

DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE NOS MODELOS ATUAIS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Democracy and legitimacy on present models of concentrate constitutional control

Antônio Elian Lawand¹

RESUMO	ABSTRACT
A meta deste trabalho é identificar alguns impactos, no universo jurídico e político, das decisões de controle de constitucionalidade concentrado. Para tanto, laboramos com a concepção de Direito em Dworkin e o papel político de construção da norma pelo Juiz. A partir de então, observamos o teor deste impacto à luz da legitimidade das decisões de poder em processo democrático e os instrumentos que a Corte Constitucional Brasileira dispõe para aproximar suas decisões à moral sócio-política da sociedade para o qual presta serviço e obediência. As conclusões cingem-se à verificação de determinados riscos para a Democracia Brasileira decorrente de uma inadequada distorção dos poderes Constituintes Reformadores.	The purpose of this work is to identify some consequent impacts, in juridical and political universes, on constitutional ruling control decisions in a concentrate/abstract system of procedure. For those, we assume Dworkin's concept of Laws and the political role of Judges on the construction of the Law. Further, we observe the impact significance considering legitimacy of the power in a democratic process and the instruments that Brazilian Constitutional Supreme Court have to approach its decisions to Society socio-political moral value, in submission to Society itself. The conclusions adhere to verify some risks to Brazilian Democracy due an inconvenient distortion of the Constitutional Reforming Powers.
Palavras-chave: Direito Constitucional, Controle de Constitucionalidade, Democracia, Neoconstitucionalismo	Key words: Constitutional law, judicial review, Democracy, Neoconstitucionalism

1. Introdução

A meta deste trabalho é identificar alguns impactos das decisões de controle de constitucionalidade concentrado no universo jurídico e político.

¹ Aluno do programa de pós-graduação (Doutorado) em Direito Político e Econômico da U.P. Mackenzie. Mestre em Direito Ambiental e Bacharel em Direito pela U. Católica de Santos. antonio.lawand@gmail.com

A abordagem destas decisões pela perspectiva de direito de Dworkin e a perspectiva social de Habermas revela um novo modelo de participação do Poder Judiciário, e em especial, da Corte Constitucional, tanto na construção do Direito, como na dinâmica de forças políticas.

A mesma análise e suas percepções jurídicas conseqüentes revelam questões acerca de transformações do processo democrático, em especial no que tange à legitimidade dos atos estatais de poder.

É nesta análise de legitimidade que perguntamos: na qualidade de Poder da República, que meios detém o STF de tornar sua decisão, construtora e modificadora do Direito Constitucional, o mais legítima possível?

Por outro lado, qual a reação dos atores sociais organizados brasileiros em buscar interferir e participar do processo democrático quando o *lobby* no Poder Legislativo e Executivo passam a não fazer mais tanto sentido, ao nível do Direito Constitucional.

Por fim, questionamos se a quebra do paradigma do “legislador negativo” implica em risco aos processos desta jovem democracia em vigor no Brasil

2. A permeabilidade do Direito

A concepção moderna de Direito abandona os conceitos de um Direito hermético voltado à busca do “dever ser” do ideário (neo)positivista. O que se discute hodiernamente é a função do Direito em comunicar aquilo que “é”, na dinâmica das dialéticas sofridas no seio social. Nesta tônica, a análise das espécies de signos normativos em relação ao seu conteúdo mandamental permitiu a identificação de uma atual concepção de Direito. Em exigência à permeabilidade do Direito a elementos extranormativos (Dworkin: 1985; 44-46), em abrindo a complexidade social infra e

supraestrutural, o Direito reconhece a norma jurídica na interpretação do signo normativo (preceito). Em outros termos, a norma é construído oriundo do conteúdo do signo normativo, e não no signo em si (e.g. uma lei, em sentido estrito) (Dworkin: 1985; 62-63).

O que permite esta permeabilidade não é só a diferenciação entre espécies de preceitos normativos - regras, princípios (ditos “morais” por Dworkin) e políticas públicas -, mas, também, a quebra do paradigma de discricionariedade do órgão jurisdicional: sua decisão é vinculada por aspectos morais sócio-políticos (Dworkin, 1985-II: 78) e pelo unitarismo do Direito (Dworkin, 1985-II: 82).

Com relação às duas últimas espécies de preceitos citadas, o preenchimento do conteúdo de seus respectivos signos normativos deverá seguir a tônica social em vigor, produto do confronto dialético dos atores que a formam.

Neste senso, a tônica do confronto social é descrita, em termos dialéticos, por Habermas (2003: 170-171):

“Inicialmente eu construo dois tipos de arbitragem de litígios e formação coletiva da vontade, os quais não têm a pretensão de fazer valer um direito sancionado pelo Estado, nem o poder político jurídico, uma vez que formam apenas a base sobre a qual o direito e o poder político podem construir-se reciprocamente. Com Parsons, eu parto da idéia de que as interações sociais interligadas no espaço e no tempo encontram-se sob condições de uma dupla contingência. Os atores esperam uns dos outros que eles decidam, em princípio, desta ou daquela maneira. Por isso, toda a ordem social, dotada de padrões de comportamento até certo ponto estáveis, precisa apoiar-se sobre mecanismos de coordenação da ação – via de regra sobre a influência ou sobre o entendimento. E quando a coordenação não se efetua, surgem conseqüências na ação, que são experimentadas como problemáticas pelos próprios participantes. Problemas de coordenação deste tipo aparecem em duas manifestações típicas. Ou se trata de regular um conflito na ação, provocado por orientações individuais inconciliáveis, ou está em jogo a escolha de uma realização cooperativa de fins coletivos (regulamentação de conflitos interpessoais versus persecução de objetivos e programas coletivos).”

É no choque entre centros sociais de poder, naturalmente desiguais em função de fatores como organização, *networking*, recursos materiais ou

208

representatividade popular (García-Pelayo: 2009; 198-199) que encontraremos os atores sociais que terão mais participação na definição do conteúdo do critério principiológico de moral, u político de bem comum. Desta forma, eles são, histórica e necessariamente

aproximado aos “fatores reais de poder”, subjacente a todo Direito. Este critério, por sua vez, dará não só a legitimidade à decisão dos Poderes Públicos Instituídos, mas também a vinculará em seu dispositivo e motivação.

É de se entender o porquê da legitimidade das decisões dos Poderes Públicos Instituídos (que, em nosso caso, encontram-se espelhados no Título IV, da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”)) vinculada a critérios de transposição ao preceito textual normativo de uma fiel representação do povo brasileiro (ou de qualquer outro povo). A legitimação da norma (e as decisões judiciais), pelos motivos brevemente expostos acima, é questão de aproximação da resultante das forças sociais que agem sobre os Poderes Públicos Instituídos.

É pela sintaxe entre os centros de poder social e o agente de Poder Público Instituído (García-Pelayo: 2009; 195-196) que a aferição da moral sócio-política, como resultante das forças sociais, é de interesse à consolidação e manutenção do Poder e, como tal, impedir que, no plano da eficácia, a norma seja eliminada do mundo do Direito (Kelsen: 1999; 8-9).

Como forma de maximizar o efeito desta sintaxe no ato de influenciar o agente do Poder Institucional, os centros de poder social organizam-se em entidades de interesse ou empresas estranhas ao quadro estatal de Poderes Instituídos. Estas entidades, por sua vez, criam um coletivo que pode ser ilustrado como um segundo círculo de poder e intervenção estatal, localizado ao redor do círculo estatal, entre o cidadão e o Poder Público Instituído, intermediando a participação democrática nas decisões: surge o *lobby* e o terceiro setor (García-Pelayo: 2009; 193-195).

Por sua vez, o agente do Poder Público Instituído será influenciado a a partir das informações deste intermediário, no seu múnus *de aferir* a resultante das forças sociais, como lastro de suas decisões (necessariamente) políticas.

Sobre a aferição desta resultante das forças sociais no Poder Judiciário, a utilidade dois fenômenos jurídicos saltam aos olhos: a audiência pública e o *amicus curiae*.

Temos o fenômeno da audiência pública como sendo um desdobramento do critério de Participação Efetiva do processo democrático (Dahl: 2009; 49). Originária do direito inglês, como um consectário do princípio de Justiça Natural, a audiência pública difere da sessão pública pelo caráter do cidadão ser mero espectador nesta, quando naquela é ator ativo e capaz de alterar-lhe o resultado. No Brasil, não existe Lei que especifique seu procedimento, aplicando-se, subsidiariamente, a Lei nº 9.784/99, e se trata de fase processual de característica administrativa e objetivo consultivo (Dal Bosco: 2002; 152-154), e normativas próprias a cada corte ou órgão colegiado.

No Brasil, esta manifestação direta dos poderes sociais, em fonte imediata ou mediata (organizações sociais), ocorre nos processos de geração de atos de poder nos três Poderes Instituídos. Temos, como exemplo, as audiências públicas que antecedem votações de projetos de Lei, as audiências públicas prévias às outorgas de licenças ambientais, concessões de serviços ou obras públicas, ou de desapropriações de imóveis privados para finalidades públicas, ou, ainda, a ocorrência de audiências públicas em Inquéritos Cíveis ou Ações Cíveis Públicas, ou, ainda, em ações de controle concentrado de constitucionalidade e, até, em caráter ainda potencial, edição de súmulas de efeito vinculante.

Malgrado o fato de que a Ata de qualquer audiência pública não possui (nominalmente) efeito vinculante ela é um catalisador das dialéticas sociais e, como tal, indica ao formulador/aplicador Estatal do Direito medir o sentido e direção da resultante das forças sociais. Se cabe ao formulador/aplicador Estatal do Direito um dever de declaração do Direito, expedindo seus atos motivados nesta resultante, logo ele necessariamente considerará o *decisum* em Ata de Audiência Pública, apondo seus motivos de acolhimento ou rejeição (no caso da representação social da Audiência Pública estar distorcida ou, ainda, viciada formalmente).

Neste método de tomada de decisão, o Supremo Tribunal Federal (“STF”), em seu papel de Corte Constitucional brasileira, inclinou-se a realizar uma audiência pública como forma de

orientar e motivar suas decisões, pela primeira vez, na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 3510, em 2007.

Por seu turno, outro fenômeno de participação direta das forças sociais na tomada de decisões em sistema representativo é significativo às finalidades deste artigo: o *amicus curiae*.

Originário do sistema de controle de constitucionalidade da *Common Law* estadunidense, o *amicus curiae* presta à Corte “informações sobre matéria de fato e de direito objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento.” (Binenbojm: 2005; 3).

O *amicus curiae* está objetivado no Direito Brasileiro por meio do art. 7º, par. 2º, da Lei nº 9.868/99. Para que um *amicus curiae* opine sobre questões relativas ao controle concentrado de constitucionalidade ou, ainda, no processo de formulação de súmulas vinculantes, deverá:

- a) intervir em ações cuja relevância do objeto imponha a utilização do instituto em questão.
- b) seja o postulante ao cargo de *amicus curiae* detentor de representatividade sobre o assunto ou sobre os possíveis impactados pela decisão.

Não obstante a (nominal e ampla) discricionariedade de que gozam os ministros a verificar a ocorrência do duplo requisito acima, não há obrigatoriedade do agente político jurisdicional em aceitar aquele *amicus curiae* no processo em questão (STF, ADI 2.321). Igualmente, se aceito, o agente político jurisdicional não está vinculado à opinião do *amicus curiae*, mas à resultante da “Moral em vigor” no seio social, cuja força social por trás da opinião deste comporá parcela da expressão somatória (STF, ADI 3.582). Pensar o contrário tornaria o *amicus curiae* parte, defensora de pretensões, de processo de controle abstrato, criando, assim, teratologia processual constitucional.

Por sua vez, duas críticas são dignas de postulação:

a) a exigência de pertinência temática e representatividade: se, por um lado, tal condição implica que o *amicus curiae* dialogue com a Corte em termos jurídica e materialmente válidos, bem como forneça à Corte um mínimo de sustentáculo temático-material sobre o assunto objeto do processo, por outro, esta exigência vai, justamente, na contramão da aferição de uma resultante das forças sociais. Tal condição impõe um obstáculo às manifestações de forças sociais interessadas no conflito dialético: ora por um critério de exclusão social ou patrimonial, ora por um critério de não articulação e/ou representação habitual nesta instância de Poder.

b) A existência deste único meio, associado ou não à audiência pública, vincula a aferição das forças sociais a um necessário e único modelo de organização social/entidade de interesse (art. 7º, par. 2º, da Lei nº 9.868/99).

Significa dizer que setores sociais nos quais este modelo de organização não seja peculiarmente aceito, ou, mesmo, não tenham o costume ou a possibilidade de se estruturar ou estratificar desta forma, acabam por ser sub-representados. Esta sub-representação prejudica o conflito dialético que, por seu turno, pode contaminar a decisão do órgão de poder institucionalizado com uma resultante de forças sociais medida erroneamente.

A se ter exemplo deste fenômeno, temos a representação de direitos transgeracionais entre os Poderes: a possibilidade de estruturar-se para defender seus interesses é prejudicada pelo simples fato de que seus titulares sequer terem nasceram. A concepção de elementos transgeracionais no direito é laboratório que confirma este fenômeno de sub-representação (Montibeller Filho: 2008; 112).

A ocorrência deste risco transcende, inclusive, a opinião de Dworkin (1985; 77-82), na qual a justificação principiológica moral da decisão jurisdicional é a como forma de ancorar a decisão (e a norma jurisdicionalmente declarada) em legitimação social aceita ou não moralmente oponível.

Transcende pois, a considerar a representação, em Corte Suprema, do *amicus curiae* e do *advocacy*, não há como as coletividades que não tenham o costume ou a possibilidade de se estruturar ou estratificar neste tipo de ação representativa exporem seus vetores para informar o que seja a “Moral”, para fins principiológicos. Há menor possibilidade do magistrado informar-se de outras realidades e vetores de poder social e, assim, lastrear seus cálculos da resultante de poder social que justificará sua decisão. Via de consequência, o melhor direito não será declarado.

Desta forma, não se eliminou, de forma eficaz e aceitável, o risco de ilegitimidade da decisão em contexto de de Corte Constitucional, pelo mecanismo do *amicus curiae*.

3. A formação do Direito

Se consideramos as bases sociais como mutantes em função do tempo, sua dinâmica de forças e, via de consequência, sua inclinação da Moral social também se alterará (Francisco: 2003; 35-36).

Se considerarmos, ainda, o órgão jurisdicional como agente de Poder Institucional e, como tal, vinculado à resultante Moral em suas decisões.

Concluimos que a formulação de normas e de decisões jurisdicionais, a partir da vinculação do agente de Poder Institucional à Moral, também mudará, mesmo que seu motivo (para atos da Administração) e/ou fundamentação (para os atos jurisdicionais) nominal (isto é, o signo normativo que lhes dá base) não se altere em forma, no decorrer do tempo.

Isto tem implicações diretas, quais sejam:

a) o signo normativo é conceito diferente do seu conteúdo: o primeiro decorre de forma e significação de idéia, e sofre processo de formação de ato legislativo ou de Ato Administrativo normativo. Já o segundo decorre de processo hermenêutico especial e

intensamente vinculado à explicitada Moral social, que, apesar de doutrinariamente diferente dos fatores reais de poder, observamos sua sinonímia, para efeito de construção normativa jurídica.

b) O intérprete da norma, por seu turno, terá, efetivamente, função de produção normativa positiva, pois sua interpretação motivada na Moral social será legítima o suficiente (e terá respaldo de Poder suficiente) para alterar o Direito em vigor. Este problema, especificamente, enfrentado e discutido por Habermas (2003; 322-323).

Estabelecidas as duas conclusões, e excluída a análise de alteração do Direito pela alteração do signo normativo (*i.e.* o processo legislativo, em regra), analisemos ambas à luz do Direito Constitucional Brasileiro, em sua modalidade concentrada (e abstrata) de controle de constitucionalidade de normas jurídicas.

O STF possui duas oportunidades claras e **diretas** de análise do signo normativo em tese: a primeira decorre das formas concentradas de controle de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) – art. 102, da CF/88; Ação Declaratória de Constitucionalidade (“ADC”) – art. 102, da CF/88; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) – Art. 102, par. 1º, da CF/88) e a segunda da edição de súmulas vinculantes.

Em ambas oportunidades, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ambas tomadas em plenário, reveste-se do efeito vinculante (Art. 102, par. 2º, da CF/88).

Repare que a ADI por Omissão (“ADI-O”) e o Mandado de Injunção (“MI”) não estão contemplados acima. Tal se dá porque o efeito de seu julgamento distingue-se da ADI, ADC e ADPF. Nestas três últimas, o preceito normativo em tese é julgado quanto à sua categoria de validade e, após, dá-se eficácia. Na ADI-O e no MI, o Judiciário supre uma omissão de preceitos normativos por um ato de julgamento, podendo o Legislativo superar este ato quando editar ato sobre mesma matéria, tornando exaurida e caduca a decisão em ADI-O e MI.

Daí que, por um imperativo lógico, somos levados a entender que não existe efeito vinculante na ADI-O e MI nos mesmos termos e envergadura que nas demais ações de controle de constitucionalidade concentrado.

Daí também outra conclusão de que as decisões em ADI, ADC e ADPF operam em nível normativo constitucional, enquanto que as decisões oriundas de ADI-O e MI operam em nível infra-constitucional (legal). O que, se pensarmos no nível da eficácia das normas, encontramos sentido na afirmação de Martins (2008; 61) de que a “ação direta de inconstitucionalidade por omissão equivale ao mandado de injunção.” Por outro lado, se pensarmos no nível de validade, somos forçados a discordar do doutrinador retro citado. Estas conclusões serão retomadas adiante, com maior profundidade.

É no efeito vinculante que entendemos onde o verdadeiro poder normatizador da Corte Constitucional se manifesta. Determina este efeito que o entendimento da Corte Constitucional sobre a interpretação de determinada matéria contemplada por preceitos normativos constitucionais seja utilizado por outras instâncias e poderes (no Brasil, o Executivo e todos os demais órgãos Judiciários que não o STF) para a formulação de seus atos (Tavares: 2009; 22).

Significa dizer que a interpretação e aplicação dos signos normativos constitucionais será vinculado a uma única forma predeterminada de hermenêutica jurídica, gerando um único resultado possível de julgamento.

A considerar que só à Corte Constitucional é dado o conhecimento de ações abstratas (não litigiosas) de controle constitucional, sendo as demais cortes e atores da Administração Pública competentes por casos concretos (litígios ou atos administrativos das diversas espécies), temos que o “entendimento” sobre o conteúdo do preceito constitucional acima, em verdade, se trata do motivo (obrigatório) dos atos administrativos (art. 37, da CF/88) e/ou fundamento (igualmente obrigatório) da decisão judicial (art. 93, IX, da CF/88). Em suma, o efeito vinculante das decisões e súmulas do STF atinge não só o dispositivo dos atos dos

atores dos Poderes Públicos Instituídos, mas, também e principalmente, os motivos que os determinam.

Por força de evitar o fenômeno de fossilização constitucional (e, via de consequência, de estratificação e inutilização do Direito posto pelo efeito da não observância generalizada (Kelsen: 1999; 8-9)), o Pleno do STF não observa esta regra da vinculação. Igualmente não observa a regra de vinculação o Poder Legislativo, por força dos art. 48, 49, 50 e 51, da CF/88, em consequente consagração à sua prerrogativa de construção do signo normativo, independentemente de sua interpretação posterior.

Em outras palavras e tomando o conceito pela sua finalidade prática: a vinculação das decisões em sede de controle concentrado ou sumula vinculante obrigará aos demais órgãos do Poder Judiciário (que não o Pleno do STF) e os aplicadores da Lei (Administração Pública e Poder Executivo) a motivar seus atos conforme a decisão da Corte Constitucional.

A não observância deste preceito significa usurpação de competência e é passível de Reclamação direta à Corte Constitucional (art. 102, I, I, da CF/88), haja vista competência constitucional sua eventualmente usurpada.

Some-se este conceito do efeito vinculante ao gênero predominante das normas constitucionais de uma constituição programática como a brasileira, a saber: princípios e políticas públicas. Estas normas, por seu turno, conforme especificado acima, são, por sua natureza, por demais abertas, cabendo à Corte Constitucional uma amplitude bastante significativa de interpretações e fórmulas capazes de influenciar largamente no processo de construção do Direito Constitucional (Francisco: 2003; 55).

Ainda em tônica de constituição programática, não só quanto ao teor amplo de interpretação de princípios e políticas públicas que o Direito Constitucional passa a ser construído pelas cortes constitucionais brasileiras, mas, também com relação à pluralidade de assuntos constitucionalizados (que vão do núcleo do rol do art. 60, CF/88, às questões de gratuidade de

transporte aos aposentados ou a competência com relação a um determinado colégio de ensino fundamental e médio).

É por conta desta grandiosa parcela de poder conferido pelos Constituintes (Originário e Derivado) ao STF, na qualidade de Corte Constitucional e cabeça do Poder Judiciário, que se identifica um outro papel político deste colegiado tão significativo quanto o tradicional e oitocentista “mediador entre os poderes Executivo e Legislativo”. Em verdade, o Judiciário passa a ter papel e competência, tal qual o Legislativo e o Executivo, na produção de normas e com o Poder Constituinte Derivado (ou Reformador) na construção de normas constitucionais (Ferreira Filho: 2008; 87-89).

A questão que volta a tona neste ponto versa sobre a própria legitimidade desta decisão vinculante, vez que os agentes políticos que a formularão sequer são eleitos ou escolhidos de forma popular (art. 93, I, da CF/88), ou, ainda, não representam os diversos extratos das coletividades componentes do povo brasileiro, mas ela terá o condão de alterar o Direito Constitucional de maneira bastante ativa e significativa, afastando de si a pecha “kelseniana” de “legislador negativo” (Ferreira Filho: 2008; 87).

Mais ainda: é possível que haja uma nova forma de Poder Constituinte que não só o originário e o derivado?

4. *Advocacy* em âmbito jurisdicional e a politização do Judiciário

Na medida em que há outra instância de poder capaz de construir o Direito (não pela mudança ou criação do signo normativo, mas pela declaração e seu conteúdo) as forças sociais adaptam-se no modo pelo qual tentam maximizar a efetividade de seus pleitos.

No ambiente parlamentar, observamos que o *lobby*, na qualidade de espécie do gênero *advocacy*, desenvolveu-se com esta finalidade.

No entanto, tal modelo de *lobby* seria, institucionalmente, impossível às Cortes Constitucionais: a uma, pois o processo judicial de controle concentrado não é um processo litigioso, mas abstrato e carente de partes litigantes; a duas, pois os membros do Judiciário não são eleitos, razão pela qual não prestariam contas e fugiriam, em regra, da dinâmica de representação e conquista de votos, em decorrência de seu papel mediador dos outros dois poderes (eleitos) da República.

Logo, a prática do *advocacy* no Poder Judiciário encontrou meios diferentes de manifestação: é pelo viés da obrigação deontológica de decisão racional conforme a resultante da Moral social que o *advocacy* judiciário se justificará. Assim, nas figuras do *amicus curiae* e da audiência pública que os centros de poder social exercerão o *advocacy* de forma a participar (ou aproximar-se disto) as decisões judiciais inovadoras do Direito Constitucional, revestidas de poder vinculante.

Todavia, ambas as críticas que fizemos pela forma de como o *amicus curiae* é selecionado pela Corte Constitucional podem ganhar cores de ameaças legítimas à própria democracia e à dialética social. Isto porque Dahl (2009; 49-50) propõe como pressupostos ao processo democrático a Inclusão dos Adultos a todos os direitos de cidadania plena e a Participação Efetiva dos membros (organizados ou não) da entidade que se pretende democrática.

Saliente-se, ainda, que a necessária irrecorribilidade das decisões da corte constitucional torna a audiência pública instrumento de mera pressão social. O que restaria aos centros de poder social, quando contrariados em suas demandas, a alternativa “kelseniana” da exclusão da norma pelo desuso, em evidente ato de revolução social ou clássica desobediência civil.

Este é o momento de observarmos amiúde os efeitos das decisões em ADI, ADC e ADPF, operando em nível normativo constitucional.

A considerar este Poder Reformador/Criador do Direito detido pela Corte Constitucional, não é exagero falarmos em uma modalidade de poder constituinte permanente. E ele se assenta em um tripé:

o efeito vinculante das decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade à todos os órgãos da Administração e do Judiciário, exceto à Corte Constitucional;
a irrecorribilidade das decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade;
a faculdade de chamar, a qualquer tempo, a discussão de uma súmula vinculante;
a possibilidade de alterar, para mais ou menos, o conteúdo do signo normativo sem, necessariamente, alterar o próprio signo.

Em relação a esta última característica, vale dizer que a amplitude deste “Poder Constituinte Permanente” vai além do seu análogo Derivado.

Isto porque o Poder Constituinte Derivado está limitado a duas condições para emendar/reformar a CF/88, a saber:

- a) os limites materiais do art. 60, da CF/88;
- b) sua capacidade e missão de alterar o próprio signo normativo, restando fora de sua alçada a interpretação ou identificação do conteúdo aplicável deste signo normativo constitucional. A interpretação ou identificação do conteúdo aplicável deste signo normativo constitucional é missão da Corte Constitucional e sua prerrogativa de efeito vinculante, nos termos do art. 102, 103 e 103-A, da CF/88.

Já o que chamamos de Poder Constituinte Permanente pode imiscuir-se no conteúdo do próprio signo normativo acobertado pelo pálio do art. 60, da CF/88, pois excepciona-se às cláusulas do par. 4º: o STF profere acórdãos em processos jurisdicionalizados, e não Emendas Constitucionais, como preleciona o preceito em tela.

Vale dizer: a Corte Constitucional pode identificar limites às liberdades de qualquer espécie (*i.e.* dar conteúdo aos preceitos normativos constitucionais abertos), avançando a envergadura de sua interpretação ou constringendo-a, mas nenhum poder da República pode reduzir ou suprimir seu preceito normativo.

A posição de um Judiciário politizado ao nível normativo constitucional cria o risco de um ator do Poder Instituído Estatal, não eleito, desvinculado da representatividade dos grupos sociais componentes do povo e desvinculado da dinâmica de controle popular, de “ceder à tentação de suprir com liminares ou julgamentos a atuação dos demais Poderes, vistos como omissos ou corruptos” (Ferreira Filho, 2008: 90). Risco este potencialmente fatal à jovem democracia brasileira, pois geraria um universo de decisões ilegítimas e uma massa crítica de questionamentos e distanciamento entre o cidadão e o Estado.

Em nível técnico-jurídico, questionamos: como coadunar a existência de um princípio democrático de fonte de poder popular (art. 1º, Parágrafo Único, da CF/88) com um Judiciário produtor de normas jurídicas de mais grosso calibre e qualidade (Constitucionais)?

Tal questionamento suscita um debate que retorna a formação do próprio Estado Brasileiro: adoção de mecanismos de poder e controle em nível constitucional, nos clássicos modelos germânico e americano. Ei-los:

a) Adoção do Sistema de Controle de Constitucionalidade Europeu Continental:

Uma complexa reforma do sistema de alocação dos Poderes da República e suas competências, no sentido de estabelecer um modelo de controle de constitucionalidade baseado em Cortes Constitucionais extraordinárias ao Poder Judiciário (Ferreira Filho: 2008; 91) (em semelhança ao sistema Germânico de controle de constitucionalidade, atualmente adotado na República Francesa) poderia solver o problema desta carência de legitimidade.

Ferreira Filho (2008; 91) vai além: não só pensar em uma Corte Constitucional estranha aos Poderes da República, mas estabelecer prazo de exercício das funções do julgador nesta Corte.

Ironicamente, a concretização de propositura eurófila demanda uma nova Constituinte e, via de conseqüência, seu pressuposto social básico: o estado de Revolução.

O estado de Revolução pressupõe a reunião de determinadas categorias de transformação do núcleo de valores e idéias que refletem a própria identidade social (Revolução pelo conflito “novo” vs “antigo”) ou de evolução (não necessariamente progresso) de determinadas categorias de valores supra-estruturais que não mais expressem a identidade da sociedade (Revolução por evolução) (Francisco: 2003; 61).

Seja em uma categoria ou outra de Revolução, ambas se manifestam no nível supra-estrutural normativo (decisões da Corte Constitucional inclusive) carregadas de ilegitimidade, *i.e.* um significativo distanciamento entre a fonte original do Poder (povo) e o ator estatal do Poder (*e.g.* o Juiz) (Francisco: 2003; 61).

No presente caso em análise, a adoção do modelo eurófilo de controle de constitucionalidade só precipitaria uma forma revolucionária de conclamar aos trabalhos o Poder Constituinte Originário.

Tal situação encontra-se ilustrada nos limites do art. 60, par. 4º, III, da CF/88: o modelo de Separação dos Poderes da República é cláusula pétrea. Não existe qualquer outro poder popular exercido em representação que não esteja inserido em algum dos três Poderes nominados na CF/88. Ao estabelecer um representante estatal e centro de poder fora do âmbito de qualquer destes três poderes, encontraríamos-nos em estado de ruptura do núcleo duro da constituição, o que, em última análise, significa o estado social de Revolução.

b) Adoção do Sistema de Controle de Constitucionalidade Anglo-Saxão Estadunidense:

Na condição de agente de um poder da República, o Juiz, pelo sistema constitucional estadunidense, é eleito direta ou indiretamente pela fonte originária de poder (o povo) para mandatos temporários de jurisdição.

A se tomar os critérios constitucionais brasileiros de mudança dos preceitos normativos do texto magno, estranhamente, nosso país de tradicional *civil law* e influenciado pelo constitucionalismo luso-germânico, necessita de muito menos que uma Revolução para adotar esta solução da *Common Law*, americanófila.

No entanto, ela conta com uma rejeição preponderante dos doutrinadores, valendo, inclusive, aos mais proeminentes aporem interjeições em caráter de forte crítica e repulsa a esta solução em suas manifestações públicas (Ferreira Filho: 2008; 90).

O que nos cabe é, como membros da sociedade, medir o grau de conveniência desta solução, ao invés de descartá-la pelo mote da “tradição”. Os dogmas têm lugar no Direito (e nas artes e ciências) quando da padronização de linguagens e *standards* de comunicação, e medição de quantidades e qualidades de determinados assuntos. Em ciência, nunca o dogma constituirá solução perfeita e acabada para resolver um problema ou eliminar um risco (de ilegitimidade e ruptura do processo democrático), o dogma constituirá solução perfeita e acabada, por um pressuposto metodológico e filosófico bastante desenvolvido desde o século XVII e vencedor das Revoluções Liberais do século XVIII.

Sinteticamente, o que se questiona é: seria a hora do eleitorado brasileiro ampliar suas competências e votar mais um cargo?

A considerar a movimentação político-partidária nas eleições de 2010, 2008 e 2006, em utilizar-se de figuras públicas popularmente famosas (e estranhas) à discussão de questões de Estado e Governo (atores, cantores, comediantes, dançarinas, apresentadores de programas populares de televisão, esportistas *etc.*) como “puxadores de voto” para eleições proporcionais

(deputados e vereadores), ousou dizer que, em primeiro momento, eleger um Juiz, diretamente, não é uma boa solução antes das (tão prometidas) reforma política e reforma eleitoral.

No entanto, imiscuir-se por demais neste modelo é perder o foco deste trabalho. O que fica é a necessidade de estudá-lo com profundidade, como alternativa de solução aplicável (ou não) ao problema da politização do Judiciário e ruptura do art. 1º, par. 1º, da CF/88.

De fato, mesmo optando pelo modelo de juiz eleito, a questão da representatividade continua a valer, pois:

- a) os julgamentos são, em sua esmagadora maioria, conduzidos por juízes monocráticos ou colegiados pequenos;
- b) o sistema de eleição das cadeiras dos magistrados foge ao sistema político partidário de representação popular;
- c) na maioria dos sistemas, não é dado a qualquer do povo candidatar-se ao cargo de juiz, sendo reservado a uma classe profissional bem definida.

5. Conclusões

A super concentração de poder jurisdicional na Corte Constitucional, decorrente da Emenda Constitucional nº 45/04, implicou em dois efeitos colaterais: o deslocamento da arena de dialética representada pelo *advocacy* (ou segundo círculo de poder) do Legislativo para o Judiciário, bem como a exposição das vicissitudes do processo de tomada de decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Por sua vez, o segundo efeito colateral revelou-se uma fissura um tanto mais profunda do processo democrático de construção do direito: não só os representantes públicos responsáveis pela construção do direito constitucional, em sede de poder constituinte permanente, não

guardam pertinência com a fonte originária de poder (o povo), mas, também, os meios com os quais os centros de poder social encontraram para se fazerem representados são falhos em revelar a orientação da Moral social que vinculará esta decisão.

Estranhamente, a solução mais apontada passa pela confecção de nova Constituição para o Estado do Brasil, em absoluta ruptura, justamente, da ordem constitucional em vigor, por força da vontade de seu Constituinte Originário, expressa no art. 60, par. 4º, da CF/88.

Referências Bibliográficas

BNENBOJM, Gustavo. (2005), *A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. REDE-Revista Eletrônica de Direito do Estado. nº 1. Salvador: IDPB. Acesso em 01 de setembro de 2010. Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>.

DAHL, Robert. (2009), *Sobre a Democracia*. Brasília: UNB.

DAL BOSCO, Maria Goretti. (2002), *Audiência Pública como Direito de Participação*. Revista Jurídica Unigran. v 4. nº 8. Dourados: Unigran. pp. 137-157.

DWORKIN, Ronald. (1985), *Le Positivisme. Droit et Société: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*. nº 1. Paris: LGDJ. pp. 35-60.

DWORKIN, Ronald. (1985), *La Chaîne du Droit. Droit et Société: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*. nº 1. Paris: LGDJ. pp. 61-98.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. (2008), *O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente*. Revista do Advogado. nº 99. São Paulo: AASP. pp. 86-91.

FRANCISCO, José Carlos. (2003), *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. (2009), *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense.

HABERMAS, Jürgen. (2003), *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

KELSEN, Hans. (1999), *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. (2008), *Reflexões sobre o controle concentrado de constitucionalidade*. *Revista do Advogado*. nº 99. São Paulo: AASP. pp. 54-61.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. (2008), *O Mito do Desenvolvimento Sustentável*. Florianópolis: UFSC.

TAVARES, André Ramos. (2009), *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método.

Artigo recebido em 16 de novembro de 2011 e aceito em 01 de fevereiro de 2012.