordenado e coordenado, informado por um núcleo de princípios e valores jurídicos fundamentais dominantes, dotado de unidade de sentido, completude e coerência e de um caráter de fundamentalidade⁵.

Estabelecidos estes esclarecimentos acerca do entendimento doutrinário sobre os direitos fundamentais, faz-se necessário tecer alguns breves comentários acerca da titularidade da efetivação desta espécie de garantia do indivíduo.

Esta problemática sempre foi tema de discussão no âmbito acadêmico, sendo um conceito em constante evolução diante das próprias mudanças históricas que afetaram o instituto.

O processo evolutivo da relação do Estado com os jurisdicionados tem por início a titularidade inicial quase que exclusiva em mãos do poder legislativo, através da elaboração de leis que garantissem tais direitos. Passado o tempo, o foco migrou para o poder executivo, pela possibilidade de realizar tais direitos através de políticas públicas específicas. Tempos depois, seja pela inércia do poder legislativo, seja pela ineficiência ou inexistência de políticas públicas adequadas, a titularidade muda para o Poder Judiciário, sendo hoje o atual guardião dos direitos desta envergadura.

Abordando este contexto histórico, especialmente a passagem de titularidade do legislativo para o executivo, Alves afirma que

Mais adiante [...] o protagonismo passou a ser exercido pelo Poder Executivo. Do “governo” se esperava que tomasse medidas concretas mediante programas e serviços bem estruturados, capazes de assegurar condições suficientes de qualidade de vida, especialmente no campo da saúde, educação e previdência social. Tal fase [...] o chamado Estado Social de Direito [...] passou a ser designado Estado do Bem-Estar Social (do inglês *Welfare State*), ou Estado Providência (do francês *État Providence*)⁶.

⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988*, p. 125.

⁶ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.21-23.

Ocorre que no mundo contemporâneo, no mundo das sociedades de massa, as políticas públicas têm se mostrado muito precárias quanto à efetivação dos direitos fundamentais. Não interessa para o presente estudo discutir a gênese da falência da maioria destas políticas, mas sim constatar que o Poder Executivo, por si só, se mostrou ineficaz neste particular.

Por outro lado, não se pode admitir, ao menos sem rediscutir o princípio da separação de poderes, que o Poder Judiciário assuma integralmente esta competência. Permitir que a bandeira da efetividade dos direitos fundamentais seja o salvo conduto para dotar de superpoderes quaisquer dos Poderes da República, é possibilidade perigosa e que flerta com a subtração da própria democracia.

2 Democracia e Ativismo Judicial

Conforme destaca Ober, democracia é uma palavra que pode gerar significados diferentes, para pessoas diferentes. Sua origem, do grego antigo, remete a uma definição análoga a *poder do povo*⁷.

Dentro do arcabouço jurídico brasileiro, logo no primeiro artigo da constituição a democracia está assegurada como princípio fundamental, ficando estabelecido mais adiante, que todo o poder emanará do povo e que ele o exercerá por meio de seus representantes eleitos, ou até mesmo diretamente⁸.

Uma das críticas mais comuns à democracia, reside na possibilidade de que o sistema se constitua em uma forma de opressão da maioria, que falsamente atribuiria sua legitimidade à sua vitória nas urnas. Esta crítica parece tentar ser respondida com os sistemas hoje existentes, como, por exemplo, no caso brasileiro, o sistema do voto proporcional. Tais tentativas de resposta pretendem garantir, em última análise, que algumas minorias alcem seus representantes às instâncias legislativas, participando de forma paritária no processo de elaboração das leis.

Ocorre que essa discussão não se esgota neste ambiente ainda raso, sendo necessário mergulhar um pouco mais profundamente, especialmente quando se considera que ainda é muito comum não se identificar o funcionamento adequado do sistema democrático, na

⁷ OBER, Josiah. The original meaning of “democracy”: capacity to do things, not majority rule. *Constellations*, vol. 15, No. 1, 2008, p. 1.

⁸ Brasil. *Constituição*. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

medida em que possibilita hiatos de representatividade para determinados setores da sociedade.

Veja-se, por exemplo, os reflexos patrimoniais oriundos de uma relação homo afetiva, que é tema já idoso quanto ao ineditismo, mas ainda plenamente atual na ordem das instâncias legislativas de diversos países.

Nesta perspectiva, Ober sustenta que a democracia seria mais bem definida se fosse considerada como a *capacidade de fazer coisas*, do que se o fosse como o *governo da maioria*⁹. A construção intelectual do autor parte de uma investigação etimológica, que não é o objeto do presente estudo, mas sua conclusão apresenta pontos de contato com a linha de raciocínio aqui apresentada.

Assim, Ober propõe que a democracia, normalmente vista como o governo, o poder da maioria, vista como o verdadeiro controle monopolístico de uma autoridade constitucional pré-existente, passe a ser entendida como o poder que a população detém de efetivamente participar da gestão pública, não apenas como controlador da atuação dos titulares do poder, mas, inclusive, com capacidade de promover mudanças efetivas no cenário público¹⁰.

Como se percebe, o cerne foi profundamente modificado, pois a capacidade de influenciar diretamente na gestão da coisa pública, é bem diferente do que ser o detentor, o titular do poder estatal, sendo este considerado como idéia e não como resultado de um sistema político-jurídico.

Resta saber, entretanto, se esta proposição se conjuga com o texto da constituição brasileira antes mencionado, que expressamente determina que *todo o poder emana do povo*.

Em princípio, parece não haver incompatibilidade ontológica com a proposição e o texto constitucional, na medida em que Ober não subtrai o poder advindo do povo. Sua proposição apresenta uma interpretação diferente do fenômeno político, um olhar externo que parece não alterar a essência deste fenômeno em nenhuma medida.

A conclusão que se chega em Ober, é que ao modificar esta concepção sobre o que seria a democracia, foi retirada a possibilidade de opressão da maioria, possibilitando que setores menos favorecidos da sociedade recebam vantagens em termos de participação no cenário público, a fim de que sejam tratados com efetiva isonomia¹¹. Do contrário, conclui Ober, seria o equivalente a dar razão aos que já definiram a democracia como se fosse um sistema caracterizado como uma espécie de tirania da maioria¹².

⁹ Op.cit., p. 3.

¹⁰ Idem, p. 7.

¹¹ Ibidem.

¹² Op.cit., p. 8. “[...] so suffice it to say that ancient critics of popular rule sought to rebrand *demokratia* as the equivalent of a tyrannical “*polloi-archia*” – as the monopolistic domination of government apparatus by the

Mas sendo a democracia a possibilidade de fazer coisas, seria interessante saber qual o equilíbrio desta atuação. Em outras palavras, restaria saber se com esta perspectiva apenas não haveria a mudança no foco da opressão, ou seja, da tirania da maioria para a tirania de uma minoria qualquer. Esta investigação, entretanto, também transborda ao objeto do presente estudo.

O passo seguinte a esta capacidade de fazer coisas, considerando que elas realmente tenham sido feitas, ao menos no que pertine ao processo legislativo constitucional, surge a necessidade de implementação das garantias que se tenha conseguido estabelecer no texto da constituição.

Oportunidades haverá, neste viés, nas quais estas garantias não serão efetivadas e nas quais o indivíduo, ainda imbuído desta possibilidade democrática de fazer as coisas, terá a possibilidade de alçar sua pretensão a um Órgão diferente daquele elaborador da lei e daquele gestor da coisa pública, surgindo daí a chamada jurisdição constitucional.

Para Lima, a jurisdição constitucional, ou seja, a possibilidade de se discutir direitos constitucionais em sede de um processo promovido sob a tutela do poder judiciário, é um elemento facilitador do fortalecimento da democracia¹³.

E pensar em jurisdição constitucional é, inexoravelmente, pensar em estado de direito. No caso específico da linha de pensamento apresentada neste trabalho, será estado democrático de direito.

Ocorre que Rosenfeld faz um prudente alerta sobre a possibilidade de haver hipóteses nas quais o estado de direito poderá se chocar com a democracia¹⁴.

E grande parte do problema, em sua visão, residiria na própria definição do que seria o estado de direito, chegando Rosenfeld mesmo a afirmar que este seria um conceito essencialmente contestável¹⁵.

Ademais, prossegue Rosenfeld, mesmo num contexto de democracia constitucional, o estado de direito pode ser invocado pelo Estado contra os cidadãos, no sentido de preservar a lei - sendo esta considerada como manifestação da vontade da maioria - tanto quanto poderia ser invocada pelos cidadãos em face do Estado, com o objetivo de assegurar direitos fundamentais que tenham sido violados por leis ou determinadas políticas públicas¹⁶.

many who were poor [...]”.

¹³ LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. A guarda da constituição em Hans Kelsen. p. 10, disponível na internet: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>>, acesso em: 24 de junho de 2012.

¹⁴ ROSENFELD, Michel. The rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy. *Cardozo Law School, Public Law Research Paper*, No. 36, 2001, p. 3, disponível na internet: <<http://ssrn.com/abstract=262350>> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262350>, acesso em: 24 de junho de 2012.

¹⁵ Idem, p. 4.

¹⁶ Idem, p. 5.

Rosenfeld apresenta este pensamento de forma inequívoca, por ocasião da Conferência proferida na Assembléia Legislativa de Belo Horizonte/MG, deixando evidente que a democracia é a regra da maioria, a regra majoritária, a contrapondo, portanto, com o constitucionalismo:

De fato, há uma tensão importante entre constitucionalismo e democracia. Não é óbvio que os dois devam caminhar juntos. Há muitas definições de democracia. Eu adotarei aqui uma definição que considero uma versão simplificada: democracia é a regra da maioria, a regra majoritária. É uma forma política de organização, um sistema político em que as decisões que são contestadas resultam do voto da maioria. Dessa forma, constitucionalismo e democracia estão em lados opostos. Numa democracia, os direitos constitucionais vão diretamente contra a vontade democrática. A liberdade de pensamento ou de expressão - e aqui pode-se comparar uma monarquia a uma democracia - realmente significa proteger os pontos de vista com os quais a maioria não está de acordo, porque os pontos de vista com os quais a maioria concorda não precisam de proteção constitucional. A maioria tomará conta de si mesma, por meio do processo legislativo e do devido governo¹⁷.

Neste sentido, Rosenfeld entende que os direitos constitucionais seriam, em alguma medida, antidemocráticos, antimajoritários, na perspectiva na qual os direitos encartulados na constituição existem especificamente para a proteção do indivíduo contra a vontade da maioria¹⁸.

Veja-se que Rosenfeld considera a democracia como a exteriorização da vontade da maioria, no que diverge de Ober, quando a define como a capacidade de fazer coisas. Poder-se-ia dizer, em defesa de ambas as posições, que a perspectiva de Rosenfeld foca na razão prática, enquanto a de Ober prima pela razão pura.

Em um ou em outro caso, entretanto, saber o que é a democracia será uma constatação mais empírica do que dogmática. Se a forma de exercício da democracia possibilitar que todos os setores da sociedade tenham a capacidade de atuar efetivamente no âmbito das definições da coisa pública, a correção residirá no pensamento de Ober. Se, por outro lado, a ineficiência da máquina administrativa estatal conduzir a uma realidade, na qual as decisões públicas sejam a expressão de um discurso majoritário advindo das massas – sejam elas de qualquer origem, bastando que sejam a maioria – a resposta correta estará em Rosenfeld.

¹⁷ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan/jul 2004, p. 12, disponível na internet: <<http://mediaserver.almg.gov.br/acervo/127/688127.pdf>>, acesso em 24 de junho de 2012.

¹⁸ Idem, p. 13.

Ocorre que em sede de jurisdição constitucional, ou seja, de atuação do juiz diretamente perante um caso concreto, parece necessário saber qual o impacto da decisão judicial no que pertine à própria manutenção da democracia. Em outras palavras, é necessário saber em que medida o tribunal constitucional teria competência democrática para decidir desta ou daquela maneira.

A proposição de Lima, por seu turno, considera como necessária a presença do elemento político no contexto de jurisdição constitucional:

Duas reflexões teóricas parecem possíveis. A primeira delas foi aqui anteriormente lembrada: o constitucionalismo necessita da teoria política – e de uma teoria política da democracia, após as experiências catastróficas do século XX – para garantir consistência empírica aos textos que produz (e que significam, em sociedade como as oriundas da redemocratização dos anos 80 na América Latina, a sua razão de ser). Sem o componente da análise política, a aplicação das constituições e a visão possível de seus direitos, garantias e instituições pouco contribuirão para sua própria existência, enquanto referência democrática a ser efetivada¹⁹.

Lima, entretanto, aborda um aspecto ainda pouco analisado na literatura nacional, que se cinge à questão do papel preponderantemente político dos tribunais no arco do poder do Estado, chegando mesmo a mencionar uma possível *usurpação do político por tribunais que não se submetem a qualquer tipo de controle direto por parte do povo*²⁰.

Perceba-se, portanto, que a possibilidade de carência democrática em uma decisão do tribunal constitucional já é uma preocupação da comunidade científica, diante da possibilidade – e mesmo diante de resultados práticos já conhecidos – de que o controlador não seja controlado por ninguém, tornando-se um verdadeiro tirano.

E se mesmo em sede de um tribunal constitucional essa possibilidade já se verifica, inclusive podendo ser pensada como uma *fissura no sistema*, com maior razão se apresentará a necessidade de enfrentar a questão quando se tratar de decisão proferida por qualquer membro do Poder Judiciário.

¹⁹ Op.cit., p. 7.

²⁰ Idem, p. 10-11.

Vale aqui abrir um parêntese, portanto, para destacar que o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil, possui as duas vertentes praticadas no mundo ocidental.

Aqui se controla a constitucionalidade pela forma abstrata – na qual a matéria é analisada *em tese*, por um único Órgão julgador²¹ - e pela forma concreta, quando a discussão sobre a constitucionalidade não for o objeto do processo, mas sim o fundamento para se alcançar a pretensão deduzida naquela demanda específica²².

Fechando o parêntese, parece ficar claro que uma decisão judicial proferida em sede de controle concentrado, tem potencialmente maior possibilidade de lesão à democracia, do que aquela proferida em sede de controle abstrato.

A decisão em controle abstrato, portanto, tem em seu favor ao menos o fato de analisar a hipótese *em tese*, possibilitando que os efeitos da decisão final atinjam todas as pessoas. No controle concentrado, todavia, e considerando-se a doutrina tradicional, a decisão só terá valor entre as partes do processo.

Frise-se, por oportuno, que esta digressão foi necessária para que fosse evidenciada a amplitude à qual poderia chegar o estudo, se a hipótese fosse de cognição exauriente acerca da própria jurisdição constitucional. O objeto da pesquisa deste trabalho, como se pode perceber, é um pouco mais específico.

Consoante adiantado na introdução, a hipótese investigada é a de atuação do Poder Judiciário contra uma política pública existente, mas que no entender do tribunal seja insuficiente para atendimento de um determinado caso concreto.

O que ocorre na hipótese de ativismo judicial ora investigada, é a prolação de uma sentença judicial que tem o objetivo de fazer valer uma norma programática, ou, com maior frequência, de um princípio de direito esculpido na constituição. Desta sentença advirá uma ordem que determine ao Poder Executivo proceder desta ou daquela maneira.

Sintetizando o raciocínio, para que a hipótese não se perca na profusão de termos técnicos, impossibilitando a leitura por outros ramos das ciências humanas, faz-se necessário esclarecer um pouco mais o objeto do estudo, agora já de posse das informações tratadas até o momento.

²¹ O controle abstrato será exercido pelo STF quando o controle da constitucionalidade tiver por parâmetro a constituição federal e, pelos Tribunais de Justiça estaduais, quando o parâmetro for a constituição daquele estado especificamente.

²² O controle concreto, no Brasil, é exercido por todos os Órgãos do Poder Judiciário. No controle abstrato o *pedido* da ação é a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, enquanto que no controle concreto o *fundamento* para se formular o *pedido*, sendo este qualquer um juridicamente possível, é que será a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

O caso em apreço ocorre quando um juiz – qualquer um, de qualquer instância ou tribunal – decide que para a efetivação de um direito fundamental pleiteado pela parte supostamente lesada, o Poder Executivo deverá agir da forma que ele (juiz) determinar, sem que para isso necessite sequer abordar, nem mesmo *an passant*, se a política pública analisada é ou não ofensiva ao texto constitucional. Basta, portanto, que o indivíduo demonstre que o exercício de determinado direito fundamental não lhe seja garantido por aquela política.

A síntese da síntese, portanto, é que a hipótese de ativismo judicial analisada neste estudo, é aquela na qual o juiz decide *o quê* o Poder Executivo deverá fazer para efetivar o direito fundamental em um determinado caso concreto.

Necessário lembrar que o tema deve ser pensado no contexto da realidade do Estado brasileiro, o que forçará levar em consideração a existência de um hiato entre o querido e o possível, na perspectiva de um país ainda em processo de desenvolvimento.

A pergunta que se formula, portanto, é a seguinte: agindo assim, o Poder Judiciário garante à pessoa (como espécie humana) a democracia, sendo esta considerada como *a capacidade de fazer coisas*, ou promove o desvirtuamento do sistema democrático, ao obrigar que o Estado privilegie a pessoa (indivíduo específico) em detrimento de todos os demais?

Ávila já se dedicou a questão e suas ponderações são pertinentes ao pensamento apresentado até este momento:

Não é correto [...] asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar *se passou* do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de um para outro²³.

²³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18-19, disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 27 de outubro de 2011.

O ativismo, da forma como pintado com as pesadas cores utilizadas neste estudo, rumo para o autoritarismo, na medida em que o Poder Judiciário, ao invés de guardião da legalidade constitucional, flerta perigosamente com teorias totalitárias.

Pretender retirar a legitimidade do Poder Legislativo para decidir o que é melhor ou pior para a sociedade, é retirar a voz do povo, é subtrair a democracia e dedicar sua análise a um grupo seleto de iluminados, como já alertava Kelsen a quase um século:

Permitir que uma maioria de homens ignorantes decida, em vez de reservar a decisão ao único que, em virtude de sua origem ou inspiração divina, tem o conhecimento exclusivo do bem absoluto – não é esse o método mais absurdo quando se acredita que tal conhecimento é impossível e que, conseqüentemente, nenhum indivíduo isolado tem o direito de impor sua vontade aos outros. O fato de os juízos de valor terem apenas uma validade relativa – um dos princípios básicos do relativismo filosófico – implica em que os juízos de valor opostos não estão nem lógica nem moralmente excluídos. Um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, componentes tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos. Tal crença leva irresistivelmente – e sempre tem levado – a uma situação na qual aquele que pretende possuir o segredo do bem absoluto reivindica o direito de impor sua opinião e sua vontade aos outros, que estarão incorrendo em erro se com ele não concordarem. E errar, segundo essa concepção, é uma falta e, portanto, passível de punição²⁴.

E neste sentido, já que é necessário que o povo seja representado e que sua vontade seja exteriorizada por um discurso único, não há como vislumbrar que uma única pessoa, investida de jurisdição, possa subtrair o que a vontade da maioria estabeleceu.

Antes disso, é de reconhecer, todavia, que o primeiro passo é identificar o que seria a manifestação volitiva do povo. A questão é tormentosa e toca apenas tangencialmente o presente estudo. De toda sorte, em Korsgaard esta celeuma também foi identificada e a saída é apontada em Kant, especificamente quanto aos estudos afetos ao direito (ou a ausência de direito) à revolução

O problema surge porque a vontade do povo deve ser representada. Um povo não pode literalmente falar com uma só voz. Ele deve falar através de um representante que tenha seu mandato. O que torna o problema da revolução tão agudo é que o que está em questão aqui é quem representa o povo. E o povo não pode literalmente falar com uma só voz sobre *isso*, não mais do que

²⁴ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202.

pode fazê-lo em relação a qualquer outra coisa. Até que resolvamos a questão de quem representa o povo, a vontade geral não tem uma voz com a qual falar. Então não podemos começar com a vontade do povo; para saber o que é a vontade do povo, devemos começar com alguém que foi designado como seu representante, sua voz. Isso pode fazer com que pareça estranhamente arbitrário quem nós escolhemos para representá-lo. A solução de Kant para esse problema é dizer que o representante do povo *é apenas* o governo existente, qualquer que seja ele.²⁵

Por outro lado, e ainda que a análise não estivesse escudada numa perspectiva kantiana, Korsgaard persiste no ponto acerca da necessidade inafastável de se identificar a voz do povo

[...] Suponha que nós aceitemos, ao invés, que exista algo como a vontade geral, independentemente de nossos procedimentos, e que nossos procedimentos deveriam ser vistos como dispositivos falíveis para determiná-la. Então, podemos admitir, contrariamente a Kant, que o regime existente pode não representar a vontade do povo e pode, portanto, falhar em ser legítimo. Mesmo assim, temos o problema. Ainda é verdade que o povo não pode falar como povo até que tenha uma voz. Um revolucionário que alega ser o representante do povo meramente por causa do espírito que ele capta entre o povo, ou mesmo porque ele teve um voto favorável, está descrevendo erroneamente a situação. O povo só pode conferir o seu mandato através de alguma voz devidamente constituída, através de alguém que tenha o direito de representá-lo. Se admitirmos a possibilidade de que o regime existente não representa a vontade geral, então não há *qualquer forma* de dizer o que é a vontade geral.²⁶

Portanto, denota-se que em nenhum momento a decisão final é relegada aos acadêmicos ou aos técnicos do direito. Parece, sem sombra de dúvida, que a voz do povo é escutada diretamente da boca de seus representantes, ao menos para que se obtenha uma unicidade no regramento ou em sua interpretação.

O que é ainda mais curioso na proposição de Korsgaard, é a sua fundamentação em Kant para citar a legitimidade advinda da voz do povo. A curiosidade, neste ponto, está relacionada ao fato de que a crítica ao modelo de separação de poderes em Kant aponta para a formação de um Estado despótico, com o soberano praticamente concentrando os poderes legislativo e executivo, e um judiciário mais autônomo. Acerca desta crítica, vale observar o que pontua Westphal

A teoria constitucional publicada em Kant é incompleta e internamente inconsistente. Apesar de ele não ter percebido essa inconsistência, ele expressamente indicou sua incompletude. Assim, é especialmente importante notar que a maioria dos princípios requeridos pelas necessárias revisões já

²⁵ KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 545.

²⁶ Idem. p. 546-547.

estão explicitamente contidos em sua *Rechtslehre* (Doutrina do Direito). Também merece ser ressaltado que a divisão na teoria de Kant entre uma divisão de poderes republicana e um governante executivo absolutista é a principal divisão constitucional entre o que até muito recentemente eram os Blocos Oeste e Leste.²⁷

Crítica similar se verifica em Travessoni, em que pese divergir, ainda que em pouca medida, de Westphal

Westphal chega a uma interessante conclusão em seu ensaio: ele aponta o caráter rígido da divisão de poderes e a falta de um sistema de freios e contrapesos na teoria política de Kant. Eu aponto aqui a falta de um critério para fixar um mínimo de legitimidade para o sistema jurídico. Esses são dois fronts na mesma batalha. Existe um problema: como harmonizar *obediência e legitimidade*? Podemos tentar resolvê-lo (i) criando meios para assegurar que o sistema jurídico seja legítimo ou (ii) fazendo a desobediência, pelo menos em alguns casos, legítima. Westphal defende a primeira solução, enquanto eu defendo, *aqui*, a segunda. Parece-me que uma não exclui a outra. De qualquer forma, ambos pensamos que, quando Kant tratou dessa matéria, ele poderia ter extraído mais de seus princípios do que fez.²⁸

Veja-se, neste diapasão, que independentemente do foco da crítica, o que é uníssono é que a concentração de poderes republicanos é algo frequentemente repudiado pela comunidade acadêmica. E se a concentração de quaisquer dos poderes republicanos é ruim quando se localiza nas mãos do soberano, também o será se sua moradia residir nas mãos de um único magistrado ou tribunal.

A constituição, como corolário máximo da manifestação democrática e norte para todo o ordenamento jurídico, entretanto, carece de regulamentação amiúde, o que é relegado às leis infraconstitucionais, que também se submetem a um processo legislativo democrático estabelecido pela própria constituição.

A proposta do presente estudo parte de outra racionalidade. Considerando, por conseguinte, que o processo democrático também delega ao Poder Executivo a competência para estabelecer as políticas públicas – que darão vida aos direitos fundamentais esculpidos na constituição – o Poder Judiciário só poderia se manifestar contra a integralidade da política pública. De outra forma, a efetivação do direito só seria garantida para aqueles que pudessem pleitear a proteção jurisdicional.

²⁷ WESTPHAL, Kenneth R. *Republicanism, despotismo e obediência ao Estado: a inadequação da divisão de poderes em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 516.

²⁸ TRAVESSONI, Alexandre. *É consistente a defesa de Kant da obediência absoluta à autoridade?* In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 578-579.

Esta proposição pressupõe a constatação irrefutável de que o acesso ao Poder Judiciário não é amplo, irrestrito e plural em todo o país. Apesar desta questão não ser aqui aprofundada empiricamente, é utilizada como um paradigma lógico, diante de sua notoriedade.

Ao que o estudo indica, pensar diferente é permitir que o Poder Judiciário feche os olhos para a sua condição de membro do Estado e ignore o fato de que somente algumas pessoas conseguem apresentar suas queixas para apreciação judicial. Se a política é ofensiva à efetivação de direitos fundamentais, o será para todos e não somente para aqueles que puderem chegar aos seus gélidos corredores marmoreados.

Não poderia o Poder Judiciário, portanto, em um momento atuar como Estado-juiz e obrigar outro Poder da República a proceder desta ou daquela forma, e em outro momento se esconder em regras processuais para somente fazer valer sua decisão para quem puder – e for representado por um bom advogado – submeter-lhe sua pretensão.

O pensamento apresentado, pretende conjugar as necessárias racionalidade e coerência do sistema, preservando a chave da lógica da ordem jurídica, como diria Goyard-Fabre

A superlegalidade constitucional significa que, no Estado, a Constituição é a chave da lei e da regularidade das decisões de direito. Entenda-se por isso que ela se impõe de modo coercitivo como fonte da legalidade e que, por essa razão, torna inteligível, desde seus princípios primeiros, todo o sistema jurídico do Estado. Em outras palavras, ela permite pensar o sistema do direito segundo as categorias da razão. A doutrina constitucionalista corresponde, com efeito, a uma preocupação de racionalização da ordem jurídica²⁹.

Nesta perspectiva, não haveria nenhuma racionalidade democrática que sobrevivesse à coexistência de políticas públicas diversas para pessoas iguais, especialmente se esta diferença fosse imposta pelo Poder Judiciário.

Não se pode olvidar, por outro turno, que a democracia, seja a considerada como o governo da maioria, seja a considerada como a capacidade de fazer coisas, deve primar pelo foco no que for coletivo, naquilo em que o coletivo for igual. Em outras palavras, se a política pública ofende determinada pessoa, é desdobramento lógico que ofenderá a todas as pessoas que forem iguais a ela.

²⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 122.

Por conseguinte, não há que se falar em superioridade ou legitimidade de determinado poder da república, especialmente se esta pretensa superioridade estiver lastreada em critérios de conhecimento científico-acadêmico e, portanto, mais distante da massa.

Nunca é demais lembrar que, como visto acima³⁰, a constituição brasileira estabelece que todo o poder emana do povo e que este se manifesta, primordialmente, por seus representantes. Quando estes representantes editam leis, é o próprio povo que estabelece a cogência destas normas de direito.

A vontade popular, neste sentido, sempre estará acima das instituições, ainda que estas se apresentem bem intencionadas. Neste sentido Korsgaard exemplifica

[...] Quando estamos julgando as próprias instituições do governo, esse tipo de tensão pode ser levada ao nível do paradoxo, ilustrado por um exemplo simples. Suponha que estejamos convencidos de que a idéia de que o governo deveria representar a vontade geral do povo exige que algum grupo de pessoas, até então irremediavelmente subordinadas a um tirano poderoso, tenha permissão para escolher suas próprias instituições políticas em uma eleição democrática. E suponha que, tendo sido libertadas de seu tirano e tendo lhes sido permitido votar para escolher suas instituições políticas, elas unanimemente rejeitem a democracia, e elejam seu tirano imediatamente de volta. Onde, agora, reside a justiça? Devemos impor a essas pessoas uma forma de governo que elas não escolhem ter, em *nome* do respeito a sua vontade geral? Podemos estar convencidos, e com boas razões, de que a democracia constitucional é a melhor forma de um povo expressar sua vontade geral. Mas a ausência de instituições democráticas não pode ser tomada como prova ou mesmo como evidência de que um governo não representa a vontade geral de seu povo.³¹

Vê-se, portanto, que em Korsgaard a vontade popular é a única absolutamente soberana, no que coincide *ipsis literis* com o já citado parágrafo único, do art. 1º, da constituição brasileira.

Conclusão

Neste caminhar intelectual, conclui-se que a proteção de direitos fundamentais em sede constitucional é, ou deveria ser, uma proteção para o indivíduo. O indivíduo passa à ter a garantia de que seus direitos individuais serão respeitados, mesmo quando a vontade da maioria, ou a vontade estatal, quiserem negar-lhe determinado direito.

³⁰ Nota 8.

³¹ KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 542.

Para que essa meta se concretize, faz-se necessária além da preservação dos direitos fundamentais, a criação de meios efetivos para sua realização, sendo este dever atribuído ao Estado.

A democracia, considerada como a capacidade de fazer coisas, como a possibilidade de qualquer indivíduo obrigar o Estado a efetivar um direito que lhe esteja sendo negado ou violado, compreende a possibilidade de atuar diretamente perante os três poderes estatais.

Nesta mesma linha, no âmbito brasileiro a constituição estabelece que todo o poder emana do povo. Portanto, tanto a atuação das autoridades públicas, assim como a atuação das próprias instituições, devem estar preordenadas à ouvir e satisfazer a vontade popular.

O Estado, mesmo como titular do dever de efetivação das garantias individuais, é composto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e assume o compromisso de agir coletivamente na preservação destas garantias.

Para que essa efetivação se verifique em plenitude, o Estado não poderá se esconder atrás de nenhuma de suas facetas tripartidas, de molde a disfarçar uma espécie de totalitarismo representado pela concentração destes poderes em um único.

Da mesma forma, a efetivação dos direitos fundamentais, por conseguinte, não pode ser utilizada como máscara para privilegiar injustificadamente qualquer indivíduo ou grupo social, culminando por prejudicar toda a coletividade.

De outro ângulo de visada, também não será possível que a vontade da maioria seja instrumento de opressão contra qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos.

A democracia, portanto, considerada como a capacidade de fazer coisas, considerada como a possibilidade de qualquer indivíduo ou grupo alçar representantes com reais poderes de atuação em seu nome, pressupõe que a vontade popular não só será ouvida, como também será o norte maior da atuação do Estado, ainda quando manifestada através do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18-19, disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 27 de outubro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988*.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 122.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202.

KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. *A guarda da constituição em Hans Kelsen*. p. 10, disponível na internet: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>>, acesso em: 24 de junho de 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2001.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OBER, Josiah. The original meaning of “democracy”: capacity to do things, not majority rule. *Constellations*. Vol. 15, No. 1, 2008.

ROSENFELD, Michel. The rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy. *Cardozo Law School, Public Law Research Paper*, No. 36, 2001, disponível na internet: <<http://ssrn.com/abstract=262350>> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262350>, acesso em: 24 de junho de 2012.

_____. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v.7, n.12, 2004, disponível na internet: <<http://mediaserver.almg.gov.br/acervo/127/688127.pdf>>, acesso em: 24 de junho de 2012.

WESTPHAL, Kenneth R. *Republicanism, despotismo e obediência ao Estado: a inadequação da divisão de poderes em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.