



# LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: Cidadania e Pós-Modernidade

Carlos Athayde Valadares Viegas

D'PLÁCIDO  
EDITORA



# Legitimidade Democrática Da Jurisdição Constitucional:

Cidadania e Pós-Modernidade

Carlos Athayde Valadares Viegas



Copyright © 2014, D'Plácido Editora  
Copyright © 2014, Carlos Athayde Valadares Viegas

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa**  
*Tales Leon de Marco*

**Diagramação**  
*Bárbara Rodrigues da Silva*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte - MG  
Tel.: 3261 2801  
CEP 30140-002

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

Viegas, Carlos Athayde Valadares.

Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional: Cidadania e Pós-Modernidade -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

Bibliografia

ISBN: 978-85-67020-78-5

1. Direito 2. Direito Constitucional 3. Democracia 1. Título II. Direito Constitucional III. Legitimidade Democrática IV. Carlos Athayde Valadares Viegas

CDU342

CDD 341.2

“[...] Posso até contar pouco, é verdade”[...] / dizia o Um ao Zero / “[...] mas você, quanto vale? Nada mesmo. / Tanto na ação como no pensamento / você não passa de uma coisa vazia e includente. / Já eu, se me ponho no início da fila / de cinco zeros iguaizinhos a você, / sabe o que viro? Cem mil. / É uma questão de números. É o que mais ou menos / acontece ao ditador / que cresce em poder e valor / quanto mais forem os zeros que o seguirem.”[...]

TRILUSSA (poeta dialetal italiano, 1871-1950),  
Acqua e vino, Nummeri.



*Ao meu filho, Pedro Athayde,  
que me motiva, a todo o momento, a busca para ser um pai melhor.  
À Cláudia, razão das minhas razões, motivo das minhas emoções,  
força das minhas ações, meu amor.*



# Agradecimentos

A todos que contribuíram para a realização desta pesquisa, fica expressa aqui a minha gratidão, especialmente:

Ao meu orientador Professor Luís Carlos Balbino Gambogi, pela erudição e clareza dos ensinamentos, que de forma sempre gentil, equilibrada e firme me guiou pelas trilhas percorridas nesta pesquisa.

À professora Maria Tereza Fonseca Dias, cujo brilhantismo e juventude são fontes de inspiração e de energia para todos aqueles que abraçam a pesquisa científica e a vida acadêmica.

Aos professores Rodolfo Viana Pereira, André Cordeiro Leal, Érico Andrade e Lutiana Nancur, os quais me proporcionaram as mais profícuas experiências acadêmicas e fizeram renovar a minha esperança no ensino jurídico brasileiro.

Aos meus colegas de mestrado que tanto ilustraram o debate nas salas de aula com suas exposições e opiniões sempre completas, inovadoras e inteligentes.

# Lista de Siglas

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
CF – Constituição Federal  
EC – Emenda Constitucional  
EUA – Estados Unidos da América  
ONG – Organizações não Governamentais  
ONU – Organização das Nações Unidas  
OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte  
PPP – Parcerias Público-Privadas  
QCP – Questão Prioritária de Constitucionalidade  
STF – Supremo Tribunal Federal  
UE – União Europeia

# Lista de Abreviaturas

§ – parágrafo  
art. – artigo  
ed. – edição  
n. – número  
p. – página  
S.p – sem página

# Lista de Ilustrações

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Número de julgamentos no Supremo Tribunal Federal entre 1940 e 1988 e entre 1989 até 2012\*.....137

Figura 2 – Percentual de julgamentos no Supremo Tribunal Federal entre 1940 e 1988 e entre 1989 até 2012\*.....137

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Movimento Processual no STF nos anos de 1940 a 2012.....139

# Sumário

<b>Prefácio</b> .....	19
<b>Introdução</b> .....	23
<b>2. A Transição Paradigmática para a Pós-Modernidade</b> .....	27
2.1 Modernidade.....	27
2.1.1 Pilares da Modernidade.....	28
2.1.2 Períodos do desenvolvimento capitalista.....	28
2.2 Marcos históricos da transição para a pós-Modernidade.....	36
2.3 Pós-modernidade.....	40
2.3.1 Pós-Modernidade: uma indefinição inata.....	41
2.3.2 Estado na pós-modernidade: principais características.....	47
2.3.3 O Direito na Pós-modernidade.....	53
<b>3. Legitimidade do Direito</b> .....	59
3.1 Conceito de Legitimidade.....	59
3.2 Legitimidade e legitimação.....	62
3.3 Legitimidade do Direito.....	64
3.3.1 A legitimidade na visão Weberiana.....	65
3.3.2 Legitimidade na vertente positivista – kelseniana.....	68
3.3.3 Niklas Luhmann e a legitimidade pela funcionalidade do sistema jurídico.....	74
3.3.4 Habermas e a legitimidade procedimental discursiva.....	81
<b>4. Neoconstitucionalismo e a Legitimidade do Direito</b> .....	89

<b>5. Controle de Constitucionalidade e Legitimidade</b> .....	99
5.1 A jurisdição constitucional como sustentáculo das liberdades individuais.....	104
5.2 A jurisdição constitucional como garante do procedimento democrático.....	112
5.3 Fundamentos da criatividade normativa nas decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade.....	119
5.4 Teorias clássicas sobre o controle de constitucionalidade.....	119
5.5 Explicações “exorbitantes” sobre o controle de constitucionalidade.....	123
5.6 Explicações “[...] plausíveis”[...] sobre o controle de constitucionalidade.....	125
5.7 Síntese dos elementos que explicam e justificam a criação normativa judicial .....	128
<b>6. O Controle de Constitucionalidade no Brasil e seu Desenvolvimento no Direito Italiano e Francês</b> .....	135
6.1 A nova jurisdição constitucional brasileira.....	135
6.2 As sentenças manipulativas da Corte Constitucional italiana.....	137
6.3 O bloco de constitucionalidade francês e a criação do Direito Constitucional Jurisprudencial.....	143
<b>7. O Controle da Constitucionalidade e a Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Pós-Modernidade</b> .....	151
<b>8. Conclusão</b> .....	163
<b>Referências</b> .....	167

# Prefácio

Com muita alegria, e muito honrado, recebi o convite para apresentar este livro do Professor **Carlos Athayde Valadares Viegas**, que exerce também, com competência e zelo, cargo na alta direção do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais).

A obra, ora editada pela Editora D'Plácido, é fruto de seu trabalho de mestrado, intitulado “**O CONTROLE CIDADÃO DA CONSTITUCIONALIDADE E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PÓS-MODERNIDADE**”, defendido com brilhantismo perante a Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade FUMEC – como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração *Instituições Sociais, Direito e Democracia* – linha de pesquisa: Esfera Pública, legitimidade e controle.

A dissertação foi orientada pelo Professor Doutor Luís Carlos Balbino Gambogi, com a participação na banca dos Professores Doutores Maria Tereza Fonseca Dias (Universidade FUMEC) e Edimur Ferreira de Faria (PUC/MINAS).

A obra do Professor Carlos Athayde é muito bem-vinda, especialmente num momento em que se percebe uma reação conservadora contra o que foi apelidado de «ativismo judicial», reação essa legitimada por uma significativa parcela de nossa melhor doutrina constitucional, que algumas vezes, de forma corporativa, disputa sua parcela de poder na comunidade aberta de intérpretes da Constituição, sem atentar para o fato de que, com tal atitude, acaba a servir de inocente útil ao imobilismo, na medida em que passa a refrear o potencial transformador e de emancipação que o direito, na recente – em termos históricos – sociedade da jurisdição constitucional pode vir a assumir, ainda que se reconheça que tal potencial é limitado e circunstanciado pelo equilíbrio com os demais poderes da república.

Embora essa seja uma idéia que gravite em torno de todo o trabalho, não há uma preocupação especial em rebater pontualmente a crítica contra o ativismo judicial, senão de demonstrar a legitimidade do papel que o Poder Judiciário passa assumir no neoconstitucionalismo.

E essa legitimação não aparece como afirmação de Poder, mas como mera resposta ou resultado da própria demanda popular, que descobre no exercício do direito constitucional de ação, individual ou coletivo, uma alternativa, das mais democráticas, para a atualização de suas aspirações de toda ordem. O direito subjetivo passa a ser lido não apenas como um agregado patrimonialista, mas também como uma esfera jurídica mais ampla, que viabiliza um caminho suplementar para a co-participação (*rectius*: interação) concreta do cidadão na ágora contemporânea.

Na pesquisa são levantados dados quantitativos, do período de 1940 a 2012, a evidenciar a evolução da procura do cidadão pelo Judiciário. Com essa estratégia, conecta-se a soberania popular à legitimidade democrática da decisão judicial. Nesse sentido, o trabalho procura justificar a legitimidade das instâncias de controle de constitucionalidade, a partir da mudança de valores que se percebe no que, de forma consensual, passou a se denominar de pós-modernidade.

Observa Carlos Athayde que essa alteração de valores “*especialmente aqueles ligados à liberdade individual eudemonista, na qual os indivíduos procuram a felicidade nos seus próprios estilos de vida, não se contentando mais em participar de maneiras standardizadas da vida social – gerou um paradoxo, pois, ao exigir a garantia à sua própria liberdade os indivíduos, ou as coletividades humanas, demandam cada vez mais respostas da Democracia – e de seus procedimentos de participação –, do Direito – e de sua força normativa e do Judiciário – com sua atuação garantidora – ou seja, quanto maior o anseio por liberdade maior a necessidade de regulação e maior a necessidade de instâncias que garantam sua efetividade*”.

Arremata o dissertante asseverando que tais “*mudanças refletiram e alteraram irreversivelmente as características do direito: reflexividade, incitação, eficiência e juridicização são os novos atributos do direito na pós-modernidade*”.

Daí ressalta que a efetivação dos direitos passa a assumir um papel mais relevante, observando que “*os fundamentos de legitimidade do Direito também foram alterados. A legitimidade formal-positivista, mesmo que advinda de processos eleitorais democráticos, deu lugar à legitimidade fulcrada no déficit social de direitos fundamentais, ou seja, a demanda popular por justiça social e liberdade individual torna a eficácia do direito a nova fonte de sua legitimidade*”.

Respondendo ao conservadorismo daqueles que não se cansam de nos assombrar com o perigo da insegurança jurídica ou das acusações de puro decisionismo, o autor nos faz recordar Häberle: “*Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade*”,

ou, ainda, Perez Luño, com o conceito de «transbordamento das fontes do direito», para o qual os próprios cidadãos, muita vez atropelando democraticamente legislador, é que trazem ao Estado seus interesses concretos para serem definidos.

Enfim, a obra enseja conceber o direito e o Poder Judiciário não só como limite aos poderes, públicos e privados, mas, sobretudo, como contrapoder e potência do jurisdicionado.

Melhor do que falar sobre a obra é encerrar esta singela apresentação para que o leitor se beneficie diretamente da investigação e do trabalho do Professor Carlos Athayde, que com dedicação e espírito inovador lança luzes sobre o mito do ativismo judicial.

Belo Horizonte, fevereiro de 2014

*José Eduardo de Resende Chaves Júnior*

Desembargador do Trabalho no TRT-MG, Doutor em Direitos Fundamentais (Carlos III de Madri) e Professor nos cursos de pós-graduação do IEC-PUC-MINAS. Vice-presidente de Relações Institucionais da Rede Latino-americana de Juizes e Presidente do Conselho Deliberativo da Escola Judicial da América Latina.



A pesquisa realizada, cujo resultado ora se expõe, teve como tema central a questão da legitimidade das decisões judiciais, em sede de controle de constitucionalidade, no paradigma da pós-modernidade.

Justificou-se a pesquisa pela necessidade de dar maior clareza ao grande e paradoxal dilema que o sistema constitucionalista democrático vem enfrentando na atualidade, encontrando-se mesmo numa encruzilhada. Tal dilema toma forma na constatação da existência de um sentimento de desconfiança entre os cidadãos sobre a capacidade dos Poderes Executivo e Legislativo, para dar respostas à sociedade para as suas necessidades e anseios fundamentais.

Esta situação gera uma grave crise de legitimidade dos tradicionais atores políticos do sistema constitucional, criando um vazio político-social, o qual vem sendo preenchido pelo Poder Judiciário que vem assumindo, cada vez mais, um papel dirigente, jurídico-político na sociedade, trazendo para si uma competência que o povo aparentemente não lhe atribuiu.

Diante disto, é preciso pesquisar formas para garantir a legitimidade das ações do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, controlá-las democraticamente, para evitar que este oblitere a atuação dos demais poderes constituídos, e assuma a direção do Estado transformando a nossa democracia numa aristocracia de tutores dos destinos dos cidadãos.

O temor deste pesquisador como também de parte da sociedade é legítimo e merecedor de debate e reflexão, pois, atualmente verifica-se uma nova postura assumida pela magistratura, que tem se mostrado politicamente mais atuante e engajada numa intensa atividade social, conforme se pode constatar, cotidianamente, mediante as publicações das decisões judiciais, sejam monocráticas ou coletivas, as quais têm servido, cada vez mais, de instrumento para a garantia e, especialmente, para a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos: casos como o da autorização para o aborto do anencéfalo, casamento entre pessoas do mesmo sexo, validação das cotas raciais

em instituições de ensino, julgamento do mensalão (Ação Penal 470), entre tantos outros exemplos que ilustram o argumento apresentado.

Esta nova postura política, assumida diante da sociedade, levanta o questionamento sobre a adequação e a compatibilidade dessa forma de atuação com o sistema constitucional democrático, pois, esta militância, este chamado ativismo judicial, demonstra que os juízes estariam ultrapassando sua esfera de competência constitucional – estabelecida em conformidade com a tradicional repartição dos poderes republicanos – adentrando na seara dos demais poderes, legislativo e executivo, estes sim, conforme a teoria política tradicional, legitimados popularmente para atuar na criação normativa e na persecução de políticas públicas.

Haveria, portanto, um déficit de legitimidade democrática na atuação dos juízes, especialmente quando atuando no controle de constitucionalidade normativa, uma vez que a suas decisões tem o poder de afastar a aplicação das leis, que são democraticamente elaboradas conforme o processo legislativo.

Além disso, não raras vezes, estas mesmas decisões ampliam o alcance, decotam e até mesmo criam normas, que até então estavam ausentes do ordenamento jurídico. Ressalta-se que, no caso das decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais, seus efeitos estendem-se aos cidadãos em geral, alcançando uma universalidade de pessoas que vai muito além daquelas originalmente consignadas na lide.

Assim, uma vez que os juízes não são ungidos pela participação popular na sua escolha – uma vez que acessam a magistratura pela via do concurso público, ou seja, por critério de avaliação de conhecimento específico – a esses não seria delegado pelo poder popular o poder para criar o direito e promover a implantação de políticas públicas, garantidoras de direitos fundamentais.

Dessa forma, a inovação normativa contida nas decisões judiciais que controlam a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, bem como sua interferência na definição de políticas públicas, estaria em contradição com princípio democrático.

Partindo então da premissa da existência de uma lacuna democrática entre o controle de constitucionalidade exercido pelos magistrados e o papel reservado a estes pela soberania popular, na organização social pós-moderna, formulou-se a seguinte hipótese: diante do novo papel de ativismo político assumido pela magistratura, não mais podemos entender como suficiente a via do concurso público para dar legitimidade democrática ao controle de constitucionalidade das leis efetivado pelos juízes devendo-se, portanto, propor, ao final deste trabalho, a adoção de novas formas de atuação e participação popular, que garantissem legitimidade democrática e na decisão dos magistrados, o que passaria necessariamente pela revisão dos critérios de acesso, promoção e permanência na carreira.

Diante da hipótese exposta, perseguiu-se neste trabalho respostas para os seguintes questionamentos: o que é a pós-modernidade? Quais são as características do direito na pós-modernidade? Quais são as principais teorias sobre a legitimidade do direito na contemporaneidade? Apresentadas tais teorias como se legitima o direito neste momento contemporâneo? Qual o papel do neoconstitucionalismo na formação da legitimidade do direito contemporâneo? Há incompatibilidade entre o controle de constitucionalidade e a democracia popular? Quais as experiências sobre a efetivação do controle de constitucionalidade no Brasil. Como este movimento se deu em outros países com sistema jurídico semelhante ao brasileiro? É possível um legítimo controle cidadão da constitucionalidade das leis?

Portanto, trabalhou-se, ao início da pesquisa, com a possibilidade de se sustentar que o sufrágio fosse o instrumento democrático mais indicado para dar legitimidade à atuação dos juízes e às suas decisões, especialmente aquelas referentes ao controle de constitucionalidade das leis democraticamente elaboradas.

Contudo, após quase dois anos de intensos estudos, debates, leituras e consultas, esta hipótese verificou-se inadequada para responder às questões acima formuladas, sendo que se pretende demonstrar, ao longo deste trabalho, que na contemporaneidade, a atuação dos juízes deve necessariamente ultrapassar os limites da moldura kelseniana, ou os limites da pura subsunção, para assumir um novo papel constitucional, mais ativo, que, entretanto, mantém-se dentro dos limites da democracia popular, democracia esta atualizada e adaptada para estes tempos ditos pós-modernos.

Para tanto, a pesquisa utilizou-se da seguinte metodologia: foi realizada uma análise da legitimidade da decisão judicial em sede de defesa de direitos fundamentais e constitucionais dos cidadãos, utilizando-se da literatura referente à jurisdição constitucional especializada, para, ao final desta, adequar os referidos argumentos jus-filosóficos à realidade da jurisdição constitucional difusa. A pesquisa realizada adotou como matriz teórica o Princípio do Discurso de Habermas, bem como o Princípio Democrático, a partir daquele desdobrado.

Assim sendo, este trabalho foi dividido em seis partes, contando-se a introdução e a conclusão, as quais abordaram os seguintes temas: no capítulo segundo tratar-se-á da transição entre a modernidade e o momento contemporâneo; o desenvolvimento e as características da modernidade, os marcos históricos da modernidade; os conceitos de pós-modernidade; o Estado pós-moderno e as principais características do Direito na contemporaneidade.

O terceiro capítulo abordará a legitimidade do direito. Os conceitos sociológico e político de legitimidade; a diferença entre legitimidade e legitimação; os conceitos de legitimidade ensinados por Max Weber, Hans

Kelsen, Niklas Luhmann e a visão habermasiana sobre o tema, à qual dá-se destaque em razão da mesma de ser utilizada como marco teórico deste trabalho; por fim, neste mesmo capítulo ainda aborda-se o importante tema do neoconstitucionalismo e sua influencia na teoria da legitimidade do direito contemporâneo.

A quarta divisão deste trabalho está reservada para a apresentação do tema referente à legitimidade do controle de constitucionalidade no marco do neoconstitucionalismo. A pesquisa abordou o assunto desde uma visão liberal, do controle de constitucionalidade como verdadeiro sustentáculo das liberdades individuais, até a proposta procedimentalista, que apresenta uma jurisdição constitucional aplicada na defesa dos procedimentos democráticos criadores do direito.

Nesta mesma seção são apresentados os fundamentos que justificam e legitimam o controle de constitucionalidade das leis, desde os modelos clássicos apresentados pelos “Federalistas”, até a atualidade doutrinária europeia com suas explicações “exorbitantes” e “plausíveis” sobre a atividade de controle da constitucionalidade das leis.

O quinto capítulo está reservado para a apresentação das experiências reais de controle de constitucionalidade no Brasil, na Itália e na França, cujo desenvolvimento histórico dá-se de maneira diferenciada em cada um dos países citados, havendo, contudo, uma convergência nos resultados políticos, pela assunção da tarefa de ditar a palavra final no campo do direito constitucional, pelas respectivas Cortes Supremas dos referidos países.

Por fim, os capítulos seis e sete reservam as conclusões do pesquisador, ao quê se adianta que a hipótese aventada não encontrou sustentação.



A pesquisa realizada teve como tema central a questão da legitimidade das decisões judiciais, em sede de controle de constitucionalidade, no paradigma da pós-modernidade.

Justifica-se a mesma pela necessidade de dar maior clareza ao grande e paradoxal dilema que o sistema constitucionalista democrático vem enfrentando na atualidade, encontrando-se mesmo numa encruzilhada. Tal dilema toma forma na constatação da existência de um sentimento de desconfiança entre os cidadãos sobre a capacidade dos Poderes Executivo e Legislativo, para dar respostas à sociedade para as suas necessidades e anseios fundamentais.

Esta situação gera uma grave crise de legitimidade dos tradicionais atores políticos do sistema constitucional, criando um vazio político-social, o qual vem sendo preenchido pelo Poder Judiciário que vem assumindo, cada vez mais, um papel dirigente, jurídico-político na sociedade, trazendo para si uma competência que o povo aparentemente não lhe atribuiu.

Diante disto, é preciso pesquisar formas para garantir a legitimidade das ações do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, controlá-las democraticamente, para evitar que este oblitere a atuação dos demais poderes constituídos, e assuma a direção do Estado transformando a nossa democracia numa aristocracia de tutores dos destinos dos cidadãos.



**EIXOS TEMÁTICOS:** Administrativismo Jurídico // Incurções em Teorias da Decisão Modernas e Contextualização do Tema // Concepção Clássica Dos Conceitos // Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariiedade Administrativa // Visão Jusfilosoficamente Adequada dos Conceitos Jurídicos.