

2

Sobre limites e legitimidade: a jurisdição constitucional entre democracia e constitucionalismo

2.1

Considerações preliminares

Regime constitucional e democracia parecem ingredientes indissociáveis da organização política atual. De fato, se a democracia constitui um modelo valioso de convivência, não é apenas por proporcionar uma regra apta a resolver disputas políticas. É também, e principalmente, porque propicia melhor que os outros sistemas o desenvolvimento da autonomia individual, do diálogo, da igualdade de direitos e da participação de todos os cidadãos nos assuntos comuns. E, historicamente, esses constituem os objetivos precípuos das Constituições.

Contudo, não é pacífica a convivência entre o ideal do constitucionalismo e o ideal democrático. Este, segundo o qual as decisões da sociedade têm de ser tomadas pela maioria, encontra limites naquele, que exclui determinadas questões da esfera coletiva e condiciona, por vezes, o modo como a maioria deve decidir. Surge, então, uma tensão lógica entre os ideais apontados. No dizer de Jon Elster, “la lógica fundamental del ejercicio constituyente sigue siendo que una mayoría simple decide que esa mayoría simple no es el mejor procedimiento para decidir sobre algunos temas.”¹

Assim, um dos problemas fulcrais do Estado Democrático de Direito é a tentativa de conciliar dois princípios distintos e, em certa medida, antagônicos. De um lado, a democracia consagra a soberania popular e defende a vontade majoritária; de outro, o constitucionalismo delimita o poder e vaticina o respeito aos direitos fundamentais.

Ad argumentandum, pode-se inferir que a maioria sem restrições pode subverter as regras do jogo democrático e alterar os baldrames jurídicos que limitam o exercício do poder, vulnerando o conteúdo essencial dos direitos

¹ ELSTER, Jon. Régimen de mayorías e derechos individuales. In: SHUTE, Stephen e HURLEY, Susan (Eds.). *De los derechos humanos*. Trad. M. Valencia. Madrid: Trotta, 1998, p. 169.

fundamentais. Da mesma maneira, a elevação de princípios jurídicos à condição de dogmas e a conseqüente intangibilidade dos mesmos poderia redundar em abrupta redução do espaço da vontade popular.

A busca da conciliação entre esses ideais talvez consubstancie o maior desafio do constitucionalismo atual, que deve encontrar um ponto médio, de sorte a possibilitar o equilíbrio das instituições e o conseqüente desenvolvimento da sociedade política.

As modernas Constituições, ao mesmo tempo em que consagram a democracia e a soberania popular, trazem em seu bojo disposições acerca da forma necessária à exteriorização da vontade coletiva, assim como sobre os conteúdos mínimos a serem respeitados pelos órgãos incumbidos de representá-la. É importante ressaltar que esse regramento não pode chegar ao ponto de elidir as aspirações da maioria.

Por um prisma metafórico, tomando-se a democracia como um jogo, à Constituição caberia estabelecer as regras a serem seguidas pelos participantes, os quais seriam os agentes políticos aptos a representar a vontade popular. Nesse contexto, a justiça constitucional atua como árbitro, verificando o cumprimento dos limites constitucionalmente estipulados.

Conciliar democracia e constitucionalismo, no seio do Estado Democrático de Direito, é tarefa árdua que depende da intrincada teia de funcionamento da separação de poderes entre os órgãos jurisdicionais e políticos. A adoção do controle de constitucionalidade das leis implica que a decisão de eventuais conflitos políticos não remonta à vontade da maioria, mas sim ao Tribunal Constitucional, o qual detém competência para solucionar o embate em definitivo.

Atua o Tribunal, assim, como intérprete último da Constituição, cabendo-lhe estipular os limites da autoridade dos demais poderes e assegurar que esses atuem dentro das balizas formais e substanciais previstas em sede constitucional. O escopo precípua é impedir uma possível tirania da maioria, capaz de suprimir os direitos das minorias e levar à catarse o próprio regime democrático.

Ao Tribunal Constitucional está reservada a competência de pronunciar a última palavra institucional no âmbito do Estado Democrático de Direito, já que inexistente posterior controle de suas decisões. Caracteriza-se como juiz último dos demais poderes e como único juiz de sua própria autoridade, o que pode conduzir

também a um risco democrático. A respeito do tema, José de Sousa Britto lembra que

(...) o problema do fundamento da jurisdição constitucional é tão-somente o problema de sua legitimação democrática. Não é verdade que, pelo próprio facto de sua existência, há juízes que declaram inválida uma lei, a expressão da vontade do povo? A questão pressupõe, portanto, habitualmente, que o poder legislativo do povo através de seus representantes eleitos é a dimensão essencial da Democracia e que a jurisdição constitucional é uma restrição à Democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, à lei a sua força. Por que razão deveriam os juízes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar a força duma lei democrática? Não é isto governo dos juízes em vez de governo do povo? A teoria tradicional vê, portanto, na jurisdição constitucional um limite ou uma restrição ao princípio do governo do povo pelo povo. A questão será, portanto, a de justificar essa restrição.²

Com o fito de estabelecer os limites de atuação das Cortes Constitucionais, dentro dos quais as decisões mantenham legitimidade e não ofereçam risco à democracia, diversas respostas têm sido oferecidas no pensamento jurídico moderno. As principais correntes de pensamento serão analisadas, juntamente com a mudança de paradigma do Estado, que fortemente influenciou na evolução das atribuições dos Tribunais.

2.2

Proposta liberal: minimalismo constitucional

A funcionalidade das Constituições, no Estado Liberal, estava adstrita ao estabelecimento de processos e competências e, ao mesmo tempo, de alguns limites ao poder estatal. Dita concepção minimalista, tipicamente apregoada pelo positivismo jurídico, acarreta o surgimento da idéia que se tornou insígnia dessa corrente jusfilosófica: o postulado da prioridade e da auto-suficiência do Direito positivo, considerado sempre como *de lege lata* (Direito criado, posto) e jamais *de lege ferenda* (Direito a ser criado, pressuposto).

Restava proibida toda e qualquer incursão pelas intenções do legislador e não se indagava acerca das finalidades das leis. Percebe-se claramente o reflexo das principais características do juspositivismo no minimalismo constitucional,

² BRITTO, José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITTO, José de Sousa et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 39.

tais como a redução do Direito à lei formal, a onipotência do legislador, a cisão entre a moral e o fenômeno jurídico e o objetivismo da norma. As obras dos teóricos positivistas revelam a diminuta importância desempenhada pelas Constituições em relação aos sistemas jurídicos contemporâneos. Esse fato não é obra do acaso, vez que foi justamente a ampliação das funções atribuídas às Constituições o principal fator responsável pelo declínio da hegemonia ideológica e cultural do positivismo jurídico.

A *Teoria pura do Direito*, de Hans Kelsen, é excelente exemplo dessa percepção minimalista. Para o autor, o liberalismo político constituía o modelo ideal de governo, pois era capaz de conciliar o princípio constitucionalista com o regime democrático. Kelsen enfatiza que o governo não pode “interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei como direitos ou liberdades humanas fundamentais”.³

A opção pelo constitucionalismo liberal clássico não assegurou função de destaque na organização de seu sistema jurídico à Constituição, que detinha somente função macroestrutural. Em diversas passagens, o autor austríaco, ao expor a sistemática da dinâmica jurídica, pela qual a norma pertence a dado ordenamento se criada consoante o procedimento previsto em outra norma do próprio ordenamento, deixa transparecer o limitado papel da Constituição na estrutura escalonada que compõe o sistema jurídico.⁴

Nessa definição, a Constituição aparece como norma ou conjunto de normas que estabelece os órgãos do Estado e os processos através dos quais os órgãos legislativos atuarão na produção de regras jurídicas válidas. Kelsen deixa patente o sentido *fraco* que confere a sua concepção de Constituição no seguinte excerto:

A criação de normas jurídicas gerais é aplicação da Constituição, tal como a aplicação de normas jurídicas gerais pelos tribunais e órgãos administrativos é criação de normas jurídicas individuais. (...) Porém, a relação entre o elemento formal e o material é, nos dois casos, diferente. A Constituição (no sentido material

³ KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Vera Barkow et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 183.

⁴ Kelsen, explicando o fundamento de validade da ordem jurídica, enfatiza que “por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade (...)” (Idem. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 221).

da palavra) em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa e deixa o conteúdo das leis ao órgão legislativo. Só excepcionalmente – e, de modo eficaz, apenas por via negativa – determina o conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos.⁵

Conquanto a função da Carta Magna na teoria kelseniana possa, aos olhos do leitor contemporâneo, parecer anacrônica e conservadora, é importante destacar que o minimalismo constitucional foi preponderante na teoria do Direito até meados do século XX. O pensamento do autor é ilustração fiel do período de hegemonia política, ideológica e jurídica do positivismo legalista.

A pretensão minimalista situava o constitucionalismo como Linha *Maginot* de resistência jurídica ao abuso do poder, como reflexo lógico do momento histórico de sua gênese, no qual prevaleciam monarcas absolutos ou oligarquias nobiliárquicas. Para tanto, afigurava-se imperativo a implementação de um sistema político fundado na soberania popular, que disciplinasse o método democrático de exercício do poder político, inclusive no tocante à produção das leis.

O *punctum dolens* da questão remete ao paradoxo que ainda aflige os constitucionalistas de hoje: a soberania popular, para ser otimamente exercida, tem que ser limitada. Por assim dizer, o constitucionalismo foi albergado na era democrática através da percepção de que nem mesmo a democracia está imune a arroubos de poder. A regra basilar de um governo democrático encontra assento na regra da maioria, a qual dita as diretrizes precípuas de governo. Entrementes, claro é que maiorias também podem ser opressivas. Cabe às Constituições, no mínimo, proteger indivíduos e minorias de eventual uso abusivo do poder pelas maiorias.

Nas hostes do positivismo, o embate entre livre exercício do poder político e função do constitucionalismo de limitar o governo foi decidido em favor do primeiro. Os textos constitucionais do século XIX e da primeira metade do XX limitaram-se à disciplina macroestrutural do sistema jurídico, voltando-se para o processo de criação das normas gerais de Direito. Assim, a preocupação resumia-se a quem poderia realizar tal tarefa (competência) e por quais meios (procedimento). O conteúdo do Direito, no entanto, era determinado ao livre alvedrio do legislador, lídimo representante da soberania popular.

⁵ *Ibidem*, p. 257-8.

2.2.1

Transição do paradigma de Estado e evolução do constitucionalismo

Como exposto, o Estado de Direito Liberal foi marcado por Constituições que detinham tão-somente função macroestrutural e procedimental dentro do sistema jurídico. Disciplinavam o poder político e o processo de formação das leis, ao passo que a criação do Direito, considerado como conjunto de regras de condutas que carregavam determinado conteúdo, ficava ao encargo do órgão de representação popular.

A temática da legitimidade esgotava-se, por consectário, na legalidade. O conteúdo do Direito vigente pouco era influenciado pelas Constituições, as quais intervinham timidamente por um catálogo incipiente de direitos individuais. Estes, em regra, apresentavam-se sob a forma de liberdades públicas e não atuavam proativamente como fonte positiva de Direito, eis que serviam apenas como limite negativo à atuação estatal.

Tal período da ciência jurídica pode ser denominado de legiscentrismo. A lei era, então, fonte primeira e exclusiva do Direito e representava o produto final da razão humana, consoante a concepção iluminista dominante. O sentimento de supremacia quase absoluta da lei pode ser facilmente depreendido da lição de Carré Malberg:

En esta jerarquía de los poderes y de las autoridades, el cuerpo legislativo posee la más alta potestad. Estatuye de una manera inicial: en especial, crea el derecho libremente. Las reglas que dicta constituyen el orden jurídico superior y estatutario del Estado, y, por consiguiente, obligan a todos los órganos o autoridades estatales distintos del órgano legislativo mismo.⁶

André Ramos Tavares, acerca das razões que conduziram à exasperação da força da lei, aduz o seguinte:

⁶ MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. Trad. José Lion Depetre. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 839.

Conclui-se que a exaltação da lei adveio de triplo fundamento. (i) A aspiração democrática na lei se via realizada. (ii) A realização iluminista do ideal da razão. (iii) A certeza e a segurança se reconheciam no instrumento “lei”. Teoricamente, a supremacia da lei esteve atrelada à idéia de “fontes” e à identificação formal (não material) do Direito, possibilitando o necessário (à época) controle sobre todo o conteúdo (material) do Direito pela manipulação estatal exclusiva da lei (monopólio de criação e reconhecimento do Direito).

A estrutura do Estado, seu reconhecimento, legitimidade, funcionamento e objetivos construíram-se, nesse momento, em torno da idéia da supremacia de lei formal escrita. O Estado alicerçado na exaltação da lei, com todos os consectários acima apontados, deve ser reconhecido, pois, como um Estado “legalista” ou “legalitário”.⁷

No contexto acima, não havia espaço para um Tribunal Constitucional apto a interpretar leis, as quais detinham *força passiva* em relação às decisões judiciais em geral.⁸ Estas, portanto, por possuírem força inferior à das leis, eram incapazes de contrastá-las. As idéias de lei como principal fonte de Direito e de sua supremacia somente se afiguravam possíveis em virtude da força passiva no concernente aos pronunciamentos do Judiciário.

A atividade jurisdicional era concebida como simples subsunção do fato à norma, por meio de um processo mecanicista. Tinha caráter secundário, submisso aos limites impostos pelo Legislativo. Aos juízes e ao restante dos operadores do Direito não era reconhecida qualquer legitimidade para atuar normativamente, vez que apenas a lei poderia desempenhar tal papel. Eduardo García de Enterría reforça a concepção do Judiciário como reles executor das leis durante esse período, marcado por uma perspectiva minimalista de positivismo:

En el jacobinismo histórico, en efecto, el mito de la Asamblea (la *Convención*, expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible e certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante (...) el que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés (...) todo poder judicial, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia Asamblea (...).⁹

Isto posto, dessume-se a impossibilidade de reprimir ou alterar o sentido da lei, o que certamente representaria atividade inadequada e, mesmo, subversiva.

⁷ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

⁸ A superioridade das leis era decorrência de sua força formal, que pode ser *ativa* ou *passiva*. Esta se refere à capacidade de resistência ou força em sentido estrito, ao passo que aquela diz respeito à capacidade de inovar no ordenamento jurídico. É justamente a força *passiva* em relação às normas de grau inferior e às decisões judiciais que assegurava a supremacia da lei.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1994, p. 164.

Inconcebível, no momento marcado pelo legiscentrismo, o surgimento de um Tribunal Constitucional, já que o Judiciário, nas palavras de Charles Louis de Sécondat Montesquieu, nada mais era do que “bouche qui prononce les paroles de la loi”.¹⁰

Veza que tudo estava consignado ao âmbito da legalidade, o Estado acabou por restringir o impacto revolucionário e constitucional inicialmente almejado. Apesar das declarações de direitos fervorosamente proclamadas, apenas a lei era capaz de conceder eficácia jurídica a tais direitos. O império da lei acabou por possibilitar um controle de conteúdo de tais direitos por parte do Estado. O modelo legalista, restrito ao plano formal e incapaz de provocar mudanças materiais na sociedade, coloca em xeque a exclusividade e a primazia da lei na lista de preferências normativas. Concomitantemente, observa-se a crise da própria idéia de supremacia do parlamento.

O abuso do legislador foi o responsável maior pelo colapso do modelo ora em debate. Dois fatores, aparentemente paradoxais, concorreram para fomentar o clima de desconfiança. De um lado, a hiperlegalidade, já que o excesso de leis na regulamentação da vida social e a conseqüente intromissão em setores antes resguardados à livre esfera de ação dos cidadãos acarretaram insatisfação e insegurança jurídica. Pode-se dizer, assim, que ocorreu a falência qualitativa do fenômeno legislativo. Doutra giro, ao lado da hiperlegalidade, observa-se também a hipolegalidade, refletida na incapacidade de tal modelo de Estado atender aos anseios da sociedade, pois, como enfatizado, ficava adstrito ao viés formalista, deixando a preocupação da concretização material dos direitos em plano secundário.

Diante de tal panorama, duas razões podem ser apontadas para a mudança do papel do Direito e da Constituição: uma concernente à estrutura do sistema jurídico, ocorrida na segunda metade do século XX, com a passagem do Estado *legalista* de Direito para um Estado *constitucional* de Direito, em razão da referida crise; a outra referente à mudança do sistema político em decorrência do desenvolvimento do Estado Social e da conseqüente intervenção estatal na economia e na sociedade.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat. *De l'esprit des lois*. Introd. Gonzague Truc. Paris: Garnier Frères, 1949. T. I, p. 171.

A primeira grande transformação – na estrutura do sistema jurídico – iniciou-se na Europa com o surgimento das Constituições rígidas, no período subsequente à Segunda Guerra Mundial. Estas passaram então a incorporar vasta gama de princípios e direitos fundamentais como limites e vínculos, agora não apenas para o Executivo e Judiciário, mas também para o Legislativo.

Como dito alhures, no Estado Liberal clássico, a primazia da lei consagrava a supremacia do Parlamento. O Judiciário estava sob o jugo de um legalismo extremado e atuava, por conseguinte, como aplicador técnico da lei, independentemente do conteúdo. Esse paradigma alterou-se profundamente com as Constituições rígidas do segundo pós-guerra, que submetem também o legislador à lei – *rectius*, à lei constitucional – e transformam o Estado *legalista* em Estado *constitucional* de Direito.

A derrocada do nazismo e do fascismo, acontecimento da época, tornou patente que o consenso popular, do qual haviam gozado tais regimes totalitários, não garantia, de per si, a qualidade da democracia diante da degeneração do poder político. A Constituição exsurge, então, como conjunto de metas e regras impostas aos titulares dos poderes públicos, ainda que representantes da maioria, que se viam obrigados a respeitar os direitos fundamentais de todos e também o princípio da separação de poderes.¹¹

Trata-se de radical transição paradigmática, pois afeta a natureza do Direito, da política e da democracia. No plano da teoria do Direito, a mudança pode ser sintetizada na tese da subordinação da lei à Constituição e na conseqüente dissociação entre vigência (ou existência) e validade das normas.

Consoante o exposto no item anterior, o positivismo minimalista consagrou os princípios da legalidade e da onipotência do legislador. A conseqüência lógica foi a identificação da validade das leis, em oposição às vetustas concepções de Direito natural, com a positivação, ou seja, com a observância dos trâmites previstos no ordenamento para sua elaboração. O Direito tinha passado, então, a ser não o que se considerava como verdadeiro ou justo em dado caso, mas o que

¹¹ Retoma-se, quase dois séculos depois, a noção de Constituição formulada pelo artigo 16 da Declaração dos Direitos de 1789: “Tout société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution” (MINISTÈRE DE LA JUSTICE – RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Disponível no sítio em 17 dez. 2001. URL: <http://www.textes.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10086&ssrubrique=10087&article=10116>. Acesso em: 30 nov. 2007).

estatuía a lei.¹² Observava-se, paralelamente com a onipotência do legislador, a idéia de onipotência da política. Esta detinha primazia em relação ao Direito, pois a legislação era competência exclusiva da política, identificada com uma concepção totalmente formal de democracia, a qual remetia à vontade da maioria.

A revolução, produzida com o advento das Constituições rígidas, equivale à integração do Estado de Direito. Isso significa afirmar a sujeição de todos os poderes, inclusive o Legislativo, à legalidade constitucional, não apenas no que diz respeito às formas e procedimentos de formação das leis, como também em relação ao conteúdo.^{13 14}

No Estado Constitucional de Direito o legislador não é onipotente, já que as leis que produz não são válidas somente porque são vigentes ou, em outras palavras, porque produzidas em consonância com os ditames previstos nas normas que determinam os procedimentos para sua elaboração. Devem, principalmente, ser coerentes com os princípios constitucionais.

No plano da política, percebe-se a inversão de sua relação com o Direito, pois também a política e a legislação produzida submetem-se aos baldrames estipulados pelo ordenamento. O Direito já não pode mais ser concebido como instrumento da política, e sim o contrário, visto que a política passa a ser forma de atuação dos direitos fundamentais e dos princípios, atuando em prol de um projeto, tanto jurídico quanto político, que é a Constituição.

¹² Esse viés formalista contrapõe-se à antiga máxima do Direito natural: *veritas non auctoritas facit legem*. No dizer de Miguel Reale, “no fundo Hobbes é o inverso ou o pólo oposto de Platão: este submete os indivíduos a um Estado ideal, enquanto aquele, visando antes de mais nada à autoconservação e à segurança de todos, sujeita-os ao querer soberano do Estado real, nascido das contingências e fraquezas existenciais do homem. Donde a rude e assombrosa conclusão hobbseniana: *Auctoritas non veritas facit legem*” (REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5).

¹³ Consoante lição de Andre Ramos Tavares, a “rigidez nada mais é do que a impossibilidade de mudança das normas constitucionais pelo mesmo procedimento adotado para a revitalização da legislação de cunho infraconstitucional. Em outras palavras, as normas que regulam a revisão da Constituição são diversas daquelas previstas para a revisão da legislação em geral, tendo como principal critério discriminador a dificuldade, que é mais intensificada com relação às primeiras. Assim se propicia um maior grau de proteção dessas normas” (TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76).

¹⁴ Por óbvio, a Constituição capaz de fixar baldrames para a atividade legislativa e ensejar a possibilidade de fiscalização de seu cumprimento como conjunto normativo fundamental, o qual deve ter sua primazia jurídica resguardada, deve ser rígida e estar situada no topo da hierarquia jurídica (supremacia da Constituição). Como apontou León Duguit, “En un país como Inglaterra, que no conoce la distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, no ha surgido jamás la idea de crear un órgano encargado de apreciar la conformidad de las leyes al derecho. Verdad es que, en Inglaterra, la fuerza de la opinión es la mejor de las garantías contra la arbitrariedad del legislador” (DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del estado: el derecho y el estado: las libertades públicas: la organización política*. Trad. José G. Acuña. 2. ed. Madrid: Francisco Beltrán, 1926, p. 280).

Ademais, observa-se também a transformação no plano da democracia, alterando-se a própria natureza do ideal democrático. Nas palavras de Luigi Ferrajoli,

(...) la democracia no consiste ya sólo en la dimensión política que le confiere la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, que, a su vez, condiciona la vigencia de las leyes, sino también en la dimensión substancial que le imponen los principios constitucionales, mismos que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez substancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos.¹⁵

Por essa mudança de paradigma, não apenas os Tribunais Constitucionais estão encarregados do controle de constitucionalidade das leis, mas também os juízes ordinários têm poder e dever de proceder ao controle. A sujeição à lei e, acima de tudo, à Constituição, concede aos juízes posição de garante dos direitos fundamentais, inclusive contra atos do legislador. A interpretação judicial não mais se resume a um mecânico processo de subsunção do fato à hipótese normativa. Pelo contrário, torna-se também um juízo sobre a lei em si, pelo qual se procura estabelecer os sentidos válidos, de acordo com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais.

A segunda grande transformação retromencionada refere-se ao sistema político e consiste na ampliação das funções do Estado. Esse fato resulta do novo viés social, da maior intervenção econômica e das prestações exigidas em decorrência dos direitos sociais constitucionalizados.

Neste comenos, surge o *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social), com a intervenção normativa na liberdade individual e na vida social. Passou-se a exigir atuação estatal em áreas então imunes à sua interferência, normativa ou material. Além disso, as normas começam a se dirigir para o futuro, através das proposições constitucionais, na busca da realidade ainda a ser implementada, por meio da atuação do próprio Estado.

A implementação dos ideais do constitucionalismo consagra a tese de que o poder, pertencente ao povo, é exercido pelo legislador, mas encontra limites nas regras básicas da Constituição. A aceitação dessa *força normativa* conduz à superação do paradigma legalista, já que a Constituição passa a ser fonte precípua

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 92.

de Direito. Outrossim, passa a disciplinar as demais fontes e ocasiona a derrocada da primazia e do monopólio da lei enquanto fonte jurídica.¹⁶

Como conseqüência, o Direito torna-se extremamente complexo. O minimalismo constitucional e a teoria de Kelsen, mais precisamente a representação espacial-piramidal e sua linearidade, afiguram-se inadequados. Isso porque em cada grau da pirâmide normativa podem ocorrer problemas de legitimação, em função da pluralidade de órgãos envolvidos e da multiplicidade de formas normativas capazes de emergir do mesmo órgão. No ensinamento de Francisco Balaguer Callejón,

La disociación que se produce históricamente, entre el órgano productor y el tipo de norma que emana del mismo, impide hoy la localización conceptual de la fuente en el órgano. El régimen jurídico de cada categoría normativa no depende ya en exclusiva de su origen, entendiendo por tal el órgano del que surge. Y ello porque de un mismo órgano surgen diferentes normas, mientras que normas sometidas a un mismo régimen jurídico pueden ser producidas por órganos diferentes.¹⁷

A norma constitucional necessita de interpretação, processo eminentemente criativo, identificado com a produção de Direito. Aparece a possibilidade de conflito entre normas, em função da não exclusividade de produção. É imperativo determinar, nesse ínterim, qual órgão, entre os capazes de decidir sobre normas constitucionais, detém preferência em relação aos demais nesse processo decisório. Tal preferência pode ser cambiante, dependendo das circunstâncias concretas.

A título de ilustração, pense-se na hipótese na qual o Legislativo, ao interpretar a Constituição por meio de lei, pode ser preterido pela interpretação do Tribunal Constitucional. Entretanto, o mesmo Legislativo pode, em outro momento, sobrepor-se ao Judiciário. Como, por exemplo, ao interpretar a Constituição por meio de emenda constitucional, a qual poderá prevalecer sobre a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional.

¹⁶ No dizer de Canotilho, três seriam as características basilares da Constituição no Estado Constitucional de Direito: “(1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprimazia normativa*); (2) as normas de direito constitucional são *normas de normas (norma normarum)*, afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (...); (3) (...) implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição (...)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 137).

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del derecho. Vol. I: Principios del ordenamiento Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 61-2.

Na sistemática kelseniana, o Tribunal Constitucional limita-se a fiscalizar os casos de desrespeito à hierarquia normativa. Contudo, a crescente complexidade do fenômeno jurídico, com a superação do legiscentrismo e da onipotência do legislador, deixa patente a necessidade de um órgão capaz de deliberar acerca dos problemas decorrentes da nova realidade. Entre esses, a distribuição de competências, a governabilidade, o atendimento ou não dos programas estipulados no texto constitucional – que agora não mais consistem em meras diretrizes, mas possuem força vinculante –, os choques entre os poderes e várias outras questões limites, as quais não podem ser reduzidas à lei e à sua posição na hierarquia do sistema jurídico.

2.3

Substancialistas e procedimentalistas: a posição dos Tribunais Constitucionais em Ronald Dworkin e Jürgen Habermas

2.3.1

Teoria substantiva da Constituição: Dworkin e a ofensiva dos direitos

A transição de paradigma estatal apontada, conjuntamente com o novo tipo de constitucionalismo do século XX, acelerou e agravou o antagonismo entre regime constitucional e democracia. Isso porque, no liberalismo, as Constituições possuíam funções tímidas, atuando apenas como fonte normativa dos órgãos e dos procedimentos necessários à elaboração das leis, as quais eram as únicas encarregadas de produzir normas jurídicas.

Ademais, as Constituições liberais elencavam diminuto rol de direitos individuais fundamentais – concebidos como liberdades públicas –, que não eram vistos como direitos subjetivos, e sim como limites negativos ao conteúdo das leis. Dentro de tal diagrama, a limitação do poder presente nas Cartas Magnas não afrontava a liberdade de conformação do legislador, o qual preservava a competência suprema da produção do Direito.

As Constituições do segundo pós-guerra rompem com essa passividade, em movimento de reação às crises política e moral da civilização humana e às transformações econômicas que acarretaram aumento na complexidade social. Conquanto mantenha as funções históricas de organização do Estado e contenção do poder, o cerne do constitucionalismo desloca-se para um sistema diversificado de direitos fundamentais, em detrimento da soberania parlamentar e da supremacia da lei. Por meio do reencontro entre Direito e moral, supera-se o postulado positivista de pureza da ordem jurídica, em razão da positivação dos direitos humanos nos sistemas de direitos fundamentais. A consagração de valores substantivos no mundo ocidental provocou o surgimento das chamadas concepções substantivas das Constituições.

Estreme de dúvidas, entre os denodados defensores da idéia substantiva de Constituição, o de maior destaque é Ronald Dworkin. Em seu diálogo com o positivismo, o autor articula um ativismo judicial construtivo, pautado por argumentos racionais e, sobretudo, controláveis, com fito de não culminar no autoritarismo de um possível governo de juízes.¹⁸

O grande esforço de Dworkin é no sentido de justificar o papel atuante da jurisdição constitucional, embasado em construções teóricas que enfatizam a especificidade de seu objeto, separando-o da seara própria das escolhas políticas. Com esse raciocínio, pretende demonstrar que uma sociedade realmente democrática não só admite salvaguardas contramajoritárias como delas necessita, em nome de princípios de moralidade política.

O sistema jurídico proposto pelo referido autor requer a revisão da rígida separação entre Direito e Moral, tão cara ao positivismo jurídico. Em seu lugar, defende um fundamento metapositivo do Direito, o qual encontraria esteio em uma comunidade de princípios. Nesta, cada membro atuaria como agente moral, em consonância com princípios compartilhados por todos e não por regras fixadas em um compromisso político.

Dessa forma, os vínculos que unem os cidadãos de dada comunidade são os princípios de conduta compartilhados e avalizados pelos mesmos. Ditos princípios, via de regra, encontram-se incorporados em normas jurídicas que

¹⁸ Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 75 et seq.

seguiram os trâmites legislativos reconhecidos socialmente. Entretanto, transcendem essas normas, por sua maior importância, o que justifica até mesmo a desobediência civil em alguns casos, como forma de evitar injustiças.

A *leitura moral da Constituição*, apregoada pelo autor, refere-se justamente à necessidade de compatibilização da legislação e das decisões judiciais com os princípios morais incorporados pelas Constituições e seus catálogos de direitos fundamentais.¹⁹ Deve o aplicador do Direito atuar ativamente e interpretar esse sistema como um todo harmônico e coerente, dotado de *integridade*.²⁰ Esta, na concepção de Dworkin, visa a incluir no processo de tomada de decisão jurídica a legislação e os precedentes jurisprudenciais, nunca olvidando os princípios que os nortearam.

Nesse ponto reside a principal diferença do modelo ora em comento para o modelo hermenêutico tradicional. Ao contrário deste, ancorado no método de subsunção e na aplicação das regras legais ao caso concreto, Dworkin propõe a inserção de princípios que, juntamente com as regras, atuariam como fontes de Direito. Nos casos difíceis – em que há dificuldade de reconduzir dado fato a um conteúdo normativo específico, devido à ausência de regra ou à aparente antinomia entre normas – é a interpretação construtiva dos princípios e dos direitos que deles decorrem que possibilita o encontro da *resposta certa*. Essa, na visão de Dworkin, deve ser compreendida como a *melhor resposta possível* a ser obtida dentro de um processo argumentativo racional.

De acordo com o autor, uma decisão discricionária do Poder Judiciário comprometeria seriamente três valores caros à democracia liberal. A autonomia pública, pois a criação de regras casuísticas usurparia a autolegislação dos cidadãos; a segurança jurídica, pois as leis assim criadas seriam retroativas; e a separação de poderes, já que o casuísmo apontado faria com que o juiz assumisse tarefa eminentemente legislativa. Por isso, a teoria da decisão construída por Dworkin não deixa margem à discricionariedade judicial e, para tanto, surge a necessidade de incorporar no sistema jurídico os princípios de direito.

Posto que tanto os princípios quanto as regras apresentam conteúdo deontológico, Dworkin assevera que eles se distinguem no plano lógico. Por

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 2.

²⁰ Idem. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 176 et seq.

outras palavras, ambos apontam para decisões particulares sobre a obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas diferenciam-se no tocante à natureza da orientação que fornecem para tal decisão. As regras têm fulcro em um modelo condicional. Verificando-se a hipótese fática *A*, aplica-se a consequência normativa *B* (se *A*, então *B*). Já os princípios apresentam conteúdo impassível de determinação *a priori*, ditando apenas razões capazes de nortear a decisão sem, contudo, predeterminá-la de modo conclusivo.

Desse raciocínio surge a afirmação de que as regras são aplicadas com base no tudo ou nada: presentes os fatos previstos na hipótese de incidência normativa, ou a regra é válida, caso em que a resposta por ela oferecida deve ser aceita peremptoriamente, ou não é válida, caso em que não contribui para a decisão. Já os princípios apenas auxiliam na decisão ao fornecer fundamentos, aos quais podem ser conjugados outros fundamentos oriundos de outros princípios. Juridicamente, é possível a colisão entre dois ou mais princípios sem que ocorra a exclusão total de um em detrimento de outro, em função de sua estrutura mais aberta e abstrata. Deve o intérprete efetuar o que os doutrinadores denominam *calibragem*, através do método hermenêutico da *ponderação*.²¹ Este consiste na aferição, diante de um caso fático concreto, da importância que cada um dos princípios colidentes deve ter naquela hipótese.

Determina-se, assim, o peso específico para a situação *sub examine*, de modo a otimizar a aplicação dos princípios e permitir a melhor incidência de cada um, com mínimo prejuízo dos demais. Essa postura acerca das normas jurídicas, agora divididas entre regras e princípios, permite que Dworkin rejeite a tese normativista de interpretação, pela qual os juízes decidem discricionariamente diante de casos difíceis, diante da ausência de elementos legais para a tomada de decisão. Sobre o tema, interessante é a lição de Oscar Vilhena Vieira:

Ao trazer os princípios para o sistema jurídico e, conseqüentemente, para a tarefa de aplicação do Direito, Dworkin busca demonstrar que o espaço deixado ao magistrado não é tão amplo como pretendem os realistas e positivistas e que o fato de os juízes se utilizarem de outros critérios, que não sejam apenas regras, na aplicação do Direito, não significa que estejam agindo discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores.²²

²¹ Idem. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 26-7.

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 198.

Além disso, a visão do autor sobre os princípios embasa a legitimidade da jurisdição constitucional no conflito com as decisões da maioria legislativa. As grandes decisões políticas seriam justificadas por argumentos de duas ordens. *Primo*, por meio de argumentos de política (*arguments of policy*), que são as metas ou diretrizes a serem alcançadas pelo governo para a melhoria de algum aspecto econômico ou social da comunidade como um todo. Tentam demonstrar que a comunidade em geral seria beneficiada pela adoção de um programa em particular, baseando-se nos objetivos ou resultados.

Secundo, através de argumentos de princípios (*arguments of principle*), que representam padrões a serem observados não em função de critérios finalísticos, e sim por corresponderem aos anseios sociais de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade. Os argumentos de princípios esteiam-se em direitos que devem ser assegurados, mesmo que contra fins coletivos desejados pela maioria.²³

O raciocínio exposto permite conceber jurisdição constitucional e legislação como instrumentos da consolidação democrática, cada qual com uma seara de racionalidade e atuação específica. Do exposto, pode-se inferir o seguinte:

As questões de princípio são matérias insensíveis à escolha ou à preferência da população (*choice-insensitive or preference-insensitive*), sendo, antes, imperativos morais da própria comunidade, reconhecidos como direitos fundamentais das pessoas. Já as questões de políticas são, por sua natureza, matérias sensíveis à escolha ou à preferência da população (*choice-sensitive or preference-sensitive*), de vez que importam em fins coletivos a serem alcançados pela comunidade, sem relação direta ou comprometimento de direitos fundamentais.²⁴

A jurisdição constitucional consiste, para Dworkin, no meio mais propício à interpretação por princípios, vez que os juízes, pela formação ou pela independência, estão mais aptos a solucionar problemas concernentes às denominadas questões de princípios – daí a expressão *insensíveis à escolha*, pois estariam tais matérias imunes à deliberação, postas a salvo de arroubos majoritários momentâneos. Doutro giro, os Parlamentos seriam mais qualificados para deliberar acerca das políticas públicas que envolvam a coletividade, em

²³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Ed. cit., p. 22.

²⁴ Idem. Equality, Democracy and Constitution: We the people in Court. In: *Alberta Law Review*, n. 28, 1990, p. 324-46, apud BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 90.

função de sua legitimação popular – e, portanto, tais questões são rotuladas como *sensíveis à escolha*.

Por esse prisma, a jurisdição constitucional concorre para a consolidação da democracia, não havendo relação de antagonismo. Só há efetiva democracia, concebida como governo segundo a vontade do povo, caso sejam os cidadãos tratados como agentes morais autônomos, assegurando-se igual respeito e consideração.²⁵

Isso equivale a dizer que as condições democráticas, na forma de direitos fundamentais, são consolidadas nos textos constitucionais como princípios, os quais asseguram a plena cidadania e o correto processo político-deliberativo. Assim, não atuam os direitos fundamentais como restrição à democracia, e sim como exigência desta.

2.3.2

Habermas e os contornos de uma jurisdição constitucional procedimentalista

No livro *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, Jürgen Habermas propugna que democracia e Estado de Direito não apenas se relacionam sob o ponto de vista histórico-empírico, como também guardam entre si um vínculo de natureza conceitual. Extremando o raciocínio, tais idéias apresentam um nexos interno, de modo que o Estado de Direito não se completa sem a efetiva participação democrática dos cidadãos, e a democracia depende das formas do Estado de Direito para se efetivar em sociedades complexas.²⁶

A partir dessa idéia, Habermas desenvolve uma noção procedimentalista de Estado Democrático de Direito e do Direito em si, sem abandonar o pressuposto

²⁵ Robert Alexy vaticina que os direitos fundamentais coadunam-se com a democracia, sem que, com isso, deixem de denotar certa desconfiança em relação ao processo democrático. São democráticos, pois constituem o sustentáculo da própria democracia, a qual ficaria esvaziada sem os mesmos. Entretanto, ao vincularem o legislador, são retirados do poder decisório da maioria parlamentar, refletindo também uma desconfiança em relação ao processo democrático (ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53).

²⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 310.

de que a ordem jurídica não prescinde da pretensão de legitimidade. Contudo, em condições pós-convencionais, a qualidade de legítimo não encontra arrimo no aspecto metafísico ou substantivo de um direito natural, anterior e superior à ordem normativa. Há, portanto, um deslocamento na fonte de justificação do fenômeno jurídico, que se volta para os pressupostos comunicativos, desenvolvidos sob condições específicas, capaz de guiar a formação da opinião e da vontade sob o pálio da teoria do discurso.

Conquanto reconheça alguns méritos na concepção substantiva de Dworkin, Habermas rechaça sua aplicação para a maioria das democracias contemporâneas. Pela ótica de Dworkin, o *telos* lógico dos princípios é o controle da discricionariedade judicial. Entretanto, deve-se admitir que a tarefa de encontrar princípios jurídicos e conferir o peso ideal de cada um no caso concreto é árdua. Para superar esse obstáculo, Dworkin utiliza-se de um juiz contrafático, idealizado, com capacidade intelectual equivalente à força física de um Hércules.²⁷

Esse juiz ideal faz opção pelo construtivismo e apresenta-se como ferrenho defensor das minorias contra eventuais injustiças praticadas pelas majorias, interpretando o Direito como integridade. A interpretação formulada racionalmente a partir de princípios substantivos considera não apenas a Constituição como um todo, mas também a história, as tradições e as práticas constitucionais.

O juiz Hércules, ao interpretar e aplicar o Direito, deve ter em mente que seu ato faz parte de um encadeamento histórico, no qual a práxis constitucional vai paulatinamente incorporando os princípios a serem utilizados no caso concreto.²⁸ Nas palavras de Habermas, “a teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão de racionalidade no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça”.²⁹

²⁷ Idem. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 263.

²⁸ “O ‘juiz Hércules’ dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia de princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir ‘erros’” (Ibidem, p. 263).

²⁹ Ibidem, p. 264.

Habermas enfatiza que Dworkin trilhou caminho certo ao tentar conciliar as exigências de segurança jurídica e aceitabilidade racional. Esta impinge a fundamentação lógica, a fim de que as decisões possam ser aceitas racionalmente pelos membros do Direito; aquela exige que tais decisões sejam tomadas dentro do quadro da ordem jurídica estabelecida.³⁰

A leitura moral da Constituição proposta por Dworkin traz um modelo de interpretação orientado por normas e princípios, o qual pressupõe a existência de uma comunidade que partilha princípios comuns e expressa uma confiança antropológica em suas próprias tradições.³¹ Na opinião de Habermas, é justamente a confiança nas tradições e práticas constitucionais norte-americanas que permite a adoção da perspectiva substantiva e não meramente procedimental de democracia constitucional, bem como de um modelo hermenêutico que pressupõe uma concepção de direito como interpretação e integração. Diante disso, afirma o autor:

A interpretação reconstrutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de “razão existente”. Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que já dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está inclinado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano. No entanto, mesmo quem não compartilha essa confiança ou se encontra noutros contextos jurídicos ou políticos, não precisa renegar a idéia reguladora incorporada no Hércules, uma vez que no direito vigente são encontráveis indícios históricos que permitem uma reconstrução racional.³²

Entretanto, segundo Habermas, tal proposta não é adequada para a maior parte das democracias contemporâneas, mais especificamente aquelas onde predomina o pluralismo social misturado a um passado recente de autoritarismo. Em primeiro lugar, porque Dworkin aposta em um juiz que atua monologicamente e com privilégio cognitivo, capaz de representar os cidadãos e garantir inteiramente a integridade da comunidade. Em segundo lugar, porque um contexto histórico que inviabilize o recurso a princípios substantivos inviabiliza a tese de Dworkin.

³⁰ Ibidem, p. 246.

³¹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 219 et. seq.

³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, ed. cit., p. 266.

A referência hermenêutica à pré-compreensão determinada por princípios não deve conduzir o juiz a tradições autoritárias com conteúdo normativo. Esse recurso só se validaria caso permitisse uma “apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios”, o que, definitivamente, não ocorre na maioria das democracias hodiernas.³³

Habermas assevera que a formação democrática da vontade não retira seu fundamento de validade da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, como se os direitos do homem fossem resultado de transcendental epifania (tese jusnaturalista) ou de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos (tese de Dworkin). Do contrário, a força legitimadora decorre de pressupostos comunicativos e procedimentos, que permitem a prevalência dos melhores argumentos no processo deliberativo. Logo, há uma decisão recíproca dos próprios cidadãos livres e iguais de regular suas vidas através do Direito positivo.³⁴

Os direitos fundamentais cumprem, nesse contexto, o papel de assegurar a autonomia dos cidadãos, em seu viés público e privado, de modo que eles possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade, livres de qualquer forma de coerção, senão a do melhor argumento. Direito legítimo é aquele em que todos os cidadãos participam não somente como destinatários, mas também como autores das normas – autolegislação. A justificativa dos direitos fundamentais é procedimental, não mais metafísica, já que passam a atuar como garantes da participação dos cidadãos no processo democrático.

Tais direitos não são pré-determinados, dados previamente à deliberação e autodeterminação dos cidadãos. Compõem, contudo, um rol de condições essenciais da democracia em si, enquanto liberdades que devem ser reciprocamente atribuídas a todos. Somente assim surgirá um ambiente apto à

³³ Ibidem, p. 252.

³⁴ A proposta de ação política habermasiana também tem fulcro no procedimentalismo e, por isso, recebe a denominação de modelo das comportas ou eclusas, em substituição ao antigo modelo do assédio. Ambos estruturam a relação entre sistema político e Estado de Direito através da relação entre centro e periferia. No modelo do assédio, a fortaleza política que aparta o centro da periferia é constantemente assediada pelos cidadãos, os quais influem nos processos deliberativos, mas não possuem intenção de ultrapassar as barreiras da fortaleza. Já no modelo de Habermas, os fluxos de comunicação devem transpassar as comportas do procedimento democrático e dos demais procedimentos estabelecidos pelo Estado de Direito. Somente assim os cidadãos seriam capazes de exercer influência sobre o centro, ou seja, sobre os Tribunais e sobre a Administração (Idem. *Más Allá Del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 1997, p. 147-8).

deliberação, capaz de ensinar a normatização da convivência mediante a produção legítima de regras de Direito.

É nesse contexto que surge a proposta habermasiana: um Tribunal Constitucional que atue de modo não paternalista e que assegure, aos atingidos pelas decisões políticas, a possibilidade de influírem na tomada de tais decisões, de maneira a preservar a autonomia pública e privada dos cidadãos.³⁵

O Tribunal não deve servir como guardião de uma suposta ordem de valores substantivos, como se fosse intérprete qualificado, possuidor de virtudes especiais e com acesso direto a uma verdade maior. Na teoria do discurso, o papel das Cortes consiste exatamente em proteger o processo de criação democrática do Direito, cabendo-lhes a guarda do sistema de direitos que equilibra as autonomias pública e privada em sociedades pós-convencionais.

Conquanto reconheça a complexidade da tarefa de adequar normas válidas a um caso concreto, Habermas enfatiza que tal dificuldade pode ser reduzida caso se recorra aos paradigmas do Direito. Estes são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para a comunidade de participantes de uma ciência. Sob o prisma jurídico, o paradigma explica, com auxílio de um modelo contemporâneo de sociedade, como devem ser entendidos os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais, a fim de cumprir, em dado contexto, suas funções normativas. Na lição de Gisele Cittadino:

O objetivo de Habermas, ao adotar uma compreensão paradigmática do direito, é estabelecer uma íntima conexão entre hermenêutica constitucional e processo histórico, demonstrando como as proposições e exigências do paradigma de direito vigente conformam a doutrina jurídica e influenciam a hermenêutica constitucional. Conseqüentemente, como resultado desta relação entre hermenêutica e história, os princípios do Estado de Direito e o sistema de direitos fundamentais que estão abstratamente presentes nas Constituições das democracias contemporâneas apenas adquirem densidade, segundo Habermas, através de um

³⁵“Uma liberdade outorgada em termos paternalistas significa, por sua vez, uma perda de liberdade ou subtração de liberdade. A partir dessa colocação, desenvolvo um modelo procedimentalista do direito: nas complexas relações e situações do Estado social, os sujeitos do direito privado não podem, em absoluto, chegar a gozar de liberdades objetivas, se, em seu papel de co-legisladores políticos, não fazem uso de suas liberdades comunicativas, nem se envolvem em debates públicos sobre a interpretação das necessidades, de sorte que sejam os próprios cidadãos que desenvolvam os critérios e pautas segundo os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o desigual como desigual” (Ibidem, p. 163).

processo hermenêutico inevitavelmente associado ao paradigma de direito em vigor.³⁶

Por esse caminho, associa-se Direito legítimo e democracia não apenas no nível político e deliberativo de produção de normas, mas também no processo de interpretação dialógica. A jurisdição constitucional, para ser legítima, não pode ser executada por um juiz dotado de capacidades especiais, pois pressupõe outras formas de participação que aliviem o órgão jurisdicional da árdua tarefa de interpretar corretamente as normas.

Resta saber, assim, de que modo a prática da interpretação constitucional, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, sem que a Justiça lance mão de competências legisladoras, fato que colocaria por terra a ligação estreita entre Administração e lei.

A questão reside em determinar a linha entre construção do Direito pelo Judiciário e sua criação pelo Legislativo e, ademais, como o Judiciário deve proceder para não ultrapassá-lo. Isso porque os Tribunais não só invalidam leis que Legislativos eleitos pelo voto popular elaboram, mas também interpretam e constroem a liberdade que, por vezes, é legislativa no escopo.

Habermas não considera que os Tribunais Constitucionais afrontem a separação de poderes quando atuam no sentido de unificar e dar coerência ao Direito. O problema se situa na possibilidade de atuação como legislador negativo no controle abstrato de normas, e, neste ponto, defende o autor que é melhor um autocontrole constitucional do Poder Legislativo. O uso de princípios embasados na suposta unidade constitucional e em sua estrutura aberta pode dar azo à criação jurisprudencial com inspiração política.

Além disso, Habermas se opõe à jurisprudência de valores, concepção que rompe com a possibilidade de coerência interpretativa e racionalidade normativa. A Corte não pode desenvolver uma agenda com base em valores por ela mesma constituídos e, fato ainda mais grave, essa agenda não pode significar encargos ao legislador. Sua função é proteger o sistema de direitos previstos na Constituição e examinar o conteúdo das normas controvertidas, com base nos pressupostos comunicativos e nas condições procedimentais do processo democrático de

³⁶CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 206-7.

produção de normas. Desse modo, no contexto do Estado Democrático de Direito, a Corte deve

(...) entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.³⁷

Ao compreender a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos, que fazem valer a conexão interna entre autonomia pública e privada, fica patente que a jurisprudência constitucional agressiva vai de encontro ao processo democrático e à formação deliberativa da opinião e da vontade política. Por esse prisma, a posição de Habermas desconfia do ativismo dos Tribunais e enfatiza a necessidade de que esses se situem no âmbito da divisão de poderes e da adequada repartição de competências com o legislador democrático.

No modelo de democracia deliberativa proposto por Habermas, o Judiciário, ao assumir a tarefa de concretizar o Direito, deve justificar-se perante os foros ampliados da crítica jurídica. A solução para o construtivismo jurídico é a fundamentação e a exposição ao debate público, pois a crítica da esfera pública é capaz de conceder racionalidade e legitimidade.³⁸

O *judicial review* aparece, no pensamento habermasiano, como meio necessário para reforçar o procedimento de formação de vontade, limitado a assegurar, de maneira dialógica, a gênese democrática do Direito. Não pode, assim, ser encarado como entrave, mas como ferramenta capaz de remover obstáculos ao processo democrático, até porque nem mesmo a maioria legitimante tem o condão de inviabilizá-lo. Portanto, como o Direito legitima-se pela via democrática, o discurso comunicativo é o único meio racional capaz de operacionalizar a tensão inerente às relações sociais na sociedade pluralista sem recorrer à violência.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Más Allá Del Estado Nacional*. Ed. cit., p. 99.

³⁸ “Depois de deixar bem nítida a diferença entre o campo da ação comunicativa legislativa e o da ação comunicativa jurisdicional – e, de passagem, lançar uma crítica mordaz à invasão da competência legislativa por parte dos poderes administrativo e Judiciário, que muitas vezes ocorre nas democracias atuais, Habermas apregoa que a interpretação das normas, da mesma forma que a sua produção, deve ocorrer no interior do debate público, com participação efetiva dos cidadãos” (LEITE, Basílone. *Equiprimordialidade de direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas*. 2004. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2004. p. 257).

2.4 Gizando os contornos: constitucionalismo e legitimidade da jurisdição constitucional

2.4.1 Constitucionalismo democrático?

Diante do exposto, coloca-se o seguinte questionamento: é possível, então, uma composição razoável entre o princípio constitucional e o princípio da democracia? Lenio Luiz Streck deixa patente a importância do tema sob comento, bem como da análise das correntes substancialistas e procedimentalistas, vez que o ponto de vista adotado acaba por balizar o papel da Constituição e da jurisdição constitucional:

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais, e, de outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma jurisdição constitucional interventiva “coloniza” o mundo da vida, na acepção de Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito.³⁹

A concepção puramente procedimental, pela qual o constitucionalismo deve apenas garantir o correto funcionamento do regime democrático, descurando da proteção de quaisquer valores substantivos, apresenta limitado alcance prático. Reduzir a jurisdição constitucional à função de reforçar direitos de participação no processo político e de policiar procedimentos, como defende Habermas, não responde quais são os direitos realmente necessários ao desenvolvimento democrático nem quais são os limites de atuação dos Tribunais na tutela dos processos democráticos.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

Frank Michelman suscita alguns pontos não elucidados pelo procedimentalismo e que acabam por expor suas fragilidades. Quais seriam as condições apriorísticas necessárias ao debate democrático justo e aberto? Para que um procedimento seja efetivamente democrático, deve-se ou não realizar certos controles sobre garantias positivas sociais ou econômicas, tais como subsistência, saúde, educação e trabalho? Com ou sem o auxílio de ações afirmativas contra discriminações sociais, culturais e econômicas? Com ou sem restrições à liberdade de expressão em situações radicais, como manifestações violentas, questões relativas à liberdade de religião em escolas públicas ou controle sobre gastos eleitorais?⁴⁰

Todos os fatos perquiridos pelo autor remetem a valores substantivos, que extrapolam o âmbito de direitos de participação política. Abre-se, assim, a discussão sobre serem ou não *conditio sine qua non* para a consolidação da efetiva democracia. Ademais, há uma contradição nas teorias procedimentais, pois, ao mesmo tempo em que rejeitam a legitimidade de normas que excluam do processo democrático certos valores substantivos predeterminados pela Constituição, optam substantivamente por um determinado conceito de democracia, embasado em um núcleo de direitos de participação política. Em outras palavras, a recusa ao prévio comprometimento do programa constitucional com alguns valores substantivos é feita através da opção por outro conjunto de valores substantivos, não de um procedimento imparcial.

Na opinião de Michelman, o constitucionalismo invariavelmente conduz ao preestabelecimento de alguns *a priori*, ou seja, de um conjunto de princípios fundadores inteligíveis concretamente, inegociáveis e indiscutíveis. Essa opção envolve inexoravelmente a limitação do governo por meio de princípios jurídicos e direitos fundamentais, os quais são portadores de valores políticos e morais substantivos. Em um constitucionalismo democrático, é inteiramente natural que a Constituição limite o governo. Conclui que a confiança na democracia é uma coisa, a confiança cega é outra bem diferente.

No outro extremo da balança, a adoção de um modelo substantivo, com fulcro em princípios de significação fluida e aberta, dá azo a discussões morais e à

⁴⁰ MICHELMAN, Frank. How Can the People Ever Make the Law? In: BOHNAM, James; REHG, William (Eds.) *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 162, apud MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110.

supremacia do Judiciário, detentor da interpretação última acerca do conteúdo dos direitos fundamentais. Essa idéia comete o erro de asfixiar o exercício da política e das deliberações legislativas, cerne por excelência das sociedades democráticas. Cláudio Ari Mello alerta para o risco de uma adoção de um modelo substantivista desmesurado:

É necessário atentar que a sobreposição de um constitucionalismo maximalista *rights-based* sobre o princípio democrático pode implicar o ofuscamento do legislador por um poder Judiciário que tem o monopólio da interpretação e aplicação dos conteúdos fluidos das normas jusfundamentais, quadro no qual o exercício da democracia pelo legislador seria uma experiência laboratorial cujos resultados – a lei – seriam mais ou menos úteis, conforme coincidam ou não com os significados constitucionais construídos pelos juízes.⁴¹

As construções teóricas de Dworkin e Habermas, no tocante à jurisdição constitucional, apresentam inúmeros aspectos em comum, muito embora partam de pressupostos filosóficos diversos. Ambas as teorias ressaltam a imbricação entre direitos fundamentais e democracia, considerados como indissociáveis. Pode-se afirmar, assim, que só há democracia onde se respeitam os direitos fundamentais do homem, do mesmo modo que só há ambiente precípuo à afirmação e efetivação de tais direitos dentro de um regime democrático.⁴²

As teorias contemporâneas balizam o âmbito de atuação da jurisdição constitucional em sintonia com o princípio da separação de poderes. Os direitos fundamentais não podem ser encarados como meras salvaguardas liberais aos ditames da maioria, eis que consubstanciam condições estruturantes da própria democracia.

É exatamente por isso que devem estar situados além das disputas políticas, protegidos pelo Tribunal Constitucional, órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade de suas decisões. Estas, muito embora definitivas, se submetem sempre à crítica intersubjetiva, tanto dos operadores do direito, quanto de qualquer outro cidadão interessado. Outrossim, o desenvolvimento da hermenêutica constitucional, com vistas a estabelecer limites

⁴¹ MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 111-2.

⁴² Na mesma linha de raciocínio, Gustavo Binbenjoni: “Assim, não há qualquer inconsistência lógica em se sustentar que a jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta de Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Ao revés, tais funções, longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos, na verdade, superpõem-se” (BINENBJONI, Gustavo. Op. cit., p. 118).

racionais à discricionariedade judicial, contribui no sentido de aumentar a consistência e a credibilidade da atividade dos juízes constitucionais. Na lição de Robert Alexy:

A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no Estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão, então, reconciliados. Com isso, está fixado, como resultado, que o ideal, do qual fala a declaração dos direitos do homem universal, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia.⁴³

Posto que supostamente contramajoritária ou antidemocrática, a jurisdição constitucional converteu-se em elemento crucial das modernas democracias. O trinômio a embasar as Constituições ocidentais atuais é composto por três elementos que, como visto, são indissociáveis: democracia, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. A coexistência harmônica entre eles é decisiva no equilíbrio do sistema jurídico-político e, para alcançar tal desiderato, deve-se delimitar e identificar os domínios específicos dos processos democráticos e da jurisdição constitucional, bem como separar as funções institucionais dos órgãos de direção política e dos órgãos judiciais. É esse o eixo em torno do qual giram as discussões da teoria constitucional da atualidade.

A composição ideal do modelo de democracia constitucional deve ser capaz de conciliar essa tríade, de modo a assegurar-lhe uma coexistência pacífica, sem que um elemento se superponha aos demais. Utilizando-se da terminologia de Gustavo Zagrebelsky, deve-se adotar um modelo *ductil* de constitucionalismo democrático, que supõe três condições, tal como explanado na seguinte lição de Cláudio Ari Mello:⁴⁴

⁴³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 54.

⁴⁴ A questão precípua da *ductibilidade* proposta por Zagrebelsky remete justamente à necessidade de conciliação entre os princípios que fornecem supedâneo ao ordenamento jurídico: “La coexistencia de valores e principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter non absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. (...) Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se

Primeiro, a garantia de um debate público aberto, amplo e irrestrito, realizado através de instituições e dos processos democráticos de deliberação e decisão de questões públicas aos quais todos possam ter acesso e nos quais os interesses de todos os indivíduos sejam considerados. *Segundo*, que alguns valores substantivos, institucionalizados pelos princípios e direitos constitucionais por obra da própria soberania popular, no processo constituinte, não estão à livre disposição dos órgãos e processos de decisões políticas, porque garantem bens e interesses essenciais à dignidade do ser humano, e que não podem estar sujeitos ao risco de serem vítimas de maiorias ou minorias governantes opressoras. *Terceiro*, que, embora esses princípios e direitos constitucionais substantivos possam ter seu sentido e conteúdo interpretados e aplicados pelos órgãos que exercem as funções legislativas e administrativas, o modelo constitucional reserva ao poder judicial a prerrogativa de intervir na interpretação e na aplicação conferidas às normas constitucionais pelos outros poderes, sempre que, de acordo com a interpretação do próprio poder judicial, eles frustrarem o sentido e a finalidade da constituição e, com esse erro, violarem bens e interesses essenciais para a dignidade da pessoa humana e para a justiça política da comunidade.⁴⁵

2.4.2 Legitimidade: da justificativa ontológica à questão dos limites

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional encontra-se, dessarte, intrinsecamente ligada à relação de complementaridade entre democracia e Estado de Direito. Este impinge a observância dos ditames constitucionais, dos direitos fundamentais e do controle jurisdicional dos atos do poder público, ao passo que aquela vaticina o governo da maioria, com lastro na soberania popular. Assegura-se, assim, a vontade majoritária, sem atropelos aos direitos das minorias.

A legitimidade formal é retirada do próprio texto constitucional, enquanto a material surge da imperativa proteção do Estado de Direito e dos direitos fundamentais. Formalmente, as decisões dos Tribunais Constitucionais prevalecem sobre a dos representantes populares eleitos pelo sufrágio, pois consubstanciam, ao menos em tese, o desejo expresso na Constituição, consagrado pela ação do constituinte originário.

O constituinte originário, enquanto manifestação soberana da vontade política de um povo social e juridicamente organizado, conecta-se à idéia de soberania do Estado, já que mediante seu exercício estabelecer-se-á a organização fundamental pela Constituição. Esta, por sua vez, é superior aos poderes

habla son la coexistencia y el compromiso” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 14-5).

⁴⁵ MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 112-3.

constituídos, condicionando suas manifestações, as quais só são consideradas válidas se estão em consonância com o texto magno.⁴⁶ A concepção de poder constituinte originário é substrato evidente para se pensar a Constituição como superior ao restante do ordenamento jurídico, impassível de ser alterada pelos poderes constituídos. Caracteriza-se, pois, como fonte anterior de autoridade dotada de superior hierarquia.

Diante disso, inegável é que a legitimidade formal do Tribunal Constitucional exsurge no exato momento da promulgação da Constituição que o institui, porque sua criação é, ao menos em tese, decorrência direta da vontade soberana do povo organizado em Assembléia Constituinte.⁴⁷ Já em seu viés material, as Cortes são órgãos instituídos com o escopo de resguardar o Estado de Direito e as premissas basilares da Constituição, através da defesa dos princípios, direitos fundamentais e objetivos por ela estatuídos.

Antagonismos porventura existentes entre justiça constitucional e legitimidade da maioria devem ser equacionados através da aplicação parcimoniosa do princípio da separação das funções estatais, eis que todos os poderes exercem funções únicas do Estado. Atualmente, reconhece-se que o Estado Constitucional de Direito tem fulcro na unidade do poder soberano, o qual é indivisível. Logo, o que há são diferentes órgãos estatais, cujos agentes políticos têm o mister de exercer atos de soberania. Percebe-se a evolução conceitual: a separação de poderes da doutrina clássica passa a ser encarada pelo

⁴⁶ Nesse sentido, a lição de Goffredo Telles Junior: “(...) o Poder do Congresso Nacional não é um Poder originário, nem autônomo, nem incondicionado. Ele não se rege por si mesmo, uma vez que sua atuação é pautada pelas normas da Constituição. Ele não leva em si a lei de seu próprio exercício. Não é um Poder soberano. O Poder Legislativo, considerado como Poder do Congresso Nacional, é um poder constituído, um Poder exercido em conformidade com o que manda o Poder constituinte” (TELLES JUNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 51.).

⁴⁷ Cabe, no entanto, destacar a ressalva feita por José Adércio Sampaio: “A opção constituinte põe-se à crítica da doutrina, pois é uma de suas funções a de fornecer os elementos teóricos necessários ao aperfeiçoamento do sistema jurídico, sendo-lhe mais que apropriado, indispensável avaliar a correção, do ponto de vista dogmático, das opções feitas. E mesmo sob o ângulo do direito constitucional positivo, não podemos esquecer que também aos outros ramos de poder foi atribuído o poder-dever de proteção da Constituição. Quando o artigo 102 fala de uma competência precípua do Supremo Tribunal Federal de guarda da Constituição não está a precluir, antes, pelo contrário, pressupõe a sua defesa pelos demais poderes. De *lege lata*, toda a argumentação sobre a legitimação do controle de constitucionalidade se lança, então, para o alcance e grau de intervenção do tribunal, exigindo uma renovação cotidiana não da sua legalidade, mas da própria legitimidade da jurisdição constitucional, sob as ressalvas da crítica populista do caráter contramajoritário da Corte e as benesses de uma intervenção equilibrada, que reforce o pacto fundamental da comunidade” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 100-1).

constitucionalismo moderno como divisão de tarefas estatais, distribuídas entre distintos órgãos autônomos.

O objetivo da clássica separação das funções do Estado era proteger a liberdade individual contra as arbitrariedades de um soberano onipotente. Contemporaneamente, conquanto essa importância remanesça, entende-se que a tradicional tripartição dos poderes tornou-se inadequada. Ao assumir o compromisso de fornecer a todos bem-estar, mais especificamente a partir do surgimento dos direitos sociais, surge a necessidade de separar as funções por meio de um mecanismo de controles recíprocos, denominado freios e contrapesos (*checks and balances*).

As funções de soberania são modernamente atribuídas a vários órgãos estatais. Entre esses, com papel de destaque, surgem as Cortes Constitucionais, com função de fiscalizar os poderes e zelar pelo seu equilíbrio, bem como de assegurar o respeito aos direitos fundamentais. Não mais se pode conceber Estado Democrático de Direito sem a existência de Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, nem mesmo sem a previsão de direitos fundamentais e de instrumentos que possibilitem a efetividade e a estabilidade desses requisitos. O fundamento material da legitimidade da jurisdição constitucional está atrelado, portanto, à necessidade de efetivação dos princípios constitucionais básicos e dos direitos fundamentais, capazes de limitar e controlar abusos do poder do Estado, e à consagração dos princípios da igualdade e da legalidade constitucional como reitores do Estado contemporâneo. Nesse ponto, Gustavo Binbenbom faz arguta constatação:

É precisa a observação de Habermas (...) de que a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre sob o prisma da distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa em torno do princípio da divisão de poderes. A assertiva soa quase tautológica: quanto mais ampla a atividade judicante da Corte Constitucional, menor o espaço de livre conformação do Legislativo. A calibragem exata dessa distribuição de poder é uma discussão teórica que permanece em aberto.⁴⁸

Importante notar, contudo, a mudança no enfoque a respeito da legitimidade do Tribunal Constitucional. O percurso histórico da instituição, conjuntamente com sua marcante presença em inúmeros sistemas, acaba por consolidar a

⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 93-4.

legitimidade enfocada sob o aspecto existencial. O cerne da questão desloca-se, assim, para a forma e os limites de sua atuação, assegurando-lhe caráter democrático. Anota André Ramos Tavares, nesse mesmo diapasão:

Não há nenhum engano em se questionar a legitimidade da justiça constitucional e do Tribunal Constitucional, não obstante a já longevidade dessas instituições. Na verdade, têm mesmo de ser postas em nova discussão, porque devem atender às mudanças históricas que, inevitavelmente, envolvem mudanças de concepções em todas as áreas da ciência. (...) a existência da justiça constitucional, e de um Tribunal específico designado para esse mister, assume hoje, mais do que nunca, os anseios verdadeiramente democráticos da sociedade contemporânea, desempenhando importante papel na defesa do pluralismo, das minorias, e no controle do Poder Público de uma maneira geral, máxime quando relaciona-se com os cidadãos. Mais ainda, pode-se dizer que a existência de uma jurisdição constitucional e de um Tribunal Constitucional são condições de credibilidade de qualquer regime constitucional democrático. (...)

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional e com ela do Tribunal Constitucional como órgão máximo a exercê-la, perdeu muito de seu caráter controverso. Assume maior relevância, hoje, a questão do sentido, alcance, extensão e limites da justiça constitucional.⁴⁹

Em remate, o presente estudo busca, pela perspectiva do constitucionalismo democrático, encontrar um ponto ótimo de equilíbrio entre as funções legislativa e judicial, delineando a atuação deste último poder, de forma a não solapar a essência da própria democracia.⁵⁰ O objetivo é, por conseguinte, traçar os limites da jurisdição constitucional, dentro dos quais ela obtenha plenas condições de legitimar-se como importante instrumento de defesa do Estado Democrático de Direito.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998, p. 15 e 113. O autor, em outro livro, cita passagem de José Manuel Cardoso da Costa para corroborar tal entendimento: “(...) se, apesar de tudo, a questão da legitimidade dessa justiça e desses tribunais não deixa de ser um tema recorrente da doutrina jurisconstitucionalista – em reeditada versão de um debate que remonta aos alvares do constitucionalismo americano, pátria primeira do *judicial review* das leis – já não é tanto para questioná-la radicalmente, como uma *judicial usurpation*, quanto para clarificar o seu funcionamento, os seus métodos e os limites, e prevenir que se transforme numa forma pervertida e perversa de governo, como sempre seria e será a de um ‘governo de juízes’” (CARDOSO DA COSTA, José Manuel Moreira. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: [s.n.], 1992, p. 33, apud TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. Ed. cit., p. 491-2).

⁵⁰ Deve-se seguir, para tanto, a mesma linha de pensamento de Gustavo Zagrebelsky que, ao discorrer sobre o constitucionalismo dúctil, assim delimita as esferas de ação dos citados poderes: “En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como *partes* del derecho, y no como *todo el derecho*. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde logo ya no un Estado constitucional democrático” (Op. cit., p. 153).

O cerne do problema aqui debatido refere-se a um limite em especial: o controle abstrato de constitucionalidade dos fatos e prognoses legislativos, especificamente no caso de uma norma instituidora de discriminação positiva, através de quotas para afrodescendentes no ensino público superior. *In nuce*, a questão deve ser enfocada ao lume do direito fundamental de igualdade, razão maior para o estabelecimento da política de quotas raciais. Imprescindível compreender a margem de ação do Poder Legislativo na concretização de tal direito, dentro da sistemática constitucional brasileira e, concomitantemente, traçar os baldrames para um controle legítimo por parte do Judiciário.

A questão torna-se ainda mais complexa, eis que o legislador, no processo de elaboração da norma de discriminação positiva, realiza a análise de dados da realidade (fatos legislativos) e, então, adota uma medida com vista a transformar a própria realidade, alterando o contexto social. No entanto, tal alteração não é plenamente controlável, já que depende de uma série de acontecimentos futuros, incertos por natureza. Há, assim, uma avaliação intuitiva por parte do órgão legiferante, o qual considera a medida tomada como apta a produzir os efeitos almejados.

No marco de um constitucionalismo democrático, não é aceitável que o Tribunal Constitucional simplesmente infirme e substitua a decisão intuitiva e futura do legislador. Para que atue como instância de reflexão do processo político dotada de legitimidade, imperativo é o desenvolvimento de um mecanismo racional apto a embasar o referido controle e passível de ser submetido à crítica pública. E é esse, justamente, o ponto central da presente pesquisa.