

A SUPOSTA TENSÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bruno Ávila e Silva Sampaio de Almeida¹

Resumo O modelo predominante no constitucionalismo moderno de controle judicial de constitucionalidade das leis é frequentemente questionado por sua suposta falta de legitimidade democrática. A origem desse questionamento remonta ao surgimento do constitucionalismo, nas revoluções francesa e americana. O princípio da supremacia da Constituição é fundamental para se chegar à resposta dessa questão. A experiência tem demonstrado que o controle de constitucionalidade não somente é compatível com a democracia, como é fundamental para a sua real existência.

Palavras-chave: Controle Judicial de Constitucionalidade. Democracia. Supremacia Constitucional. Objeção Contramajoritária.

Abstract The model of judicial review of constitutionality of laws, predominant in the modern constitutionalism, is often questioned for their alleged lack of democratic legitimacy. The origin of this question goes back to the emergence of constitutionalism, in the American and French revolutions. The principle of supremacy of the Constitution is essential to arrive at the answer to that question. Experience has shown that control of constitutionality is not only compatible with democracy, as it is fundamental to its actual existence.

Keywords: Judicial Control of Constitutionality. Democracy. Constitutional Supremacy. Counter-Majority Objection.

Introdução

Neste trabalho, pretende-se investigar acerca da existência de uma possível tensão entre a instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis, conforme conhecida no constitucionalismo hodierno, e a democracia. Isso porque aquela surge, modernamente, atrelada à defesa de direitos fundamentais. Nesse contexto, questionamentos acerca da legitimidade dos tribunais para averiguar a constitucionalidade das leis são levantados, uma vez que seus membros não são eleitos diretamente pelo povo.

Para isso, será fundamental a compreensão dos motivos que levaram o controle judicial de constitucionalidade das leis ao formato que este assumiu contemporaneamente. As origens dessa instituição, com atenção especial aos legados constitucionais americano e francês, serão abordadas. Em seguida, a relação que o controle de constitucionalidade das leis possui com a efetivação dos

¹Graduando em Direito na Universidade de Brasília (UnB); Engenheiro de Controle e Automação pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Endereço eletrônico para correspondência: bruno.avila.almeida@gmail.com

direitos fundamentais será investigada. Por fim, concluir-se-á a respeito da existência ou não de uma suposta tensão entre o controle judicial de constitucionalidade e a democracia (a chamada “objeção contramajoritária”).

1 Justificativas para o Controle Judicial de Constitucionalidade: a supremacia da Constituição e o respeito aos Direitos Fundamentais

A existência de um sistema de controle de constitucionalidade de leis é razoavelmente simples de se explicar sob o contexto do federalismo. Assim, leis aprovadas por Assembleias Legislativas estaduais não poderiam se chocar com leis aprovadas pelo Poder Legislativo Federal. Caberia à instituição responsável pela efetivação do controle de constitucionalidade evitar esse choque entre legislações emanadas de diferentes esferas da federação.

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, todavia, o controle de constitucionalidade passou a relacionar-se de maneira especial com a garantia e controle dos direitos fundamentais. Conforme lição de Víctor Ferreres Comella,

En épocas más modernas, sin embargo, el control de constitucionalidad vino a desempeñar un papel clave en el ámbito de los derechos fundamentales. En particular, en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, los tribunales constitucionales europeos recibieron importantes competencias en el campo de los derechos desde el primer momento. Así fue en Italia y Alemania tras la guerra, por ejemplo, en España y Portugal durante sus transiciones a la democracia a finales de los años setenta, y en la Europa central y del este con la caída del comunismo en los años noventa.²

Entretanto, a justificativa para a instauração de um sistema de controle judicial de constitucionalidade embasada na defesa dos direitos fundamentais acaba sendo mais controversa que a relacionada com o federalismo. Muitas vezes, costuma suscitar questões acerca da legitimidade que possuem tribunais (comuns ou constitucionais) para, em nome desses direitos, desqualificar leis aprovadas regularmente no parlamento.³

A resposta para essas questões relaciona-se com o conceito de supremacia constitucional.

²COMELLA, Víctor Ferreres. **Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 65, 66

³*Idem*, p. 66

O ponto de partida para se construir tal conceito é o pressuposto de que a declaração de direitos que figura na Constituição expressa valores que são amplamente compartilhados por toda comunidade política.⁴ Por expressar tais valores, a Constituição deve ocupar, no ordenamento jurídico de um país, papel de expressivo relevo. Nenhuma espécie normativa pode contrariá-la. Esse é o princípio da supremacia constitucional.⁵

Não obstante, não é tarefa das mais simples manter respeito, ao longo do tempo, aos valores consagrados na carta constitucional, frente a vontades episódicas dos representantes da maioria. Víctor Ferreres Comella chama a atenção para este fato:

No resulta fácil, sin embargo, respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Es tentador para la comunidad política, en un momento determinado, en conexión con un problema específico, negarse a pagar los costes que los derechos entrañan. Por falta de imaginación moral, debilidad de la voluntad, pasiones impulsivas en circunstancias extraordinarias, o por una combinación de estos factores, puede ocurrir que la comunidad política deje de respetar algún derecho.⁶

Gilmar Ferreira Mendes aborda a supremacia da constituição ao tratar da vinculação da atividade legislativa aos limites impostos pela Constituição. Para o autor, não pode o legislador ordinário transpassar esses limites, sob pena de se desrespeitar direitos fundamentais protegidos pela Constituição. De acordo com sua lição, o legislador está obrigado a observar rigorosamente os limites estabelecidos pela Constituição para a imposição de restrições ou limitações a direitos individuais.⁷

Todavia, não se pode contar somente com o bom-senso do legislador para garantir que os mencionados limites não serão violados. Isso seria muito arriscado, visto se tratar de valores tão caros à democracia. Assim, fica mais clara a necessidade de se contar com mecanismos de controle de constitucionalidade, que assegurem o cumprimento dos direitos agasalhados na Constituição frente a ameaças que venham a surgir em determinados momentos da história de um

⁴ *Ibid.*, p. 67

⁵ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**, 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 30

⁶ COMELLA, Víctor Ferreres. Op. cit., p. 68

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed rev. e ampl., 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117

Estado. De acordo com Ronaldo Poletti, “o controle de constitucionalidade das leis tem seu fundamento histórico justamente no direito de resistência aos governos injustos”⁸.

A Constituição deve ser observada por todos os Poderes estatais, seja ao adotar os procedimentos nela descritos para a elaboração de normas, seja ao observar seus preceitos materiais na edição de qualquer ato estatal. De acordo com o Saul Tourinho Leal,

[...] a supremacia da Constituição se dá sob duas óticas. A primeira se refere à supremacia formal da Constituição, pela qual o processo de alteração constitucional é mais dificultoso do que o processo de alteração infraconstitucional, ou seja, é mais difícil aprovar uma emenda constitucional do que uma lei. A outra vertente da supremacia da Constituição se dá pelo aspecto material. Aqui, estamos tratando da adequação do conteúdo da norma questionada aos princípios e regras constantes da Constituição.⁹

Para João Bosco Marcial de Castro, a supremacia é o traço distintivo da Constituição, devendo suas normas prevalecerem em caso de conflito com qualquer outra pertencente ao ordenamento jurídico. Para o autor, estaria inclusive autorizado o intérprete a não aplicar norma que seja claramente inconstitucional. Conforme sua lição,

As leis, os atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com princípios, implícitos ou explícitos, da Constituição. O princípio impõe a prevalência da norma constitucional e é por força da supremacia da Constituição que ao intérprete é dado deixar de aplicar uma norma que indubitavelmente compreende ser inconstitucional. Assim, a Constituição é entendida, na teoria jurídica constitucional, como o ordenamento normativo básico do Estado, como um sistema de normas supremo e último, como o ordenamento jurídico e Lei Fundamental do Estado.¹⁰

Francesco Ferrara vai além e assevera ser o Poder Judiciário o responsável pela não aplicação de leis que confrontem a Constituição. De acordo com a sua lição,

⁸POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 19

⁹LEAL, Saul Tourinho. Op. cit., p. 31

¹⁰CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 56

[...] o poder judicial deve recusar aplicação a todas as regras que não têm caráter jurídico, ou por falta das condições e formas constitucionais para o seu nascimento, ou por falta de competência e poder na autoridade que as emanou ou, enfim, porque essas normas perderam a sua eficácia em virtude de ab-rogação.¹¹

Nessa discussão, Manuel Gonçalves Ferreira Filho traz à tona o conceito de Poder Constituinte, o qual, segundo ele, serve de suporte para própria ideia de Constituição. O autor faz a distinção entre poderes constituídos e constituinte e afirma que aqueles são delegados por este. Conseqüentemente, não poderia o poder delegado mudar as condições da própria delegação. Ademais, afirma que o legislativo é apenas um dos poderes constituídos, sendo seus atos, dentre eles as leis ordinárias, nulos se contrários ao Poder que o constituiu. De acordo com suas palavras,

[...] a ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico da ideia de Constituição; é a justificativa da superioridade da Constituição, que, derivando do Poder Constituinte, não pode ser modificada pelos poderes constituídos, porque estes são obras daquele, por intermédio da própria Constituição.¹²

Dessa forma, com base no conceito de Poder Constituinte, conclui o autor pela existência da supremacia constitucional.

2 Origens do Controle Judicial de Constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade das leis, com a forma geral que se conhece atualmente, começa a aparecer com o surgimento do constitucionalismo moderno. Como ensina Saul Tourinho Leal, este se dá “a partir das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos, de 14 de setembro de 1787, e da França, de 03 de setembro de 1791”¹³. Assim, convém analisar as origens do controle de constitucionalidade confrontando a evolução dos modelos resultantes das Cartas francesa e norte-americana.

¹¹FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**, 2. Ed. São Paulo: Editora Livraria Acadêmica Saraiva & Cia editores, 1937, pp. 10 e 11 *apud* CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 55

¹²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.

13

¹³LEAL, Saul Tourinho. Op. cit., p. 10

2.1 O legado francês

A grande peculiaridade da Revolução Francesa, quando comparada com as demais revoluções burguesas, é a sua aspiração à universalidade. Na lavra de Saul Tourinho Leal,

Vimos que a Revolução Inglesa que culminou com a Carta Magna de 1215, nada obstante tenha uma grande importância, decorreu de um pacto celebrado entre barões e o monarca. A Revolução norte-americana, por sua vez, dotada de mais incidentes históricos, tinha a finalidade de romper com a monarquia inglesa. A grande diferença da Revolução Francesa é que sua finalidade não foi local nem regional, mas universal. Os franceses não queriam tão somente negociar com um governante ou ampliar o seu poder de barganha. Eles queriam romper completamente com o estado de coisas que estava posto e, mais do que isso, influenciar o mundo com o seu lema: liberdade, igualdade e fraternidade. Conseguiram.¹⁴

Em nome desse mencionado rompimento radical com o estado de coisas posto, a Revolução Francesa organizou rígida separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Além disso, transferiu a soberania estatal do monarca para o povo. O povo soberano, por sua vez, seria institucionalizado no parlamento, o que fez com que o Poder Legislativo se sobressaísse sobre os demais.

Sob essa concepção, os juízes deveriam ter um papel limitado, incompatível com a possibilidade de submeter a escrutínio a constitucionalidade das leis. Diferentemente dos americanos, os revolucionários franceses confiaram somente ao legislativo e ao executivo o papel de motores da transformação social, a fim de libertar os indivíduos do julgo feudal. Sob o esquema francês, os juízes teriam uma responsabilidade institucional bastante modesta. Seguia-se a doutrina de Montesquieu, segundo a qual os juízes deveriam ser unicamente a boca da lei.¹⁵

Essa tradição de rígida separação de poderes e de supremacia do parlamento foi tão poderosa na Europa que por muito tempo impediu qualquer possibilidade de que juízes viessem a avaliar a constitucionalidade da legislação.¹⁶

¹⁴LEAL, Saul Tourinho. Op. cit., p. 11

¹⁵COMELLA, Víctor Ferreres. Op. cit., p. 39 a 41

¹⁶*Idem*, p. 44

É de se notar, no entanto, que os franceses não ignoravam o papel supremo da constituição frente às leis ordinárias aprovadas pelo parlamento, conforme as palavras de Víctor Ferreres Comella:

Es importante poner de relieve que los revolucionarios franceses no negaban que la Constitución era la norma suprema. El preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmaba que los derechos se declaran para posibilitar que en todo momento se puedan contrastar los actos del legislador y del ejecutivo con el objetivo al que deben servir todas las instituciones políticas, a saber, la protección de derechos. La Declaración (que se incorporó más tarde a la Constitución de 1791), estableció límites directos al legislador.¹⁷

Conforme o autor espanhol, reconhecia-se a existência de limites diretos ao legislador:

2.2 O legado norte-americano

Como assevera João Bosco Marcial de Castro, “a história do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América remonta à época das colônias, cuja relação com a Coroa inglesa não se dava sem entrechoques, considerada a manutenção dos liames jurídicos e políticos”¹⁸.

Diferentemente do que ocorreu na França, a Revolução Americana não possuía nenhum caráter universalizante. Sua finalidade imediata foi romper com a monarquia inglesa. Dentre outros motivos, os americanos consideraram inadmissível a taxaço imposta pelo parlamento britânico sob publicações, uma vez que as colônias não tinham assento no Parlamento inglês e não participaram de qualquer discussão acerca da instituição do imposto. Surge daí o lema: *No taxation without representation*.¹⁹

Se, na Revolução Francesa, a nota peculiar deveu-se à aspiração a universalidade, nos Estados Unidos essa nota deve-se a, pela primeira vez na história das civilizações ocidentais, ser elaborado um documento com duas das características mais marcantes das constituições modernas: a estruturação do

¹⁷ *Ibid.*, p. 42

¹⁸ CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit., p. 23

¹⁹ LEAL, Saul Tourinho. Op. cit., p. 7

Estado e a garantia de direitos e garantias aos cidadãos. Como leciona Saul Tourinho Leal,

Encontramos, nos Estados Unidos, uma referência histórico-ocidental acerca da utilização, por uma nação, de um documento inteiramente escrito com a finalidade de estruturar o Estado, conferindo-lhe poderes e limitações e, também, atribuindo, aos cidadãos, direitos e deveres. Este documento tem nome: Constituição.²⁰

Desde então, tem influenciado todo o mundo a proposta trazida na Constituição norte-americana, consistente em limitar poderes do Estado e garantir direitos aos cidadãos.

Outra grande influencia norte-americana para o constitucionalismo ocidental é a ideia de supremacia da constituição. Conforme já exposto, esse conceito também era caro aos revolucionários franceses. Todavia, diferentemente do que ocorreu na França, onde havia grande temor de que os juízes pudessem deturpar a vontade do povo soberano expressa nas leis aprovadas pelo parlamento, nos Estados Unidos, a Constituição explicitamente determinou que o controle de constitucionalidade fosse realizado por juízes.

A Constituição norte-americana inaugurou o constitucionalismo com a concepção de supremacia de suas normas em relação às leis ordinárias. Em seu artigo VI, cláusula 2, a Constituição americana estabeleceu a supremacia das normas constitucionais e impôs o poder e o dever dos juízes de negar a aplicação às leis que a elas fossem contrárias. Essa é a interpretação do *Chief Justice John Marshall*, que retomou e desenvolveu a argumentação de Alexander Hamilton no “*Federalismo*” e que marcou o início do controle judiciário de constitucionalidade das leis [...].²¹

No mesmo sentido,

A compreensão de que a legislatura possuiria uma mera autoridade delegada e limitada sob a Constituição e de que esses limites constitucionais, considerados como direito, deveriam ser aplicados por uma corte foi progressivamente consolidada nos Estados Unidos. Ela já pode ser observada, em 1787, no argumento da Suprema

²⁰ *Idem*, p. 9

²¹ CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit. p. 27

Corte da Carolina do Norte de que nenhum ato da legislatura poderia alterar a Constituição [...].²²

Como pode-se notar, franceses e americanos, apesar de ocuparem postos privilegiados no surgimento do constitucionalismo moderno, divergiram consideravelmente no que diz respeito a como deveria ser feita a defesa da soberania popular, expressa na Constituição. Para franceses, cabia ao próprio parlamento, composto de representantes do povo, a tarefa de se policiar para não transgredir as normas constitucionais. Já para americanos, que não tinham a intenção universalizante presente na Revolução Francesa, não haveria qualquer problema submeter as leis ordinárias à análise de constitucionalidade por membros do Poder Judiciário.

Atualmente, pode-se afirmar, com convicção, que o entendimento norte-americano prevaleceu. Sem desprezar a existência de outras formas de controle de constitucionalidade que não a judicial, considera-se o Poder Judiciário espaço legítimo para a defesa de direitos fundamentais e efetivação da democracia. Nesse sentido, Emerson Ademir Borges de Oliveira afirma, ao lembrar lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] o Professor Canotilho lembra que a soberania popular, a partir do entendimento da “vontade do povo”, exige *materialmente* liberdade política, igualdade dos cidadãos e organização plural de interesses politicamente relevantes e, *procedimentalmente* – e aqui o que mais interessa -, instrumentos que garantam a *operacionalidade prática* do princípio.[...] E é evidente que a operacionalização do princípio democrático, longe de ser tarefa meramente legislativa, acaba sendo incumbência de todas as funções do Estado, inclusive para suprir eventuais omissões ou para corrigir incorreções das demais.²³

Fica evidente, pois, que a democracia, a soberania popular, não é exercida apenas nas instituições representativas majoritárias (Poder Legislativo). Ao contrário, o Poder Judiciário é arena legítima, de acordo com seu papel constitucionalmente definido, para debate e defesa de direitos fundamentais e efetivação da democracia.

3 A inexistência da suposta tensão entre Controle Judicial de Constitucionalidade e Democracia

²²PIÑERO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2012, p. 26

²³OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Técnicas de Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial na Efetivação da Democracia: Notas Introdutórias. In: **Direito Público**, Ano VII, n 44, Mar-Abr 2012, p. 187

Conforme a argumentação desenvolvida, não restam dúvidas a respeito da necessidade de se contar com mecanismos que garantam a supremacia da Constituição frente às demais normas do ordenamento jurídico. Não obstante, se questiona se o Poder Judiciário seria a instância mais adequada para a efetivação desses mecanismos. Surge então o que Víctor Ferreres Comella chamou de “objeção contramajoritária”, uma objeção que deve ser debatida para o bem da democracia. Segundo o autor,

*Ciertamente, existe una “objección contramayoritaria” que se suele levantar en contra de la institución del control de constitucionalidad, una objeción que debemos afrontar. Es el control de constitucionalidad una institución democrática, dada la posible tensión entre los jueces y las mayorías legislativas?*²⁴

Esse objeção se deve, em grande parte, à forte associação que é feita, influenciada em especial pelos ideais da Revolução Francesa, entre democracia e parlamento. Não resta dúvida que ambos estão intimamente relacionados.

Existe uma importante conexão entre o princípio democrático e a aprovação de leis pela maioria de um parlamento eleito pelos cidadãos. Assim, a democracia está conceitualmente ligada a um procedimento que outorgue aos cidadãos oportunidades iguais para participar com sua voz e seu voto do debate e aprovação das decisões coletivas.²⁵

Ademais, o processo legislativo é indubitavelmente mais transparente que os processos por meio dos quais são expedidas outras normas, como os regulamentos administrativos ou as sentenças judiciais. As leis, que surgem de um procedimento com essas características, merecem uma consideração especial, uma vez que inseridas em um contexto democrático²⁶. Assim, sempre que um tribunal anula uma lei aprovada regularmente pelo parlamento, tem-se a impressão de que a democracia foi prejudicada:

El hecho de que la ley sea descalificada por una institución que está relativamente alejada del proceso electoral arroja un coste desde un

²⁴ COMELLA, Víctor Ferreres. Op. cit., p. 73

²⁵ *Idem*, p. 139

²⁶ *Ibid.*, p. 101

*punto de vista democrático. Surge la pregunta, entonces, acerca de cómo se puede compensar este coste.*²⁷

Todavía, democracia e vontade da maioria parlamentar, apesar de visceralmente correlatos, não se confundem. Aquela vai muito além de mera forma de se determinar os membros do parlamento. A democracia se consubstancia na indicação de “vetores políticos, econômicos, sociais e culturais a que aspira uma sociedade”²⁸.

Além disso, as leis oriundas do parlamento não são a única forma de expressão da soberania popular, muito menos a única fonte de direitos individuais. Esse entendimento é compartilhado mesmo no continente europeu, fortemente influenciado pelos ideais da Revolução Francesa:

*[...] los sistemas jurídicos vigentes hoy en Europa se acercan a la idea americana fundacional de que las leyes ordinarias no son las únicas fuentes de los derechos individuales, sino que existen derechos fundamentales garantizados por la Constitución que preexisten a la legislación ordinaria.*²⁹

Mesmo sendo o parlamento a instituição em que a maioria dos representantes eleitos pelo povo tomam decisões em nome deste, não se pode esquecer que mesmo as minorias ali representadas possuem direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Entretanto, durante muito tempo, em especial na França, se conviveu com a ideia de que a maioria política correspondia a razão jurídica. Chegou-se ao ponto de ter sido cunhado o chamado “axioma de André Laignel”. Esse parlamentar francês dirigiu-se, em 1982, a minoria parlamentar e proferiu o seguinte discurso: “*Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire*” (“Vocês não têm razão juridicamente porque estão politicamente em minoria”)³⁰.

Até mesmo na França, não obstante, reconheceu-se que o aludido axioma é falso, uma vez que, em se tratando de questões constitucionais, o fato de se estar em minoria não significa estar equivocado. Assim sendo, a quem deveriam as minorias que se sentissem lesadas recorrer, senão ao Poder Judiciário?

²⁷ *Ibid.*, p. 140

²⁸ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Op. cit., p. 174

²⁹ COMELLA, Víctor Ferreres. Op. cit., p. 101

³⁰ BLACHÈR, Philippe, **Contrôle de constitutionnalité et volonté générale**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p.168 *apud* COMELLA, Víctor Ferreres, op. cit., p. 107

Por diversas vezes, o fato de minorias parlamentares socorrerem-se do judiciário após derrotas políticas no legislativo foi taxado de antidemocrático. Segundo Víctor Ferreres Comella, a retórica democrática tem sido utilizada recorrentemente pela maioria governamental na Espanha para criticar a minoria: “*La minoría pretende ganar en el tribunal lo que ha perdido en el parlamento*”³¹.

Entretanto, não há nada de antidemocrático em se recorrer a um tribunal para ver resguardado um direito constitucional, ainda que tenha havido derrota na arena majoritária. Ao contrário, esta sendo defendida, em casos como esse, a própria democracia, uma vez que é a Constituição que está sendo resguardada:

*Si la Constitución establece límites que las leyes ordinarias deben respetar, y encomienda al tribunal constitucional la tarea de interpretar y hacer valer la Constitución, no hay nada especialmente antidemocrático en el hecho de que un grupo parlamentario se dirija al tribunal para que éste se pronuncie sobre una ley que suscita dudas de constitucionalidad.*³²

O mesmo raciocínio deve valer para grupos minoritários não representados no parlamento. Esses grupos, apesar de não representados no legislativo, têm também os seus direitos constitucionais assegurados. Fosse de outra forma, não deveriam ser respeitados os direitos constitucionais dos não votantes – menores de dezesseis anos e presos com condenação transitada em julgado, por exemplo – visto que, por não votarem, estes também não estão, a grosso modo, representados no parlamento. Obviamente cabe ao Estado fazer valer os direitos fundamentais desses grupos também:

*La persona que sufre los efectos de una ley debería poder obligar al poder público a rendir cuentas. El gobierno debe explicarse, debe hacer explícitas las razones en virtud de las cuales entiende justificada la medida legislativa, dado el coste que sufre esa persona. Este argumento tiene una fuerza especial cuando se alega como violado un derecho fundamental. Además, desde un punto de vista instrumental, resulta sensato abrir los tribunales a los individuos y grupos afectados.*³³

³¹ COMELLA, Víctor Ferreres. Op. cit., p. 109

³² *Idem*, p. 109

³³ *Ibid.*, p. 110

Kelsen foi um dos mais ilustres defensores da ideia da guarda da Constituição por um tribunal. Nessa direção, o autor trouxe à tona o fato de que “não há entre lei e sentença diferença qualitativa, já que ambas constituem, em medidas diversas, atos de criação do direito, o que atribui às duas um caráter político”³⁴, e desta forma, não haveria óbice para o controle judicial da constitucionalidade das leis.

Na mesma linha, defendendo a existência de Tribunais Constitucionais, não só para mera guarda da Constituição, mas para o resguardo exercício dos direitos fundamentais nela estabelecidos, tem-se a lição de Emerson Ademar Borges de Oliveira: “[...] a atuação dos Tribunais Constitucionais [...] significa, em última análise, a efetivação dos direitos fundamentais de uma sociedade e a realização dos objetivos dirigentes daquele Estado.”³⁵

Misabel Abreu Machado Derzi é enfática na defesa da atuação das Cortes Constitucionais e se vale do ensinamento de Dworkin para concluir que essas Cortes são verdadeiras garantidoras do regime democrático. Sob esse enfoque, restaria superada a discussão acerca da existência de qualquer tensão entre democracia e controle de constitucionalidade. Assim,

Se os juízes não são eleitos, como explicar que possam, criativamente, controlar a constitucionalidade das leis? Dworkin responde explicando que um regime político não será democrático porque a maioria do povo governa a si mesmo, mas se e na medida em que as decisões coletivas tratam o conjunto de cidadãos com um respeito igual e com atenção igual. Ao interpretar os vagos e abstratos princípios constitucionais, a Corte limita a competência dos parlamentos, não em razão de uma superioridade inerente ao órgão julgante, mas em nome da superioridade do poder do povo sobre os demais órgãos constituídos ou constitutivos do governo. A Corte está encarregada de fazer prevalecer a vontade profunda do povo (na Constituinte) contra a vontade episódica da maioria de seus representantes, que fazem as leis.³⁶

Com a mesma linha de raciocínio, Luigi Ferrajoli afirma que a democracia deve ser entendida e justificada de acordo com uma teoria que coloque os direitos fundamentais na própria definição de democracia. Assim, a democracia não pode existir sem a proteção dos direitos humanos individuais, direitos esses tão

³⁴A KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In: Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 258 e 259 *apud* PIÑEIRO, Eduardo Schenato, Op. cit. p. 81.

³⁵OLIVEIRA, Emerson Ademar Borges de. Op. cit., p. 175

³⁶DERZI, Misabel Abreu Machado. **Construindo o Direito Tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. ix

essenciais que devem ser protegidos do poder da maioria. Logo, para o autor italiano, o ideal democrático não oferece nenhuma razão para se criticar a instituição do controle judicial de constitucionalidade da lei, pois quando os juízes anulam leis que são lesivas aos direitos fundamentais, estão, na verdade, preservando a própria democracia.³⁷ Dessa forma, não faz sentido se falar em um suposto confronto entre democracia e controle judicial de constitucionalidade, já que este é um meio de defesa daquela.

Ronald Dworkin também defende não se produzir nenhum prejuízo à democracia quando juízes invalidam leis contrárias às constituições. Para o autor americano, essas leis não satisfazem certas “condições democráticas”. Essas condições são necessárias para garantir ao indivíduo seu pertencimento moral à comunidade política, e se traduzem em três exigências: cada pessoa deve ter a oportunidade de influir no conteúdo das decisões coletivas; seus interesses devem ser levados em conta com igual consideração na tomada dessas decisões; e cada indivíduo deve ser livre para escolher o tipo de vida que considere mais valorosa.³⁸

Dworkin vai mais longe e defende não ser o parlamento a instituição mais adequada para receber o papel de guardião dos direitos constitucionais: “Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência das instituições majoritárias”.³⁹

Assim, para Ferrajoli e Dworkin, a instituição do controle de constitucionalidade não confronta a democracia devido ao fato de que a própria democracia só é real se houver respeito aos direitos fundamentais, ou seja, se a própria constituição for protegida.

Entretanto, há outra linha de argumentação que igualmente defende ser inexistente a suposta tensão entre controle de constitucionalidade e democracia: aquela que defende as virtudes democráticas do processo judicial.

Lawrence Sager é um dos adeptos dessa tese. Para ele, democracia significa que os cidadãos podem participar como iguais no processo de deliberação pública

³⁷FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999 *apud* COMELLA, Víctor Ferreres. Op. cit., p. 141

³⁸DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996, pp. 24-26 *apud* COMELLA, Víctor Ferreres. Op. cit., p. 141

³⁹_____. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, pp. 426 e 427.

de seus direitos. No entanto, o autor fala em duas facetas da democracia: a eleitoral – os cidadãos participam como iguais na medida em que podem votar em seus representantes políticos – e a deliberativa – os interesses e direitos de cada pessoa são levados em conta com rigor por aqueles que exercem autoridade.⁴⁰

Sager sustenta que as assembleias legislativas são o melhor foro para articular a modalidade eleitoral de participação democrática, enquanto que os tribunais o são para a modalidade deliberativa. Isso porque qualquer pessoa pode socorrer-se dos tribunais para elaborarem pretensões com base na Constituição, mesmo que pertença a um grupo minoritário e sub-representado no parlamento. O que importaria, nesse caso, seria a força de seu argumento, e não a representatividade do grupo do qual faz parte.⁴¹

Além do amplo suporte encontrado na doutrina, também a jurisprudência das mais altas cortes brasileiras traz sólidos entendimentos no sentido de ser o Poder Judiciário o legítimo responsável pela guarda dos direitos fundamentais de grupos minoritários. Como exemplo, cita-se emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça que permitiu a habilitação para casamento civil de pessoas do mesmo sexo.⁴²

⁴⁰SAGER, Lawrence. **Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice.** New Haven: Yale University Press, 2004, p. 203 *apud* COMELLA, Víctor Ferreres. Op. cit., p. 147

⁴¹*Idem*, p. 203

⁴² DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

[...]

9. **Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.**

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não

No mesmo sentido, tem-se a preciosa lição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em seu voto na ADI 3.510, onde, de maneira taxativa, é assentado o legítimo caráter contramajoritário da Corte Constitucional brasileira. É também asseverado que essa corte é o local adequado para a representação argumentativa dos direitos constitucionais do cidadão brasileiro.

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.

[...]

Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”,

[...]

O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei n 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5, não se encerrou naquela casa parlamentar. [...] o debate [...] reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional.⁴³

Assim, tanto sob à luz da doutrina jurídica – sob o argumento de serem os direitos fundamentais constitucionais parte integrante da democracia ou sob o argumento das virtudes democráticas do processo judicial –, quanto da jurisprudência das mais altas Cortes brasileiras, não há que se falar em conflito entre controle judicial de constitucionalidade e democracia; ao contrário, ao realizarem o controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais (e o Poder Judiciário em geral) estão, na realidade, efetivando a democracia em si, que não é real sem respeito aos direitos fundamentais trazidos na Constituição.

Considerações Finais

pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

[...]

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial Nº 1.183.378 – RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, DJe: 01/02/2012)

⁴³Voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes. ADI 3.510 / DF, Relator Min. Ayres Brito, Dje n 96, 28/05/2010

Sob o contexto do constitucionalismo moderno, o controle judicial de constitucionalidade exerce um papel chave na efetivação da supremacia constitucional, princípio caríssimo à efetivação dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, especialmente aos grupos minoritários, sub-representados no parlamento. A fiscalização de constitucionalidade e, em especial, o controle jurisdicional de constitucionalidade, é essencial para a garantia da Constituição, sobretudo na defesa dos direitos fundamentais, salvaguardando-se os direitos das minorias muitas vezes desrespeitadas nos processos legislativos que tentam prejudicar direitos constitucionalmente garantidos.⁴⁴

Assim, após investigação a respeito da origem e justificativas da instituição do controle de constitucionalidade das leis, fica evidente que a mesma é parte indispensável da democracia constitucional, sendo o Poder Judiciário e, em especial, as Cortes Constitucionais, o foro adequado e legítimo para a discussão acerca dos direitos e fundamentais, em especial quando se trata de grupos minoritários, com pouca ou nenhuma representação no parlamento.

Dessa forma, conclui-se não haver qualquer tensão entre o controle judicial de constitucionalidade e a democracia.

Referências

- CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012
- COMELLA, Víctor Ferreres. **Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011
- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Construindo o Direito Tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**, 2. ed. Niterói: Impetus, 2012,

⁴⁴PANUTTO, Peter. *Fiscalização de constitucionalidade: modelos e evolução*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, vol. 78, jan.-mar. / 2012, p. 267

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed rev. e ampl., 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2009

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Técnicas de Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial na Efetivação da Democracia: Notas Introdutórias. In: **Direito Público**, Ano VII, n 44, Mar-Abr 2012

PIÑERO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2012

PANUTTO, Peter. Fiscalização de constitucionalidade: modelos e evolução. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 20, vol. 78, jan.-mar. / 2012

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.