

**REPRESENTATIVE GOVERNMENT AND MINORITY LAW: THE  
CONTRAMAJORITY PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION**  
**O GOVERNO REPRESENTATIVO E O DIREITO DAS MINORIAS: A  
PERSPECTIVA CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Tiago Neu Jardim<sup>1</sup>  
tnj\_economia@yahoo.com.br

Recebido/Received: 13.05.2021/ May 13th, 2021.  
Aprovado/Approved: 28.07.2021/ July 28th, 2021.

### RESUMO

A ideia de um governo representativo capaz, por si só, de atender aos anseios de uma vontade geral, coletiva e irrestrita vem sendo defendida como verdadeiro corolário da democracia. A concepção liberalista de que a política tenha a capacidade de contemplar e albergar interesses cada vez mais dissonantes é sedutora, principalmente quando defendidas como ideal de justiça. Entretanto, a sociedade contemporânea tem se mostrado hábil e bastante fértil na arte de reproduzir grupos restritos, distintos e pouco coesos. A defesa dos interesses de parcelas da população incapazes de se articular em torno de uma proposta comum e formar maiorias, por vezes as impede de elevar a sua vontade à categoria de lei ou mesmo de incluí-la na pauta das reivindicações dos governantes. O objetivo deste artigo é demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, através de suas decisões de índole contramajoritária, ao contrário do que tem sido erroneamente difundido, é um instrumento necessário para a estabilidade e a legitimação da política através da realização do direito. Para dar conta desse propósito, o método utilizado será o hipotético-dedutivo. A partir daí, o problema a ser debatido e enfrentado reside na seguinte questão: a perspectiva contramajoritária da jurisdição constitucional tem o poder de ampliar os sentidos da democracia, substituindo interesses por direitos constitucionalmente consagrados? A conclusão a que se chega é que a jurisdição constitucional, justamente pela sua natureza contramajoritária, se revela em um importante instrumento de legitimação da política, vez que resulta na validade do direito através da sua realização.

**Palavras-chave:** Governo, democracia, jurisdição constitucional, interesses, direitos.

### ABSTRACT

The idea of a representative government capable, by itself, of meeting the desires of a general, collective and unrestricted will has been defended as a true corollary

<sup>1</sup> Mestre em Direito, com distinção, pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Finanças pela Universidade Franciscana - UFN. Graduado em Direito e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Procurador do Município de Horizontina/RS (ingresso por concurso público em 2011), exercendo a função de Procurador-Geral desde 2014. Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação em Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA e do curso de graduação em Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina - FAHOR. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Membro da Comissão Temática de Direito Constitucional da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Delegado da Escola Superior da Advocacia na Subseção Santa Rosa (2019-2021). Pesquisador em temas relacionados ao Direito e à Economia. Autor do Livro "A Dimensão Normativa da Argumentação: contribuições da Análise Econômica do Direito e elementos para uma Teoria da Decisão" (Lumen Juris, 2017).

of democracy. The liberal conception that politics has the capacity to contemplate and accommodate increasingly dissonant interests is seductive, especially when defended as an ideal of justice. However, contemporary society has shown itself to be skillful and very fertile in the art of reproducing restricted, distinct and little cohesive groups. Defending the interests of sections of the population unable to articulate around a common proposal and form majorities, sometimes prevents them from raising their will to the category of law or even including it on the agenda of the demands of government officials. The purpose of this article is to demonstrate that the Federal Supreme Court, through its counter-majority decisions, contrary to what has been erroneously disseminated, is a necessary instrument for the stability and legitimacy of politics through the realization of the right. To accomplish this purpose, the method used will be the hypothetical-deductive method. From there, the problem to be debated and faced lies in the following question: does the counter-majority perspective of constitutional jurisdiction have the power to expand the meanings of democracy, replacing interests with constitutionally enshrined rights? The conclusion reached is that constitutional jurisdiction, precisely because of its countermajority nature, is an important instrument for the legitimacy of politics, as it results in the validity of the right through its realization.

**Keywords:** Government, democracy, constitutional jurisdiction, interests, rights.

## SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO; II – GOVERNO REPRESENTATIVO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA; III – PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA DA DECISÃO; IV – EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO; V – CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A crise de efetividade do direito representa acima de tudo a falência do Estado enquanto provedor da equidade e promotor da justiça social. A fragilidade do modelo social delegou um duro golpe naqueles que depositavam na política a esperança de resgatar as promessas da modernidade cada vez mais distantes. O advento do paradigma democrático transferiu as decisões do contexto político para o jurídico, internalizando na Constituição os problemas até então não resolvidos, na forma de direitos fundamentais reconhecidos como normas programáticas, cuja aplicação depende em última instância das possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado.

A complexidade da sociedade moderna e a incapacidade do procedimentalismo democrático elaborar regras adequadas para a solução dos problemas, permitiu que os princípios fossem trazidos para dentro do direito como forma de solucionar os conflitos sociais, como forma de resgatar a moral solapada pelo paradigma positivista. É certo, no entanto, que sem a relação de dialeticidade estabelecida entre sistema e problema, não é possível encontrar soluções justas e adequadas com a realização do direito.

A perspectiva democrática faz parecer que a maioria é legitimada por um grupo homogêneo, cujos interesses são uníssonos e consensuais. A verdade é que o sufrágio, levado a efeito através de um simples cálculo aritmético cuja maioria objetiva de votos concede ao vencedor o direito de governar, não contempla de igual forma a vontade do eleitorado de modo a fazê-lo sentir-se representado.

O problema que norteia este artigo consubstancia-se, portanto, na seguinte questão: a perspectiva contramajoritária da Jurisdição Constitucional tem o poder de ampliar os sentidos da democracia, substituindo interesses por direitos constitucionalmente consagrados? Para dar conta de responder satisfatoriamente a presente questão, o **método adotado será o hipotético-dedutivo**.

A hipótese sustentada é a de que a jurisdição constitucional exercida por um tribunal cujos membros não tenham sido eleitos diretamente pelo povo é elemento indispensável para a manutenção do Estado Democrático, na medida em que preserva justamente os interesses daquelas minorias incapazes de formar coalizões numéricas expressivas o suficiente para vindicarem o seu pleito em governos de maiorias. Sendo assim, a tese de que a excessiva intromissão do Supremo Tribunal Federal em questões de cunho político poderia fragilizar a democracia e recrudescer ainda mais a instabilidade entre os Poderes passa a ser questionada.

O objetivo desta perquirição é demonstrar que a jurisdição constitucional, ainda que supostamente atue contramajoritariamente, não deve ser vista necessariamente como uma ameaça à democracia vez que age no sentido de proteger o povo de si mesmo (a constituição dever ser vista como um pré-compromisso), corrigindo distorções e fazendo a melhor adequação possível do direito. Como se sabe, a utilização dos princípios para a solução dos problemas do mundo da vida há muito deixou de estar limitada à aplicação naqueles casos considerados difíceis, mas passou a ser condição de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais.

O propósito deste artigo consiste, portanto, em investigar novos mecanismos de legitimação democrática e de validação do direito. Para equacionar esse problema é necessário buscar complementos à teoria da “vontade geral” (ROUSSEAU, 1999), muitas vezes cuja expressividade acaba sendo comprometida por maiores eventuais, que possam servir de elementos adequados e racionais e mais adequadas à estabilidade do sistema. Com efeito, as decisões tomadas em âmbito governamental, não obstante possam ser legitimadas pelo processo de deliberação democrática, não garantem necessariamente a legitimidade dos seus resultados. Exatamente nisso reside o papel contramajoritário da jurisdição constitucional. Aliado a isso, acrescente o aumento da desconfiança, a quebra de expectativas e as incertezas tem-se como resultado inevitável o enfraquecimento da legitimidade da política e, principalmente, da validade do direito resultante dessa equação.

Contudo, a busca pela melhor resposta para um determinado problema, a realização justa do direito dependerá dos recursos materiais disponíveis, uma

vez que o processo democrático do qual emanam às leis e a própria forma de interpretá-las permanece amparado sob um substrato produtivista e de um discurso emancipatório capaz de promover qualquer transformação. A vinculação das ações políticas à razão prática torna-se, assim, cada vez mais necessária como forma de promover a legitimação dos governos e a validação do direito, oriundos, afinal de um mesmo processo. É nessa esteira que a Teoria da Decisão formulada pelo Professor António Castanheira Neves (NEVES, 1993) se mostra cada vez mais relevante, na medida em que o problema passa a ser o ponto de partida para a decisão. O aplicador, ao se deparar com um problema a ser solucionado, busca no sistema normativo o fundamento e os critérios da decisão.

Com efeito, o papel do problema na construção do direito tem sido frequentemente descartada pelos teóricos, ou porque defendem uma decisão oriunda de uma pré-compreensão do intérprete (hermenêutica filosófica), ou porque se limitam a extrair o conteúdo da norma buscando a intenção do legislador (método teleológico), ou porque acreditam que não devem se afastar da literalidade do texto (método gramatical) ou então romper a integratividade do sistema (método sistemático), só para citar alguns.

A concepção adotada por Castanheira Neves (NEVES, 1993) não concebe o direito como um subproduto da política, condicionando a sua existência a sua realização frente a um problema extraído de um determinado caso concreto. É o que ele vai chamar apropriadamente de “legitimação pelos efeitos”.

Com efeito, não se trata de negligenciar o texto erigido no seio de um procedimentalismo democrático, mas de ser capaz de confrontá-lo com os princípios na busca pela melhor resposta que torne possível a realização do direito. Com esse propósito, as decisões da Suprema Corte brasileira tem-se valido cada vez mais dos princípios como sistema fechado de norma que permite a salvaguarda dos direitos fundamentais frente ao caso concreto, sem cair na abstração legislativa fruto da política.

A realização do direito tem aqui a conotação de concretização de direitos fundamentais por meio de princípios e não a versão do direito como simples pacificador de conflitos visto que esta não é capaz de reproduzir o direito, mas apenas de reafirmá-lo na medida em que se limita simplesmente a aplicar a norma.

## 2. GOVERNO REPRESENTATIVO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

Governos eleitos democraticamente são representativos? E se forem, esse fato por si só garante a legitimidade de suas decisões e do seu poder? A realidade tem demonstrado que a política vem perdendo gradualmente a sua capacidade de promover a justiça. O direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria validade do direito. A legitimação pode ser traduzida pelo grau de confiabilidade e representatividade de um governo eleito democraticamente. Quanto

maior a sua capacidade de promover e proporcionar uma realização justa do direito, mais legítimo ele será. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação), a validade representa o grau de observância da norma produzida.

A constituição do Estado democrático e de Direito deve garantir os meios materiais para a realização plena dos direitos fundamentais. Neste sentido, os direitos políticos assumem relevante papel de destaque porque instrumentalizam a cidadania ativa e tornam cidadãos autores do projeto de realização do direito mediante a participação direta nos pleitos eleitorais e, também, através da defesa de direitos mediados pelo Poder Judiciário.

A complexidade da sociedade moderna e a incapacidade do procedimentalismo democrático elaborar regras adequadas para a solução dos problemas, permitiu que os princípios fossem trazidos para dentro do direito como forma de solucionar os conflitos sociais, como forma de resgatar a moral solapada pelo paradigma positivista. É certo, no entanto, que sem a relação de dialeticidade estabelecida entre sistema e problema, não é possível encontrar soluções justas e adequadas com a realização do direito.

É nessa esteira que a Teoria da Decisão formulada pelo Professor António Castanheira Neves (NEVES, 1993) se mostra cada vez mais relevante, na medida em que o problema passa a ser o ponto de partida para a decisão. O aplicador, ao se deparar com um problema a ser solucionado, busca no sistema normativo o fundamento e os critérios da decisão.

Em 2010, essa postulado foi implicitamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado publicado no Informativo nº 431, acerca da Reserva do Possível. Por ser extremamente elucidativo, segue trecho da referida decisão:

Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial.

(...)

Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária.

Deste modo, a razão utilitária deve proceder não apenas através do cálculo, mas igualmente de modo a distinguir, dentre as várias modalidades de prazer, aqueles que são mais desejáveis e valiosos. Somente através desta discriminação, é possível postular a primazia dos prazeres intelectuais e afetivos sobre os sensíveis, de modo a superar a compreensão hedonista vulgar, bem como o egoísmo.

A regra da ponderação de princípios, usada sempre que colidirem dois bens da vida igualmente relevantes, segue mais ou menos a mesma lógica. O intérprete decidirá promover aquele direito que prepondera naquela situação, em que pese ambos sejam igualmente relevantes quando se olha abstratamente e afastado do referencial pragmático. Nessa perspectiva, Robert Alexy (2013), em suas Teorias da Argumentação Jurídica, elabora um método sofisticado de sopesamento de interesses sempre que o aplicador se deparar com um determinado dilema moral. Naquele exemplo antes delineado, o modelo Alexyano preconizaria (por critérios de razoabilidade) a preservação do direito à dignidade humana e, provavelmente, traria um resultado diferente daquele proposto pelo processo democrático.

Em ambos os métodos (por preceito democrático e aplicação de princípios entre direitos em conflito) inexistem critérios objetivos que possibilitem ao intérprete conhecer a situação ou mesmo reduzir o seu grau de incerteza quanto aos possíveis efeitos de uma decisão. Veja que, em casos envolvendo uma pluralidade de direitos em conflito (multidimensionais) no qual se torne indispensável um grau mínimo de previsibilidade, nem mesmo a ponderação e a razoabilidade são suficientes para a escolha da melhor decisão possível, assim considerada aquela que não quebre as reais expectativas dos eleitores ou dos jurisdicionados.

A tese defendida pelo economista John Kenneth Arrow (1963) reforça a ideia de que a democracia não se revela, necessariamente, como a melhor forma de promoção de uma eficiência alocativa de recursos. O seu Teorema da Impossibilidade revela que não pode haver uma regra de escolha coletiva que igualmente atenda a determinados critérios sociais que não induzam ao chamado “paradoxo de Condorcet”, segundo o qual o uso de determinadas regras poderia levar a decisões inconclusivas sempre que fosse levado em consideração às preferências dos participantes.

Com efeito, os contornos da aplicação do direito, não se restringem aos aspectos semânticos da norma utilizada como referência. Seus efeitos alcançam e reverberam por todo o sistema, tal como as ondas produzidas por uma pedra jogada no lago. A incompatibilidade, a integridade e as lacunas do ordenamento não podem ser verificadas, sem a análise dos possíveis efeitos da interpretação/aplicação de um determinado texto. A interpretação deve, pois, ser feita sobre os resultados e não propriamente sobre o texto. Fatores como desconfiança reduzem a credibilidade das ações políticas fazendo com que as expectativas quanto as reais possibilidades de uma realização justa do direito esvaziem-se progressivamente.

A título de exemplo, a inconstitucionalidade finalística ou teleológica, abordada com muita propriedade pelo Prof. Uadi Lammêgo Bulos (2015, p.149) “é constatada pela contradição entre o fim do ato normativo e o fim do bem constitucionalmente tutelado”. Em outra passagem mais elucidativa, Bulos (2015, p.156), especifica o que a doutrina convencionou chamar de “inconstitucionalidade indireta, implícita ou imediata”, que se configura na hipótese de que uma lei ou ato normativo se

contrapõe à norma suprema de modo oblíquo ou reflexo ferindo o chamado “espírito da constituição”.

Em que pese o impacto dos efeitos das decisões tenham cada vez mais tomado lugar importante na pauta de discussões, mormente no que concerne à modulação das decisões envolvendo controle de constitucionalidade, é importante referir que o Supremo Tribunal Federal ainda não tem reconhecido aquela categoria de inconstitucionalidade por afronta ao chamado princípio da especificação. De acordo com o citado jurista (2015, p.158), a Corte considera que “a mera invocação subjetiva de argumentos abstratos, que apenas demonstram a existência de violações oblíquas ou reflexas ao texto constitucional, não servem de suporte para decretar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos”.

Na perspectiva contramajoritária, a situação jurídica do jurisdicionado ou do receptor da norma passa a adquirir status de significativa relevância, haja vista que o direito passa a ser construído à luz dos seus efeitos de onde, aliás, se origina a sua fonte de validade. Compreender, conhecer e ser capaz de prever os possíveis resultados de uma determinada decisão passam, portanto, a ser tão importantes quanto o ato de interpretar ou mesmo de aplicar a lei.

Ao que tudo indica, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias parecem ainda pouco receptivas a ideia de um controle ou de uma tutela sobre os efeitos das normas, já que ainda estão vinculadas a concepção de uma solução principiológica. A verdade é que a regra de sopesamento entre princípios é restritiva e, de certo modo, incompleta, vez que se dedica a resolver um determinado caso específico sem propriamente levar em conta os fatores extrínsecos daquele ato e nem tampouco suas possíveis externalidades.

É fato que a preponderância axiológica de um determinado preceito pode pôr em xeque ou mesmo aniquilar a potencialidade de outras normas pela via reflexa. Pode, ainda, sinalizar aos particulares uma possível regra de conduta o que, de certo modo, desvirtua e desestabiliza o sistema normativo, cuja ideia que se tem defendido é de uma uniformidade. Em que pese tudo isso, é forçoso admitir que o Supremo Tribunal Federal, mormente quando exerce a jurisdição constitucional, tem demonstrado preocupação com os efeitos das suas decisões. É assim quando delibera pela modulação em uma declaração de inconstitucionalidade em atenção ao princípio da segurança jurídica ou quando exige a demonstração de pertinência temática para certos legitimados especiais para a sua propositura ou ainda quando complete os sentidos da constituição para exigir a repercussão geral como condição para a admissibilidade de um Recurso Extraordinário.

De outro lado, o resgate da efetividade e, por que não dizer, da própria validade do direito, perpassa, não pela reformulação dos métodos hermenêuticos de interpretação ou quiçá por uma nova teoria da decisão, mas pela reconstituição da confiança e da credibilidade no processo democrático e na capacidade da política

efetivamente sobrepor os obstáculos à realização do direito. É daí que advém a sua legitimidade e é aí que se dá a fundamentação para a elaboração das normas.

Não é possível, pois, olvidar-se de que a situação ou o status que o indivíduo ocupa na sociedade são fundamentais dentro do processo decisório cujo objetivo último não é promover a justiça, tal como pretendia John Rawls (2011), valendo-se de um consenso por sobreposição ou de uma igualdade meramente fundada em um suposto véu da ignorância, mas na capacidade dos atores promoverem a eficiência, pautados em metas e critérios objetivos. Nesse modelo, o pressuposto de Rawls é desmistificado e encarado como uma realidade necessária. A maneira como esses atores reagem às ações políticas de aplicação das normas é fundamental dentro do processo democrático e na lógica da escolha pública, haja vista que a estrutura do ordenamento vai sendo instantaneamente modificado e adequado à realidade social.

Com efeito, é importante observar que o racionalismo do método econômico, aparentemente pouco explorado por autores como Rawls e Habermas, fez com que a política e o direito tomassem caminhos distintos, utilizando-se cada qual de diferentes mecanismos de justificação. A legitimação da política e a validade das leis não são propriamente resultado de um sistema democrático no qual se delibera amplamente as ações do governo. Ao contrário. A legitimação e a validade são produto de uma realização justa e eficiente do direito, no qual a moral não reside propriamente numa razão discursiva, mas no reconhecimento dos efeitos resultantes dessas ações que se traduz na estabilização do sistema através da confiança.

Governantes normalmente não se utilizam do discurso de fundamentação para justificar suas ações como pressupõe a teoria. O comportamento político é influenciado pelo auto interesse. Com isso, o processo de deliberação democrática acaba servindo como parâmetro de verificação e ajustes ao longo do mandato. Obviamente que os recursos e as políticas públicas serão, como regra, destinadas a atender a demanda do maior número possível de eleitores, ainda que tal medida não seja economicamente a mais eficiente e, tampouco, a socialmente mais justa.

Aparentemente, portanto, o liberalismo político defendido por Rawls (2011) induz a uma ineficiência na gestão e na alocação dos recursos públicos pois parte de um pressuposto equivocado de política, concebendo a imprescindibilidade de um acordo ou de um consenso, ainda que sobreposto, para a promoção da justiça. Para o professor de Harvard, o conceito político de justiça parte da ideia de uma equidade artificialmente criada entre os indivíduos (véu da ignorância), cujos interesses decorreriam de uma razão pública e não do interesse egoístico. Habermas parte de uma premissa semelhante ao pressupor que os agentes seriam capazes de manifestar-se abertamente em um processo democrático, chegando então a um resultado comum e livremente deliberado.

Habermas (2012), apesar de admitir que o sistema econômico efetivamente coloniza o chamado mundo da vida, considera que este último encontra-se regido por



uma racionalidade comunicativa que possibilitaria a integração social e a convivência entre os sujeitos. Se de um lado os governos eleitos democraticamente têm o poder de editar e fazer as leis de acordo com seus próprios interesses, o necessário juízo de adequação interposto entre a fundamentação e a aplicação, possibilitaria extrair dela a máxima utilidade possível do ponto de vista material ou, então, proporcionar o menor prejuízo possível àqueles cuja norma não se dirige.

A construção da norma, portanto, é um processo circular de reforço e adaptação que não se dá apenas no âmbito do judiciário, mas igualmente no âmbito político onde efetivamente a norma é fundamentada.

### 3. PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA DA DECISÃO

Uma teoria da decisão, qualquer que seja o método que se utilize, deve sempre ter em mira não apenas a realização do direito, mas uma reprodução justa do direito. O direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria legitimação do direito. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação), a validade representa o grau de observância da norma produzida.

Com efeito, Castanheira Neves (NEVES, 1993) defende posição totalmente diversa, haja vista que ele admite a chamada “legitimação pelos efeitos”, vale dizer, que o direito só se legitima quando se realiza. Nesse sentido, o Professor de Coimbra admite a construção do direito frente ao problema de modo a dispensar a abstração legislativa e a filtragem política, servindo o intérprete como mediador exclusivo entre a práxis e norma positiva. Aparentemente, não haveria espaços da justificação na criação e na realização do direito. Nesse sentido, é possível concluir que o autor se utiliza de outro a priori metodológico para a realização do direito, partindo justamente do problema para tentar encontrar uma solução no sistema.

Höffe (2005), entretanto, aborda postura diversa defendendo que a justiça poderia ser realizada pela simples aplicação da norma, eis que o seu processo de elaboração já contemplaria juízos pré-morais, não se fazendo necessária a verificação pelo intérprete aplicador.

A justificação correspondente pode ser entendida em duas direções. Segundo uma compreensão mais fraca, o ponto de vista moral é possível em face do mandato para o exercício da coerção; segundo uma compreensão mais forte ele é necessário. Se a justiça é apenas uma perspectiva possível e se a questão da legitimação em face do mandato para o exercício da coerção pode ser respondida com razões pré-morais, se poderia renunciar então, à busca de razões morais. (HÖFFE, 2005, p. 54).

A visão de Castanheira Neves (NEVES, 1993), entretanto, é bem diferente. De acordo com o autor de Coimbra,

(...) também para a legislação o problema da legitimidade (política) não suprime ou reduz o problema da validade (jurídica), o certo é que, no quadro embora dessa validade, a legislação não só tem uma intencional índole normativa qualitativamente diversa da que corresponde ao juízo jurídico-decisório concreto, como sobretudo assume atualmente uma intencionalidade e uma funcionalidade políticas e político-sociais que de modo essencialmente a diferenciam da estrita realização do direito. (NEVES, 1993, p.22)

Aparentemente, o aspecto moral em Castanheira Neves (NEVES, 1993) só se torna presente quando confrontado o direito com o problema real e atual, sem a intermediação da política. Ele afirma: “O jurista realiza o direito resolvendo os problemas jurídicos concretos, e o nosso problema é o da própria realização do direito que se cumpre e tem por conteúdo a resolução desses concretos problemas jurídicos”. (NEVES, 1993, p.23) O mais curioso na tese de Castanheira Neves (NEVES, 1993), é que ele não vê o direito como subproduto da política tal como Höffe (2005), Günther (2011) ou Habermas (2012), mas como algo a ser realizado.

O direito não o é antes da sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade. (...) ‘O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras’. (NEVES, 1993, p.25)

A efetividade do direito como pacificador de conflitos sociais e como pretensão promotor de cooperação entre consciências dissonantes encontra limites não apenas no pluralismo decorrente das diferentes historicidades, tradições e formas de vida como também nas individualidades criadas pela razão econômica. Como seria possível então conceber a equidade sem antes promover a internalização consciente no interior do procedimentalismo democrático? Para Castanheira Neves (1993, p. 167) a melhor solução estaria em reconhecer a norma aplicável como um elemento aberto, dinâmico e, diga-se, adaptável.

A análise dessas duas diferentes percepções em torno do espaço da moral no direito impõe a questão de saber sob qual ponto de vista ela deve ser encarada para que dos sistema se extraia a máxima efetividade, pois, afinal de contas, o problema se resume em descobrir como proporcionar uma realização justa do direito. Para Luhmann (2002, p.481),

La comprensión que se logró para vincular política y derecho se resumió y se superó finalmente em el esquema Estado de Derecho. (...) Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente una institución jurídica y una instancia de responsabilidad política que miraba por el derecho: por La imposición y el subsiguiente desarrollo jurídico; por La adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables.

Luhmann aparentemente procura unificar pacificamente política e direito através de um novo paradigma de Estado, por meio da imposição decorrente da força coercitiva da lei e as circunstâncias sociais para as quais a política dever ser realizada.

Importante destacar que o autor parece negligenciar a existência de uma ruptura funcionalista entre as esferas que compõem o processo democrático, de forma a não deixar espaço para a moral ou para as possibilidades de uma realização justa do direito. É nesse sentido que ele critica a postura adotada por Castanheira Neves:

Luhmann critica pela sua disfuncionalidade uma perspectiva de decisão jurídica que pretenda ter o seu critério nos efeitos, como corresponde aos modelos que estamos a considerar, invocando para tanto, três fundamentos principais: esses modelos inseririam a contingência nas decisões jurídicas, com sacrifício da exigível certeza; atentariam, pela variação resultante da concreta oportunidade implicada, contra o princípio da igualdade; seriam incapazes de realizar a principal função social do direito, que é, segundo ele, a redução da complexidade pela subsistência de um sistema diferenciado ou dogmaticamente autônomo. (NEVES, 1993, p.63)

A crise de efetividade, que de certo modo também é do Estado, é resultado da submissão da lei à política. A realização justa do direito somente pode ser levada a efeito através de um procedimentalismo democrático onde a moral encontre espaço tanto no discurso de justificação (política) quanto no de aplicação (adequação feita pelo intérprete). Reforçando tal concepção, o Friedrich Müller (2009, p.18), afirma:

A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normativo da realidade aparecem justapostos “em si” sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.

A força coercitiva que Habermas atribui o nome de legalidade, mas que em verdade poder ser traduzida como validade, resulta da moral, erigida no seio da razão prática. A esse respeito, diz o Professor de Coimbra (1993, p.84):

O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos. (...) Uma boa interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutica-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto.

A concepção defendida por Castanheira Neves (NEVES, 1993) e constitucionalmente adaptada por Friedrich Müller (MÜLLER, 2007) ao desenvolver um novo método interpretativo supera o obstáculo positivista e avança no sentido de possibilitar não apenas a concretude das normas como também a realização mais justa do direito através da aproximação entre a moral e o direito. Tal perspectiva torna-se ainda mais evidente na medida em que os discursos de fundamentação (argumentação) e aplicação passam a perceber o direito não como um produto pronto e acabado, mas como um processo.

#### 4. EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO

Castanheira Neves, em sua obra Metodologia Jurídica, admite como pressuposto básico para desenvolvimento da sua tese, a realização do direito. Para ele, este seria o fim último de toda e qualquer teoria. Para tanto, o método a ser buscado deveria ter sempre esse objetivo em mira. Sendo assim, uma teoria adequada a uma realização do direito não pode estar limitada a simples aplicação de normas pressupostas, haja vista que a norma já é uma resposta a uma questão de direito. Castanheira Neves admite que existiriam momentos sucessivos de uma mesma tarefa, compartilhados entre o legislador e o intérprete.

Pelo que haveria assim lugar para se falar da realização do direito em sentido amplo, de modo a abranger, como suas duas modalidades, tanto a prescrição legislativa como a judicativa decisão concreta: aquela seria uma realização do direito em abstrato, esta uma realização do direito em concreto, e que apenas prolongaria, justamente na sua concretização normativa, aquela primeira. (1993, p.18)

Aparentemente, portanto, a concretude do direito dar-se-ia em momentos distintos e independentes visto que o autor considera possível a aplicação apartada da fundamentação. Segundo ele, “ou o julgador repete em concreto o legislador ou o legislador antecipa em abstrato o julgador – não obstante, decerto, as diferenças institucionais entre ambos”. Dessa forma, tem-se que a teoria mais adequada à realização do direito é aquela que se proporciona mecanismos e instrumentos capazes de compreender a realidade no exato momento em que se apresenta problema cujas respostas são o resultado de um processo indutivo. É fundamental admitir que dentro do sistema hajam inúmeras soluções possíveis e igualmente adequadas para o caso, pois essa é a peça chave para entender porque se mostra tão apropriada a concepção do Professor Castanheira Neves.

Outra, porém, é a concepção de Viehweg. Atienza (2014, p.43), *apud* Viehweg conceitua o problema da seguinte forma:

toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que sempre exige um entendimento preliminar, de acordo com o qual assume o aspecto de questão que é preciso considerar com seriedade e para a qual é preciso buscar uma única resposta como solução.

Tercio Sampaio Ferraz Jr., ao prefaciá-la obra de Viehweg (1979), sintetiza o que vem a ser o método de que se vale o Professor de Coimbra:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. [...] pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras ‘fórmulas de procura’ de solução de conflito.

Nesse mesmo sentido, é o método encampado e defendido por Friedrich Müller (2007) a partir do qual contempla a realidade do intérprete confrontando-as com as possibilidades abertas pelo sistema, aduz o seguinte:

Diante da impossibilidade de se isolar a norma da realidade, na concretização da norma o operador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo (norma propriamente dita), quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo (realidade social que o texto intenta conformar), pois ambos fornecem de maneira complementar, ainda que de modo distinto, os componentes necessários à decisão jurídica. (Müller, 2007, p.63)

A Teoria Estruturante do Direito foi desenvolvida pelo Prof. Friedrich Müller durante a segunda guerra mundial. A principal inovação dessa teoria foi ter explorado e desenvolvido o conceito de concretização, a qual estaria amparada sob a *práxis*. A norma jurídica, portanto, seria resultado da interação entre a realidade do caso concreto e o texto enquanto subproduto de um processo político e democrático. O intérprete passaria a ter, assim, um papel central, visto que ele é o responsável por confrontar as possíveis soluções tópicas em norma jurídica, promovendo o trabalho de concretização. O aplicador deveria, portanto, compreender e interpretar o problema para só depois encontrar nos catálogos normativos a resposta mais adequada, fazendo-se um juízo de conformação.

Evidencia-se que, na metódica estruturante, a norma jurídica não preexiste no texto como um *a priori*, mas como produto da adequação entre o problema e o sistema. Nesse sentido, Müller (2007, p.150):

A norma jurídica é, portanto, resultante de um processo tópico-dialético entre o texto legal *a priori* e o meio fático do caso, tendo-se o método como elo crucial de ligação entre o Direito e realidade, contribuindo para uma decisão jurisprudencial límpida, racional e segura. É mister destacar também a chamada elipse hermenêutica, que engloba toda a trilha entre a norma textual abstrata e a norma estruturada concreta.

É de ver, portanto, que a teoria mais adequada e compatível com o modelo de Estado Democrático é aquele que permite a superação do positivismo apartado da razão prática em que os juízos axiológicos são ceifados, priorizando-se a norma em detrimento do caso concreto. Para essa concepção, o direito é percebido como o resultado de um procedimentalismo democrático, um subproduto da política, onde o discurso de fundamentação já foi realizado, cabendo agora ao intérprete tão somente aplicar a norma.

## 5. CONCLUSÃO

Como ficou evidenciado, o direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria legitimação do direito. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação),

a validade representa o grau de observância da norma produzida. Essa crise de efetividade, que de certo modo também é do Estado, é resultado da submissão da lei à política. A realização justa do direito somente pode ser levada a efeito através de um procedimentalismo democrático onde a moral encontre espaço tanto no discurso de justificação (política) quanto no de aplicação (adequação feita pelo intérprete). Uma teoria da decisão, qualquer que seja o método que se utilize, deve sempre ter em mira não apenas a realização do direito, mas uma reprodução justa do direito.

O problema posto no início da presente perquirição residia na seguinte questão: a perspectiva contramajoritária da Jurisdição Constitucional tem o poder de ampliar os sentidos da democracia, substituindo interesses por direitos constitucionalmente consagrados?

Como visto, a resposta a essa pergunta deve ser necessariamente positiva. Isso porque sem essa perspectiva contramajoritária a democracia simplesmente não consolidada e a superação da crise de efetividade só se torna possível, portanto, através do processo de constitucionalização do direito em substituição à dogmática jurídica e à pragmática do positivismo. Nessa nova perspectiva, o intérprete do texto legal passou a ter maior espaço de atuação, pautando-se nos princípios que despontaram como a condição de possibilidade para a concretização dos valores sociais até então esquecidos.

A realização justa do direito depende do resgate de um espaço adequado da jurisdição constitucional em sua perspectiva contramajoritária, a qual não se manifesta apenas na forma de justiça como subproduto da política, nem como resultado de um ato consciente de interpretação e aplicação, mas uma teoria da decisão comprometida com uma realização justa do direito, mas na supressão das omissões de governos supostamente representativos. À luz dessa perspectiva contramajoritária, a situação jurídica do jurisdicionado ou do receptor da norma passa a adquirir status de significativa relevância, haja vista que o direito deve ser construído à luz dos seus efeitos de onde, aliás, se origina a sua fonte de validade. Compreender, conhecer e ser capaz de prever os possíveis resultados de uma determinada decisão passam, portanto, a ser tão importantes quanto o ato de interpretar ou de aplicar a lei.

É antes um processo que se auto-legitima e que reproduz a justiça somente através de uma consciência moral coletiva, não universalizável como pressupunha Kant, mas realizável por meio da intersubjetividade entre os discursos de fundamentação e aplicação. Portanto, as possibilidades de uma realização justa do direito ocorrem substituindo-se os discursos de fundamentação seria responsável pela validade do direito e o de aplicação, responsável pelos juízos de adequação imparcial entre a situação e a norma, pela singularidade discursiva consubstanciada na estrutura político-jurídica.

A crise de efetividade normativa vivenciada pela sociedade pós-moderna colocou em evidência a incapacidade da política estabelecer consensos pautados em um

ideal de equidade, como pressupunha Rawls, e mesmo do regime deliberativo superar o individualismo enraizado no subconsciente social, promovendo ainda mais o dissenso coletivo e a fragmentação das identidades forjadas pelo liberalismo econômico.

As decisões tomadas em âmbito governamental, não obstante possam ser legitimadas pelo processo de deliberação democrática, não garantem necessariamente a legitimidade dos seus resultados. A lógica individualista, cujas preferências Rawls defende, legou aos dias atuais uma sociedade complexa e intrincada, cujos interesses antagônicos e conflitantes abrem espaço para a formação de indivíduos em vez de sujeitos, tornando estreitas as possibilidades de uma realização efetiva do direito das minorias.

## REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 3ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva.
- ARROW, K. J. **Social Choice and Individual Values**. 2. ed. New Haven and London. Yale University Press, 1963.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- BRASIL. Recurso Extraordinário 93701/MG - MINAS GERAIS. Relator(a): Min. OSCAR CORREA. Julgamento: 24/09/1985 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação. DJ 11-10-1985
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário 590880/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 24.3.2010. (RE-590880) in Informativo nº 580. Supremo Tribunal Federal.
- \_\_\_\_\_. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012. (ADPF-54) in **Informativo nº 661 do Supremo Tribunal Federal**.
- \_\_\_\_\_. **Informativo nº 431/2010. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/4511/4703>>**.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Saraiva, 2015. 9.ed.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.**
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.**
- \_\_\_\_\_. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. 1ªed.**
- \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Temo Brasileiro, 2003. Vol. I. 2ªed.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça política. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 3ªed.**
- LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

.....  
\_\_\_\_\_. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Vol. I. Tradução de Lourdes Santos Machado.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

artigos  
científicos