ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A CONTRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA: PAPEL E LIMITES DA JUSTIÇA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA MAIORIA E DO PRINCÍPIO DO CONSTITUCIONALISMO

THE CONTRIBUTION OF THE JUDICIARY IN THE IMPLEMENTATION OF DEMOCRACY: THE ROLE AND LIMITS OF JUSTICE FROM THE PERSPECTIVE OF THE MAJORITY PRINCIPLE AND THE PRINCIPLE OF CONSTITUTIONALISM

Vandré Sesti Macedo*

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo demonstrar como o Judiciário contribui para a concretização de uma democracia. Para essa busca, parte-se da premissa de que (in)existe um paradoxo entre a ideia de democracia e a noção de constituição, ao considerar o elemento básico de suas propriedades: o princípio da maioria para a democracia e do constitucionalismo para os governos modernos e (pós)modernos que se constituam sobre ele. Dessa premissa desenvolvem-se dois tópicos, cujo trilhar permite atribuir uma posição ao Judiciário e apontar qual o papel exercido pelo processo dentro de regimes democráticos: primeiramente, constrói-se o significado de democracia, tomando-se os conceitos antigo e moderno dessa figura; em segundo lugar, demonstra-se, através de um breve esboço histórico do surgimento do Judiciário nos moldes modernos e (pós)modernos, a sua relação de complementaridade com a democracia e, assim, sua importância para concretizá-la e o papel exercido pelo processo para esse mesmo fim.
Palavras-chave: Constituição. Democracia. Judiciário.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate how the Judiciary contributes to the achievement of a democracy. For this search, we start from the premise that there is('nt) a paradox between the idea of democracy and the notion of constitution, by considering the basic element of its properties: the majority principle to democracy and the constitutionalism to modern and postmodern governments that are constituted about it. From this premise two topics are developed which allow to assign a position to the Judiciary and point which role is played by the process within the democratic regimes: firstly, the meaning of democracy is built up, considering the ancient and modern concepts of this regime; secondly, it is demonstrated through a brief historical sketch of the emergence of the Judiciary in a modern and (post) modern phase, its complementary relationship with democracy and thus its importance to make it happen and the role played by the process for this same purpose.
Keywords: Constitution. Democracy. Judiciary.

* Mestrando em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogado. São Leopoldo – Rio Grande do Sul – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O vínculo existente entre uma constituição e um regime democrático apresenta uma série de particularidades estruturais e fáticas que permitem, em sua síntese, a operacionalização de uma democracia. A partir dessas particularidades toma corpo uma discussão a respeito de um aparente paradoxo entre os princípios da maioria e do constitucionalismo, no seguinte sentido: se a Constituição surge historicamente para limitar o poder de poucos (do rei), fazendo valer as premissas queridas pela maioria do povo, como é possível limitar esse poder em virtude de pretensões de minorias eventuais, através de órgãos de justiça?

É assim que as democracias modernas e (pós)modernas, ligadas pela noção de *maioria* à democracia helênica, mas distanciando-se dela em razão de seus conteúdos constitucionais, aparentemente recaem em um paradoxo de legitimação. Na medida em que se considera como fator de legitimação para as tomadas de decisão, sejam políticas ou judiciais, e para a elaboração de leis, apenas as vontades da maior parcela de determinado povo, tem-se invariavelmente um confronto desses anseios com uma série de regras constitucionais e de decisões jurisdicionais que possuem claras feições contra-majoritárias ou que satisfazem os direitos de apenas uma minoria eventual.

Em uma afirmação preliminar, embora sem creditar certeza à existência desse paradoxo, poder-se-ia dizer que essa contradição é estabelecida pelo papel atribuído constitucionalmente ao Judiciário e mais especificamente à justiça de caráter constitucional, em razão de suas competências e de seu controle de constitucionalidade, apesar de poder se manifestar, conforme o sistema de justiça estudado, em todos os âmbitos jurisdicionais. De fato, a existência desse paradoxo acaba colocando em xeque, em maior ou menor grau, todo o Judiciário, já que a legitimidade dos juízes para decidirem causas relacionadas à implantação de direitos fundamentais que não são satisfeitos pelos outros dois poderes estatais e pelo seu próprio corpo também é questionada.

De qualquer modo, a ênfase de o paradoxo residir nos órgãos da justiça se dá, resumidamente, pelo fato de o movimento de constitucionalização historicamente ocorrer paralelamente a uma modificação na teoria das

fontes normativas, elevando-se a Constituição à norma fundamental, com supremacia sobre as demais normas, juntamente com a criação de tribunais constitucionais com a competência exclusiva de controlar os atos dos três poderes estatais, de acordo com aquele documento fundamental. O ente jurisdicional assume, portanto, um papel central dentro do Estado (democrático de direito), sobressaindo em alguns aspectos em relação ao poderio que era exercido anteriormente pelo Executivo em Estados absolutistas ou pelo Legislativo, no advento do Estado de direito.

É dentro deste contexto que surge a necessidade de compreender o papel da jurisdição – constitucional e infraconstitucional – dentro das democracias (pós)modernas e de debater sobre quais critérios ela se legitima, enfrentando indiretamente o problema representado por esse paradoxo de legitimação. Além disso, parece apropriado discutir também sobre o instrumental por ela utilizado para concretizar as propostas feitas pelo regime democrático constitucional, demonstrando, além da (in)existência desse paradoxo, qual a situação do processo e de outras garantias constitucionais relacionadas a ele dentro de uma democracia.

O presente estudo parte, assim, do seguinte problema: pergunta-se pelo papel do Judiciário em uma democracia e de qual instrumental se utiliza para garantir os diversos direitos fundamentais positivados pelo respectivo ordenamento constitucional. Mas necessita de uma pré-compreensão a respeito da democracia e sobre quais bases ela se legitima, sob pena de não enfrentar a dicotomia entre *maioria* e *minorias* de forma adequada.

Portanto, é fundamental um estudo preliminar a respeito do termo democracia, que aborde, mesmo que resumidamente e de modo simplificado, dois períodos indispensáveis para a sua compreensão: seu momento primevo e sua implantação na modernidade, com a intenção de se distinguirem os planos estruturais, práticos e teóricos, que perfazem a sua designação. Entender a expressão democracia, ou ao menos o sentido em que é empregada em determinados discursos, é imprescindível para perceber a origem e a evolução do sistema de justiça, e que ambas – democracia e justiça – se condicionaram reciprocamente na modernidade, na medida em que aconteciam modificações paradigmáticas no pensamento filosófico-político do seu decorrer até a atualidade.

Destarte, antes de tratar do papel do Poder Judiciário na concretização de uma democracia, discorrer-se-á um pouco a respeito dos elementos que caracterizam esta forma de governo e, partindo deles, das acepções em que normalmente ela é empregada. Após uma breve delimitação de seus sentidos, poder-se-á traçar um esboço que trate da correlação entre o processo de constitucionalismo (e do surgimento da concepção de constituição rígida e de justiça constitucional) e uma democracia, para, então, ser possível elencar as principais causas que atribuíram importância à jurisdição da (pós)modernidade, e, destacar, em vias de conclusão, o seu papel para concretizar as promessas criadas por essa democracia contemporânea. Passa-se, portanto, a uma aproximação significativa a respeito da democracia.

2 CONSTRUINDO O SIGNIFICADO DE DEMOCRACIA A PARTIR DA HISTORICIDADE: RELAÇÕES ENTRE A DEMOCRACIA HELÊNICA E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

De início, portanto, convém lembrar que o termo democracia possivelmente seja aquele que mais possui acepções em estudos de filosofia e política. Isso se dá em razão de as construções teóricas que o tratam remontarem à antiguidade, notadamente ao pensamento clássico de filosofia política grega, retirados principalmente dos diálogos de Platão[1] e das análises de Aristóteles[2], consubstanciando assim quase dois mil e quatrocentos anos de pensamento. É dos gregos que saiu grande parte dos fundamentos dessa figura, que acabaram sendo repetidos, com certa frequência, em grande parte dos estudos de filosofia-política da posterioridade.

Dá-se também pela existência de uma série de teorizações a respeito dos modos de exercício democrático, especialmente daquelas elaboradas à época do processo de constitucionalismo, iniciado na Europa com as guerras de religião francesas e cujo auge se deu paralelamente na América do Norte, através da Revolução americana, e no continente europeu, através da Revolução francesa[3], para citar dois momentos-chave para o ressurgi-

1 Cf., por exemplo, as passagens contidas em PLATÃO (2005, p. 253 - 255).
2 Cf., por exemplo, as passagens contidas em ARISTÓTELES (2001, p. 122 - 124).
3 Cf., a respeito, MATTEUCCI (1998), especialmente pp. 43-72, quanto às guerras de religião francesas, p. 161-215, quanto à Revolução americana e, por fim, p. 217-250, quanto à época revolucionária francesa.

mento da democracia após o medievo.

Como se sabe, foi em decorrência do processo de constitucionalismo americano e europeu que ocorreu a progressiva adoção da democracia em sua forma representativa, em detrimento do modo de representação direto dos antigos gregos, o que inaugurou um novo paradigma no pensamento político da modernidade, no sentido de ser imprescindível um regime democrático, em detrimento de outras formas de governo até então experimentadas. Deixou-se, do período da modernidade em diante, de buscar formas alternativas à democracia, para, em contraponto, discutir como ela poderia ser efetivamente instrumentalizada.

Inaugurou-se, por conseguinte, depois de estabelecidos alguns procedimentos básicos (eletivos em sua maioria), um caminho reflexivo de questionamento dos valores subjacentes à democracia, isto é, de se perguntar sobre as condições ideológicas compreendidas como fundamentais para que se verificasse a existência concreta de um regime democrático.

Em outras palavras, passou-se a refletir a composição de termos como igualdade e liberdade dentro da sociedade democrática, levando-se normalmente em consideração a discussão socioeconômica que lhes envolve[4]. Aliás, é justamente nesse último sentido que se voltam, na atualidade, as discussões mais profícuas a respeito da democracia.

Partindo para a busca do que seja democracia, parece conveniente atentar preliminarmente para uma formulação do pensamento helênico: ele concebeu um elemento *essencial* característico desse termo, através de sua derivação etimológica: democracia como "uma das várias formas de governo,

4 Frisou-se o aspecto socioeconômico das análises atuais a respeito da democracia porque a discussão invariavelmente se volta para esse âmbito. Percebe-se isso claramente quando diversos autores procedem à divisão de democracia utilizando-se de expressões como *formal*, *procedimental*, *jurídico-institucional*, em contraponto às expressões *substancial, material* e *ético*. Um cuidado que se deve ter – o qual se procurará tomar aqui – é destacar o sentido com o qual se usa a liberdade e a igualdade, na medida em que a concepção utilizada a respeito de uma ou outra acaba tornando-as compatíveis ou incompatíveis entre si. Quem discorre com precisão sobre esse assunto é Bobbio, ao dizer que "em seus significados mais amplos, quando se estendem à esfera econômica o direito à liberdade e o direito à igualdade, como ocorre nas doutrinas opostas do liberismo e do igualitarismo, liberdade e igualdade são valores antitéticos, no sentido de que não se pode realizar plenamente um sem limitar fortemente o outro [...]. Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares". Mais à frente, ainda, diz que "a única forma de igualdade que é compatível com a liberdade tal como entendida pela doutrina liberal [...] é a igualdade na liberdade." Cf. BOBBIO (2005, p. 38-39).

em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte" (BOBBIO, 2005, p. 7), ou, no mesmo sentido, como "governo dos muitos, dos mais, da maioria" (BOBBIO, 2005, p. 32). Isto é, a concepção clássica de democracia, antes de se ocupar com determinados procedimentos que a caracterizaria (tais como sistema de deliberação ou de votação, de captação de votos, etc.), atribuiu como um elemento de sua propriedade o governo por uma dada *maioria*.

Ao lado de um governo democrático, obviamente, correspondia um determinado padrão social aceito pela época, integrando-se à ideia de justiça, de ética e de moralidade, enfim, correspondendo-se à ideia de realização democrática. Dito de outro modo, o (in)aceitável e o (in)desejável perante a sociedade acabou mesclando-se com aquilo considerado (in)aceitável ou o (in)desejável para o próprio regime democrático. Contudo, antes de se visualizar um padrão comportamental ou determinados procedimentos ligados à democracia, pensava-se na posição de dominação de dada parcela da sociedade em relação à outra.

Para ilustrar a presença do requisito da *maioria* no governo antigo e como a sua concepção refere-se às significações dadas pelo direito e pela política a determinadas palavras, como povo, cidadão, etc., convém traçar um rápido paralelo entre a democracia helênica (e o contexto sociopolítico que lhe deu origem) e a democracia moderna estadunidense.

Em relação à democracia grega, quanto ao gozo de direitos políticos, deve-se lembrar que nem todos os habitantes da *polis* eram considerados *cidadãos*[5], entendidos como detentores da capacidade de influenciar no processo de decisão coletiva. Ao lado dos cidadãos fictos existiam outros estamentos que não detinham nenhum tipo de direitos, especialmente as prerrogativas políticas de decisão, como era o caso, para exemplificar, dos estratos dos metecos e dos escravos[6]. Além deles, as habitantes do gênero feminino também não detinham poder de voto, apesar de terem a garantia de determinados direitos, ao contrário dos estratos referidos que apenas

5 MIRANDA (2011, p. 10), que ao elencar os traços essenciais da *polis* grega refere a "deficiência ou inexistência da liberdade fora do Estado ou redução da liberdade individual à participação no governo da Cidade, não sendo a pessoa um valor em si, livre do poder público".

6 Cf. MIRANDA (2011, p. 9), para quem "o Estado [grego] é a comunidade dos cidadãos, embora não sejam estes os seus únicos habitantes (também há os metecos e os escravos)".

possuíam obrigações perante os demais cidadãos e a própria *polis*.

Desse modo, as decisões coletivas eram realizadas somente por aqueles que apresentavam a *capacidade de deliberar*, uma vez que o processo de formação da vontade da maioria era realizado através de deliberações em praças públicas, nas quais os cidadãos decidiam pessoalmente sobre a guerra e a paz, sobre a realização de tratados de paz com estrangeiros, sobre a votação de leis, entre outros atos relacionados à esfera pública e social.

Da diferenciação dos cidadãos e da capacidade deles de deliberar *diretamente* nasceu a modalidade de decisão denominada *direta*, pela *pessoalidade* da decisão/voto e pela *improbabilidade de usurpação da vontade* de cada cidadão da *polis* – como mais tarde seria questionado com o advento do sistema representativo.

Ainda, é relevante apontar que a condição de possibilidade para o exercício da modalidade direta se referia enfaticamente à peculiaridade do espaço territorial das cidades gregas. Para a concepção da época o fator territorial das cidades possuía importância relativa, tanto que às Cidades-Estados – como se denominavam as *polis* – tinham sua extensão reduzida e raramente se estruturavam em formas de liga ou de confederação. Logicamente, quanto menor o número de cidadãos em determinada Cidade-Estado, mais fácil a realização de um processo de votação direta, sobretudo ao se considerar que o esquema de decisão adotado era similar ao conhecido como *uma cabeça, um voto*.

Entretanto, passada a época antiga, os Estados se reestruturaram paulatinamente e, por diversas razões, houve o abandono temporário da democracia, até o período de transição do medievo para a modernidade. Resumidamente, o ideal organicista que permeava o corpo social da antiguidade e da Idade Média cedeu espaço à concepção antropocentrista, fazendo com que o homem se inserisse perante a sociedade como um sujeito que detém autonomia moral para autogovernar sua vida[7].

7 Utilizando-se das palavras de Santos, que caminham nesse mesmo sentido: "o mundo moderno é, assim, diferentemente do mundo medieval tradicional, cada vez mais ocupado pela referência a um Sujeito que está libertado, isto é, que coloca, como princípio do bem, o controle que o indivíduo exerce sobre suas ações e sua situação que lhe permite conceber e sentir seus comportamentos como componentes da sua história pessoal de vida, conceber a si mesmo como ator [...]. Enquanto, na pré-modernidade, o homem procurava a sabedoria e se sentia obstaculizado por forças impessoais, por seu destino, pelo sagrado e também pelo amor, na modernidade, há a substituição dessa sujeição ao mundo pela integração social. Cf. SANTOS (2009, p. 82).

Por essa razão, e num primeiro momento, o homem se libertou das amarras estatais relacionadas à imposição de determinada crença religiosa, em um processo de autoafirmação iniciado com as guerras religiosas francesas do século dezesseis. Logo após, a tolerância estatal em relação ao indivíduo racionalmente autônomo progrediu para uma forma de tolerância atomizada, na qual houve o questionamento das diversas formas de governo de caráter autoritário, que na época se constituíam basicamente de formas monárquicas, ora com predomínio do poder do parlamento, ora com predomínio do governo, ou seja, da figura do rei.

O resultado desse embate dos cidadãos contra as repressões do absolutismo teve diversas fases, mas, de fato, importa essencialmente a revisitação de um momento histórico ímpar para o processo de reimplantação da democracia, dessa vez vindo a ser instituída em sua modalidade representativa. Trata-se do processo de independência das treze colônias americanas, ocorrido em 1788, no qual o processo de constitucionalismo, de acordo com Matteucci, "mostra sua máxima criatividade no plano das ideias e de soluções práticas"[8].

A independência americana, ou Revolução americana, encontra sua expressão na Carta de Direitos, cuja criação se deu paralelamente à da obra *O Federalista*, de Hamilton, Jay e Madison[9]. Estes autores propuseram a utilização da democracia para um Estado com grandes proporções, especificamente para o caso da então iminente junção das colônias americanas pertencentes à Inglaterra e da sua consequente independência. Sustentou-se, com esse intuito, a necessidade de uma forma de governo que libertasse os homens das amarras de um governo autoritário, como se observava nas relações entre as colônias e a metrópole inglesa, e que inviabilizasse a constante busca do homem por poder político, anseio que gerava uma sorte de

8 Cf. MATTEUCCI (1998, p. 24). Há que frisar, entretanto, que essa oração se refere também à Revolução francesa e às modificações que a mesma ocasionou na estrutura do pensamento político. Porém, para ilustrar a diferença entre essência e forma que ora se propõe, não é necessário adentrar nas mudanças paradigmáticas que o conjunto de revoluções francesas gerou, sobretudo pelo fato de as formas de governos por ela adotadas no decorrer desse período apresentarem uma mixagem de institutos e feições que dificultariam uma abordagem sintética a respeito da concepção de democracia.

9 Nesse sentido escreve Bobbio: "nos mesmos anos em que, através das Declarações dos Direitos, nasce o Estado constitucional moderno, os autores do *Federalista* contrapõem a democracia direta dos antigos e das cidades medievais à democracia representativa, que é o único governo popular possível num grande Estado." Cf. BOBBIO (2005, p. 32).

conflitos entre as próprias colônias americanas.

Por isso Matteucci, ao referir-se ao *Federalista*, diz que ele "está dominado por uma antropologia pessimista, que parece ter ascendências maquiavelianas e hobbesianas"[10]. Notadamente, antes de se propor a criação da Federação americana e da democracia representativa como sua forma de governo, ponderou-se previamente sobre as nuances do comportamento humano, ao se considerar, por exemplo, que ao lado da razão humana existem vícios de personalidade como a rivalidade, a desconfiança e o orgulho[11], que conduzem invariavelmente o homem a amar e a desejar o poder. Essa análise serviu de premissa em razão de inúmeros tensionamentos que ocorriam entre as treze colônias à época, ocasionados por diferenciados jogos políticos em busca do poder.

Assim, para acabar com tais conflitos era preciso modificar também a concepção popular a respeito da sociedade e da cidadania, o que, obviamente, somente seria possível através de um governo que permitisse um maior grau de conformação individual e que atribuísse liberdade aos seus cidadãos, para progredirem tanto materialmente quanto psicologicamente – é claro, em níveis condizentes com os padrões comportamentais da época. A alternativa sugerida previa que através da implantação da democracia os cidadãos teriam esta liberdade de ação e a oportunidade de influir coletivamente – ao menos no momento de escolha de seus representantes – nas diretrizes de seu Estado.

Tem-se, nesse contexto, a consagração de ideias liberais e da aplicação do princípio da maioria, numa fórmula que permitiu mesclar em determinado grau a igualdade com a liberdade: igualdade na liberdade – entendida como igualdade de e nos direitos, em que todos são iguais perante as leis e possuem o igual gozo de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente (BOBBIO, 2005, p. 39-41).

Ademais, a tese desenvolvida pelo *Federalista* levara ao reconhecimento

10 Cf. MATTEUCCI (1998, p. 211), que na sequência emenda: "[...] precisamente porque considera o efetivo comportamento do homem, no qual a razão coexiste com paixões muito fortes e, entre estas, o amor pelo poder, que é sentido por qualquer indivíduo razoável" (tradução nossa).

11 Ilustrativamente e segundo elenca HOBBES (1992, p. 99-130) essas são as três principais causas de contenda encontradas na natureza humana, que levam os homens ao seu constante enfrentamento em sociedade e fora dela. Segundo ele, "a primeira leva os homens a agredir para obter uma vantagem; a segunda, para a sua segurança; a terceira, para a sua reputação."

de outros três *topois* importantíssimos para o pensamento político do século dezoito e que se tornariam características fundamentais das democracias da (pós)modernidade: primeiramente, elaborou-se a noção de *partidarismo* e de *partidos políticos*, como o contraponto necessário às facções existentes nas colônias americanas. Isso porque as decisões democráticas não poderiam ser tomadas em virtude do poder detido pelas facções, devendo, ao contrário, serem construídas através do princípio da maioria, em que se considerassem os direitos de todos os cidadãos e acima de tudo os interesses da comunidade, mesmo que se manifestassem ora díspares ou conflitantes. Em fim, uma multiplicidade de partidos seria a salvação dos direitos individuais e políticos e a garantia da liberdade recém-adquirida pelo processo de independência[12].

Em segundo lugar, concebeu-se a ideia de as constituições serem *rígidas*, reconhecendo-se, juntamente, que o povo soberano tem o direito de instituí-las e de modificá-las no decorrer do tempo através de processos regulares de revisão.

E como desdobramento dessas novas concepções e em terceiro lugar, concedeu-se um *local de destaque para o poder judicial*, na tarefa de controlar a constitucionalidade das leis elaboradas pelos órgãos legislativos dos entes federados, papel de controle que havia sido anteriormente atribuído apenas ao parlamento ou ao Executivo em todos os modelos estatais europeus que precederam ao americano.

Retomando ao ponto em que se parou, portanto, parece ter se tornado visível o que se disse a respeito da *essencialidade* de uma democracia: tanto no período antigo quanto no moderno encontra-se a ideia de *maioria* no governo, embora ela manifeste-se sobre procedimentos típicos a cada época, decorrentes ora de relações consuetudinárias – preponderantemente no caso da antiguidade – e ora de relações advindas de um documento político estatal – o caso de Constituições da modernidade.

A concepção antiga a respeito da cidadania, os direitos de deliberação apenas para aqueles que eram considerados cidadãos, os valores adjacentes às relações sociais e, por último, a extensão reduzida das Cidades-Estados, são

12 Nesse sentido os seguintes dizeres de Matteucci: "afirma-se, que, assim como a garantia para a tolerância religiosa é uma multiplicidade de confissões, da mesma maneira uma multiplicidade de partidos é a salvaguarda dos direitos civis: de onde – não é necessário apontá-lo – a liberdade política e a religiosa estão estreitamente unidas" (tradução nossa). Cf. MATTEUCCI (1998, p. 213).

elementos que permitiram a manifestação do princípio da maioria, dentro dos contornos específicos que o pensamento antigo proporcionara. Do outro lado, na modernidade, vê-se uma nova concepção a respeito de cidadania, uma maior gama de estratos com prerrogativas de sufrágio, a modificação da noção organicista da sociedade, a incorporação de valores de doutrinas liberais nas ações dos cidadãos, além, é claro, da extensão ampliada do território estatal.

Todos estes elementos, semelhantemente ao que recém se disse sobre a antiguidade, serviram de base para a implantação de uma democracia, embora dessa vez ela fosse exercida através da representação dos cidadãos por sujeitos eleitos por eles e que por eles decidiriam. Enfim, como Bobbio diz, "tanto a democracia direta quanto a indireta descendem do mesmo princípio da soberania popular, apesar de se distinguirem pelas modalidades e pelas formas com que essa soberania é exercida"[13].

Tendo-se fixado essa noção, convém prosseguir dizendo que o que se discutiu da implantação da democracia representativa até a atualidade é resumível em praticamente duas linhas teóricas: a primeira, ligada ao aperfeiçoamento da modalidade representativa, a qual foi (é) alvo de diversas críticas relacionadas à validade dos exercícios de sufrágio, no sentido de se permitem efetivamente a real manifestação da vontade popular através de seus representantes eleitos.

A segunda linha, por sua vez, referente às ideologias imanentes à democracia, em relação à qual dos valores políticos – liberdade ou igualdade – deveria ser observado pelos regimes democráticos, para que se dissesse estar vivendo efetivamente em um. Em outras palavras, trata-se da composição entre liberdade e igualdade, na medida em que se considere um valor ou outro como o mais importante ou preponderante para a formação de uma democracia – e também quais as suas significações, a nível semântico. Ou, ainda, de suas conformações dentro da *dimensão substancial* de democracia, conforme a conhecida classificação procedida por Ferrajoli[14].

13 Cf. BOBBIO (2005, p. 34). Seguindo essa mesma ideia, Bobbio também aduz que "o que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, [...] não é o titular do poder político, que é sempre o "povo", entendido como o conjunto dos cidadãos a quem cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito."

14 Segundo Ferrajoli, o paradigma constitucional tem associado outras fontes de legitimação à dimensão nomodinâmica e nomoestática do direito e da validade das normas jurídicas: a formal, que é imposta por normas procedimentais sobre o "quem" e sobre o "como" das decisões, e a substancial, sobre "o quê" não pode ser decidido ou o "o quê" não pode não ser decidido. Ou seja, citando-se diretamente Ferrajoli, "o resultado [da composição entre direito, validade e efetividade, ou ainda da dimensão nomodinâmica e nomoestática] tem

Com efeito, ambas as discussões referem-se em menor ou maior grau ao papel do Judiciário nos regimes democráticos, pois foi somente através da implantação da democracia constitucional que ele assumiu a relevância que possui em relação ao controle dos atos do governo e do parlamento, na função de guardião da constituição, e na concretização de direitos eventualmente solapados.

Por essa razão algumas características do Judiciário são peculiares somente a ele, como quando é apontado como o Poder mais qualificado para resolver questões de princípio, ou insensíveis à escolha[15], ou, também, como o possuidor de uma legitimidade de minoria frente à da maioria, contradizendo aparentemente o mote do princípio majoritário[16]. Desse modo,

sido uma redefinição da democracia constitucional como sistema jurídico articulado sobre duas dimensões: a *dimensão formal*, fundada no exercício dos direitos de autonomia, tanto política como civil, e a *dimensão substancial*, fundada sobre a tutela dos direitos de liberdade e a satisfação dos direitos sociais" (tradução nossa). Por sua vez, e ainda segundo Ferrajoli, existem quatro classes de direitos fundamentais que se relacionam às dimensões formal e substancial: "a dimensão *política*, a *civil*, a *liberal* e a *social*, das quais as duas primeiras têm um caráter formal, pois se referem às *formas* de exercício dos direitos-poder correlativos, pelo que estão limitadas e vinculadas pelas duas últimas, que são de caráter substancial enquanto relativas aos *conteúdos* que não é lícito decidir ou que é obrigatório decidir" (tradução nossa). Cf. FERRAJOLI (2009, p. 11-21).

15 Tratando da temática legitimidade da justiça constitucional, Brito questiona-se a respeito da relação funcional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. O autor considera que a justiça constitucional e a decisão da maioria são dois processos de desenvolvimento da democracia, embora cada um contenha sua própria racionalidade. Utilizando a teoria de Dworkin para explicitar a atuação de cada um dos entes, difere o que referido autor passou a chamar de *questões de política* e *questões de princípio*, dizendo que nas questões políticas estaria a representação do princípio majoritário, típico de uma democracia estatística, enquanto nas questões de princípio estaria o domínio de matérias relacionadas à determinação dos direitos do homem, que não podem considerar a mesma matemática usada para o princípio da maioria. Desse modo, diz que as primeiras questões estruturam-se através de matérias *sensíveis à escolha* e a segunda através de matérias *insensíveis à escolha*. Em seguida, exemplifica da seguinte forma: "Matérias sensíveis à escolha são aquelas cuja solução concreta depende essencialmente da distribuição das preferências entre o povo. Se se gastam os fundos públicos na educação ou em autoestradas é uma questão tipicamente sensível à escolha. Se se deve abolir a pena de morte, ou proibir a discriminação contra as mulheres no emprego, são questões cuja resposta correta não depende do número daqueles que a sustentam. O número de sufrágios é uma boa razão para a decisão no primeiro caso, mas é irrelevante para a correção da decisão no segundo". Sua conclusão, partindo disso, é a seguinte: "a jurisdição constitucional apoia-se no argumento seguinte: os juízes constitucionais são mais qualificados para resolver questões de princípio, ou insensíveis à escolha, enquanto que os parlamentos e os governos são mais qualificados para escolher". Como se observa, o Poder Judiciário, especialmente o constitucional, utiliza-se de outra argumentação para se legitimar em um Estado democrático de direito, que vai substancialmente de encontro ao princípio da maioria em alguns casos, embora com o propósito de concretização da democracia. Cf. BRITO (1995, p. 41-43).

16 Villalón defende a existência de três tipos de formalidades que sustentam a atuação da justiça constitucional: uma legitimidade de função ou objetiva, uma legitimidade de origem e uma legitimidade de exercício. Ao tratar da primeira delas, diz que a legitimidade da justiça constitucional é também a legitimidade da minoria frente à da maioria: "de certo modo, o que há enquanto defesa dos direitos fundamentais é uma legitimidade da minoria, a legitimidade de uma esfera que se garanta a todos os cidadãos, em todo caso, com independência da vontade da maioria. Esta legitimidade da minoria é também bastante recente desde a perspectiva internacional. De certo modo é uma legitimidade dos Tribunais Constitucionais em parte agora reflexa, quer dizer, é a supranacionalidade dos direitos a que se projeta sobre esta tarefa dos Tribunais Constitucionais [...]" (tradução

por trás da instituição do Judiciário existe uma complexa construção teórica e social, cuja compreensão reside fundamentalmente nas modificações paradigmáticas pelas quais a democracia e o princípio da maioria sofreram no último século, as quais se passarão à análise.

3 MODIFICAÇÕES PARADIGMÁTICAS E LIMITES IMPOSTOS PELO PROCESSO DE CONSTITUCIONALISMO: ELEMENTOS ESTRUTURAIS IMPRESCINDÍVEIS PARA UM SISTEMA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO

O Poder Judiciário é historicamente o mais novo dos poderes estatais, tendo exercido parca influência dentro da proposta inicial de tripartição dos poderes, nos moldes propostos, por exemplo, por MONTESQUIEU (2002, p. 165-167). Percebe-se isso ao se recordar que nos períodos Antigo e Médio a tarefa de dizer o direito era atribuição ou do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, inexistindo qualquer forma de independência ou de autonomia aos magistrados que ocupassem a função típica de juízes, isso quando a mesma não fosse realizada pelo rei ou pelos membros do parlamento. De fato, foi somente através do processo de constitucionalismo que o Judiciário ganhou forças para se autoafirmar como poder imprescindível para a concretização da vontade popular, conforme os diversos governos monárquicos passavam a adotar preceitos democráticos para seus Estados, contando com a vontade da população como instrumento de legitimação de suas decisões governamentais e da elaboração de suas leis.

E é de acordo com a progressiva implantação das Constituições e principalmente da justiça constitucional nos diversos Estados[17] que se observa uma constante valorização de sua atuação, especialmente naqueles governos que adotaram o presidencialismo ou a forma federativa de organização estatal. Essa valorização, entretanto, não decorreu do simples aumento do número de tribunais constitucionais ou de Constituições escritas nos diversos Estados que as adotaram, mas é referência de determinadas modificações paradigmáticas que lhe deram causa, as quais, não obstante, têm relação de interdepen-

nossa). Tem-se, aqui, igualmente, a fundamentação do Judiciário sobre uma ideia que em parte é contra o princípio da maioria, embora assuma um caráter democrático inegável. Cf. VILLALÓN (1995, p. 86- 87).

17 Para um breve apanhado histórico sobre a implantação da justiça constitucional, Cf. MOREIRA (2001, p. 313-318).

dência com a noção de democracia e com o princípio da maioria.

Uma primeira causa, portanto, diz respeito à positivação de diversos direitos de cunho social – ou de segunda geração[18], como gostam de nomear os jusfilósofos contemporâneos – nos ordenamentos constitucionais. Essa onda de positivação foi inaugurada pelas Constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919, com as quais houve um aumento substancial na densidade das constituições. Esse aumento na carta de direitos, que deixou de prescrever apenas direitos políticos, civis e liberais, gerou dois desdobramentos no plano político estatal dos Estados constitucionais: o primeiro relacionado à programação efetuada pelas normas constitucionais, no sentido de atribuírem tarefas ao legislador. O segundo, seguindo a esteira desse outro, correspondente à limitação que o aumento da densidade constitucional ocasionou no princípio da vontade da maioria.

Como se sabe, tem-se, ao menos no início do século vinte, o reconhecimento de diversos direitos de cariz coletivista, relacionados à ordem social, cultural e econômica dos Estados, e especialmente de direitos trabalhistas, na medida em que as Constituições absorveram parte das reivindicações por melhores condições de trabalho, advindas da disputa entre a doutrina liberal e a socialista. A inclusão desses direitos representa a primeira grande modificação dos ordenamentos constitucionais, que até então se mantinham fiéis à tradição atomista que lhe deu origem.

Então, após a Grande Depressão, considerado o maior recesso econômico do século passado, as constituições mudaram novamente de feição, adquirindo uma fisionomia inédita com a junção de políticas liberais e paternalistas: surgiram as Constituições dirigentes – como as denomina CANOTILHO (2001, p. 27) – como possível reação estatal para superação da crise pela qual a economia mundial passava. Para bem dizer a verdade, as Constituições anteriores a 1929 já direcionavam as tarefas do Estado, embora essa programaticidade fosse bastante sutil em relação à intervenção que viria a ser realizada para a introdução do *wellfare state*, paradigma de Estado que eventualmente reforçaria a divisão entre países desenvolvidos – e que vivenciaram as políticas de bem-estar social – e países subdesenvolvidos – os quais, por sua vez, ainda se utilizam dessas Constituições como método de elevação de seu índice de desenvolvimento.

18 Sobre as gerações de direitos, Cf. BONAVIDES (2008, p. 315).

De qualquer modo, o importante é frisar que o aumento de direitos nas Constituições afetou a relação, até então não exasperada, entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Se este possuía a guarda da Constituição e controlava a constitucionalidade das leis elaboradas pelo Congresso, de acordo com a carta magna, o crescimento das Constituições acabou aumentando as condições de possibilidade de sua atuação, limitando, ainda e proporcionalmente, o espaço de conformação daquele. Moreira havia referido isto, ao dizer que toda a Constituição é por natureza uma limitação do princípio da maioria (MOREIRA, 1995, p. 180).

Assim, se por um lado, o Poder Judiciário passou a ter maior relevância dentro do Estado democrático constitucional, na medida em que as matérias que teria poder de processamento e de julgamento aumentaram vertiginosamente, por outro, o Parlamento se viu enfraquecido, pois a elaboração das leis passaria por uma triagem constitucional com uma riqueza de conteúdos que dificultaria a satisfação popular, caso fosse minimamente de encontro às disposições constitucionais, agora controladas pelo Judiciário.

Uma segunda causa para a valorização do Judiciário foi, portanto, a sua constante entrada na cena política. Além das normas-tarefa recém-referidas, os ordenamentos constitucionais passaram a dispor de um catálogo de direitos humanos[19] com um nível de abstração muito elevado. É a situação

19 Conforme salienta NEVES (2009, p. 249-253) existe um grau de ambiguidade entre "direitos do homem" – ou direitos humanos – e "direitos fundamentais". É necessário distinguir ambas as expressões neste contexto, pois a referência ora realizada deve ser entendida fundamentalmente na acepção própria de direitos humanos que passaram por um processo de incorporação pelos diversos ordenamentos constitucionais. Partindo para essa distinção, portanto, Neves aponta que "a noção de direitos do homem ou de direitos humanos, quando surgiu no âmbito das revoluções liberais, distinguiu-se do conceito de cidadania." Enquanto os "direitos do homem" se referiam aos direitos de toda e qualquer pessoa humana, os "direitos humanos" se relacionavam "aos direitos dos membros de uma determinada coletividade política, e mais precisamente, de um Estado". Em seguida, através da experiência constitucional tardia da Alemanha, passou-se a usar a expressão "direitos fundamentais" para se referir aos direitos positivados e garantidos pelas constituições estatais – em substituição da utilização de "direitos humanos", que passou a ter significação semelhante aos "direitos do homem". Mais tarde, então, seguiu-se uma proposta de distinção entre "direitos fundamentais" constitucionalmente garantidos e "direitos humanos" protegidos pela ordem jurídica internacional. Após, aportando a formulação luhmanniana a esse respeito, Neves explica que os direitos fundamentais "serviriam à 'manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação' ou, *a contrario sensu*, reagiriam 'ao perigo da desdiferenciação", e logo em seguida, que "os direitos humanos estariam relacionados ao problema da exclusão, orientando-se, portanto, para a inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade, especialmente no direito". Por fim, considera que tanto os direitos fundamentais quanto os humanos dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade, embora estes valham para o nível mundial e aqueles para qualquer ordem jurídica existente dentro da sociedade mundial – ou seja, as ordens estatais, para o caso em estudo.

da dignidade da pessoa humana ou da função social da propriedade, para citar apenas dois exemplos. Diante de seus aspectos extremamente vinculativos a diversas situações sociais, aspectos políticos e da vida em sociedade, que eram estritamente conhecidos e observados pelo Legislativo, passaram também a ser controlados pela jurisdição constitucional.

Destarte, a tensão entre o Legislativo e o Judiciário se intensificou em razão da dificuldade de separação dos assuntos que o órgão jurisdicional poderia (ou não poderia) controlar, pois o caráter abstrato – porém, hermeneuticamente identificável – dos preceitos constitucionais permitiria, em uma apressada análise, a extensão de diversas situações tipicamente políticas ao controle constitucional. Entretanto, longe de existirem especificações quanto à amplitude desses direitos abstratos nos próprios ordenamentos constitucionais, passou-se a se perguntar quais os limites desse poder de julgar conforme a Constituição, uma vez que diversos direitos fundamentais possibilitariam, sem uma técnica interpretativa adequada, um poder desmedido ao Judiciário.

Em vista desse questionamento, a filosofia política – e jurídica – se direcionou à pesquisa de métodos de interpretação ou de esquemas hermenêuticos paradigmáticos que permitissem resolver o limite da atuação e da decisão judicial. A busca pela interpretação jurisdicional e pela vinculação do legislador ordinário se voltou, assim e na atualidade, à descoberta de quais matérias são de conhecimento específico de cada um dos entes estatais, e inexistindo qualquer indicativo aparente para determiná-las, quais caminhos deveriam ser adotados para adequá-los condizentemente com a tripartição de poderes estabelecida objetivamente pelas Constituições, através das disposições de organização e de distribuição de competências. De qualquer modo, um aprofundamento nesta temática, com o consequente apontamento de soluções, exigiria um estudo mais aprofundado sobre a teoria da decisão[20].

Prosseguindo, uma terceira modificação que atribuiu importância para o Judiciário foi a alteração do entendimento (pós)moderno a respeito de lei[21], especificamente quanto à sua corporificação pela vontade da maioria. Na concepção tradicional a lei era fruto da vontade popular, exterioriza-

20 Cf., a esse respeito, as propostas de STRECK (2009, passim).

21 Deve-se entender a expressão lei, neste contexto, como "ato legislativo da assembleia político-representativa". Sobre as diversas acepções de lei, Cf. MIRANDA (2005, p. 411-413).

da por uma estrutura parlamentar composta por deputados livres de qualquer mandato imperativo, no sentido de imposições ideológico-políticas ou partidárias advindas do governo – o que, concorda-se, não quer dizer a inexistência de influências externas ao próprio parlamento.

Não obstante, com o advento do partidarismo e da sua vinculação à vida política parlamentar e governamental, essa compreensão se modificou rigorosamente, segundo a qual a lei deixou de ser a vontade do parlamento ou a expressão de determinado partido político para se expressar como a manifestação da coligação majoritária que está de fato no poder. Em outras palavras, o programa legislativo e o conteúdo das leis deixaram de ser especificamente assunto parlamentar, constituindo-se de diretrizes ditadas pelo governo executivo através da representação partidária coligada (MOREIRA, 1995, p. 182).

Se no passado se considerava o Poder Legislativo o principal dos poderes, ou se se admitia a existência de diferenças na atuação e no peso da função legislativa e da executiva, com prioridades à primeira, ou, ainda, se se buscava um sistema de pesos e contrapesos que separasse eficazmente a ambos, no contexto presente e conforme a história constitucional se desenvolveu, deixou de existir subordinação do executivo à tarefa do legislador pela falta de independência institucional desses dois poderes.

Isso porque se tornou mais correto, na modernidade, apontar a relevância da separação "que se estabelece entre maioria governamental e a oposição" (MOREIRA, 1995, p. 183), na qual a questão constitucional mais importante não reside nos postulados da separação do poderes, mas nas "garantias da oposição face ao poder da maioria existente no governo e no parlamento" (MOREIRA, 1995, p. 183). Nesse sentido – e apesar de se ter afirmado a relevância do Judiciário anteriormente – é que possui validade dizer que o Executivo detém o arbítrio entre os três poderes, enquanto o Legislativo está em processo de falência e o Judiciário, repetidas vezes se omite (BONAVIDES, 2008, p. 218). Portanto, é neste contexto que cabe ao Judiciário apurar o seu controle de constitucionalidade, evitando a simulação de independência que perpassa os outros dois poderes.

Por fim, uma quarta causa de valorização do Judiciário se constitui na estruturação da sociedade "não apenas em organizações de interesses de na-

tureza econômica ou profissional, mas também em grupos mais ou menos formais orientados para promoção de valores" (MOREIRA, 1995, p. 184). Estes grupos se exteriorizam sobre diversas bandeiras sociopolíticas, que vão desde movimentos de indivíduos sexualmente heterodoxos, passando por aqueles relacionados a determinadas discriminações étnicas, chegando, enfim, a movimentos ligados ao desenvolvimento bioecológico sustentável. A formação destes grupos representa em determinado grau a força despendida por Rawls em sua teorização a respeito da justiça como equidade, na medida em que se fundamentam sobre uma ideia de democracia atenta à participação de minorias na vida democrática de seu respectivo Estado.

Conforme lembra SANTOS (2009, p. 171-173), durante a maior parte da modernidade a ideia de democracia esteve praticamente arraigada à concepção de regra da maioria. Todos os grupos minoritários que quisessem participar ativamente da vida política de algum país cujo modelo de participação fosse tipicamente liberal deveriam se adaptar ao esquema formal de neutralidade e de igualdade proposto por ele. Este entendimento, sobretudo em função das posições garantistas adotadas pelos tribunais constitucionais no final do século passado, começou a se modificar lentamente, embora certas vezes sob o pálio de arbitrariedades ou de decisionismos[22]. De qualquer modo, a inclusão destes grupos pelas políticas públicas e pela moralidade dos indivíduos é outro fator de prestígio para o Judiciário, cujo controle de constitucionalidade se desenvolve com vistas a este multiculturalismo emergente e à proteção das minorias – traços que correspondem a uma exigência do princípio do constitucionalismo.

Estas quatro causas que favoreceram o Judiciário, ou, em outras palavras, estas quatro mudanças paradigmáticas pela qual a sociedade moderna passou em relação à democracia e ao princípio da maioria, orientam a atuação do Poder Judiciário para a concretização de um "autêntico" Estado constitucional e ao mesmo tempo democrático. Ou seja, os direitos positivados pelos ordenamentos constitucionais devem ser efetivamente garantidos a nível constitucional, juntamente com as outras espécies de direitos que eventualmente são elevados a este grau de proteção, atendendo, desse modo, ao princípio da constitucionalidade.

Aliás, é em decorrência desse princípio, o qual se sobrepõe a própria

22 Cf., sobre decisionismos e arbitrariedades do julgador, STRECK (2010, p. 33-56).

vontade da maioria eletiva ordinária em certos aspectos, que, segundo indica Moreira, decorrem três principais consequências que deverão ser observadas pelo juiz constitucional – e diga-se mais, por qualquer projeto que pretenda reformar a estrutura política – na elaboração de suas decisões de controle de constitucionalidade (MOREIRA, 1995, pp. 193-194) – indicando também os seus limites em relação aos outros dois poderes.

Uma primeira consequência se refere à compreensão dos juízes a respeito das constituições, segundo a qual devem considerar que *as constituições são um dado*, não podendo fixar em suas decisões a extensão e a intensidade com a qual a lei fundamental delimita a liberdade de conformação do legislador ordinário. Desse modo, não compete "ao juiz constitucional 'corrigir' a Constituição quando esta supostamente não contém as soluções mais acertadas ou avisadas" (MOREIRA, 1995, p. 195), devendo, ao contrário, atuar quando os atos do Legislativo ou do Executivo a contrariarem, casos em que deverá declarar a inconstitucionalidade destes atos, ou, quando for acionado em função de omissões do parlamento, em que somente terá o poder de apontar a inconstitucionalidade por falta de ação legislativa – sem, contudo, emitir provisoriamente qualquer tipo de normatização.

Uma segunda consequência é que normalmente *todos os preceitos constitucionais detêm uma função normativa*. Assim, cabe aos juízes constitucionais proceder à interpretação constitucional e também à infraconstitucional de acordo com os preceitos positivados pela Constituição, construindo desse modo as normas de aplicação do direito para os casos concretos postos sob sua égide, não lhes sendo permitido, todavia, desqualificar como regra não constitucional nenhum preceito previsto constitucionalmente. Certamente será possível visualizar uma densidade diferenciada em distintas normas constitucionais, o que permitirá uma maior margem de formação para as decisões jurisdicionais, as quais não obstante a essa margem, não poderão resultar em decisões discricionárias ou arbitrárias por parte do julgador, pois se relacionam à faticidade[23] e à tradição e não ao subjetivismo do juiz.

Sendo assim, se não existirem direitos constitucionais que estabeleçam uma rigidez absoluta ou um grau de rigidez maior que o previsto para o restante das normas constitucionais, elas somente poderão ser modifica-

23 Cf., a respeito da designação de faticidade, STRECK (2010, p. 72).

das através de procedimentos normais de revisão constitucional, realizados pelos agentes elencados e nos moldes previstos previamente pelo próprio ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2009, p. 102). Em suma, o Judiciário não pode desconsiderar as normas da Constituição, nem modificá-las ou declará-las inconstitucionais, devendo observá-las fielmente.

Uma terceira consequência se reporta à impossibilidade de o juiz se autolimitar no exercício de sua função de decidir (teoria conhecida por *selfrestraint*), mesmo que a pretexto de estar tratando de questões políticas (*political question doctrine*, noção advinda da jurisprudência constitucional norte-americana), cuja manifestação seria exclusivamente parlamentar. Conforme foi referido, não cabe ao juiz censurar o legislador ordinário, excetuada a situação de este haver provocado uma ofensa ao ordenamento constitucional. Portanto, uma vez verificado que o legislador, mesmo vinculado ao ordenamento constitucional, violou um dispositivo da Constituição, "não resta ao juiz constitucional senão tirar a consequência da inconstitucionalidade, independente da natureza, política ou não, das questões envolvidas" (MOREIRA, 1995, p. 194).

Isto fica claro diante da impossibilidade de fundamentar razoavelmente a tese da autolimitação da justiça constitucional, pois: ou diante de um caso concreto, o legislador ordinário não infringe nenhum parâmetro constitucional que restringiria sua discricionariedade legislativa – hipótese em que não haverá razão de falar em autolimitação do juiz constitucional, uma vez que não haverá nenhuma inconstitucionalidade; ou o legislador efetivamente atua em uma área indisponível pela Constituição ou em termos constitucionalmente ilícitos – hipótese em que a não atuação da justiça constitucional – pela sua autolimitação – se traduzirá necessariamente em renúncia à sua função de verificar a constitucionalidade das leis consideradas inconstitucionais.

Então, se se diz que o juiz constitucional não pode se limitar em suas funções, deve em contraponto atentar exclusivamente para os poderes que a Constituição lhe atribui. Seguindo o entendimento de Villalón, a legitimidade dos tribunais constitucionais decorre, em um primeiro lugar, pura e simplesmente da legitimidade da própria Constituição (VILLALÓN, 1995, p. 86). Sendo assim, a ideia fundamental expressada pelo princípio do constitucionalismo é a de que ao juiz constitucional só compete averiguar a (in)constitucionalidade das leis, se são

contrárias ou não à Constituição, não lhe sendo atribuída a tarefa de se substituir ao legislador para formular soluções conforme a carta fundamental (MIRANDA, 1995, p. 96). Por isso que se considera o poder dos juízes um poder contra o legislativo (BRITO, 1995, p. 39; MOREIRA, 1995, p. 196).

4 CONCLUSÃO

Como se viu, a estruturação da democracia parte de um pressuposto essencial: é o governo da maioria, dos mais, dos muitos. Sobre ele são construídos procedimentos mais ou menos distintos de Estado para Estado, que possibilitam a realização do princípio da maioria e a condição de possibilidade de verificação de um regime democrático na realidade. Sobre esse princípio da maioria, ou sobre a democracia, se se preferir, ainda é inserido um contexto de condutas tidas como válidas ou aceitáveis para determinada sociedade, sem as quais a democracia seria apenas uma formulação tipicamente procedimental. Entretanto, conforme se crê ter demonstrado, a democracia é, antes de apenas um conjunto de expectativas sociais, uma reunião de procedimentos relacionados, em última análise, a estes mesmos anseios. Esta distinção se tornou visível na contraposição realizada entre a democracia dos antigos e a democracia dos modernos, em que se observou que, mesmo diante de concepções de vida com um grau de diferenciação bastante acentuado, ambas as realidades culturais se erigiram sobre o princípio da maioria. Entretanto, e não é excessivo lembrar, que não é possível separar o conjunto de "valores" do conjunto de procedimentos, e tampouco, da própria designação do princípio da maioria.

O Judiciário, por sua vez, adquiriu sua autonomia e independência através do processo de constitucionalismo moderno, com o qual a democracia, que se manteve em desuso desde a época antiga, foi restabelecida como a forma de governo mais aprazível, embora a sua reimplantação tenha ocorrido em seu modo representativo, em detrimento da democracia direta praticada pelos antigos. Além disso, a imprescindibilidade do Judiciário foi construída na medida em que as democracias modernas passavam por diversas transformações políticas paradigmáticas, cujas causas detêm um nível de interdependência com o aumento da complexidade social, embora não se possa apontar especificamente a origem ou a natureza destas modificações ocasionadas no

imaginário político e social das diversas sociedades. Sendo assim, a positivação de direitos sociais, a constante entrada do Judiciário na cena política estatal do final do século passado, a relativização da separação entre os poderes Legislativos e Executivos, bem como o advento de inúmeros movimentos sociais mais ou menos politizados que buscam proteção estatal, são fatores que atribuíram importância ao Judiciário, dotando-o de mecanismos específicos de controle constitucional, no intuito de garantir os direitos sociais, civis, políticos e liberais positivados constitucionalmente. Deste modo, qualquer proposta de reforma política deve atentar para este conjunto de fatores, sob pena de atribuir um poder desmedido ao julgador – caso continue apostando no "livre convencimento" do magistrado como remédio para resguardar direitos fundamentais – ou de restringir sua atuação, retirando-lhe prerrogativas de controle essenciais para a realização de uma democracia constitucional.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRITO, José de Souza. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 39-48.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Una discusión sobre derecho y democracia. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

HOBBES, Thomas. Leviatano. Tradução italiana de Agostino Lupoli, Maria Vittoria Predaval e Ricardo Rebecchi. Laterza: Roma-Bari, 1992, pp. 99-130. In: MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução de Karina Jannini e revisão de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto:** decido conforme minha consciência?. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Correspondência | Correspondence:

Vandré Sesti Macedo
Macedo Advocacia, Rua Sinimbu, 1932, 1º/17, Centro, CEP 95.020-002.
Caxias do Sul, RS, Brasil.
Fone: (54) 8111-4417.
Email: vandre@live.com

Recebido: 07/12/2011.
Aprovado: 18/01/2012.