

CAPÍTULO 3

CONSTITUCIONALISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA – CONTRIBUTO DA POLÍTICA JURÍDICA

Data de aceite: 01/03/2023

Adelcio Machado dos Santos

Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento pela UFSC. Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP)
Caçador/SC/Brasil

Rubens Luís Freiberger

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da UNIARP. UNIARP
Caçador /SC/Brasil

Dreon Mendes

Mestrando do Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Sociedade e Desenvolvimento da UNIARP. UNARP
Caçador/SC/Brasil

Leandro Chiarello de Souza

Mestrando do Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Sociedade e Desenvolvimento da UNIARP. UNARP
Caçador/SC/Brasil

consiste em grande número de símbolos e ideais reciprocamente conflitivos, o que o homem comum percebe quando se vê envolvido em um processo judicial. De outra parte, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, porquanto admite um cenário comum em que as inúmeras aspirações podem encontrar uma aprovação e uma ordem. (FERRAZ JÚNIOR, 1994). Já no contexto político, o Direito deve ser provido de um conjunto de regras de conduta geradas por uma valorização diante dos fatos ocorridos em contexto histórico-social. Isto porque, em um conjunto histórico político, seja, econômico, educacional, jurídico, ou outro qualquer, é sempre um conjunto de vias objetivando almejar determinados fins. Tratando-se de política do direito, esses fins socialmente desejados e por isso úteis e justas para responderem adequadamente às demandas sociais (GUSMÃO, 1997).

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; legitimidade; democracia.

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRATIC LEGITIMACY – CONTRIBUTION OF LEGAL POLICY

ABSTRACT: Law, looking in a general context, presents us with many choices in

RESUMO: O Direito, olhando em um contexto geral, presenteia-nos com muitas escolhas em termos de definição sistemática e minuciosa. De um lado,

terms of systematic and detailed definition. On the one hand, it consists of a large number of reciprocally conflicting symbols and ideals, which the common man perceives when he finds himself involved in a judicial process. On the other hand, it is still one of the most important factors of social stability, as it admits a common scenario in which the countless aspirations can find approval and order. (FERRAZ JUNIOR, 1994). In the political context, the Law must be provided with a set of rules of conduct generated by an appreciation of the facts that occurred in a historical-social context. This is because, in a political historical set, whether economic, educational, legal, or any other, it is always a set of paths aiming at certain ends. In the case of a policy of law, these ends are socially desired and therefore useful and fair to adequately respond to social demands (GUSMÃO, 1997).

KEYWORDS: Constitutionalism; legitimacy; democracy.

1 | INTRODUÇÃO

Nas palavras de Kelsen (1979), o Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. E o autor vai além, evidencia que a família jurídica romano-germânica surge e desenvolve-se em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema. Seus institutos, conceitos e ideias fizeram a história de povos diversos e atravessaram os tempos.

Deste modo, o seu âmbito e seu papel transcendem ao tratamento empírico do fenômeno jurídico e do nexos que este apresenta com a conduta observada. Tal apuração não exige colocar a política jurídica numa visão jusnaturalista em que o metafísico se ponha em relação dialética com o racional.

Kelsen (1979), relata que, após surgir os mitos, a lei passou a ser vista como expressão superior da razão. Deste modo, a ciência do Direito, ou ainda, teoria geral do Direito, dogmática jurídica é interpretada como sendo o domínio asséptico da segurança e da justiça. Neste sentido, o Estado é a fonte única do poder e do Direito. Segundo o autor, o sistema jurídico é completo e autossuficiente, sendo que, o surgimento de casos fortuitos são resolvidos internamente, através dos costumes, pela analogia, pelos princípios gerais.

Em tese, pode-se definir a Ciência do Direito como conhecimentos, metodicamente coordenados, que resulta do estudo ordenado das normas jurídicas com efeito a de apreender o significado objetivo das mesmas e de construir o sistema jurídico, como também de descobrir as suas raízes históricas e sociais.

A palavra direito emana do latim *directum*, que condiz à ideia de regra, direção, sem desvio. De modo muito abrangente, pode-se dizer que a palavra direito tem três sentidos, ou seja, a da regra de conduta obrigatória; do sistema de conhecimentos jurídicos e da faculdade ou poderes que tem ou pode ter uma pessoa (GUSMÃO, 1997).

De outra banda, pode ser interpretado como a norma aplicável coercitivamente; e, de outro, hospeda os mais variados conteúdos. Mostra-se, com isso, o problema fundamental, que deu origem às várias correntes do pensamento jurídico, todas pretendendo ter

encontrado o fundamento do Direito.

Segundo Mendonça (2002) o caráter objetivo do Direito pode ser conhecido a partir da referência a um ou a vários sujeitos ou a um sistema jurídico vigente. Segundo o autor, o Direito mostra-se como o conjunto de regras criadas pelas normas positivadas, costumes, princípios gerais, doutrina e jurisprudência, as quais permitem a convivência humana, com a possibilidade de sanção em caso de descumprimento.

E mais, Marx e Engels (1991) realçam que a designação genérica de teoria crítica do direito, acomoda-se em um conjunto de movimentos e de ideias que interpelam o saber jurídico tradicional na maior parte de seus axiomas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Deste modo, funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se organizam independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou jurista. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do Direito e, como consequência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

2 | DESENVOLVIMENTO

Nos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal tem praticado um papel importante na vida institucional brasileira, tendo em vista a centralidade da Corte e, de certa forma, do Judiciário como um todo em que pese as decisões concedidas sobre questões nacionais de grande impacto, gerando conflitos e indignações por parte de alguns cidadãos. Também em outros países, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes evidenciaram protagonizaram decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Vale lembrar que a maioria dos Estados democráticos do mundo estabelecem um modelo de separação de Poderes, sendo que as funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. A despeito, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle mútuo sobre as atividades de cada um, de modo a obstar o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos (MELLO 2000).

Nos acordos institucionais em vigência, citando os casos em que ocorram inconsonância nas interpretações das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa precedência não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos (SUNSTEIN & VERMEULLE 2002).

Capacidade institucional abrange a delimitação de qual Poder está mais qualificado a prolatar decisões em determinadas matérias, sendo que algumas já encontram-se definitivas em nossa constituição. Citamos como exemplo os temas que emolduram aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais habilitado, seja por falta de informações ou conhecimento técnico. Neste sentido, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Já nos casos dos riscos de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados propõem-se, em certos feitos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto. (BARCELLOS 2006).

Acrescendo sobre o tema, Barroso destaca:

“Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas” (...). (BARROSO 2009).

Neste sentido, o Direito Constitucional atravessa turbulências, em especial, em países periféricos, onde a efetivação conjunta dos direitos fundamentais de três gerações consecutivas, cuja normatividade e conceituação não se encontra bem estabelecida, fazendo com que, a aplicação das normas nem sempre satisfaz às exigências da consciência social e jurídica. De tal modo que o controle de constitucionalidade há de incisivo na lei ou sobre a lei, mas a lei assentada sobre princípios, porquanto, se não for assim, não haverá justiça constitucional (Zagrebelky, *op. cit.*, p. 28).

Para Zagrebelky (1998) o conceito de jurisdição constitucional, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, regulada de tais conflitos.

Quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional, mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade. O grande proveito, senão a superioridade mesma da democracia elaborativa sobre quaisquer outros sistemas de organização governativa, é a de que onde mais se precisa – e é o exemplo dos países em desenvolvimento – ela não conserva, como nos regimes representativos tradicionais, o soberano, isto é, o poder constituinte originário, adormecido senão que o conserva sempre presente. Nunca distante do cidadão, mas invariavelmente ao seu lado (MELLO, 1999).

E com base neste tema, devemos entender que a legitimidade da justiça constitucional paira também em grande parte na sutileza do juiz em guiar-se nas suas sentenças e nas

suas diligências hermenêuticas, pela anuência do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição. Não havendo aceitação ou aprovação, exaure-se com certeza o manancial de ordem provem os elementos morais, éticos, cívicos e patrióticos do dever de fidelidade que atesta a causa pública e a ordem constitucional e traça-lhe a linha de continuidade e estabilidade que é a pauta de solidez do regime e das instituições. Como já alertamos, disse muito bem Pedro Cruz Villalón, professor da Universidade de Sevilha, que “a legitimidade dos tribunais constitucionais é, antes de tudo, pura e simplesmente, a legitimidade da própria Constituição” (MELLO, 1999).

Outro obstáculo que se esbarra à jurisdição constitucional no Brasil e lhe envolve até certo ponto a legitimidade reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal, não sendo exclusivamente, como no modelo europeu, Corte Constitucional, embora lhe caiba precipuamente a guarda da Constituição, desempenha outros encargos constitucionais que sobrecarregam a pauta dos seus Ministros, privando-os de concentrar todas suas diligências e trabalho no exame de questões constitucionais. Além disso, o controle de constitucionalidade, que se faz por via de ação, a saber, o controle concentrado ou abstrato, é praticado por um só órgão do Poder Judiciário, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, seu órgão de cúpula (MELLO, 1999).

Na visão de Dicey (1961), a democracia atual das sociedades complexas e de grande proporção não pode sustentar-se numa identidade entre governantes e governados, mesmo no sentido dado por Aristóteles, alternância entre governar e ser governado. A democracia de referendo e mandato imperativo poderia elucidar o eleitorado como verdadeira legislatura, mas somente ao custo de criar um processo de tomada de decisões incoerente e irracional, com a impossibilidade de que aqueles que tomam as decisões tenham a chance e a capacidade de interagir e induzir uns aos outros. Sem dúvida, em princípio, a identidade na sociedade moderna pode ser observada em última instância em termos hobbesianos: o povo é constituído e ganha existência corporativa apenas através da emergência e da existência contínua de um poder soberano legislativo. Além disso, o autor relata que a vontade dessa pessoa ou desse corpo é portanto a vontade do povo, por definição.

Neste sentido, observa-se que o exercício da democracia depende não apenas da sua garantia por meio de direitos, mas também de uma cultura política democrática que lhe dê suporte. Desta feita, existem além das barreiras materiais que atrapalham o efetivo exercício dos direitos, há ainda outras igualmente importantes, como por exemplo, o preconceito de classes que era visto nas carreiras jurídicas, por serem recrutados nas elites econômicas e políticas (MARSHALL, 1977).

Os riscos para a legitimidade democrática, por ser os membros do Poder Judiciário não eleitos, mas sim servidores públicos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Tais julgadores não intervêm por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. A Constituição é,

propriamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito.

Enfim, o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Política Jurídica é como uma complexidade de práticas do direito vinculadas ao projeto de autonomia social e individual. A política jurídica não é como um exercício exclusivamente racional e sim como um saber que estimula a criação de novos vínculos e valores (MELO, 1994).

Ademais disso, a Política Jurídica é como um processo produtor de uma subjetividade coletiva em permanente estado de mutação, vendo-a como um lugar da mutação da subjetividade coletiva, ou seja, a busca da alteração dos estados da subjetividade.

Destarte, se ela se realiza, enquanto ação, através de estratégias para alcançar ordenamento melhor, então é preciso investir na possibilidade de projeção estética no conviver, algo que pode significar aos homens um mínimo de autorrespeito e de reconhecimento recíproco da dignidade de cada um, no relacionamento entre si e de todos com a natureza.

Em epítome, a Política Jurídica não é descritiva, e sim configurada num discurso prescritivo que se regulariza numa justiça política, ao se comprometer com as necessidades vitais do homem, a partir de pressupostos deontológicos e axiológicos.

Demais, a política do direito não pode valer-se de meios incompatíveis com os valores e realizar. Não existe ação em que o agente prescindia de um fator de orientação para o ordenamento do processo, mas é preciso que essa orientação normativa seja buscada nas fontes filosóficas do direito e da política e não na cínica teratologia do pragmatismo que, invocando tão só a eficácia, ensina possam os fins justificar os meios.

O papel da política jurídica não pode ser apenas corretivo, mas antes de tudo prescritivo, com a necessária capacidade de predição de um futuro próximo.

A tarefa da política do direito não é de natureza descritiva, mas sim configurada num discurso prescritivo comprometido com a necessidade de configurar-se um ambiente onde se desenvolvam formas saudáveis de convivência.

Com isto, o político do direito não precisa de armaduras, uniformes ou distintivos, pois este é uma figura bem mais prosaica e objetiva, em que pese sua importância social.

No que concerne à normatização dos chamados novos direitos, desafio que a muitos juristas provoca perplexidades e indecisões, a política jurídica oferece possibilidades para composição de estratégias e direcionamentos metodológicos visando às necessárias adequações entre os avanços científicos e a proteção da dignidade do ser humano.

Por fim, os objetivos da ação político-jurídica, numa primeira fase, visarão a desconstrução de paradigmas que negam ou impedem a criatividade permanente. Tais objetivos serão buscados com uma preocupação fundamental que será em assegurar a valorização do ser humano e a dignidade de tratamento nas relações entre os humanos e destes com a Natureza.

REFERÊNCIAS

ANA PAULA DE BARCELLOS. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático», Revista de Direito do Estado, 3:17, 2006, p. 34.

BRASIL. Constituição (1988). **Texto constitucional de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal. Edições Técnicas, 1998.

Cf. A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, NY, St. Martin's, 1961.

CAMARGO, Marculino. **Fundamentos de ética geral e profissional**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio**: dicionário do século XXI. Lexikon Informática Ltda., 2002. Versão Eletrônica.

KELSEN, HANS, Teoria pura do direito, 1979; Norberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico, 1990

LUÍS ROBERTO BARROSO, «Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial». In: Temas de direito constitucional, tomo IV, 2009, no prelo.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MAX e ENGELS, Obras escolhidas, 2 vs., 1961; Luiz Fernando Coelho, Teoria crítica do direito, 1991.

MARSHALL, T. H. A. Cidadania, classe social e status. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, 1994.

_____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: CMCJ-UNIVALI, 1998.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito educacional e educação no século XXI**. Brasília: UNESCO, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

V. CASS SUNSTEIN e ADRIAN VERMEULLE, «Intepretation and institutions», Public Law and Legal Theory Working Paper, n.º 28, 2002.

ZAGREVBELSKY, GUSTAVO. *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, 1988

«A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF», Diário da Justiça da União, 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

Ministro Celso de Mello, em *Folha de S. Paulo*, 11 abr. 1999, p. 8.