

**ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO
E PARADIGMA DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: O DEBATE SOBRE A
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

RULE OF LAW AND CONSTITUCIONAL
JURISDICTION PARADIGM: THE DEBATE
ON THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF
THE CONSTITUTIONAL COURT FOR THE
INTERPRETATION AND DEFENCE OF THE
CONSTITUTION

Anizio Pires Gavião Filho*
Bruna Moresco Silveira**

* Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio do Rio Grande do Sul - UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Prof. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - PPGD/FMP. Prof. Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Prof. Coord. Grupo de Pesquisa “Colisão de Direitos Fundamentais e Direito como Argumentação” do PPGD/FMP. Procurador de Justiça, RS
E-mail: piresgaviao@hotmail.com

**Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, do Programa de Pós-Graduação em Direito pela FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Assessora de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS)
E-mail: bruna.msilveira@yahoo.com.br

Como citar: GAVIAO FILHO, Eric Anizio Pires; SILVEIRA, Bruna Moresco. Estado de Direito Democrático e paradigma da jurisdição constitucional: o debate sobre a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 151-166, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p. 151. ISSN: 1980-511X

Resumo: Trata o presente artigo do debate, no contexto do Estado Democrático de Direito, sobre a legitimidade democrática da instituição de um Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade. O problema reside na questão de saber se a jurisdição constitucional conflita ou não com a ideia atual de democracia e Estado de Direito. O método de abordagem foi o dedutivo e o procedimento utilizado foi monográfico, pois se buscou um estudo específico do tema. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e vêm alinhavadas ao final.

Palavras-chave: constituição; democracia; estado de direito; jurisdição constitucional; direitos fundamentais.

Abstract: The present work focus on the debate related to the democratic legitimacy of the establishment of a Constitutional Court responsible for the interpretation and defense of the Constitution and especially the fundamental rights. The matter is to know whether the constitutional jurisdiction conflicts with the idea of democracy and the Rule of Law. The approach method

was the deductive one and the procedure was based on the relevant studies of the topics discussed. The conclusions were emphasized throughout the text and are aligned at the end of it.

Keywords: constitution; democracy; rule of law; constitutional jurisdiction; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, principalmente após a violação sistemática de direitos durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as Constituições, cada vez mais, passaram a abranger um conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, além de um amplo rol de direitos fundamentais, dotados de força vinculante, conferindo o parâmetro a partir do qual as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas. A concepção formal do Estado de Direito foi superada pela visão do Estado constitucional, que, por ser em geral democrático, deu origem ao Estado de Direito democrático constitucional. Neste novo modelo, a visão de democracia como a soberania absoluta e incondicional da maioria não mais prevalece, pois deve ser exercida de acordo com os direitos fundamentais, a fim de que todos os valores legítimos da sociedade plural sejam considerados.

Para garantirem respeito aos direitos fundamentais, no contexto da democracia substantiva, diferentes Constituições conferiram a Tribunais Constitucionais o poder de controlar o modo pelo qual é exercida a autoridade coercitiva do Estado, por meio do controle de constitucionalidade e, assim, funcionar como guardiões dos direitos fundamentais, garantindo que os interesses das minorias sejam respeitados pela maioria governante.

Esse movimento deu origem ao que se denomina de paradigma da jurisdição constitucional, tendo sido marcante o exemplo da Alemanha. Neste país, foi constatado, no período do pós-guerra, que a mera previsão de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição de Weimar, que não havia instituído um Tribunal Constitucional para conferir a proteção a tais direitos, não era suficiente para garantir o respeito aos direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Assim, em razão da preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, foi instituído o Tribunal Federal Constitucional com competência para o controle de constitucionalidade, apontado por Robert Alexy (2015b, p. 128) como um dos “tesouros da Lei Fundamental”, modelo este adotado por outros países europeus e também da América Latina.

O surgimento do paradigma da jurisdição constitucional acentuou o debate sobre a legitimidade democrática da instituição de um Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, no Estado de Direito democrático, considerando que, apesar de os seus membros não serem eleitos, decidem sobre conflitos políticos de natureza constitucional, sem controle democrático posterior. Essa situação gera o denominado risco democrático, no sentido de que o Tribunal Constitucional pode adquirir uma supremacia ao deliberar sobre questões constitucionais morais, em detrimento da soberania popular e do princípio democrático, cujo resultado pode ser a supremacia dos juízes em nome da supremacia da Constituição.

Diante das críticas realizadas à função conferida aos Tribunais Constitucionais, que são uma realidade em muitos ordenamentos jurídicos, instaura-se um ambiente propício para o debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, já no contexto do Estado Democrático de Direito, tema que será abordado neste estudo. Questiona-se, então, se há

fundamento teórico para afirmar que a jurisdição constitucional se harmoniza com a ideia atual de democracia. Para a construção do debate, serão exploradas algumas das teorias desenvolvidas no contexto do minimalismo constitucional, da concepção procedimental da Constituição e da teoria substancial da Constituição.

1 O PARADIGMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

O século XIX e a primeira metade do século XX, na Europa Continental, foram marcados pelo modelo do Estado de Direito legal ou formal, identificado com o Estado liberal burguês, caracterizado pelo minimalismo constitucional, pela redução do direito à lei formal, pela exclusão da moralidade do fenômeno jurídico e pela onipotência do legislador (MELLO, 2004, p. 25). A ideia prevalente era a da supremacia da lei em relação à administração, à jurisdição e aos cidadãos, o que permite identificar um modelo de Estado legislativo baseado no princípio da legalidade¹, que reflete a noção de lei como um ato normativo supremo que não é oponível a nenhum direito mais forte, bem como que revela a redução do Direito à lei (ZAGREBELSKY, 2011, p. 24).

As leis, por sua vez, refletiam a hegemonia da burguesia, que se expressava no momento do processo legislativo, e, conseqüentemente, o monopólio político-legislativo desta classe social, principalmente em função da limitação do direito ao voto, que mantinha o proletariado e os movimentos políticos fora do processo democrático (ZAGREBELSKY, 2011, p. 31-32). Diante da esperada coerência e unidade das leis produzidas por uma única classe social, com valores próprios, foi construída a noção de que não haveria a necessidade de se estabelecer limites às leis, que estavam justamente vinculadas a um contexto político-social e ideal bem definido e homogêneo (ZAGREBELSKY, 2011, p. 31-32).

Neste modelo, era dada às Constituições uma função macroestrutural e procedimental no sistema jurídico, no sentido de que organizavam o poder político e estabeleciam o processo de formação das leis, sem afetar, de forma significativa, o conteúdo do Direito, considerando que tal conteúdo seria definido com quase absoluta liberdade pelo legislador, e sem prever um catálogo amplo de direitos individuais, além daqueles que preservavam a esfera de liberdade dos indivíduos ao restringir a atuação estatal (MELLO, 2004, p. 25).

O modelo do Estado de Direito liberal, contudo, não sobreviveu às mudanças que ocorreram no curso do século XX. Os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo em função da sistemática violação de direitos humanos, da crise política e moral vivenciada e das transformações socioeconômicas das sociedades industrializadas, acarretaram mudanças radicais na estrutura e nas funções das Constituições, pois o constitucionalismo deixou de ser centrado na soberania parlamentar e legal, para se centrar na criação de um amplo sistema

1 A concepção do Estado de Direito liberal se aproxima das ideias do positivismo jurídico, ao pressupor a concentração da produção jurídica apenas à esfera legislativa e a redução dos direitos e da justiça ao disposto em lei, sem valor autônomo, do que se concluía que a atividade dos juristas se restringia à busca da vontade do legislador, mediante a aplicação do raciocínio de subsunção (MELLO, 2004, p. 25).

de direitos fundamentais, incorporando valores morais, políticos e sociais, com a subordinação da lei à Constituição (MELLO, 2004, p. 84).

Paralelamente, a hegemonia da burguesia foi cedendo lugar a uma sociedade plural e diferentes grupos sociais passaram a integrar o processo legislativo, que igualmente se tornou mais plural, acarretando a multiplicação das leis de caráter setorial e a pulverização do direito legislativo, bem como uma heterogeneidade dos valores e interesses expressados pelas leis, o que refletiu, por sua vez, no papel da Constituição de articular os valores morais, políticos e sociais dos diferentes grupos sociais e garantir um projeto de vida em comum (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13-14).

Em face da unificação pretendida, acentua-se a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, por limitarem a margem de atuação e decisão estatal, de modo que ao Estado não é permitido o exercício das competências legislativas, administrativas e jurisdicionais sem o respeito aos direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 67). Deste modo, a ideia que prevalece é a de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, o fundamento e o limite da atuação estatal, porquanto estabelecem as fundações da relação entre o indivíduo e o Estado e restringem a atuação estatal (PULIDO, 2014, p. 324).

Em resumo, as Constituições passaram a abranger um conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, dotados de força obrigatória, inclusive ao legislador, conferindo o parâmetro a partir do qual as leis serão interpretadas. Além disso, ao refletirem os valores morais, políticos e sociais dos diferentes grupos sociais da sociedade plural, que marcam um Estado democrático e pluralista, as Constituições passaram a ter o papel de assegurar a unidade em um conjunto de princípios e valores que decorrem de um amplo consenso social, precipuamente por meio dos direitos fundamentais².

A concepção formal do Estado de Direito, portanto, foi superada pela visão do Estado constitucional – em geral tido como democrático, dando origem ao Estado de Direito Democrático –, que abrange elementos materiais sintetizados na ideia de que a legalidade e a ação estatal se vinculam aos direitos e garantias fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 280-282).

Levando-se em consideração a essência do Estado Democrático de Direito, verifica-se que a visão de democracia como a soberania absoluta e incondicional da maioria não mais prevalece, pois a democracia deve ser exercida de acordo com os direitos fundamentais, frutos da deliberação de uma maioria qualificada, a fim de que todos os valores legítimos da sociedade plural sejam considerados. Neste contexto, é difícil sustentar um conceito de democracia puramente formal, porquanto a democracia baseada somente no princípio majoritário não seria efetiva para assegurar

² A posição dos direitos fundamentais, no modelo de Estado constitucional, é caracterizada, segundo Robert Alexy (2015b, p. 127), por quatro extremos, considerando que regulam, com o grau mais elevado – por estarem previstos na Constituição, que detém uma posição hierárquica superior no ordenamento jurídico –, com a maior força executória – por vincularem, como direito imediatamente válido, a legislação, o executivo e a jurisdição –, os objetos de maior importância e com maior medida de abertura. Os direitos fundamentais acabam regulando os objetos de maior importância em razão de se relacionarem com a estrutura fundamental da sociedade, a exemplo da liberdade, da proteção à vida e da propriedade, realizando esta função com a maior medida de abertura, pois, em razão da linguagem empregada nas disposições de direitos fundamentais, marcada pela utilização de conceitos vagos, estes são aquilo que são sobretudo por meio da interpretação (ALEXY, 2015b, p. 129-130).

um governo democrático, ao não prevenir a possibilidade de as regras da maioria serem abolidas pelo voto da maioria, tampouco garantiria a proteção das minorias e a sua participação no processo democrático (GRIMM, 2016, p. 216).

Para garantirem respeito aos direitos fundamentais pelo Estado, no contexto da democracia substantiva, diferentes Constituições conferiram a Tribunais o poder de controle da atuação da administração pública e dos legisladores, por meio do controle de constitucionalidade, com o escopo de impedir o cometimento de excessos e abusos pela maioria no âmbito da democracia majoritária e permitir o funcionamento do regime democrático (BEATTY, 2014, p. 5-6). Os Tribunais, assim, receberam o poder de controlar o modo pelo qual é exercida a autoridade coercitiva do Estado, atuando como guardiões dos direitos fundamentais e garantindo que os interesses das minorias sejam respeitados, dentro do que se denomina de paradigma da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional, ou garantia jurisdicional da Constituição, defendida por Hans Kelsen (2003a, p. 123-124), é por ele entendida como “um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais”, funções estas que possuem caráter jurídico, pois são atos de criação ou exercício do direito. As garantias da Constituição, em especial a de anulação de atos inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, significam que será garantida a correspondência entre o grau inferior e o grau superior do ordenamento jurídico, porquanto a Constituição possui um *status* diferenciado ao constituir o fundamento do Estado e a base da ordem jurídica, bem como que será conferida uma proteção dos interesses constitucionalmente garantidos à minoria contra os atropelos da maioria (KELSEN, 2003a, p. 130-131).

A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, é um grande exemplo da mudança de paradigma promovida no Estado de Direito Democrático³. Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os autores da Lei Fundamental foram influenciados pelo descaso do regime nazista com os direitos fundamentais, que, apesar de estarem previstos em textos normativos no século XIX, eram vistos como programáticos, e não como normas, não tendo sido respeitados, motivo pelo qual a proteção destes direitos era a sua principal prioridade (GRIMM, 2016, p. 164-165).

A busca pela maior proteção dos direitos fundamentais resultou na instituição do Tribunal Federal Constitucional, pois se concluiu que, não sendo suficiente o decreto de um *Bill of Rights*, era necessário também um Tribunal Constitucional que garantisse a proteção dos direitos fundamentais (GRIMM, 2016, p. 161). A experiência do regime ditatorial na Alemanha e o descaso com os direitos fundamentais, neste sentido, abriram portas para a jurisdição constitucional, modelo este adotado por outros ordenamentos jurídicos, como os da Europa, África e América, destacando-se a intensificação da instituição dos Tribunais Constitucionais em períodos posteriores a ditaduras e a progressiva adoção do controle de constitucionalidade em países influenciados pela cultura britânica, como Austrália, Canadá e Índia (GRIMM, 2016, p. 214).

3 A mudança de paradigma se refletiu, em essência, na modificação da posição das disposições de direitos fundamentais, do final para o início do documento; da declaração da dignidade humana como inviolável e dos direitos fundamentais como um direito aplicável e limitador da atuação estatal; da impossibilidade de supressão dos direitos fundamentais por emenda da Lei Fundamental e, principalmente, no estabelecimento do Tribunal Federal Constitucional, com competência para revisar a constitucionalidade de todos os atos estatais, incluindo os legislativos, e anular aqueles que violarem as disposições da Lei Fundamental (GRIMM, 2016, p. 165).

No Brasil, a Constituição de 1988, elaborada no período da redemocratização, além de ser a mais avançada na história constitucional do país, constitui um símbolo de transição de um Estado autoritário a um Estado Democrático de Direito, sendo importante a influência recebida da teoria constitucional do pós-guerra (BARROSO, 2009, p. 38). A Constituição de 1988 fortaleceu, ainda, a jurisdição constitucional, por meio da ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal⁴, que passou a atuar como Tribunal Constitucional e guardião dos direitos fundamentais, e da possibilidade de proposição de ações constitucionais diretas por diferentes órgãos e entidades, possibilitando que o Tribunal decida grandes questões do “debate político, social e moral contemporâneo” (BARROSO, 2009, p. 71).

O estudo da passagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito Democrático, com todos os seus aspectos e implicações, inicialmente na Europa continental, aponta, então, a ruptura de paradigmas anteriores e o surgimento de um novo marco teórico⁵, caracterizado, em especial, pela posição da Constituição no ordenamento jurídico e pela instituição de Tribunais Constitucionais, representativo do paradigma da jurisdição constitucional. Há discussão, entretanto, sobre a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição neste modelo, em especial por conta da dificuldade contramajoritária, tema que será abordado no tópico seguinte.

2 O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA A INTERPRETAÇÃO E DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Nos ordenamentos jurídicos em que se adota o controle judicial da constitucionalidade, muitos conflitos políticos de natureza constitucional acabam sendo resolvidos por decisão não da maioria, e sim do Tribunal Constitucional, cujos membros não são eleitos pelo povo, sem controle democrático posterior, o que dá origem ao denominado “risco democrático” e à discussão sobre a legitimidade democrática do exercício de suas funções (BINENBOJM, 2014, p. 49-52). O risco democrático se relaciona com a ideia de que o princípio democrático correria um sério risco se aos juízes não eleitos fosse dada a competência para decidir sobre questões constitucionais morais, o que inclui a anulação de atos dos outros dois Poderes, principalmente ao pressupor que os membros do Tribunal podem dar preferência às suas convicções pessoais, resultando numa “oligarquia dos juízes” (WALUCHOW, 2009, p. 3-4).

4 As competências do Supremo Tribunal Federal envolvem a jurisdição ordinária, quando atua como os demais órgãos jurisdicionais ao aplicar o direito infraconstitucional aos casos, e a jurisdição constitucional, quando interpreta e aplica a Constituição, por meio da aplicação direta do texto, da declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e da solução de lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais por parte do Estado (BARROSO, 2015, p. 35-36).

5 Para Barroso (2012, p. 43-44), o marco teórico do novo Direito Constitucional envolve três mudanças de paradigma, consistentes no reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que possuem aplicabilidade direta e imediata; na expansão da jurisdição constitucional, por meio da criação de Tribunais Constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos, e na modificação da interpretação constitucional, com a mudança das ideias tradicionais do papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como reformulação das categorias da normatividade dos princípios, das colisões de normas constitucionais, da ponderação e da argumentação jurídica.

A crítica sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional pode ser ilustrada pelo pensamento de Kramer (2011, p. 163-184) que, apesar de não defender o fim da *judicial review*, como fez Tushnet (1999, p. 175-176), entende que não deve haver uma supremacia ou exclusividade judicial, já que deve ser prestigiado o constitucionalismo popular, ou seja, o papel do povo ao dar a última palavra sobre a interpretação constitucional, ideia que se alinha à ideologia dos *Founding Fathers*⁶ nos Estados Unidos, que defendiam que a *judicial review* apenas poderia ser exercida com restrição judicial, a fim de que os juízes não interviessem nas decisões dos outros Poderes ou tivessem a única palavra sobre a Constituição.

Na mesma linha, para Waldron (1993, p. 28-38), os cidadãos possuem o direito de resolver as divergências de direitos e princípios entre eles ou por meio de representantes, razão pela qual a *judicial review* coloca em risco o direito dos cidadãos de participação no processo democrático e, portanto, deve sofrer limitações nos governos democráticos, devendo ser considerado que o legislador é quem possui a autoridade para dizer sobre direitos e justiça e que o Parlamento é o único local em que se respeitam a igual participação política e o autogoverno, por meio do debate e do voto.

O debate se intensifica nos momentos em que o Tribunal Constitucional adota uma posição ativista⁷, associada a uma ampla e intensa participação na concretização das disposições constitucionais, com maior interferência no espaço reservado para a atuação dos demais Poderes.

Para Barroso (2012, p. 12), as objeções à atuação dos Tribunais Constitucionais, sobretudo no período de expansão das suas funções, se resumem, inicialmente, às críticas político-ideológicas, no sentido de que, embora exerçam uma função política ao invalidar atos dos demais Poderes, os seus membros não são investidos por vontade popular, por não serem eleitos, gerando a dificuldade contramajoritária e impedindo a participação popular e a política majoritária, sem a garantia de que possibilite uma maior proteção aos direitos fundamentais. Há críticas, ainda, quanto à capacidade institucional, porquanto o Tribunal nem sempre tem uma maior capacidade de produzir a melhor decisão no caso, diante da possibilidade de a situação envolver aspectos técnicos ou científicos complexos e requerer um conhecimento especializado, assim como da necessidade de avaliação dos impactos da decisão, que se afasta da justiça do caso concreto (BARROSO, 2012, p. 13). Por fim, há a crítica quanto à limitação do debate, na medida em que a linguagem empregada na decisão não é acessível a todas as pessoas, o que pode ensejar uma “elitização do debate”, situação atenuada pela previsão das audiências públicas, *amicus curiae* e possibilidade de ajuizamento de

6 Kramer (2011, p. 176) aponta que, para James Madison, nenhum Poder possui, segundo a Constituição dos Estados Unidos, maior poder do que os demais para delimitar os limites constitucionais das competências, assim como que o direito do povo de decidir se a Constituição foi violada ou não deve se estender também às violações do Poder Judiciário, além do Legislativo e Executivo, sob pena de a autoridade delegada aos juízes anular a autoridade do povo que a delega. Refere o Kramer (2011, p. 246) que Thomas Jefferson, no mesmo sentido, sustentava que a defesa do poder dos juízes para dar a última palavra sobre as questões constitucionais representaria um risco de se ter um despotismo de uma oligarquia, bem como que a cada um dos Poderes é atribuído um direito igual de decidir sobre o seu dever constitucional, independentemente do que decidiram os demais Poderes.

7 No Brasil, esta posição ativista pode ser verificada pela atuação do Supremo Tribunal Federal ao aplicar diretamente a Constituição a situações não expressamente referidas no seu texto, mesmo sem manifestação por parte do legislador, ao declarar a inconstitucionalidade de atos do legislador ainda que sem ostensiva violação à Constituição e ao impor condutas ou abstenções ao Estado nas hipóteses de inércia do legislador ou inefetividade das políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 8-9).

ações diretas por entidades da sociedade civil (BARROSO, 2012, p. 14).

A pluralidade de críticas acerca do papel desempenhado pelos Tribunais Constitucionais indica que há espaço para o debate relativo à legitimidade democrática da sua instituição e, especificamente, à tensão entre democracia e jurisdição constitucional. Partindo da perspectiva de que os direitos fundamentais vinculam o Poder Legislativo, determinando os limites da atuação legítima e democrática do legislador, Robert Alexy (2015c, p. 447) inclusive menciona que necessariamente há uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais e, por consequência, uma tensão entre a divisão de competências entre o legislador, que tem legitimação democrática, e o Tribunal Constitucional, sendo este um problema inevitável e permanente.

Verifica-se, por outro lado, que, paralelamente às críticas sobre a instituição e atuação dos Tribunais Constitucionais, há autores que defendem, com diferentes contextos, enfoques e perspectivas, que a democracia e a jurisdição constitucional não estão em oposição. Aqui, serão exploradas algumas das teorias desenvolvidas no contexto do minimalismo constitucional, da concepção procedimental da Constituição e da teoria substancial da Constituição.

Uma primeira linha de pensamento que pode ser abordada se relaciona com a concepção minimalista da Constituição, que marca o positivismo jurídico e representa o paradigma vigente até o século XX. Ilustrando a referida concepção, Hans Kelsen (2003b, p. 258) defende que a Constituição ocupa uma função macroestrutural ao regular o processo de produção das normas gerais, a partir do qual será possível definir a validade da regra, delimitando apenas excepcionalmente o conteúdo das leis futuras, por via negativa, ao excluir certos conteúdos e instituir direitos de liberdade, pois a função de criação seria atribuída ao legislador.

Nesta perspectiva minimalista, o conteúdo do Direito seria definido com quase absoluta liberdade pelo legislador, representante legítimo da soberania popular, podendo ser concluído que a Constituição definiria, como regra, os órgãos e os procedimentos de elaboração das leis, sem estabelecer o conteúdo do Direito, de competência do legislador, fundamento pelo qual não seria a fonte direta do Direito ou do conteúdo jurídico, e sim das normas gerais das leis (MELLO, 2004, p. 29). Nesta linha de raciocínio, a compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia decorre da necessidade de observância do procedimento constitucional de produção e validade das leis, tendo em conta que a Constituição ocupa um *status* diferenciado no ordenamento jurídico, de modo que a atuação do Tribunal Constitucional se limita à aplicação da norma constitucional, sem participação criativa no conteúdo do Direito (BINENBOJM, 2014, p. 60).

É com base neste contexto teórico que Hans Kelsen (2003a, p. 181-182) afirma que a jurisdição constitucional é uma decorrência necessária do constitucionalismo, sendo fundamental para a República democrática, pois garante a observância das regras procedimentais de elaboração constitucional das leis e o respeito à Constituição pelas regras hierarquicamente inferiores, impedindo que a maioria invada a esfera dos interesses constitucionais das minorias, fundamento pelo qual não é incompatível com a soberania do Parlamento, mesmo porque este também se submete à Constituição.

Outra linha de pensamento, alinhada com a concepção procedimental da Constituição e

surgida no contexto de reação ao papel ativista da Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 1930, argumenta que a melhor maneira de realizar uma conciliação entre a jurisdição constitucional e a democracia é compreender que o papel dos Tribunais se limita a garantir o funcionamento justo e eficaz das instituições e dos processos da política, dado que a interpretação vinculativa sobre o sentido material da Constituição, por juízes não eleitos, conflitaria com a ideia de governo democrático (BEATTY, 2014, p. 32). O ponto central desta concepção reside na “precedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos, e na ilegitimidade dos juízes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático.” (MELLO, 2004, p. 41).

Na teoria do processo⁸, há uma “recusa de uma função ativa do Poder Judiciário como guardião dos valores materiais de uma ética comunitária expressa ou não em normas constitucionais”, considerando que o sistema de direitos é melhor tutelado pelos órgãos de representação democrática, bem como que a Constituição garantiria tão somente um procedimento justo para que os órgãos democráticos tomassem decisões substantivas, sem prever direitos morais intocáveis pela soberania popular (MELLO, 2004, p. 83). Assim, a função dos Tribunais seria restrita à proteção dos direitos constitucionais de participação dos cidadãos nas decisões políticas e governamentais, de modo que a deliberação sobre os valores substantivos deve ser realizada “por órgãos com representação democrática, que são o Poder Legislativo e o Poder Executivo, em um sistema político que garanta a livre discussão de questões públicas e a ampla participação popular nos processos de decisão de temas políticos” (MELLO, 2004, p. 39).

A teoria recebeu críticas, sobretudo em razão do fato de que a discussão acerca das condições necessárias e prévias para um debate democrático justo e aberto envolve o debate sobre valores substantivos, a exemplo da dúvida sobre a previsão de ações afirmativas contra discriminações sociais, culturais e econômicas (MELLO, 2004, p. 110). Outra crítica se refere à tentativa de separação do processual do material, ainda que uma Constituição contenha ambos, não tendo sido esclarecido como os juízes realizariam o controle de constitucionalidade sem precisar avaliar as opções políticas e morais (BEATTY, 2014, p. 30).

A partir do surgimento de um novo tipo de constitucionalismo no século XX, marcado pela modificação da estrutura e das funções das Constituições e pelo deslocamento da soberania parlamentar e supremacia da lei para um sistema de direitos fundamentais, com a incorporação de valores morais, políticos e sociais e reaproximação do Direito com a Moral, como mencionado no tópico anterior, foram concebidas as teorias substantivas da Constituição (MELLO, 2004, p. 84-85). A origem destas teorias reside no debate, no âmbito do direito constitucional norte-americano, sobre o caráter democrático ou antidemocrático da *judicial review*, tendo por marco a publicação

8 Segundo John Hart Ely (1980, p. 100-104), que constrói uma teoria procedimentalista no contexto dos Estados Unidos e apoia a autocontenção judicial, a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos deveria ser a de garantir que todos conseguissem participar do processo político democrático, com igualdade, a fim de conferir proteção aos direitos democráticos e preservar a integridade do regime democrático, de modo que as determinações de valores fiquem a cargo dos representantes eleitos do povo, porquanto a Constituição dos Estados Unidos se limitou a questões de processo e estrutura e não à vinculação ou proteção de valores substantivos. Ely (1980, p. IX) refuta as teses de que a interpretação constitucional deve se limitar às ideias dos que redigiram a Constituição e de que seria possível aos Tribunais controlar e reavaliar as opções valorativas do Poder Legislativo, mediante uma soberania sobre as escolhas de valores substantivos da sociedade, e, a partir da crítica, formula uma terceira via, alinhando-se à visão procedimentalista.

do artigo “*The democratic character of judicial review*”, de Eugene Rostow, em que defendido que a função judicial é a de garantir a tutela dos direitos, limitadores da atuação do governo, e, conseqüentemente, a proteção da Constituição, que assegura uma sociedade livre e democrática, o que não afeta o caráter democrático da sociedade (MELLO, 2004, p. 86).

A jurisdição constitucional funcionaria, neste sentido, como um instrumento para a defesa da Constituição e, em especial, dos direitos fundamentais. No ponto, refere Barroso (2018, p. 100) que a legitimidade da jurisdição constitucional tem sido fundamentada na necessidade de se dar proteção aos direitos fundamentais, insuscetíveis de serem afastados por deliberação majoritária, e às regras do jogo democrático, permitindo a participação de todos e evitando a opressão de minorias.

Ao tratar da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, Ronald Dworkin (1985, p. 69), teórico da teoria substantiva da Constituição, propõe uma leitura moral da Constituição e sustenta que os Tribunais têm legitimidade para a proteção dos direitos por meio da revisão das leis, devendo tomar decisões sobre quais direitos existem no sistema constitucional (decisões de princípios, baseadas em direitos individuais), e não sobre a promoção do melhor bem-estar geral (decisões de política, baseadas em objetivos coletivos), e decidir com base na teoria substantiva da representação de tratar as pessoas com igual consideração, em contraste com os legisladores, que utilizam argumentos de política.

De acordo com Dworkin (1985, p. 102-103), as instituições representativas não necessariamente funcionam melhor do que os Tribunais, em questões envolvendo princípio moral ou político, sendo necessária a coexistência de instituições e procedimentos vinculados e não vinculados à premissa majoritária, cada um deles com espaço e legitimidade para a proteção dos direitos que garantem a igual consideração e respeito dos indivíduos, de modo que a *judicial review* pode funcionar como um reforço ao processo democrático, considerando que as questões mais fundamentais da moralidade política podem ser debatidas como questões de princípio, o que não ocorreria no âmbito do Legislativo.

Admitindo a existência de um constitucionalismo moderno, ante as mudanças ocorridas no século XX, em especial a ampliação do catálogo de direitos fundamentais nas Constituições, Mauro Cappelletti (1993, p. 61-69) entende que a separação de poderes deve ser substituída pela ideia de compartilhamento de poderes e que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional decorre da necessidade de proteção dos interesses das minorias e da liberdade dos indivíduos, sendo o Poder Judiciário a instância adequada para a tutela efetiva dos direitos fundamentais numa democracia, dado que respeita os princípios da demanda, do contraditório e da imparcialidade, denominados “virtudes passivas”, e permite que as minorias tenham acesso ao debate dentro do processo.

Robert Alexy (2005, p. 578), após questionar se a jurisdição constitucional é compatível com a democracia, dado que os membros do Tribunal Constitucional não foram eleitos pelo povo, defende que a única maneira de realizar a conciliação entre estes dois conceitos é conceber que a jurisdição constitucional também é uma forma de representação do povo, mediante a combinação

de uma democracia majoritária com a argumentativa.

De acordo com Robert Alexy (2015a, p. 53-54), deve haver uma distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão, de modo que tanto o Parlamento, como o Tribunal Constitucional, são representantes do povo, sendo o Tribunal uma instância de “reflexão do processo político”, em que a representação do povo é puramente argumentativa. Uma concepção adequada de democracia deve compreender não apenas a representação deliberativa, baseada nas ideias de eleição e decisão majoritária, como também a representação argumentativa, caracterizadora do Tribunal Constitucional, que aplica o teste da proporcionalidade quando se engaja no procedimento racional de justificação da decisão correta, tornando a democracia uma democracia deliberativa e possibilitando institucionalizar o discurso como um meio de tomada de decisão pública, buscando-se a correção⁹ (ALEXY, 2005, p. 578-579).

Ao procurar equilibrar a constituição dos direitos e a constituição do poder, no sentido de que ao Poder Judiciário não pode ser conferida a única palavra válida sobre o conteúdo, a eficácia e a hierarquia dos direitos, Mello (2004, p. 109-113) sustenta que o modelo de democracia constitucional pressupõe três condições, a saber, “a garantia de um debate público aberto, amplo e irrestrito”, a ideia de que alguns valores substantivos, materializados pelos direitos constitucionais e decorrentes da soberania popular no processo constituinte, não estão “à livre disposição dos órgãos e processos de decisões políticas”, dado que devem ser respeitados, e a reserva ao Poder Judiciário de intervir na interpretação e aplicação das disposições constitucionais conferidas pelos demais Poderes sempre que estejam em desacordo com o sentido e a finalidade da Constituição e “violarem bens e interesses essenciais para a dignidade da pessoa humana e para a justiça política da comunidade”.

Partindo da perspectiva de que a Constituição assegura a soberania do povo, ao ser a direta expressão da vontade popular, e limita a atuação estatal, ao representar uma moldura para o exercício legítimo do poder, tendo posição diferenciada no ordenamento jurídico, Grimm¹⁰ (2016, p. 214-216) aponta que não há uma contradição fundamental entre jurisdição constitucional e democracia, pois a escolha do povo de conferir a uma instituição a função de determinar o significado da Constituição em caso de conflito e analisar a legitimidade da atuação estatal, de acordo com as disposições constitucionais, não pode ser considerada não democrática. Refere Grimm (2016, p. 216) que a ausência de oposição entre jurisdição constitucional e democracia é

⁹ Acerca do critério de análise dos argumentos do Tribunal Constitucional, explica Robert Alexy (2005, p. 580-581) que as condições fundamentais da representação argumentativa são a existência de argumentos corretos ou consistentes e a existência de pessoas racionais, que estão dispostas a aceitar estes argumentos porque são corretos ou consistentes, de modo que a existência de argumentos apenas bons ou plausíveis não é suficiente para a representação argumentativa, que deve ter preferência em relação à representação baseada na eleição. Para o autor, o constitucionalismo discursivo representa uma tentativa de institucionalizar a razão e a correção, o que será melhor realizado no âmbito do Tribunal Constitucional (ALEXY, 2005, p. 580-581).

¹⁰ Importante ressaltar que Grimm (2016, p. 218-219) refuta a tese de Hans Kelsen de que a jurisdição constitucional é uma consequência do constitucionalismo, porquanto entende que, inobstante a inexistência de oposição entre a jurisdição constitucional e a democracia, não há como se afirmar que a instituição do Tribunal Constitucional seja uma condição necessária para a democracia, pois há exemplos de países, como Inglaterra e Holanda, onde o Poder Judiciário não é visto como o único guardião da Constituição. Deste modo, a instituição de um Tribunal Constitucional deve ser fruto de uma ponderação entre as vantagens e as desvantagens deste modelo de democracia, o que inclui considerar os riscos democráticos, ponderação esta que dependerá das circunstâncias do país e do momento histórico em que se encontra, sendo um fato, entretanto, que há mais argumentos a favor do que contra a jurisdição constitucional nos países onde a democracia constitucional ainda é precária (GRIMM, 2016, p. 218-219).

ressaltada pelo fato de que, nas democracias majoritárias, as decisões da maioria, por obrigarem a toda comunidade, devem respeitar as limitações constitucionalmente estabelecidas, razão pela qual os Tribunais Constitucionais podem corrigir a vontade da maioria quando em desacordo com a Constituição, valendo-se de argumentos legais, e não puramente políticos, posição que vai ao encontro da visão de democracia substantiva.

CONCLUSÃO

O debate sobre a legitimidade democrática da instituição do Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição adquiriu novos contornos no Estado de Direito democrático, delineado a partir das mudanças ocorridas na teoria constitucional durante o século XX, principalmente a previsão, nas Constituições, de um amplo rol de direitos fundamentais e de um conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, que são dotados de força obrigatória, moldando a atuação estatal. Neste modelo, a visão de democracia como a soberania absoluta e incondicional da maioria não prevalece, pois deve ser exercida de acordo com os direitos fundamentais, a fim de que todos os valores legítimos da sociedade plural sejam considerados.

A passagem da concepção formal do Estado de Direito, marcada pelo minimalismo constitucional, pela redução do direito à lei formal, pela exclusão da moralidade do fenômeno jurídico e pela onipotência do legislador, nos moldes do positivismo jurídico, para o Estado constitucional, especificamente para o Estado de Direito Democrático, marcado pela modificação da estrutura e função das Constituições, que cada vez mais incorporaram valores morais, políticos e sociais dos diferentes grupos sociais, representa um plano de fundo para o debate contemporâneo sobre a jurisdição constitucional e democracia. A reconstrução deste caminho na teoria constitucional é essencial para o debate, na medida em que permite contextualizar as teorias abordadas no presente estudo.

É fato que, paralelamente às modificações da estrutura e da função das Constituições, cada vez mais os ordenamentos jurídicos passaram a compreender o paradigma da jurisdição constitucional como um instrumento de defesa dos valores e direitos fundamentais e proteção dos interesses legítimos dos diferentes grupos sociais da sociedade plural e democrática, principalmente em função da experiência enfrentada durante regimes ditatoriais, a exemplo do que ocorreu na Alemanha. Os Tribunais Constitucionais, neste sentido, foram consagrados como guardiões dos direitos fundamentais e, em essência, da Constituição, partindo-se do pressuposto de que são necessários para a garantia da efetividade destes direitos fundamentais e do regime democrático, dentro do contexto da democracia substantiva.

A teoria substantiva da Constituição se alinha à evolução do constitucionalismo, em contraste com as teorias desenvolvidas no contexto do minimalismo constitucional e da concepção procedimental da Constituição, que desejam limitar ao máximo a função dos Tribunais.

Em razão de todas as mudanças ocorridas na teoria constitucional, em especial a afirmação

dos direitos fundamentais como condições da democracia, ao limitarem a vontade da maioria governante, não se pode mais adotar uma visão legalista do Estado formal de Direito. Neste sentido, há argumentos que sustentam a compatibilidade entre a instituição do Tribunal Constitucional e o modelo de democracia substantiva e, conseqüentemente, a legitimidade democrática do papel da jurisdição constitucional de proteção dos direitos fundamentais e do procedimento democrático, por meio do Tribunal, órgão independente que reforça a tutela dos direitos fundamentais, cuja legitimidade das decisões decorre da fundamentação e do caráter argumentativo desenvolvido nos casos.

É preciso pensar, assim, não em negar a legitimidade democrática da importante função atribuída aos Tribunais Constitucionais no Estado Democrático de Direito, sobretudo em democracias ainda não plenamente consolidadas, e sim em compreender como estes Tribunais podem melhor cumprir o seu papel, a fim de que, ao mesmo tempo em que contribuam para a defesa da Constituição, não adquiram uma supremacia institucional incontestável com os outros dois Poderes e respeitem a margem de atuação dos demais participantes no processo democrático, promovendo-se um equilíbrio e uma complementariedade entre a atuação da Corte, dos agentes políticos eleitos e do povo.

A solução para esta questão pode estar na forma de desenvolvimento da atividade interpretativa do Direito e, especificamente, da Constituição pelos Tribunais Constitucionais, para evitar que as suas decisões sejam a única palavra sobre a interpretação, afastando o papel dos demais participantes do processo democrático e a riqueza e complexidade do debate público, principalmente ao se ter em conta que as Constituições passaram a incorporar questões morais, que geram desacordos razoáveis na sociedade, e que as disposições constitucionais por vezes utilizam uma linguagem marcada pela vagueza e ambigüidade, gerando dúvidas quanto ao sentido do texto e à possibilidade de desconsideração do texto em nome da maximização do sentido da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015a.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015b.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015c.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.

2, n. 21, p. 1-45, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 72-128, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BEATTY, David M. **A essência do estado de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KRAMER, Larry. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

M

ELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PULIDO, Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford journal of legal studies**, Oxford, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993.

WALUCHOW, Wilfrid. J. **A common law theory of judicial review: the living tree**. New York: Cambridge University Press, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Como citar: GAVIAO FILHO, Eric Anizio Pires; SILVEIRA, Bruna Moresco. Estado de Direito Democrático e paradigma da jurisdição constitucional: o debate sobre a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 151-166, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p. 151. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 09/08/2021

Aceito em: 12/10/2022