

A Legitimidade Democrática da Justiça Constitucional

RODRIGO VIANNA

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

RESUMO: O artigo versa sobre a legitimidade democrática da justiça constitucional, partindo, para tanto, do delineamento da concepção moderna de democracia representativa, própria do Estado Liberal, com destaque para a ideia de “governo das leis” editadas pelo legislador democrático, que, no seio do Estado Constitucional de Direito, se vê em tensão, ao menos aparente, com o seu controle exercido por órgãos não eletivos. Na sequência, relativiza-se a idealização da concepção moderna de democracia, destacando-se a insuficiência da representação fulcrada no princípio majoritário, apontando-se para a necessidade de uma democracia social e substancial, superadora da democracia meramente política e formal, bem como enfocando o Estado de Direito para além do estrito legalismo. Finalmente, são destacados pontualmente alguns dos principais fundamentos de legitimação democrática da justiça constitucional no Estado contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; justiça constitucional.

ABSTRACT: The article concerns the democratic legitimacy of Constitutional Justice, beginning from outlining the modern conception of representative democracy, typical of the Liberal State, emphasizing the idea of “government of laws” formulated by the democratic legislator, who, despite being at the centre of the Constitutional State of Law, finds himself/herself in a difficult situation, or so it appears, since the control is exercised by non-elective bodies. Then, it relativizes the idealization of the modern conception of democracy, highlighting the insufficiency of representation based on the majoritarian principle, pointing to the need for a social and substantial democracy, one which overcomes the merely political and formal democracy, as well as emphasizing the State of Law beyond the strict legalism. Finally, it highlights some of the main foundations of democratic legitimation of the Constitutional Justice in the Contemporary State.

KEYWORDS: Democracy; constitutional justice.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia, governo das leis e justiça constitucional; 2 Para além da democracia representativa calcada no princípio da maioria; 3 Democracia social e substancial para além da democracia política e formal; 4 O Estado de Direito para além do legalismo estrito; 5 Fundamentos da legitimidade democrática da justiça constitucional; 5.1 A Constituição como fundamento da legitimidade democrática da justiça constitucional; 5.2 A justiça constitucional como guardiã do governo das leis; 5.3 Legitimação pela composição do Tribunal Constitucional; 5.4 Legitimação pela abertura do processo constitucional; 5.5 Proteção dos direitos das minorias; Conclusão; Referências.

CONTENTS: Introduction; 1 Democracy, Government of Laws and Constitutional Justice; 2 Beyond the Democracy Based on the Majority Principle; 3 Social and Substantial Democracy beyond the

Political and Formal Democracy; 4 The State of Law beyond the Strict Legalism; 5 Foundations of Democratic Legitimacy of Constitutional Justice; 5.1 The Constitution as the Foundation of the Democratic Legitimacy of Constitutional Justice; 5.2 The Constitutional Justice as the Guardian of the Government of Laws; 5.3 Legitimation through the Formation of the Constitutional Court; 5.4 Legitimation through the Opening of the Constitutional Process; 5.5 The Protection of the Minorities' Rights; Conclusion.

INTRODUÇÃO

Busca-se enfrentar, no presente estudo, uma das mais tormentosas e recorrentes questões relativas à justiça constitucional, qual seja a da sua legitimidade democrática. Tal questionamento, já enfrentado por Kelsen em seu histórico embate com Carl Schmitt, na primeira metade do século passado, agudiza-se consideravelmente com o advento do Constitucionalismo Social, consagrado, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, por meio da promulgação de Constituições dirigentes que, positivando largo espectro de direitos sociais ao lado das tradicionais liberdades públicas, impõem ao Estado a assunção de uma postura ativa, para a realização do programa constitucional.

Daí decorrem diretamente a necessidade de enfrentamento da omissão inconstitucional e a diversificação das técnicas de decisão empregadas pelo juiz constitucional, com o surgimento das chamadas decisões “interpretativas” ou “manipulativas” em suas diversas espécies, levando a uma suplantação da ideia da justiça constitucional como mero “legislador negativo”, sustentada, em um primeiro momento, por Kelsen em resposta ao questionamento da legitimidade democrática da jurisdição incumbida da guarda da Constituição. Verifica-se, agora, uma inequívoca atuação normativa em sentido positivo da justiça constitucional, que coloca o juiz constitucional no papel de partícipe do processo de criação do direito, algo absolutamente impensável no seio da rígida “separação de Poderes” característica do modelo de democracia representativa próprio do emergente Estado Liberal oitocentista.

É justamente pela caracterização em linhas gerais desse modelo moderno de democracia representativa, típico do Estado Liberal de inspiração iluminista, que principia o presente estudo.

Segue-se a relativização do modelo idealizado de democracia representativa, enfatizando-se a insuficiência do princípio da maioria como fonte única de legitimação democrática, a necessidade de uma democracia social e substancial para além da democracia meramente política e formal, bem como a afirmação do Estado de Direito para além do legalismo estrito.

Finalmente, são destacados, exemplificativamente, alguns dos principais fundamentos de legitimação democrática da justiça constitucional no contemporâneo Estado Constitucional de Direito.

1 DEMOCRACIA, GOVERNO DAS LEIS E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A democracia é aqui tomada como o regime de governo característico do Estado Liberal emergente do triunfo das revoluções de inspiração iluminista em 1776, nos Estados Unidos, e em 1789, na França, classicamente sintetizado por Abraham Lincoln como o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Da fórmula de Lincoln, extraem-se os aspectos subjetivo da titularidade (governo do povo), funcional, referente ao modo como se governa (pelo povo), e teleológico (para o povo) do governo, sintetizando os elementos constitutivos do conceito de democracia¹.

Aproximando tal ideia da realidade prática, sob uma perspectiva procedimental, Norberto Bobbio estabelece como definição mínima de democracia “um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”, ou, em outras palavras do mesmo autor, “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. Acrescenta que, se incluído no conceito geral de democracia a estratégia do compromisso entre as partes por meio do livre debate para a formação de uma maioria, essa definição melhor reflete a democracia representativa².

E é justamente o governo representativo o mais marcante traço distintivo a contrapor essa concepção moderna de democracia à ideia de democracia direta da antiguidade ateniense. Com efeito, o “governo do povo”, remotamente inspirado na “vontade geral” de Rousseau, que se afigura diretamente inexecutável nos grandes Estados, somente se pode viabilizar por meio de representantes escolhidos pelo povo, como já assinalava o Barão de Montesquieu³. Assim, emergem como traços característicos da democracia moderna: a representação, a eleição dos representantes e o governo das leis editadas pelos representantes do povo.

Com efeito, no modelo de democracia moderna, o povo se governa indiretamente por meio de representantes eleitos, vale dizer, as deliberações concernentes à coletividade não são tomadas diretamente por seus membros, mas por pessoas eleitas especificamente para essa finalidade. Como

1 Cf. BARZOTTO, Luis Fernando, *A democracia na constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 13.

2 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 12/19.

3 *De l'esprit des lois*. Paris: Garnier-Flammarion, 1979. p. 171-173.

ênfatiza Bobbio, a representação própria da democracia moderna se caracteriza, quanto aos poderes dos representantes e ao conteúdo da representação, pela inexistência de mandato imperativo, ou seja, o representante não é um mero porta-voz dos representados, que, pela extrema limitação do mandato, seria demissível *ad nutum*, mas sim um fiduciário, tendo certa liberdade de ação em nome e por conta dos representados, que lhe permite interpretar com discernimento próprio os seus interesses, razão pela qual o seu mandato não é simplesmente revogável. Para além disso, não é responsável diretamente perante os seus eleitores porque convocado, em tese, a tutelar os interesses gerais da sociedade, e não os interesses particulares desta ou daquela categoria⁴.

A participação do maior número possível de interessados, a que alude Bobbio em seu conceito mínimo de democracia, consiste na escolha dos representantes, que se dá por meio de eleições. É bem verdade que há regimes representativos pouco democráticos, na medida em que restringem o voto a pequena parcela da população, tal como ocorria com o sistema eleitoral censitário, que reservava o sufrágio aos mais abastados, como previsto, *v.g.*, pela Constituição Imperial brasileira de 1824. Superado o voto censitário e progressivamente estendidos os direitos políticos, com o voto feminino e posteriormente, no caso brasileiro, dos analfabetos, atingindo-se o sufrágio universal, passa-se a poder falar propriamente em democracia representativa, que se, de fato, não se constrói com a participação de todos, legitima-se pela participação de muitos. Aprimorando o sistema eleitoral e potencializando a influência dos eleitores sobre o governo, a “democracia pelos partidos”, sustentada por Kelsen, proporciona-lhes não só a escolha dos governantes, mas, também, das linhas mestras a pôr em prática. Em termos ideais, a disputa eleitoral se travaria entre os partidos, “únicos sujeitos autorizados a funcionar como elos de ligação entre os indivíduos e o governo”⁵, de modo que a vitória de um deles significaria, em primeiro lugar, a definição do programa de governo e, secundariamente, a escolha dos governantes. Dessa forma, o povo governaria, não só pela escolha dos governantes, mas, acima disso, pela definição da política de governo⁶.

ênfatiza Bobbio que o correto funcionamento de um regime democrático apenas é possível no âmbito do modo de governar costumeiramente chamado de “governo das leis”, que tem o Estado democrático como tipo ideal de quem se coloca do ponto de vista do direito, em oposição ao Estado despótico, tipo ideal de quem se coloca do ponto de vista do poder. Sendo

4 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 44-47.

5 *Idem*, p. 12.

6 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21.

a democracia um regime de governo voltado para todo o povo, as decisões dos seus representantes consubstanciam-se em leis, legitimadas pela regra fundamental da maioria, segundo a qual são consideradas coletivas e, portanto, vinculatórias para todo o grupo, as decisões aprovadas pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão⁷. Tal legalidade encerra a ideia de igualdade civil, na medida em que as leis a todos submetem, inclusive aos governantes, de modo que os membros da comunidade devem ser tratados como cidadãos, sendo respeitados em sua igualdade perante a lei⁸.

Daí porque, no Estado Liberal, notadamente no de modelo francês, sobressai-se a centralidade da lei e ganha corpo a ideia de supremacia do Parlamento, vale dizer, do legislador democrático. A Constituição, a seu turno, é vista antes como carta política, voltada à organização e à limitação do poder estatal, especialmente por meio da “separação dos Poderes” do Estado e das declarações de direitos e liberdades individuais, que conformam uma esfera de liberdade individual inexpugnável pelo poder do estatal. Estabelece-se nítida dicotomia entre o público, âmbito de regência da Constituição, e o privado, âmbito em que as relações da vida civil são detalhadamente regidas por lei, tida como clara, completa e coerente, de modo a proporcionar certeza e segurança jurídica.

Sob tal dicotomia, democracia e constitucionalismo são concepções políticas, se não antitéticas, profundamente distintas, à primeira importando discutir a origem e o exercício do poder pela maioria e, ao segundo, fundamentalmente, a limitação desse poder⁹. Na medida em que a centralidade da lei passa a dar lugar ao reconhecimento da força normativa e da supremacia da constituição, no alvorecer do Estado Constitucional de Direito, essa dicotomia convola-se em tensão entre a democracia e a novel justiça constitucional, que surge com o elevado mister de defesa e aplicação da Constituição, primeiramente nos Estados Unidos, ante os lineamentos básicos da *judicial review*, traçados pelo Chief Justice Marshal em *Marbury vs. Madison* (1803) e, posteriormente, na Europa Continental ocidental, com a consagração do modelo kelseniano de jurisdição concentrada no Tribunal Constitucional, na Constituição Austríaca de 1920, e, principalmente, no segundo pós-guerra, a partir do advento dos Tribunais Constitucionais alemão (1951) e italiano (1956).

Sob o signo da desconfiança que se instaurou sobre o legislador, a partir do horror nazista, o positivismo estritamente legalista é posto em xe-

7 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 13/19.

8 Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. Op. cit., p. 27/30.

9 Cf. VEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 23.

que, reconhecendo-se, mais do que nunca, a necessidade de um controle de legitimidade das leis em face da Constituição, cuja concretização não mais pode restar sujeita à inteira liberdade de conformação do legislador nem à discricionariedade pura da Administração. O legislador deixa de ser visto como onipotente, não mais detendo o monopólio da produção do Direito. Dessa forma, a relação entre os “poderes” instituídos sofre profunda alteração e, como salienta Francisco Balaguer Callejón¹⁰, “um novo equilíbrio, agora baseado na atribuição constitucional de competências, impõe-se, refletindo assim o pluralismo sociopolítico que está na base no novo Direito Constitucional”. Agudiza-se, então, a tensão ora enfocada, com o definitivo triunfo da tese de que o controle de legitimidade constitucional das leis deve incumbir primordialmente a órgão, ou órgãos, jurisdicionais, não eletivos. Afinal, como ressalta Kelsen, a ninguém deve ser dado ser juiz de sua própria causa¹¹.

A esta altura já se faz nítido o choque que se abate sobre o modelo moderno de democracia representativa antes delineado, ante a possibilidade de que órgãos compostos por membros democraticamente eleitos sejam fiscalizados e tenham as suas decisões contrastadas, ou mesmo anuladas, por órgãos não dotados da mesma representatividade eletiva, suscitando reações como a de John Hart Ely, para quem o problema central da justiça constitucional é o de que um corpo que não foi eleito e não pode ser responsabilizado democraticamente diz aos representantes eleitos pelo povo como devem ou não governar¹².

A questão suscitada por Ely se acentua, muito mais do que no âmbito da sintética constituição liberal norte-americana, em relação às ordens constitucionais encabeçadas por constituições programáticas de cunho dirigente, características do Constitucionalismo contemporâneo prevalente após a Segunda Guerra Mundial. Estas, além de versar sobre a organização do poder do Estado, ao lado dos direitos e liberdades individuais, consagram um extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais, demandando não mais uma postura de abstenção estatal, mas uma atuação positiva, imprescindível à concretização do programa constitucional. Assim, impõem aos legisladores e governantes uma série de diretrizes e programas, que vinculam as suas atuações, reduzindo-lhes consideravelmente a esfera de discricionariedade. A justiça constitucional, em contrapartida, tem a

10 *Fuentes del derecho*: I. principios Del ordenamiento constitucional. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. Apud TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

11 *Quién debe ser El defensor de la constitución*. Trad. e notas de Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. reimp. 2002. p. 5.

12 *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. 13. reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001. 1. ed. 1980.

sua competência ampliada para muito além do desempenho do papel de um “legislador negativo”, vislumbrado por Kelsen¹³ em relação à função de controle de constitucionalidade das leis, incumbindo-lhe, não só a defesa e a aplicação da Constituição, como, também, a implementação do programa constitucional, muitas vezes obstada pela inércia de parlamentares e governantes em dar cumprimento aos deveres de ação emanados da Lei Maior. Eis a razão pela qual Oscar Vilhena Vieira bem conclui que

os Tribunais têm passado a ocupar cada vez mais uma posição no sistema governativo da nação, ao serem responsabilizados, subsidiariamente, a concretizar aquelas demandas constitucionais desprezadas pelos parlamentos e governos, no que se conceitua como omissão inconstitucional.¹⁴

Assim, como bem destaca André Ramos Tavares, se a questão da legitimidade da justiça constitucional já perdeu muito de seu caráter controverso, permanece viva e instigante a controvérsia em torno da extensão e dos limites da sua atuação¹⁵. Daí porque se revestem de inquestionável atualidade os questionamentos formulados por Eduardo García de Enterría¹⁶, bem sintetizando a problemática que gira em torno da tensão entre democracia e justiça constitucional: Os graves problemas políticos submetidos à decisão da justiça constitucional podem ser resolvidos segundo critérios e métodos de uma decisão judicial? Um Tribunal Constitucional é um autêntico Tribunal, ou um órgão político que decide politicamente sob o manto de sentenças? Os problemas políticos são suscetíveis de judicialização, de soluções jurídicas com parâmetros preestabelecidos, como é próprio de todo litígio processual? Qual a fonte de poder e de legitimidade democrática da justiça constitucional? Onde estão as fontes de direito, de critérios tão relevantes e transcendentais capazes de impor-se à vontade das Câmaras, que são expressão da vontade popular?

2 PARA ALÉM DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA CALCADA NO PRINCÍPIO DA MAIORIA

O que aqui se pretende demonstrar é que a tensão delineada no tópico precedente não é senão meramente aparente, na medida em que a justiça constitucional é, ou ao menos deve ser, se estruturada e exercida em consonância com o seu *munus* constitucional, um instrumento de defesa da democracia e um espaço de abertura e efetividade democrática, na complexidade da estruturação e do exercício do Poder no Estado Constitucional

13 A esse respeito, ver KELSEN, Hans. Op. cit., p. 37.

14 VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 38.

15 TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 492.

16 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2006. p. 158.

contemporâneo. Para tanto, impera principiar pelo confronto entre o modelo idealizado de democracia representativa no Estado Liberal moderno e a constatação empírica de sua concretização que chega até os nossos dias.

Diante da realidade, o ideal de democracia representativa como governo do povo, pelo povo não se tem revelado mais do que ficção. O povo não governa senão no sentido da escolha dos governantes. Quem governa, de fato, é sempre uma minoria¹⁷.

Voltando o olhar para o futuro da democracia, Bobbio analisa que o ideal da democracia moderna, vale dizer, da democracia representativa, falece sob diversos aspectos¹⁸. Ressalta que tal modelo, baseado na soberania popular, foi idealizado para um modelo de sociedade centrípeta, monística, à imagem e semelhança da soberania do príncipe, ao passo que a realidade revela uma sociedade centrífuga, policêntrica ou poliárquica, porquanto caracterizada pela diversidade de centros de poder. Enfim, uma sociedade pluralista. Nesse contexto, a regra da vedação do mandato imperativo, idealizada para a democracia representativa, capitula inapelavelmente diante da representação de interesses particulares. Indaga, então: “E onde podemos encontrar um representante que não represente interesses particulares? [...] No Parlamento? Mas o que representa a disciplina partidária se não uma aberta violação da proibição de mandatos imperativos?”¹⁹. A proibição do mandato imperativo é regra sem sanção, diversamente da disciplina partidária, temida pelo parlamentar que necessita do partido para reeleger-se, vinculando-o ao mandato recebido do próprio partido. Daí a lúcida constatação de Martin Shapiro²⁰:

O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...], e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.

Para além da representação de interesses particulares, recai com decisiva influência sobre o jogo da representação democrática o que Bobbio, inspirado em Alan Wolfe (*The Limits of Legitimacy. Political Contradictions of Contemporary Capitalism*), denomina como “poder invisível”²¹, força mo-

17 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 30-31.

18 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 17-40.

19 Idem, p. 25.

20 *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*, p. 24. Apud CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 95.

21 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 29.

triz de decisões motivadas por interesses impublicáveis, geralmente desapegados dos mais elevados valores republicanos, quando não francamente escusos. Uma das principais razões de superioridade da democracia reside na convicção de que o governo democrático poderia dar vida à transparência do poder. A exigência de publicidade dos atos de governo é importantíssima não só para assegurar o seu conhecimento e o seu controle pelos cidadãos como por ser a publicidade em si mesma uma forma de controle, permitindo distinguir o que é lícito do que não é. Assim, o caráter público, princípio fundamental do Estado Constitucional, deve ser a regra; o segredo, a exceção, somente justificável se limitado no tempo, como toda medida excepcional. A democracia se deve efetivar, pois, como o “governo do Poder Público em público”, tomando-se “público”, aqui, em duplo sentido, tanto como contraposto a “privado” como a “secreto”²².

A democracia representativa também não derrotou o poder oligárquico. Como frisa Bobbio, a presença de elites no poder não elimina a diferença entre regimes democráticos e regimes autocráticos, apontando para o acerto de Joseph Schumpeter ao sustentar que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular²³.

Todas essas ressalvas não implicam advogar o fim da democracia representativa, tampouco a negação da sua relevância como regime democrático viável, mas, sim, desnudar a sua imperfeição, colimando o seu aperfeiçoamento. Pode contribuir para a efetividade democrática a ampliação e a mais frequente e intensa utilização dos instrumentos de democracia direta, que, no entanto, não substituem a democracia representativa, tampouco são bastantes para assegurar um autêntico governo do povo, pelo povo. A par disso, muito pode e deve contribuir para o aperfeiçoamento do funcionamento da democracia contemporânea a justiça constitucional. Ao preservar os valores e os princípios constitucionais, bem como os inarredáveis direitos das minorias, diante de eventuais desvios e abusos de maiorias circunstanciais, a justiça constitucional se coloca não como ameaça à democracia, mas, ao revés, como sua guardiã. Dessarte, bem conclui Ruy Samuel Spíndola que:

Não é só democrático integrar a vontade da maioria ou submeter-se aos seus efeitos; não é só democrático que governantes decidam de acordo com regras procedimentais de formação da vontade política; é também democrático e democratizante servir-se a cidadania de instrumentos jurídicos hábeis a impugnar atos praticados em ofensa aos princípios e regras constitucionais

22 Idem, p. 30/84/86.

23 Idem, p. 26-27.

orientadores da ação de autoridades e poderes instituídos pela ordem jurídica: legisladores, juízes, administradores e particulares produtores de atos negociais.²⁴

3 DEMOCRACIA SOCIAL E SUBSTANCIAL PARA ALÉM DA DEMOCRACIA POLÍTICA E FORMAL

É ainda Bobbio quem indaga: “É possível a sobrevivência de um Estado Democrático numa sociedade não democrática?”. Ou, em outros termos: “A democracia política foi e é necessária para que um povo não seja governado despoticamente. Mas é também suficiente?”²⁵ Tais questionamentos se justificam plenamente a partir da constatação de que a democracia moderna nasceu como método de legitimação e controle das decisões políticas em sentido estrito, vale dizer, do governo, sendo o indivíduo considerado em seu papel geral de cidadão, mas não na multiplicidade de papéis específicos que desempenha na sociedade, na escola, na Igreja, na fábrica, etc.

Daí porque o processo de alargamento da democracia na sociedade não deve ocorrer apenas por meio da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas, principalmente, mediante a extensão da democratização a corpos diferentes daqueles propriamente políticos. Consequentemente, as formas de desenvolvimento da democracia não devem ser tidas como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas como a ocupação, por parte de formas até tradicionais de democracia, de novos espaços, até então dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático. Nas democracias mais avançadas, já é perceptível que a esfera política está incluída em esfera muito mais ampla, correspondente à sociedade em seu conjunto, não existindo decisão política que não esteja condicionada, ou mesmo determinada pelo que acontece na sociedade civil. Assim, um indicador de desenvolvimento democrático há que considerar não apenas o número de pessoas que têm o direito de votar, mas, acima disso, o número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente políticas em que se exerce o direito de voto. Ou seja, para além de perguntar “Quem vota?”, há que se indagar “Onde se vota?”²⁶.

Bobbio acrescenta que, para além da democracia como forma de governo, a linguagem política moderna conhece o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um

24 A constituição como garantia da democracia. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 4, p. 495, jul./dez. 2004.

25 *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 156.

26 *Idem*, p. 155-157.

determinado grupo político tende e opera. O princípio desses fins ou valores, adotado para distinguir, não apenas formalmente, mas substancialmente, um regime democrático de um regime não democrático é a igualdade, não meramente jurídica, mas social e econômica, ao menos em certa medida. Distingue-se, assim, a democracia formal, referente à forma de governo, da democracia substancial, concernente ao conteúdo dessa forma²⁷.

Tanto no que respeita à democracia social como no tocante à democracia substancial exsurge clara, mais uma vez, a relevância da justiça constitucional, quer pela tutela da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais imprescindíveis à democratização das relações sociais, quer pelo seu elevado mister de implementação do programa constitucional, voltado, especificamente no caso brasileiro, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, liberta da pobreza e da marginalização e com razoável equilíbrio regional, de modo a garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (CF, art. 3º).

4 O ESTADO DE DIREITO PARA ALÉM DO LEGALISMO ESTRITO

Como ressalta Bobbio, falar-se, hoje, em governo das leis é pensar, primeiramente, nas leis fundamentais, capazes de estabelecer não tanto aquilo que os governados devem fazer, mas, acima disso, como as leis devem ser elaboradas, sendo normas que vinculam, não apenas os cidadãos, mas, também, os governantes. Tem-se, então, o governo das leis em um nível superior, em que os próprios legisladores estão submetidos a normas vinculatórias²⁸.

O governo das leis, nesse passo, já se caracteriza claramente, também, e acima de tudo, como o governo da Constituição. O governo das leis, assim entendido, conforma o Estado Constitucional de Direito.

Para além de um enfoque estritamente positivista, Dworkin identifica duas distintas concepções de Estado de Direito, designando a primeira como “centrada no texto legal”, e a segunda como “centrada nos direitos”²⁹. Segundo a primeira concepção, o Poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas, em um conjunto de normas públicas que se vinculam tanto ao governo como aos cidadãos comuns. As regras, sejam

27 Idem, p. 157.

28 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 13.

29 *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 6-32.

quais forem, devem ser seguidas até que sejam modificadas. O conteúdo das normas, embora importante, é questão de justiça substantiva, ideal diverso e alheio ao ideal de Estado de Direito.

A segunda concepção pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de Tribunais e outras instituições jurídicas conhecidas, na medida em que isso seja praticável. Não distingue entre Estado de Direito e justiça substantiva, exigindo, ao revés, como parte ideal do direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.

Acrescenta Dworkin que a aquiescência às leis não é suficiente para a justiça. Porém, uma sociedade que consiga um bom índice em relação ao âmbito e à exatidão dos direitos reconhecidos, bem como no tocante à equidade na imposição desses direitos, será, quase que certamente, uma sociedade justa, embora possa ser mal administrada ou carecer de outras qualidades de uma sociedade desejável.

Para a concepção centrada nos direitos, o texto jurídico também é relevante, já que, em uma democracia, as pessoas têm um direito moral *prima facie* a que os Tribunais imponham os direitos que o Legislativo aprovou. Contudo, o Texto Legal não é a fonte exclusiva de direitos. Se o texto nada diz, ou se as palavras comportam interpretações conflitantes, é correto indagar qual das decisões possíveis, no caso, melhor se ajusta aos direitos morais de fundo das partes. Uma decisão que leva em conta os direitos morais de fundo será superior, sob esse ponto de vista, a uma decisão que, em vez disso, especule sobre o que o legislador teria feito se alguma coisa houvesse feito. Um juiz tentará, diante de um caso controverso, estruturar algum princípio que capte os direitos morais das partes pertinentes às questões levantadas. Não poderá, no entanto, valer-se de um princípio incompatível com o repertório legal de sua jurisdição. Poderá, por outro lado, decidir com base em fundamentos políticos, quando diante de princípios morais contraditórios, sejam ambos compatíveis com a legislação. O juiz, nessa hipótese, decide de acordo com o princípio que entende ser correto, ou mais próximo de ser correto, no confronto com os outros princípios aplicáveis e, nesse sentido, decide politicamente³⁰. Resta nítido, aqui, portanto, o papel decisivo desempenhado pelas pré-compreensões³¹ do julgador.

30 Idem, p. 6-16.

31 Sobre as pré-compreensões, ou preconceitos, ver GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Mauro Meurer. Rev. da trad. Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 354-385.

Muito mais se acentua o conteúdo político das decisões em sede da justiça constitucional, não só no tocante à tradicional função de controle da legitimidade constitucional das leis, mas, também, e principalmente, no seio das novas técnicas de decisão superadoras da dicotomia constitucionalidade/invalidade que cada vez mais ganham corpo no processo constitucional, como a interpretação conforme a constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a modulação dos efeitos da decretação da inconstitucionalidade, ou ainda as chamadas sentenças “manipulativas”, sejam restritivas, aditivas, corretivas ou mesmo substitutivas³². E ainda mais se agudiza o caráter político das decisões no controle da omissão inconstitucional, em que exsurge evidente uma função normativa em sentido positivo da justiça constitucional.

Daí porque frequente e fortemente se opõe à atuação da justiça constitucional o argumento democrático de que as decisões políticas devem ser tomadas por órgãos eleitos pelo povo, passíveis de periódica substituição.

Importa, então, retomar o pensamento de Dworkin para lembrar que o Legislativo eleito pelo povo faz mais do que aprovar dispositivos particulares constitutivos de repertórios legais. Escolhe as políticas gerais a seguir e os princípios a respeitar. O legislativo endossa princípios ao aprovar a legislação que esses princípios justificam. “O espírito da democracia é aplicado quando se respeitam esses princípios”³³. Logo, ao juiz não é dado afastar-se, muito menos contrariar, os princípios informadores da legislação aplicada. Somente diante de um conflito de princípios informadores da legislação é que o juiz poderá posicionar-se por um, ou outro, conforme sua própria moralidade política, o que não implica afronta ao mister do legislador.

Ademais, como salienta Enterría, o Tribunal Constitucional decide conflitos políticos, mas o faz segundo critérios e métodos jurídicos. Acrescenta ser evidente que nem os Parlamentos nem os partidos políticos nem o povo aceitariam jamais um Tribunal que decidisse graves questões constitucionais com base em critérios simplesmente pessoais, de simpatia ou opção política dos juízes³⁴.

32 Sobre o gênero das chamadas decisões interpretativas e suas diversas espécies, ver: CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. V. II L'ordinamento Costituzionale Italiano. 5. ed. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1984; DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interpretatives" en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997. No Brasil, a obra de Gilmar Ferreira Mendes: *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; _____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

33 DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 24-25.

34 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Op. cit., p. 178/184.

5 FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

As considerações até o momento expendidas destinam-se a demonstrar que, ao enfrentar-se o questionamento da legitimidade democrática da justiça constitucional, já não se deve ter por base o tipo ideal de democracia representativa do Estado moderno, que, de fato, nunca se concretizou, devendo-se levar em conta, ao revés, a complexidade do verdadeiro jogo democrático com que se depara a guarda jurisdicional da ordem constitucional e que a torna, mais do que legítima, altamente relevante no Estado Democrático de Direito. Há que se fazer eco às palavras de Peter Häberle³⁵, no sentido de que “existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e ‘eruptivo’ a respeito da concepção tradicional de democracia”.

Estabelecidas tais premissas, cabe agora pontuar, objetivamente, alguns dos mais importantes fundamentos de legitimação democrática da justiça constitucional no Estado Constitucional contemporâneo.

5.1 A CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Conforme anteriormente salientado, no Estado Constitucional, de Direito prevalece a constituição sobre a representação popular, de modo que, como salienta André Tavares, a vontade da maioria atual cede em face da norma constitucional que disponha em sentido contrário, uma vez que a maioria momentânea deve curvar-se à vontade da maioria constituinte, preservando-se, dessarte, a soberania popular consubstanciada na Constituição³⁶.

Daí porque a justiça constitucional encontra fundamento de legitimidade tanto formal como material na própria constituição. Como mais uma vez destaca André Tavares, é na Constituição que se dividem os poderes do Estado por força de um poder superior, o poder constituinte. Assim, todos os “poderes” do Estado são democráticos na medida em que procedem do mesmo ato de soberania popular. Eis o fundamento constitucional da legitimidade formal da justiça constitucional³⁷.

Os chamados Poderes Executivo e Legislativo são constituídos, portanto não autônomos nem incondicionados, muito menos ilimitados, sujeitando-se ao balizamento dos valores, princípios e regras constitucionais,

35 *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. reimp. 2002. p. 39.

36 TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 498.

37 Idem, p. 499.

o que demanda salutar fiscalização. Incumbe, pois, à justiça constitucional velar pelos princípios, objetivos e direitos fundamentais insculpidos na Constituição, *munus* esse em que reside a sua legitimidade material. É seu mister, como bem resume Oscar Vilhena Vieira, fiscalizar a submissão das decisões governamentais e parlamentares, frutos de vontades simplesmente majoritárias, às decisões de caráter efetivamente constitucional, no que cumpre função essencial à concretização do ideal de Estado Democrático de Direito³⁸.

Nesse sentido, bem conclui Alexandre de Moraes³⁹:

[...] o fundamento básico da legitimidade material da justiça constitucional está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo, pois nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira democracia inexistente [...].

Igualmente inolvidável o alerta de Enterría de que uma Constituição sem um Tribunal Constitucional, ou aqui mais amplamente falando, sem uma justiça constitucional, que imponha a sua interpretação e a sua efetividade nos casos questionados, é uma Constituição ferida de morte, que liga a sua sorte à do partido detentor do poder, que, nesses casos, impõe, por simples prevalência fática, a interpretação que, nesse momento, lhe convém. A Constituição, então, passa a ser instrumentalizada politicamente por uns grupos, ou partidos, frente a outros⁴⁰.

5.2 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÃ DO GOVERNO DAS LEIS

Resulta clara, assim, a legitimidade da justiça constitucional como autêntica guardiã do “governo das leis”, entendida, como já frisado, para além da estrita legalidade, a partir das normas constitucionais.

Bobbio bem destaca que, para uma definição mínima de democracia, não é bastante a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas e a existência de regras de procedimento como a da maioria, fazendo-se imprescindível que àqueles chamados a decidir, ou a eleger os que deverão deci-

38 *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, p. 24/27.

39 Legitimidade da justiça constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 8, nov. 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 12 out. 2011.

40 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Op. cit., p. 186.

dir, sejam asseguradas alternativas reais e garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão, de reunião, de associação e outros enquadráveis entre as chamadas liberdades públicas. Constituinto pressuposto necessário para o correto funcionamento dos mecanismos predominantemente procedimentais próprios de um regime democrático, caracterizam-se, segundo Bobbio, como “regras preliminares”, “que permitem o desenrolar do jogo”⁴¹.

Para além da imprescindível guarda dessas “regras preliminares”, incumbe à justiça constitucional a guarda das próprias regras do jogo, cerne do Estado Democrático de Direito, que não podem restar disponíveis à manipulação por maiorias conjunturais. Dessarte, a justiça constitucional não só se legitima democraticamente como constitui instituição importantíssima à preservação do regime democrático.

Acrescente-se a responsabilidade da justiça constitucional para dirimir conflitos entre órgãos constitucionais, impedindo invasões de uns sobre as competências dos outros, de modo a assegurar a manutenção do equilíbrio que a Constituição erigiu como uma de suas principais construções. O fato de as Assembleias se beneficiarem do princípio representativo popular não as autoriza a romper os limites que a Constituição fixou para os seus Poderes, como base do próprio sistema político⁴². Igualmente inadmissível a deliberada inércia do Poder Público em cumprir o que a Constituição determina, obstando a realização do cogente programa constitucional, sobretudo no tocante à efetivação dos direitos fundamentais, o que, sem dúvida, legitima a sempre controvertida atuação da justiça constitucional no controle da omissão inconstitucional. Nada pode ser mais atentatório ao Estado de Direito, como “governo das leis”, do que a recusa ao cumprimento das normas fundamentais pelos próprios órgãos do Estado.

5.3 LEGITIMAÇÃO PELA COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Verifica-se, também, uma legitimação democrático-representativa indireta dos Tribunais Constitucionais em razão da designação política dos seus integrantes, a partir do modelo precursor da Suprema Corte norte-americana. Assim, se não diretamente eleitos, os membros do Tribunal Constitucional, via de regra, são escolhidos por representantes diretamente eleitos pelo povo, adquirindo, também por essa origem, uma legitimidade democrática.

41 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 20.

42 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Op. cit., p. 191.

É o caso, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal, cujos ministros são indicados pelo Presidente da República, sob aprovação da maioria absoluta do Senado Federal. Assim, têm a sua escolha democraticamente legitimada pelo Chefe de Estado e de Governo e por parlamentares diretamente eleitos.

Mauro Cappelletti ressalta a relativa rapidez com que se dá a renovação dos membros dos Tribunais Constitucionais, o que permite aos demais “Poderes” certo controle da filosofia política da Corte, de tal modo que esta não costuma permanecer por muito tempo apartada da filosofia prevalecente nas maiorias políticas no poder no País⁴³. A esse respeito, um sistema de nomeação por mandato fixo, como o adotado no Tribunal Constitucional Federal alemão, se mostra preferível ao sistema de nomeação vitalícia, limitado apenas pela aposentadoria compulsória, adotado no Brasil. Mesmo assim, tanto no Supremo Tribunal Federal brasileiro como na Suprema Corte americana, em que a nomeação dos *Justices* também é vitalícia, tem-se verificado uma frequente renovação da composição da Corte, o que viabiliza a necessária atualização da sua jurisprudência, evitando um excessivo conservadorismo na interpretação da Constituição, que viesse a distanciar-se perigosa e demasiadamente da dinâmica e da permanente evolução das relações sociais.

Essa renovação também se afigura essencial para assegurar o caráter plural da Corte Constitucional, uma vez que, como bem adverte André Tavares, os juízes não são apolíticos, trazendo inevitavelmente para a interpretação da Constituição as suas pré-compreensões⁴⁴.

Ademais, assiste razão a Luis Roberto Barroso quando afirma que, em uma democracia, é perfeitamente possível e desejável que uma parcela do Poder Público seja exercida por cidadãos escolhidos segundo critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados de disputas e paixões políticas, acrescentando que “a falta de emanção popular do poder exercido pelos Magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eletivas, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado”⁴⁵.

Sobreleva, aqui, a capital importância da independência da justiça constitucional, muito bem apanhada por Maria Luisa Balaguer Callejon, ao destacar que, em uma democracia complexa, tendente a assegurar não apenas o governo das maiorias, mas também o respeito aos direitos das minorias, assim como os direitos e liberdades em geral, fazem-se imprescindíveis

43 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 96-97.

44 TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 511.

45 *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169.

díveis mecanismos de controle não necessariamente exercitados por órgãos representativos, mas que, acima de tudo, sejam capacitados por sua independência⁴⁶.

5.4 LEGITIMAÇÃO PELA ABERTURA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Peter Häberle, na sustentação da sua “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, enfatiza que:

A democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*) [...].

A tal premissa acrescenta a de que “povo” não é mero referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição para conferir legitimidade ao processo de decisão, sendo, para além disso, um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional⁴⁷.

A partir disso, enfatiza que o Tribunal Constitucional já não interpreta, no processo constitucional, isoladamente, sendo muitos os participantes do processo, na medida em que se ampliam as formas de participação. Propugna, então, pela ampliação e pelo aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, especialmente no tocante à possibilidade e às formas de participação no processo constitucional, de modo que este se torne parte do direito de participação democrática. Pela mesma razão, há de ser flexível a aplicação do direito processual constitucional, em vista da questão jurídico-material e das partes materialmente afetadas, evidenciando-se a íntima relação entre a Constituição material e o direito constitucional processual⁴⁸.

São da máxima relevância, para a legitimação democrática da justiça constitucional, portanto, a abertura e a flexibilização do processo constitucional, a fim de que os juízes constitucionais possam aprofundar o quanto possível as informações sobre a matéria versada, ampliar e aprofundar o diálogo institucional com os demais “Poderes” e ouvir entidades representativas dos atores sociais envolvidos, que serão, ao cabo, os próprios desti-

46 Apud TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 508.

47 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 36-37.

48 Idem, p. 41/46-48.

natários da decisão a ser emitida. Com isso, a justiça constitucional passa a constituir, inclusive, em alguma medida, um instrumento de democracia direta.

Nesse sentido, bem tem andado o Supremo Tribunal Federal brasileiro, na medida em que vem ampliando consideravelmente o uso de instrumentos de informação e abertura do processo constitucional, como a manifestação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, por vezes mesmo em sede de processos, nos quais, em princípio, não estão legalmente previstos.

Outro importante fator de legitimação democrática é a máxima ampliação do acesso à justiça constitucional, viabilizando aos cidadãos sobretudo a defesa dos seus direitos fundamentais, não só em sede de controle incidental de constitucionalidade como por meio de ações especiais, como o mandado de injunção e a ação popular.

Nessas condições, como destaca Enterría, a justiça constitucional se revela como um “formidável instrumento de integração política e social da sociedade a que serve”⁴⁹.

Häberle vai além, destacando que, de forma antecedente à interpretação dos juízes, muitos, especialmente as forças pluralistas públicas, são os intérpretes da Constituição, com o que se relativiza o conceito de “participante do processo constitucional”, na medida em que se amplia o círculo daqueles que efetivamente tomam parte na interpretação constitucional. Essa esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora, que é levada em conta pela Corte Constitucional na interpretação da Constituição. Amplia-se, assim, o raio de interpretação normativa graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Incumbe à justiça constitucional o controle da participação legal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, sejam levados em conta os interesses também daqueles que não participam do processo. A intensidade do controle de constitucionalidade deve ser, pois, inversamente proporcional às possibilidades de participação⁵⁰.

5.5 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MINORIAS

Embora já referida de forma esparsa na presente exposição, merece especial destaque, dada a sua relevância, a proteção das minorias que, mais do que fundamento da própria razão de existir a justiça constitucional, constitui expressão da sua inarredável legitimidade democrática.

49 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Op. cit., p. 192.

50 HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 41-46.

Kelsen já destacava que, garantindo a elaboração constitucional das leis e, particularmente, a sua constitucionalidade material, a justiça constitucional é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria, cuja dominação só é suportável se exercida de modo regular. Acrescenta que toda minoria que tenha interesses de qualquer forma protegidos pela Constituição tem interesse na constitucionalidade das leis. E conclui:

A simples ameaça do pedido ao Tribunal Constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social do que a da minoria.⁵¹

É patente, como anteriormente salientado, a insuficiência do princípio majoritário para a satisfação da exigência democrática no Estado Constitucional de Direito, que somente resta atendida mediante a proteção dos direitos fundamentais e o respeito aos valores e aos princípios constitucionalmente consagrados, para o que se faz imprescindível o controle dos atos e das omissões públicas pela justiça constitucional, coibindo eventuais excessos das maiorias em detrimento da minoria. Assim, como salienta Enterría, se a Constituição consagra liberdades e direitos fundamentais, uma maioria parlamentar ocasional que os desconheça ou os infrinja, longe de estar legitimada pelo argumento majoritário, estará revelando abuso de poder, demandando a ação protetora da justiça constitucional contra atos atentatórios à liberdade de todos, ou de alguns⁵².

Cumprido endossar, pois, as palavras de Rezek:

A aversão dogmática pelo “governo dos juízes” prende-se à tese de que é inadmissível que um poder verdadeiro recaia sobre cidadãos não eleitos pelo povo, nem obrigados, no essencial de seu trabalho, a prestar contas ao povo. Passou despercebida a seus expoentes a circunstância de que o povo não é massa homogênea, mas somatório infinito de consciências, muitas das quais nem contribuiriam para consagrar os detentores do poder político em certo momento histórico, nem nutrem a esperança de que estes lhes prestem contas, indaguem seus anseios ou atendam a seus reclamos. Se mais argumento não houvesse, a simples lembrança das minorias seria bastante para inspirar em toda consciência democrática o desprezo pela ideia simplória e monolítica de um “interesse geral” traduzido, sem contestação possível, na voz dos vitoriosos do dia.⁵³

51 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 181-182.

52 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Op. cit., p. 190.

53 Prefácio à BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*, p. 6. Apud TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 510.

Imprescindível, ainda, a tutela das minorias parlamentares, a bem do pluralismo político indispensável ao jogo democrático, assistindo razão a Kelsen quando afirma que, se vista a essência da democracia, não na onipotência da maioria, mas no compromisso entre grupos parlamentares majoritários e minoritários, e conseqüentemente, na paz social, resultará nítido o papel da justiça constitucional como meio adequado à realização desse ideal⁵⁴.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, sem repisar os argumentos expedidos e as conclusões parciais já apresentadas no curso da exposição, importa afirmar que a tensão entre democracia e justiça constitucional, objeto de recorrente controvérsia, é meramente aparente, porquanto, na essência, a razão de ser da jurisdição encarregada da guarda da Constituição é servir ao Estado de Direito e, por conseguinte, à democracia.

É impensável a preservação da democracia no complexo jogo estabelecido entre os diversos centros de poder estatais e não estatais, que caracteriza o Estado Constitucional contemporâneo, sem as imprescindíveis funções fiscalizadora e mediadora da justiça constitucional. Trata-se da guarda das regras de um jogo cada vez mais complexo e desafiador, o que, naturalmente, leva a uma ampliação e a uma diversificação cada vez maior também das funções ínsitas à justiça constitucional, muitas vezes não bem compreendidas, por excessivo apego a vetustos conceitos que no Estado contemporâneo perderam sentido.

Haverá, sim, tensão entre governantes e parlamentares eleitos e a justiça constitucional quando aqueles ferirem os valores, os princípios e as regras constitucionais pelos quais necessariamente devem pautar o seu agir, ou mesmo quando algum órgão desta desviar-se do seu mister, ou exceder-lhe os limites, de forma igualmente afrontosa ao ordenamento constitucional que deveria tutelar.

Portanto, em qualquer hipótese, o fato gerador da tensão reside no desrespeito, de uma ou outra parte, à Constituição, às regras do jogo democrático, ao Estado de Direito; nunca na democracia ou na justiça constitucional exercida nos lindes do seu elevado *munus*.

Impõe-se ter clara tal distinção, a fim de que a democracia, cuja preservação constitui fim primordial da justiça constitucional, não seja equivocadamente invocada como óbice à imprescindível atuação desta. É preciso

54 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, p. 182.

ter presente que a justiça constitucional não é ameaça à democracia, mas, sim, instrumento de efetivação do regime democrático, tanto quanto é necessário entender que este não se resume à representação eletiva, tampouco à regra da maioria.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.
- _____. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento Costituzionale Italiano*. 5. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, v. II, 1984.
- DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 13. reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001. 1. ed. 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el Tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Mauro Meurer. Rev. trad. Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. reimp. 2002.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Quién debe ser el defensor de la constitución*. Trad. e notas de Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. reimp. 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat. *De l'esprit des lois*. Paris: Garnier-Flammarion, 1979.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2011.

SPÍNDOLA, Ruy Samuel. A constituição como garantia da democracia. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 4, p. 485-499, jul/dez. 2004.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.