

AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ARTÍFICE DA CRIAÇÃO DO DIREITO (*)

Nelson Camatta Moreira (**)

Andréa Maria dos Santos Santana Vieira (***)

Fecha de publicación: 01/04/2013

RESUMO: Apresenta-se bastante polêmica a questão de saber se possível admitir um controle sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal. Ainda que se apresentem, no mais das vezes, desvirtuadas do contexto social, relegando ao alvedrio de onze ministros a definitividade dos rumos do país, em verdade há tanto defensores quanto opositores do sistema de controle. Com isto, se pretende verificar se a Suprema Corte vem atendendo o seu papel de guardião da Constituição, o que confirmaria sua legitimidade democrática face o respeito aos preceitos constitucionais, ou, ao contrário, a correta compreensão da estrutura normativa estaria a depender da inserção de dados extraídos da realidade da qual emana, segundo modelo inspirado na teoria concretista. Sem freio, o Supremo vem exercendo, de fato, o vetor de criação do direito no cenário nacional, ao mesmo tempo em que desrespeita a integridade ínsita ao direito, face a incoerência em relação a decisões anteriores. Neste sentido, teria realmente a Suprema Corte um direito constitucional a errar por último ou como qualquer instituição democrática deve curvar-se à autoridade dos verdadeiros titulares do poder, em meio ao

(*) Este texto repercute parcialmente as pesquisas e discussões desenvolvidas no Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da FDV-ES.

(**) Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, com estágio de doutoramento na Universidade de Coimbra; Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Diretor da Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/ES); Advogado.

(***) Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Advogada da União.
andrea.santana@agu.gov.br

respeito aos anseios da população, limitando-se à interpretação conjugada com o que se espera de uma democracia?

PALAVRAS-CHAVE: Teoria concretista. Racionalidade jurídica. Discrecionalidade.

ABSTRACT: It presents a very controversial question to admit a possible control over the decisions of the Supreme Court. Even if present, in most cases, undermined the social context, discretion, relegating to the definitiveness of eleven judges the direction of the country, in fact there are both supporters and opponents of the control system. With this, if you want to check if the Supreme Court has given its role as guardian of the Constitution, which would confirm its democratic legitimacy face the respect of constitutional principles, or, rather, the correct understanding of the regulatory framework would depend on the inclusion of data extracted from reality which emanates second model inspired by the Structural Theory of Law. Without brakes, the Supreme been playing, in fact, the vector creation right on the national scene, while that disrespects the integrity of the innate right, face the inconsistency regarding previous decisions. In this sense, the Supreme Court would have really a constitutional right to do it wrong last or how any democratic institution must bow to the authority of the true holders of power in the midst of respect to the wishes of the population, limiting the interpretation combined with what waiting for a democracy?

KEYWORDS: Structural Theory of Law. Legal rationality. Discretionary.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da incongruência do Supremo Tribunal Federal e da submissão do povo ao sentimento constitucional da Corte Fundamental – 3. O concretismo enquanto resgate à coerência. 4. Da necessidade de vinculação do Tribunal Constitucional à Constituição em respeito ao poder soberano do povo. – 5. Considerações finais – 6. Referências.

INTRODUÇÃO

Há muito as decisões do Supremo Tribunal Federal vem causando um misto de perplexidade e revolta na sociedade. Ainda que em alguns casos não digam respeito diretamente a potenciais causas particulares da população, é espantoso verificar a divergência de julgados decorrentes de prévia e expressa manifestação de entendimento firmado pela Corte Maior. A exemplo do que se afirma, é possível constatar a falta de acordo

semântico quando do emprego da Súmula Vinculante nº 11¹. Aprovada em sessão plenária de 13/08/2008, após diversos debates quais deram origem ao texto final, vê-se que sua observância sequer é acatada pelos próprios Ministros do Supremo quando da aplicação aos casos que desta decorrem. Quando da análise dos julgamentos em que se questiona o desrespeito à citada súmula, percebe-se a adoção de critérios econômicos e sociais como balizadores da fundamentação do STF, ao tratar especificamente da declaração de quem tem direito ao efetivo reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se tratando de um figurão do Estado, nada há para ser repreendido em razão do uso de algemas, mesmo e principalmente, diante do aparato de segurança ligada a um julgamento pelo Júri, crime no mais das vezes cometidos pela população de baixa renda. Sob a alegação de risco à integridade física dos presentes, mantém-se o uso da algema².

Não quer com isto dizer que a aplicação das súmulas vinculantes não dependa de uma análise interpretativa segundo as especificidades do caso concreto (COURA e PAULA, 2008, p.5). Em se tratando, no entanto, de um Tribunal Superior, a aplicação, *in casu*, divergente e descontextualizada demonstra o incorreto emprego da súmula, qual deveria se dar de modo universal, no que tange aos seus fundamentos. Do modelo adotado ressalta o elitismo do Supremo e a confirmação de não pertença histórica do guardião da Constituição no conceito de representante do povo. Com efeito, corrobora entendimento de Carvalho (2005, p. 215-217), qual descreve a dificuldade de acesso à justiça a grande parte da população, face a divisão dos cidadãos em classes, o que denota que o Judiciário não cumpre seu papel, havendo quem escape às leis e outros a quem a sua aplicação, em especial se considerada a legislação penal, é certa.

De mesma forma quando se analisa o conteúdo da inusitada súmula vinculante nº 6³, que trata da indiscriminada possibilidade de distinção remuneratória conquanto a pagamento inferior a um salário mínimo aos conscritos. Aprovada quase ao mesmo tempo da anterior, inova ao depreender esforço hermenêutico dissociado da realidade e das demais

¹ Só é lícito o uso de algemas em casos 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.

² Rel 8712 / RJ - RIO DE JANEIRO; HC 107644 / SP - SÃO PAULO, dentre outros.

³ Não viola a constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

decisões⁴ proferidas pela Corte, quais dão conta da garantia do mínimo legal referente ao total da remuneração. Na busca em encontrar a fundamentação do tratamento desigual dispensado às praças prestadoras de serviço militar inicial, verifica-se que o argumento tampouco convence, quando verificados os precedentes que deram origem à súmula. De se ver, em todas as hipóteses⁵ se alega que “A Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores”. Com isto, estaria o Estado autorizado pelo Supremo ao pagamento inferior ao valor assegurado aos demais indivíduos, em uma interpretação que não condiz com o que se extrai dos demais postulados constitucionais.

Neste contexto, o que se pretende demonstrar é que as decisões do Supremo não apresentam coerência com demais julgados proferidos há não muito tempo pela própria Corte. Para fins de demonstrar coesão à integridade do direito, Dworkin (2007, p. 272) sugere a observância pelas decisões “dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Isto porque, da incongruência ressalta a falta de comprometimento do STF com questões de interesse da população, o que se traduz em imersão no sentimento constitucional da Suprema Corte em lugar do sentimento de Constituição qual deveria ser próprio do povo brasileiro. Neste sentir, o processo de retomada da democracia perpassa necessariamente pelo controle social das decisões do Supremo, com amparo na abordagem concretista, como primeiro estágio ao resgate da soberania popular, em substituição às determinações dos seus ministros.

2 DA INCONGRUÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUBMISSÃO DO POVO AO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL DA CORTE FUNDAMENTAL

Qual artífice do direito já não se deparou com decisões contraditórias proferidas pela Suprema Corte? E pior, utilizando como parâmetro posicionamentos consolidados em súmulas vinculantes que deveriam ser de observância obrigatória também para o Tribunal Constitucional, para fins de fundamentação das decisões. Por certo, tudo leva a crer que o STF não se encontra afinado aos seus próprios julgados. Não de outra forma, Dworkin (2007, p. 273) esclarece que o processo interpretativo pautado no direito como integridade está a depender dos juízes interpretarem “o

⁴ AI 833410 AgR / PE – PERNAMBUCO, de 29/05/2012 e RE 499937 AgR / RN - RIO GRANDE DO NORTE, de 25/10/2011.

⁵ STF, RE 570177/MG - 22.12.2009- MINAS GERAIS, de 30/04/2008 e RE 551453 / MG - MINAS GERAIS, de mesma data.

mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso”. O que dizer então das instâncias inferiores que a pretexto de seguir posicionamento consolidado ficam a mercê dos desmandos da Corte? Com efeito, faz todo sentido frases como a proferida por um dos ministros⁶ antes do julgamento do mensalão, na qual aduz que a depender do resultado do vôlei feminino na final das Olimpíadas absolveria todos os acusados fosse o dia de proferir seu voto, o que muito se assemelha com as práticas judiciais em *terrae brasilis* como sustenta Streck (2010, p. 26) quando afirma que o “juiz não se subordina a “nada”, a não ser ao “tribunal de sua razão””. Mas que razão é esta se não pautada em práticas democráticas que garantam a correção ou ao menos o acatamento em meio à concordância pelos destinatários. Ao analisar a filosofia hermenêutica, o autor (STRECK, 2010, p.19) destaca que a suposta verdade manifesta na decisão não se resume a um ato de consciência e de representação subjetiva, estando a depender o seu significado de um contexto compartilhado.

Segundo Coura (2008, p.312) “o significado de Constituição e a garantia dos direitos fundamentais dependem do processo hermenêutico que atribui sentido aos textos normativos em cada contexto de aplicação”. Não de outra forma, ressalta Verdù (2004, p.54-56) que o sentimento jurídico é construído segundo ações ou decisões concretas e não em abstrato. Embora apresente forte carga emocional, não se limita a paixões próprias, porquanto necessário adequar a vinculação afetiva de solidariedade na construção de uma harmonia na vida social, visto que o sentimento jurídico visa defender o direito de cada um de nós através da proteção ao direito alheio, segundo um concreto sistema de valores. De se ver, apenas o aspecto emocional não basta para conceituar o sentimento jurídico senão também sua análise intelectual, sob pena de, caso contrário, carecer de interesse. Neste cotejo, se relaciona tanto com o Direito estabelecido quanto com o modelo ideal, relativizados por uma determinada sociedade ao qual corresponda.

Transposto para o campo constitucional, o sentimento jurídico, dito agora constitucional, concerne tal qual anteriormente exposto, à órbita do ordenamento fundamental. Trata-se da conscientização popular acerca da Constituição, qual mostra a necessidade não apenas da sua existência normativa, mas também da garantia de previsão de determinados direitos que a justifiquem. Com isto, deve-se considerar presente no conceito de Constituição não apenas o seu aspecto intelectual, mas também a adesão social focada no sentimento de justiça que a mesma proporciona, como

⁶ Disponível em <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/08/ministros-torcem-pela-selecao-feminina-de-volei-antes-do-julgamento.html>, acesso em 19.08.2012 às 10:32h.

forma de legitimá-la. Do contrário, estar-se-á diante da repulsa ou ressentimento constitucional, que a depender do distanciamento das normas contidas no Texto Maior decorrerá em legítimo direito ao descumprimento dos seus preceitos.

Em razão do caráter multifacetado da sociedade, o ponto de vista jurídico deve abarcar o maior número de concepções, o que afasta a possibilidade de um sentimento constitucional solipsista pelos juízes. Neste ponto, Verdú (2004, p. 71-72) é enfático ao afirmar o caráter aberto da Constituição a depender da adesão do povo ao ordenamento, expressa no sentimento de ter e estar em Constituição. De mesma forma Hesse (1991, p.19), para quem a força normativa da Constituição depende, para moldar-se à realidade, de diretivas à atuação social, conquanto consista em vontade de Constituição pelo povo. Com isto, estar imbricado ao texto fundamental depende dos atores sociais, que devem focar sua atuação em premissas a apoiar a interpretação em aspectos psicológicos fundados na crença do ideal de justiça.

De igual forma, Habermas (2007, p. 9-10) defende que a legitimação do Direito depende do verdadeiro reconhecimento pelos seus destinatários, do que resulta o poder de ser aceito segundo um processo dialogal, e não por meio de imposição, o que se aplica também em relação à Suprema Corte, qual deve vincular suas decisões, para fins de aceitação, à universalização de todos os interesses envolvidos, de forma que, a partir da argumentação e da compreensão do outro se possa extrair a essência das coisas e seus significados. É o mesmo que afirma Haberle (1997, p. 14), para quem deve ser exigida a ampliação do processo hermenêutico, funcionando os diversos grupos como pré-interpretres da Constituição. De se ver, muito embora não se possa falar em interpretação sem preceder de carga emotiva, juntamente com o aspecto intelectual, a integração do sentimento constitucional ao discurso interpretativo depende da inclusão de um maior número de pontos de vista possíveis, levando-se em consideração a consciência do povo de estar inserido na existência política do texto constitucional. Do contrário, eventual interpretação divorciada dos objetivos da população, transforma o intérprete em detentor do monopólio do direito.

3 O CONCRETISMO ENQUANTO RESGATE À COERÊNCIA

Em sua teoria estruturante do direito, Müller (2008, p. 95-97) propõe a retomada do direito enquanto realidade, por meio da aplicação à práxis jurídica da redefinição dos contornos da estrutura da norma, trazendo para o seu interior critérios tanto de interpretação quanto de aplicação das prescrições do direito. Com isto, apresenta diretivas também para a tomada de decisões, quais não estariam a depender da mera aplicação silogística,

incluída nesta a possibilidade de adoção de forte dose de discricionariedade. O que se vê, portanto, é o apelo à racionalização do direito, que se dá, não de outro modo, segundo uma abordagem constitucionalmente aplicada, por meio da realização concreta, passível de ser controlada pela sociedade a qual é dirigida.

De se ver, ao conceito abstrato de norma decorre o necessário respeito à análise da realidade, porquanto parte integrante desta. O que se busca com a adoção desta teoria é impelir o Supremo a se pautar segundo critérios racionais de legitimação das decisões. Conquanto as normas não devam se apresentar como modelos fechados à mera subsunção ao caso concreto, com mais razão não se admite o distanciamento do contexto social, sob pena de fugir à realidade e não corresponder à concretização do direito. Ao estabelecer os contornos para uma correta interpretação, deve-se levar em consideração a análise do contexto histórico e social ínsito à teoria concretista, pretendendo-se afastar a legitimidade da interpretação conferida a um único Poder, com a conseqüente possibilidade de descumprimento das decisões pelo povo soberano, incluídos os magistrados de piso, atualmente reféns da estrutura do Poder ao qual se encontram vinculados. Tendo em vista que a todos deve-se permitir a interpretação das decisões amparada no fenômeno constitucional, não se pode pretender capitanear tese de supremacia das decisões do STF divorciadas da atuação do Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito.

De igual sorte, Oliveira (2004, p.262) prescreve um controle amplo de constitucionalidade do processo de produção da lei, qual observe não apenas a regularidade quanto à validade jurídica ou demais aspectos formais, mas toda uma cadeia procedimental lógico-racional, que envolva o discurso entre os agentes legitimados à interpretação da Constituição, porquanto sejam os seus destinatários. É o mesmo que sustenta Streck (2010, p. 158), ao dispor sobre o atual protagonismo judicial, expondo a necessária relação entre decisão judicial e democracia, de modo a afastar critérios de interpretação pelos juízes como ato de vontade.

Enquanto se trate de um processo dialético, a democracia tem por base a participação do povo na tomada de decisões. Conquanto pretenda redefinir os contornos da própria identidade política, por meio de transformações no sistema constitucional, esta não se dá sem uma necessária conversa com o passado (PEDRA, 2012, p.152). É o que defende Dworkin (2007, p.274) ao dispor sobre a interpretação criativa do direito, entendendo que a integridade do direito “começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”.

Em se tratando de uma práxis refletida, a teoria estruturante do direito parte da prática cotidiana, como condição fundamental de concretização das normas jurídicas, não se podendo abstrair o sujeito do processo de conhecimento e aplicação do direito. Neste contexto, cada qual trará critérios de experiência, conquanto atrelado diretamente ao processo histórico-cultural. Assim como se verificou que nas ciências naturais inexistem um grau de certeza quanto ao delineamento do objeto a ser estudado, menos ainda com relação às ciências humanas e em especial se considerado o entendimento individual, ou seja, não dialogado dos magistrados (MÜLLER, 2008, p.15).

Para tanto, necessário destacar a importância em dar voz à sociedade, a exemplo de representações simbólicas destacadas por Gohn (2010, p. 8) quando descreve o poder das mídias em transmitir as mensagens da sociedade civil. De mesma forma em relação aos movimentos sociais. Entretanto, muito embora a representação social não se dê apenas em relação a estes, denotam o debate de caráter emancipatório e transformador da comunidade que representam, em busca de justiça social. Por certo, conforme esclarece Elias (2005, p. 13), “o indivíduo faz parte do seu ambiente”, razão pela qual decorre a importância em estabelecer contato com o outro porquanto se trata de reconhecer sua própria participação em sociedade. No entanto, caberá ao Supremo Tribunal Federal identificar a inserção democrática dos debates políticos, em respeito à democracia, com vistas a não privilegiar apenas determinados grupos, que tenham se articulado em torno de seus interesses. De mesma forma ocorre em relação à análise que se faz do processo histórico. Muito embora descrito previamente, este também demanda interpretação, razão pela qual a tarefa do Supremo em interpretar com olhar no passado não se mostra tão fácil quanto parece, devendo estabelecer também critérios de aceitação racional dos possíveis resultados obtidos.

Da historicidade do mundo social decorre o efeito imediato desempenhado pela metódica jurídica que não deve ser simplificado de modo a pretender à universalização, devendo, ao contrário, agir de acordo com a função desempenhada pelo direito. Para a correta compreensão do sentido da norma não se mostra possível separá-la da realidade e esta não é a que os Tribunais dizem que seja, e sim a que se apresenta de fato, extraída do contexto histórico-social. Não se pretendendo imutáveis, as Constituições demandam processos de aperfeiçoamento em harmonia com a realidade, necessários a sua própria conservação (PEDRA, 2012, p. 75).

Tendo em vista as decisões se mostrarem distanciadas da ideia de concretude ínsita ao direito, busca-se a retomada do papel do Supremo de guardião da Constituição. Diante de uma forte tendência de seus julgados

em profanar o direito, suas decisões não estariam a merecer o reconhecimento social, porquanto não amparadas em origem constitucional. Com efeito, não há que se falar em supremacia das decisões do Supremo pelo simples de terem sido proferidas pela instância máxima do Poder Judiciário, vez que contrárias à ordem vigente. Segundo Dworkin (2007, p. 275-278), a cadeia do direito pressupõe necessariamente a noção de interpretação como se realizada por um único autor, a exemplo de um romance escrito por variadas mãos que se pretende coerente pela adesão do texto ao aspecto estrutural. Com isto, em lugar de se desconsiderar o todo anterior, busca avaliar as linhas que se mostram aceitáveis e, ainda que permita inovações, estas se darão de acordo com as exigências prévias à validação do texto final.

Em lugar de se olhar de cima para baixo, o que se pretende é que o Judiciário busque ao redor como se mostram os anseios do povo, como forma de rever as distorções próprias do sistema, sem ficar fechado ao seu restrito âmbito de atuação. No mesmo sentido, Habermas (1997, p. 252), para quem a decisão deverá satisfazer "simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional". Afinal, não se pode pretender que a população se amolde ao atual modelo, devendo-se verificar a imposição de medidas como forma de reivindicar a retomada da soberania. Neste sentir, a teoria concretista ao tratar da relação necessariamente existente entre direito e realidade, denota concretização coerente com a práxis refletida, de adequação ao contexto social. No mais, à medida em que o Judiciário se distancia dos elementos de soberania, recrudescem as mazelas à falta de aceite as suas decisões.

A esse modelo de interpretação do direito sob a ótica concreta, afirma Dworkin (2002, p. 323) que “não se pode pressupor que a Constituição é sempre o que a Suprema Corte afirma que ela é”. Decerto, as decisões existem por conta da comunidade na qual se encontra inserida e em razão desta. Com isto, retirar o povo do seu processo de construção configura o mesmo que retirar deste a legitimidade democrática. Afinal, a garantia do Poder Judiciário se apresenta na possibilidade de aceitação racional de suas decisões, haja vista que, ao contrário dos demais Poderes constituídos é neste momento que se legitima sua atuação conforme o direito, não possuindo outras formas de aferir a concordância popular senão pelo resgate da adequação de suas decisões.

Sobre o significado de cumprir a Constituição, Dworkin (2010, p. 168-170) faz a distinção entre originalismo e fidelidade, ao que destaca o apego ao texto original como espécie de fidelidade à prática constitucional do passado, o que denota não o respeito à Constituição, mas sim uma interpretação contrária à ideia de integridade, qual vai depender da melhor

interpretação constitucional contextualizada de acordo com os variados momentos históricos, em especial o da atual vigência do Texto Maior. Com isto afirma que fidelidade à Constituição não significa necessariamente fidelidade ao seu texto, mas às justificativas voltadas para o futuro.

De se ver, em uma democracia não se pode pretender que questões de interesse nacional fiquem relegadas a um sistema fechado de debate, qual se mostra na maior parte das vezes contraditório. Com efeito, essa questão envolve a existência de direitos naturais, os quais não admitem sejam suplantados por decisões que afastam condições de vida próprias de cada indivíduo. Desta forma, ao pretender estabelecer uma definição mínima de democracia, Bobbio (1997, p. 19) salienta que uma decisão tomada por poucos ou muitos indivíduos com vistas a reger a vida dos demais, para que possa ser aceita, deve se pautar em regras que estabeleçam quem estaria autorizado a tomar decisões vinculatórias para todos os membros do grupo.

Em uma escala de prioridades, resplandece o povo como titular primeiro do ordenamento jurídico. Deste modo, destaca Cittadino (2003, p.39) que “quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica”. Com isto, acredita Dahl (2001, p. 89) caber o governo a nós mesmos e não a tutores, ao que importa estabelecer o processo de retomada das regras do jogo democrático.

4 DA NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL À CONSTITUIÇÃO EM RESPEITO AO PODER SOBERANO DO POVO

Segundo a teoria alemã, a norma jurídica não preexiste nos códigos, estando a depender de um processo de concretização pautado em um Estado Democrático de Direito. Com isto, o texto da norma funcionaria como ponto de partida e limitador tanto da produção legislativa quanto jurisprudencial, atuando o intérprete em colaboração ao legislador, com vistas a transcender à legalidade estrita, enquanto partícipe do processo de criação do direito. Para tanto, necessário conformar a legislação, sob o ponto de vista do sistema jurídico como um todo, à realidade do processo histórico. Ao se aplicar a teoria estruturante buscam-se respostas para a aplicação do direito segundo limites impostos pelo Estado Democrático, de modo a afastar uma atividade discricionária desvirtuada do conceito dinâmico de normatividade. Neste sentido, a presente teoria pretende meios de controle da decisão, com vistas a sua racionalidade.

Decisões proferidas sem amparo popular põem em relevo o desprezo da Suprema Corte às massas. Disto decorre a necessidade em “desdobrar a

massa como sujeito” (SLOTERDIJK, 2002, p.11), porquanto compreendida em uma subjetividade própria inerente ao conceito de soberania. Neste ponto convém buscar amparo em Rousseau (2002, p.54), qual aponta o Parlamento como a própria soberania e o governo, seu subordinado. Com isto, o filósofo suíço ressalta a importância de cada um para a constituição de um todo maior, reconhecendo na legislação o aperfeiçoamento das forças naturais de todos os indivíduos. Importante destacar, no entanto, que a legitimidade da Constituição decorre não de simulação sedimentada no poder constituinte, sob a justificativa de pautar-se em um ato fundante da soberania popular, mas sim em delegação pelos sujeitos de direito à existência e exercício de referido poder (MOREIRA, 2007, p. 93-95). De mesma forma Müller (1998, p. 113), para quem Rosseau não teria pensado o povo inteiro como ícone, “mas como sujeito agente, como sujeito realmente determinante da república das leis”, qual sugere a democracia.

Entretanto, nos dias atuais vê-se uma nova postura da Suprema Corte. Diante da interferência maciça do Judiciário na política, necessário retornar a Rousseau, sob pena do surgimento de um novo Príncipe; o qual, com suas normas gerais, abstratas e imperativas à ordem jurídica, negligencia o soberano e toma para si o que antes era do povo. Neste momento, titulares de funções no aparelho judicial, que deveriam ser absolutamente controlados pela sociedade (MAUS, 2010, p. 138), se emancipam com lastro em argumentos de defesa de direitos fundamentais, qual nem sempre ocorre. Entretanto, definitivamente, o magistrado não é titular de função legislativa, razão pela qual não se compreende como o Poder mais aristocrático dentre os três Poderes descritos por Montesquieu teria uma legitimidade de representação do soberano. Muito embora alerte Moreira (2004, p.127) para o mito da vontade da lei a legitimar o repasse do poder do soberano para o seu representante, o que impediria o controle pelos seus titulares, o Legislativo expressa, de modo mais adequado, os caracteres da sociedade. Tem-se, com isto, a impropriedade das decisões do Supremo apresentarem força de lei. Isto porque, não se limita o Judiciário a exercer sua função contramajoritária, com vistas à correta interpretação das leis em defesa dos interesses que melhor correspondam aos anseios individuais ou da coletividade, mas sim fazer tábula rasa da legislação, tomando para si o papel de legislador positivo, ditando, até segunda ordem, os rumos do país. Não quer com isto dizer que o Judiciário esteja impedido de exercer seu papel de corte constitucional, mas tão somente de adequar todos os pontos de vista possíveis ao definir os contornos de uma decisão.

No sistema rousseaneano, adotado por nossa Constituição, a soberania é um Poder uno que advém do povo. Com isto, a soberania, enquanto exercício da vontade geral, deve ser exercida pelo ser coletivo (ROSSEAU,

2002, p. 41). De se ver, “a soberania indivisa permanece com o povo, teoricamente, todos os aparelhos estatais detentores de poder são controlados “de baixo”, pelo povo” (MAUS, 2010, p. 138). As divisões se dão apenas em sede de governo, dentre as três funções ou Poderes do Estado. Nisso, a percepção democrática significará que a atividade legislativa em sentido estrito será o mesmo que soberania. Em outras palavras, o povo soberano e a atividade legiferante estarão immanentemente unidas, constituindo a direção do Estado em atividade não dos seus agentes, e sim dos titulares do poder.

Com isso, o poder de legislar não será um mero poder de Estado, mas a incorporação da própria soberania popular. Respalhada a função legiferante em legalidade que move o Estado (MAUS, 2010, p. 140), caberá ao povo ditar os rumos da Constituição, posto tratar-se do soberano e não mero detentor de poder como os agentes estatais. Em verdade, muito se confunde ainda nos dias de hoje, a posição que se ocupa, transitória, portanto, com a Instituição na qual se pauta. Neste passo, o povo é o intérprete das decisões que criarão o Direito e este Direito, por sua vez, norteará a soberania. De se ver, as leis subordinam o Estado e não o povo, que se subordinará às leis apenas se estiver nestas inserido.

Com a queda do absolutismo, a Constituição destronou o Príncipe pelo império da lei. Todavia, num momento posterior, essa mesma Constituição visou destronar também o Legislador, fazendo uso de princípios ou valores (MAUS, 2010, p. 143). O governo dos Magistrados surgiu quando essa nova hierarquia dos princípios se sobrepujou às leis, numa tentativa de derrubada do clássico sistema de separação de poderes. Sob o fundamento de aplicação da teoria dos valores constitucionais proposta pelo teórico nazista Carl Schmitt, buscou-se superar as regras previstas na Constituição, com aparente aspecto de legalidade. Segundo a teoria dos valores, a soberania abandonou o povo para se reincorporar ao poder estatal, que no caso da Alemanha nazista personificou-se no Führer. Com isto, os valores que derrubaram as leis mostraram-se a pedra de toque do direito nazista, ao passo que a acusação ao positivismo resultou em lenda do regime, porquanto os magistrados da Alemanha durante a Segunda Guerra utilizaram em larga escala de orientações axiológicas para decidir em meio a valores nazistas os casos concretos (MAUS, 2010, p. 146 – 147).

Com efeito, mesmo que o Tribunal atue de forma moderada, *self-restraint*, não atuará conforme a soberania popular (MAUS, 2010, p. 152), do que resulta a necessidade de efetivo controle das decisões com base em teorias sólidas que permitam o exame da racionalidade jurídica. A suposta autocontenção se amoldará aos contornos dos déspotas esclarecidos das monarquias absolutistas e não ao governo do povo. Neste passo, quanto

mais distante for o povo das decisões estatais, mais pobre será o Estado (ROUSSEAU, 2002, p. 111), porquanto a soberania terá sido alienada. De mesma forma Streck (2010, P. 158), para quem a interpretação não é fruto da vontade do intérprete, razão pela qual não se pode pretender transformar juízes em legisladores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sendo o Direito uma ciência prática, ligam-se fundamentalmente critérios de aferição baseados em uma racionalidade que retira seus postulados da realidade histórico-social. Neste contexto, para fins de sua verdadeira aplicação, necessária a inserção dos titulares do poder no processo de construção da norma, qual não se apresenta pronta e acabada no texto de lei. Com isto, impede-se o uso de práticas abusivas pelo Judiciário, em especial pela Suprema Corte, que acaba por tomar a sua vontade a do povo.

Se para Müller a concretização do direito encontra-se inserida na própria norma, sendo esta composta pela realidade subjacente, não há como pretender afastar os destinatários da decisão do efetivo controle, caso não sejam observadas suas expectativas quando da integração do seu real sentido. Porquanto a norma se apresenta materialmente vazia, esta é preenchida não apenas pelos fatos, mas, principalmente, pela realidade a qual integra. Deste modo, a efetivação do direito não prescinde de uma análise pelos tribunais condizente com a proposta estruturante. Tal se dá porque a concretização abrange a um só tempo fatores da realidade e da norma, estando aqueles a depender do contexto social no qual se encontra inserido o direito que se busca concretizar. Com isto, falta à instância máxima do Judiciário a prerrogativa em estabelecer as diretivas do ordenamento porquanto focada apenas no caráter interno de análise da Corte. No mais, inobserva o conceito de integridade ínsito ao direito, vez que parte de uma análise divorciada do prévio contexto histórico, com base no que pertine ao atual momento.

Em síntese, configura um erro que direito e realidade apenas se contraponham no momento da subsunção do suporte fático, quando, em verdade, ambos devem coexistir enquanto elemento de estruturação da normatividade. Tem-se com isto que os rumos da ordem jurídica devem ser estabelecidos pelos verdadeiros titulares do poder, visto que em momento algum transferiram dito poder à Corte Maior. Desse modo, a construção do direito está a depender das funções próprias da lei na sociedade, de modo a afastar pretensão monopólio da jurisdição se não levada em consideração a participação dos titulares para construção do seu real sentido, que se

pretende seja extraído do debate público e da formatação da realidade social da época.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo Caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- CITTADINO Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.
- COURA, Alexandre de Castro e PAULA, Rodrigo Francisco de. **Interpretação e aplicação das súmulas vinculantes e a cláusula “se for o caso”**: para uma análise crítica da pretensão de “aplicação automática” das súmulas vinculantes. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, jul./dez. 2008, p. 213-229.
- COURA, Alexandre de Castro. Por uma jurisdição constitucionalmente adequada ao paradigma do estado democrático de direito – reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais. In: Siqueira, Júlio Pinheiro Faro Homem de [et al.]. **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: FDV, Fundação Boiteux, 2008.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins FONTES, 2002.
- ELIAS, Norbert. **Introdução à sociologia**. Lisboa: Edições 70, 2005.
- GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo. Petrópolis: Vozes, 2010.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

- HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997 v.1.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Trad. DE CARVALHO, Geraldo e MENDES, Gercélia Batista de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20070.
- MOREIRA, Nelson Camatta. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: A “VONTADE GERAL” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano IV, n.15, 2004, p. 127- 142.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva**. Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moreaes, 2002.
- SLOTEDIJK, Peter. **O desprezo das massas – ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna**. Trad. Cláudia Cavalcanti. São Paulo: estação Liberdade, 2002
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de e

STRECK, Lenio Luiz (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VERDÚ, P. L. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.