

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

JULIANA CARLESSO LOZER

**DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:**

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira

VITÓRIA  
2004

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

JULIANA CARLESSO LOZER

**DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em Direitos Constitucionais Fundamentais, sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Doutora Cristiane Mendonça.

VITÓRIA  
2004

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

JULIANA CARLESSO LOZER

**DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:**

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira

BANCA EXAMINADORA:

---

---

---

VITÓRIA, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2004.

A Rosa e Reinaldo pelo apoio e eterno incentivo; a  
vocês dois que me deram a vida, eu dedico esse  
trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

A presente pesquisa, fruto de dois anos de trabalho, não teria sido concluída sem a ajuda de todos aqueles que me apoiaram neste mestrado.

Agradeço aos meus pais, Rosa e Reinaldo, e às minhas irmãs, Andréa e Fernanda, pelo apoio incondicional e pelo incentivo durante todo o curso, sem os quais eu não teria concluído mais esta etapa profissional. Ao Udno, pelo carinho e pela paciência, por estar ao meu lado em todos os momentos e por me ajudar a enfrentar os muitos obstáculos encontrados. Sem vocês, não teria conseguido.

À Cristiane Mendonça, professora desde a graduação na UFES, agradeço pela participação na construção da pesquisa e pela dedicação na orientação.

A todos do escritório, em especial à Conceição, pelo incentivo, pela ajuda e pela tolerância. É muito bom trabalhar e conviver com todos vocês.

Agradeço, ainda, à Adriana Zandonade, pela força e pelos conselhos nas horas mais difíceis e, por fim, aos professores e aos colegas do mestrado, pelo aprendizado e pela convivência.

## RESUMO

Uma das principais metas do Estado contemporâneo consiste na conciliação do constitucionalismo com a democracia. Com o objetivo de cotejar o controle jurisdicional de constitucionalidade com a noção de democracia participativa, que se sustenta na maior participação e no maior controle dos cidadãos sobre a decisão estatal, a pesquisa propõe o exame de alguns aspectos que justificam o exercício desse controle pelos órgãos jurisdicionais. Uma análise comparativa entre os modelos de controle de constitucionalidade de diversos países mostra que os Tribunais Constitucionais possuem sistemas específicos de designação de seus membros, normalmente atribuída a agentes políticos eleitos pelo povo. A peculiaridade da forma de investidura desses juízes demonstra que os Tribunais Constitucionais não são inteiramente carentes de representatividade, pois se apóiam no voto popular, ainda que indiretamente. Além disso, é possível justificar o exercício do controle jurisdicional: (i) pela garantia de participação das minorias no processo político, em observância às regras do jogo democrático; (ii) pela instauração de um processo deliberativo, em que se propicia o debate sobre as questões constitucionais; (iii) pela ampliação do acesso à justiça, que está relacionada à abertura do processo de interpretação e de controle da Constituição à participação de indivíduos e grupos distintos e (iv) pela tutela dos direitos fundamentais. Tratando especificamente do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro, embora a legitimidade democrática do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal venha sendo contestada pela doutrina, em razão da forma de designação dos membros deste tribunal, não se pode deixar de reconhecer que algumas alterações promovidas pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional imprimiram nova feição ao sistema vigente. Em primeiro lugar, é possível apontar a ampliação do rol de legitimados ativos para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a admissão pelo Supremo Tribunal Federal de mandado de injunção coletivo como fórmulas de conferir maior abertura do processo de defesa da Constituição às minorias. Em segundo lugar, nota-se que a exigência de publicidade e motivação das sentenças judiciais e a permissão da instauração do controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual, incentivam a instauração do processo deliberativo, de argumentação sobre as questões constitucionais. Em terceiro lugar, constata-se que a abertura no procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, promovida principalmente pela Lei 9.868/90, alia-se também à idéia da ampliação da participação na interpretação da Constituição. Por fim, a legitimidade democrática decorrente da ampliação dos mecanismos de tutela dos direitos pode ser constatada no sistema brasileiro pelo surgimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, do mandado de injunção e da ação de descumprimento de preceito fundamental.

## ABSTRACT

One of the main goals of the contemporary state is the conciliation of constitutionalism and democracy. With the objective to confront the constitutional jurisdictional control with the idea of participative democracy, which is supported by a broader participation and larger control by the citizens over state's decisions, the research proposes the analysis of various aspects that justify this control by the jurisdictional institutions. A comparative analysis among the constitutionality control models from several countries shows that the constitutional courts have specific systems of member designation, usually ascribed to political agents elected by the people. The peculiarity of these judges way of investiture show that constitutional courts do not entirely lack representativeness, because they are supported by popular vote, even if indirectly. Furthermore, it is possible to justify the jurisdictional control: (i) by the guarantee of minorities' participation in the political process according to the rules of democracy; (ii) by the establishment of a decision process that favors the debate on constitutional matters; (iii) by the increase in access to justice, which is related to the opening of the interpretation process and constitutional control to individuals and different groups, and (iv) by the protection of fundamental rights. Dealing specifically with Brazilian constitutional jurisdictional control, although the democratic legitimacy of the control done by the Federal Supreme Court is being contested by legal doctrine, due to the way its members are designated, the acknowledgement of some changes made by the 1988 Constitution and various laws gave the current system a new face. First, it is possible to point out the enlargement of the legitimate list of people who can propose the "direct action of constitutionality" and the admission by the Federal Supreme Court of the collective injunction writ as a way to give minorities more access to the process of defending the Constitution. Second, it can be noticed that the exigency of publicity and motivation of judicial sentences and the allowance of creation of abstract control of constitutionality in the federal state circuit favors the decision process on constitutional matters. Third, it can be seen that the enlargement of the procedure of concentrated constitutional control made mainly by the Law 9,868 is associated also with the idea of the enlargement of participation in constitutional interpretation. At last, the democratic legitimacy of the increase of rights protection mechanisms may be seen in the Brazilian system by the appearance of the "direct action of unconstitutionality by omission," the injunction writ and of the "action of unfulfillment of fundamental precept."



<b>3.2.2 A democracia participativa ou semidireta como parâmetro.....</b>	<b>53</b>
<b>3.2.3 Da democracia representativa à democracia participativa.....</b>	<b>55</b>
<b>3.2.4 Democracia participativa e direitos fundamentais.....</b>	<b>59</b>
3.3 NOÇÃO DE LEGITIMIDADE.....	60
<b>3.3.1 Legitimidade e participação.....</b>	<b>63</b>
3.4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE SOB DIFERENTES ASPECTOS.....	64
<b>3.4.1 Legitimidade de origem .....</b>	<b>65</b>
<b>3.4.2 Legitimidade pela participação das minorias: em defesa do regime pluralista.....</b>	<b>69</b>
<b>3.4.3 Legitimidade argumentativa.....</b>	<b>73</b>
<b>3.4.4 Legitimidade e acesso à justiça.....</b>	<b>79</b>
<b>3.4.5 Legitimidade pela defesa dos direitos fundamentais.....</b>	<b>84</b>
<b>4 ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....</b>	<b>89</b>
4.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	89
4.2 A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: AS INOVAÇÕES ADVINDAS COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	96
<b>4.2.1 O papel do Judiciário na defesa da Constituição: a legitimidade democrática do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.....</b>	<b>99</b>
4.2.1.1 Os critérios de seleção dos magistrados e a legitimidade de origem.....	101
4.2.1.2 O pluralismo, a participação das minorias e a jurisdição constitucional brasileira.....	104
4.2.1.3 A configuração do Judiciário brasileiro como instância argumentativa.....	110

4.2.1.4 A abertura procedimental do controle concentrado de constitucionalidade e a Lei 9.868/99.....	112
4.2.1.5 A ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais.....	118
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>124</b>
<b>6 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>127</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das principais metas do Estado contemporâneo consiste na conciliação do constitucionalismo com a democracia. Enquanto o constitucionalismo prega a supremacia da Constituição e a necessidade de serem estabelecidos mecanismos de proteção da Lei Fundamental, a democracia assegura o governo de todos, preocupa-se com a articulação entre a vontade popular e o exercício do poder do Estado.

Dentre os mecanismos de proteção da Constituição, destaca-se o controle jurisdicional de constitucionalidade, exercido tanto pelas Cortes ou pelos Tribunais Constitucionais, quanto por órgãos ou membros da magistratura ordinária (Judiciário). Este tipo de controle é adotado pela maioria dos países que desenvolveram mecanismos de defesa das normas constitucionais.

No entanto, a configuração do controle jurisdicional de constitucionalidade há muito vem sendo objeto de discussões doutrinárias. As críticas normalmente dirigidas a este tipo de controle estão relacionadas a sua feição antidemocrática. Por ser exercido por juízes que não são eleitos pelo povo, os tribunais e juízes constitucionais não possuiriam legitimidade para fiscalizar a constitucionalidade de leis e atos normativos.

A jurisdição constitucional é acusada de antidemocrática também por impor restrições à vontade da maioria, tradicionalmente identificada na maioria parlamentar. O risco de ser atribuído o controle de constitucionalidade aos órgãos jurisdicionais revela, portanto, uma concepção de democracia fundada na existência de representantes eleitos e no princípio da maioria — que interpreta a maioria parlamentar como representante da vontade de todos.

Ocorre que tal concepção de democracia foi superada pela noção de supremacia da Constituição e pela evolução do direito de participação política. A idéia de democracia como vontade da maioria parlamentar foi sufragada pela noção de supremacia da Constituição: o princípio da maioria passa a encontrar na

Constituição seus próprios limites. Por outro lado, a evolução do direito de participação política tornou claro que a representação não é condição suficiente para a realização da democracia. A abertura de novos canais de participação do povo nas decisões tomadas pelo Estado acentua a nova feição do regime democrático.

Esta nova concepção de democracia, que se sustenta na maior participação e no maior controle dos cidadãos sobre as decisões estatais, implica uma necessária reavaliação da questão da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade. Trata-se da democracia participativa que constitui as bases de um Estado democrático participativo.

Assim, surge uma nova questão a ser solucionada, relacionada à justificativa do controle jurisdicional de constitucionalidade no seio de um Estado democrático participativo. Com a finalidade de discutir o aludido problema, o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo trata do controle de constitucionalidade. Partindo-se da noção de supremacia e força normativa da Constituição, são abordados o conceito e as espécies de controle. Dentre as espécies classificadas pela doutrina, é dada ênfase ao controle jurisdicional de constitucionalidade. A posição dos órgãos jurisdicionais como defensores da Constituição também é abordada, ressaltando-se as posições de Hans Kelsen e de Carl Schmitt sobre a matéria.

O segundo capítulo inicia-se enunciando as críticas atribuídas ao controle jurisdicional, pelo caráter antidemocrático. Em seguida, são demonstradas as diversas concepções de democracia e fixada como parâmetro do presente estudo a concepção de democracia participativa. Partindo-se da noção de legitimidade e de participação, são apresentados alguns argumentos que conferem legitimidade democrática ao exercício da jurisdição constitucional: (i) legitimidade de origem; (ii) legitimidade pela participação das minorias; (iii) legitimidade argumentativa; (iv) legitimidade e acesso à justiça e (v) legitimidade pela defesa dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo realiza a análise do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro. Inicia-se com um breve histórico sobre os mecanismos de defesa da Constituição, centrando-se no estudo da jurisdição constitucional brasileira a partir da Constituição de 1988. Por fim, é examinada a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, à luz dos elementos explicitados no capítulo segundo.

É importante observar que a análise de cada um dos diferentes aspectos da legitimidade democrática do controle jurisdicional brasileiro é realizada com base no ordenamento constitucional e infraconstitucional. O material de pesquisa é a Constituição de 1988 e leis infraconstitucionais — em especial a Lei 9.868/90 e a Lei 9.882/90 — apoiados na doutrina e na jurisprudência nacional — principalmente do Supremo Tribunal Federal.

## 2 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 FIXAÇÃO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A fixação do conceito de Constituição é tarefa necessária na abordagem do tema do controle de constitucionalidade; tarefa esta dificultada ante a pluralidade de significados decorrente da diversidade de enfoques utilizados na compreensão da Constituição.

Na opinião de Konrad Hesse<sup>1</sup>, a questão sobre o conceito de Constituição não pode ser respondida recorrendo-se a um conceito estabelecido ou reconhecido pela maioria, porque este ainda não foi esclarecido pela doutrina ou pela jurisprudência. Para o autor, a resposta para a questão atinente ao conceito de Constituição depende da tarefa que deve ser resolvida com o conceito a ser obtido.

Segundo Hesse<sup>2</sup>, a Constituição é entendida como a “ordem fundamental jurídica da coletividade”. Cumpre à Constituição as seguintes tarefas: (i) determinar os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade política do Estado; (ii) regular os procedimentos de solução de conflitos dentro da comunidade; (iii) ordenar a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal e, por fim, (iv) criar as bases e os traços fundamentais da ordem jurídica.<sup>3</sup>

Em síntese, na visão do autor, a tarefa da Constituição na realidade da vida histórico-concreta é orientada tanto pela formação e conservação da unidade política, quanto pela fundamentação da ordem jurídica. A unidade política é necessária para atuação de atividade uniforme do Estado, ao passo que a ordem

---

<sup>1</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. pp. 25-26.

<sup>2</sup> Ibid, p. 37.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. pp. 114-115.

jurídica serve não só para ordenar o processo de formação da unidade política<sup>4</sup>, mas também para ordenar a vida econômica e social.<sup>5</sup>

A função constitucional de regular a unidade política e fundamentar a ordem jurídica está também relacionada à estrutura da Carta Maior. Para Hesse<sup>6</sup>, a Constituição deixa intencionalmente abertas certas questões. Isso ocorre não só porque os fatos que são regulados estão sujeitos a alterações históricas, mas também porque a própria Constituição reconhece a necessidade de deixar espaço à livre discussão, decisão e configuração de determinadas matérias.

Contudo, embora seja reconhecida essa abertura e amplitude, a Constituição não deixa de assumir a função constitutiva, estabilizadora e racionalizadora do processo político e a função limitadora do poder. Nessa ordem de idéias, o autor salienta: “Essa abertura e amplitude da Constituição naturalmente não significa dissolução em uma dinâmica total, na qual a Constituição não estaria em condições de dar à vida da coletividade apoio dirigente”<sup>7</sup>. E continua, ao afirmar que: “Tanto por aquilo que ela deixa aberto, como por aquilo que ela não deixa aberto, a Constituição produz efeitos que formam sua função na vida da coletividade”<sup>8</sup>.

Aí reside um dos pontos cruciais da teoria de Konrad Hesse: a força normativa da Constituição. A força normativa da Constituição é entendida como a força ativa da norma que influi e determina a realidade política e social. Segundo Konrad Hesse, não se pode negar que a norma constitucional consiste numa das forças determinantes da vida do Estado, isto é, que tenha potência para dominar efetivamente o poder estatal. É certo, como admite o autor, que existem alguns fatores que condicionam o reconhecimento da força normativa da Constituição, tais

---

<sup>4</sup> É importante observar que o conceito de unidade política de Konrad Hesse não pressupõe uma unidade a ser perseguida de índole étnica, religiosa e ideológica. Pelo contrário, Hesse reconhece a pluralidade de interesses, de concepções de vida, e que o Estado democrático da atualidade não mais conhece o sujeito uniforme de domínio. Para ele, a unidade política consiste apenas na unidade de ação estatal, sem a qual não existiria Estado, mas sim anarquia ou guerra civil. A unidade política, assevera, caracteriza-se por ser um processo permanente, de conciliação de interesses antagônicos, que nunca está definitivamente concluído.

<sup>5</sup> HESSE, 1998, pp. 29-37.

<sup>6</sup> Ibid, p. 39.

<sup>7</sup> Ibid, p. 40.

<sup>8</sup> Ibid, p. 42.

como: (i) a necessária relação entre a norma constitucional e a realidade político-social; (ii) a correspondência da norma com a realidade histórica, isto é, com a situação histórica concreta e suas condicionantes e, por fim, (iii) o cumprimento dos pressupostos de eficácia da Constituição. Os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver sua força normativa consistem tanto na correspondência do conteúdo de suas normas com a consciência geral, quanto a existência da *vontade de Constituição*, conceituada pelo autor como a disposição dos partícipes da vida constitucional em orientar a própria conduta da forma estabelecida no texto normativo. Contudo, observadas essas condições, a norma constitucional assume força capaz de proteger e dirigir a vida do Estado.<sup>9</sup>

A defesa da força normativa da Constituição, exaltada na obra de Hesse, surgiu em contraposição à teoria de Ferdinand Lassale<sup>10</sup>, segundo a qual a Constituição representa apenas a expressão de uma dada realidade, isto é, a expressão das relações de poder dominantes.

É importante notar, como faz Paulo Ricardo Schier<sup>11</sup>, que entre os textos de Hesse e Lassale — “A força normativa da Constituição” e “A essência da Constituição”, respectivamente — há um lapso de 91 anos, sendo importante observar ainda o contexto em que Ferdinand Lassale expôs suas idéias. Lassale foi contemporâneo de Karl Marx, tendo proferido a conferência sobre a essência da Constituição em 16 de abril de 1862, período histórico em que, segundo o autor, “predominava certa concepção que praticamente negava normatividade para a Constituição Jurídica (e para a ordem jurídica, como um todo)”.

Na lição de Konrad Hesse<sup>12</sup>, a Constituição é analisada em seu sentido jurídico, enquanto lei fundamental do Estado e da sociedade. É esse o sentido de Constituição que será adotado neste estudo. O conceito elaborado pelo mestre alemão mostra-se adequado ao presente trabalho por duas principais razões:

---

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. pp. 13-27.

<sup>10</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. pp. 5-11.

<sup>11</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 70.

<sup>12</sup> HESSE, 1998. p. 11.

primeiro pelo reconhecimento da força normativa e segundo pela idéia da abertura da Constituição.

A visão da Constituição dotada de força normativa propicia um resgate da dignidade normativa da ordem constitucional, que, por sua vez, está diretamente relacionada às técnicas de controle de constitucionalidade. Por outro lado, a noção de abertura da Constituição serve para demonstrar que a ordem constitucional não consiste numa unidade já concluída, pois na verdade está em constante construção. É a própria Constituição que possibilita a livre discussão, decisão e configuração de determinadas matérias que, conscientemente, não foram reguladas pela Carta Maior.

A força normativa e a abertura da Constituição consistem nas premissas fundamentais para análise do controle de constitucionalidade e da democracia, fundindo-se neste estudo na proposta de investigação acerca da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O ESTADO CONSTITUCIONAL ATUAL

A idéia da Constituição como norma suprema e fundamental é característica do Estado contemporâneo.

O princípio da supremacia da Constituição surge com o aparecimento das constituições escritas, de cunho liberal. Embora desde a antigüidade tenha existido a idéia de supremacia do Direito, da supremacia da lei, a noção de constituição como norma suprema, nos moldes entendidos atualmente, só veio a vigorar no fim do século XVIII.

Segundo Nelson Saldanha<sup>13</sup>, o princípio tem suas raízes na sociedade pós-feudal e provem, em certa medida, do conceito mais racionalista, técnico e legalista do direito. É como um tipo de lei que a constituição passa a prevalecer e a se sobrepor às leis ordinárias. O direito costumeiro, fundado no *jus naturale*, foi substituído pela Constituição, concebida como texto normativo que enunciava os fundamentos do Estado e do Direito.

É sob este aspecto que o Estado de direito do século XIX foi concebido como Estado Constitucional. Neste modelo de Estado Constitucional foi dada prevalência à ordem ditada pelo poder constituinte sobre aquelas emanadas dos poderes constituídos. Criou-se, no ordenamento jurídico, uma estrutura hierárquica na qual a norma constitucional passou a ocupar o nível mais alto, situando-se abaixo os atos legislativos, administrativos e jurisdicionais emanados dos órgãos do Estado.

Partindo da hierarquia e da prevalência do poder constituinte, foi delineada a noção de supremacia da Constituição, impondo-se a observância da forma e do conteúdo traçados na lei fundamental. A Constituição passa a ser dotada de uma *superlegalidade formal* que determina competências e procedimentos para a elaboração de leis ordinárias, e de uma *superlegalidade material* que permite que o conteúdo dos atos normativos inferiores seja submetido ao comando constitucional<sup>14</sup>.

O caráter supremo da Constituição impõe a observância das prescrições formais e materiais não só na construção ordenamento jurídico, mas também em qualquer momento de sua aplicação. Essa é a posição de Eduardo García de Enterría<sup>15</sup>:

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación — por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos — en el sentido que resulta de los

<sup>13</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. pp. 128-129.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 164.

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Hermenêutica e supremacia constitucional: el principio de la interpretación conforme la Constitución de todo el Ordenamiento. **Revista de direito público**, ano XIX, n. 77, São Paulo, p. 33-38, jan./mar. 1986., p. 33.

principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate.<sup>16</sup>

Contudo, ao lado da noção de supremacia da Constituição, constata-se que o Estado contemporâneo é caracterizado também pelo regime democrático. É o que nota J.J. Gomes Canotilho<sup>17</sup>: “O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*”.

Para o autor<sup>18</sup>, as duas grandes qualidades do Estado Constitucional atual se resumem nas fórmulas do Estado de direito e do Estado democrático:

O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou com uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como *Estado de direito democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”.

O Estado de direito serve à tarefa de limitar o poder político, enquanto a democracia procura justificar o exercício desse poder. Conforme declara J.J. Gomes Canotilho<sup>19</sup>, a conciliação entre Estado de direito e democracia atendeu aos reclamos de legitimidade do poder, *in verbis*:

Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do poder político*. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo poder vem

<sup>16</sup> “A supremacia da Constituição sobre todas as normas e seu caráter central na construção e na validade do ordenamento em seu conjunto, obrigam a interpretar este em qualquer momento de sua aplicação — por operadores públicos ou por operadores privados, por Tribunais ou por órgãos legislativos e administrativos — no sentido que resulta dos princípios e regras constitucionais, tanto os gerais quanto os específicos referentes à matéria de que se trate”. (Tradução nossa).

<sup>17</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 89.

<sup>18</sup> Ibid, p. 93-94.

<sup>19</sup> Ibid, pp. 95-96.

do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.

No mesmo sentido acentua o mestre Oscar Vilhena Vieira<sup>20</sup>, ao afirmar que a principal meta do constitucionalismo contemporâneo é a composição do antagonismo que se verifica entre a democracia e o constitucionalismo. Para ele, à democracia importa discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, enquanto o constitucionalismo moderno preocupa-se com os limites do poder, seja esse poder exercido pelo rei ou pelo próprio povo. Assim, segundo o autor, é possível afirmar que as democracias constitucionais contemporâneas representam tentativas de conciliar essas duas concepções.

Para Nicola Matteuci<sup>21</sup>, democracia e constitucionalismo são doutrinas diversas, facilmente separáveis no plano puramente conceptual. Contudo, assevera o autor: “não são doutrinas contraditórias, porque embora tenha havido no passado regimes constitucionais são democráticos, não conhecemos hoje outra forma possível de democracia senão a constitucional”.

Esta posição, segundo a qual o Estado Constitucional atual deve se conciliar com o postulado democrático, é defendida também por Manuel Aragon<sup>22</sup> ao afirmar que: “[...] solo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que unicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, juridicamente, la acción del poder”<sup>23</sup>. De acordo com Manuel Aragon esta é a tese que vem sendo acolhida por inúmeros doutrinadores, inclusive europeus<sup>24</sup>, ocasionando o condicionamento do reconhecimento da Constituição ao reconhecimento da democracia.

<sup>20</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 26.

<sup>21</sup> MATTEUCI, Nicola *in* BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v.1. p. 257.

<sup>22</sup> ARAGON, Manuel. **Constitución y democracia**. Madrid: Tecnos, 1990. p. 25-26.

<sup>23</sup> “[...] só é Constituição autêntica, isto é, Constituição normativa, a Constituição democrática, já que somente ela permite limitar efetivamente, isto é, juridicamente, a ação do poder.” (Tradução nossa).

<sup>24</sup> Dentre os doutrinadores europeus citados pelo autor tem-se o alemão Klaus Stern e o espanhol Francisco Rubio Llorente.

É justamente esta simbiose entre democracia e Estado de direito, isto é, a conciliação das duas linhas mestras do Estado Constitucional atual, que orienta o presente estudo. Nesta perspectiva, primeiro será analisado o controle de constitucionalidade, para depois serem analisadas as diferentes compreensões oferecidas pela teoria democrática.

## 2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.3.1 Conceito de Inconstitucionalidade

Embora seja atribuída à constituição força para regular a atuação dos órgãos públicos, a norma constitucional nem sempre é observada. É possível a edição, deliberada ou acidental, de atos infraconstitucionais incompatíveis com o parâmetro designado pela norma suprema, o que resulta na inconstitucionalidade.

Para Flávia Piovesan<sup>25</sup>, o conceito de inconstitucionalidade depende do conceito de Constituição que é adotado. Porém, na opinião da autora, isso não impossibilita que seja identificado um núcleo mínimo, essencial e permanente neste conceito. Nas suas palavras:

Não obstante o conceito de inconstitucionalidade esteja sempre a se formar, acompanhando a dinâmica própria das mudanças constitucionais, detecta-se um núcleo mínimo, essencial e permanente neste conceito. A inconstitucionalidade advém sempre [sic] uma relação de contrariedade com a Constituição: de um lado a Constituição e de outro um comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional.

Como se observa, de acordo com Flávia Piovesan, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento, que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível

---

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 86.

O conceito acima evidenciado aproxima-se do referido por Jorge Miranda<sup>26</sup>:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento — que lhe está ou não conforme, que cabe ou não no seu sentido, que tem nela ou não a sua base.

É possível observar que o conceito de inconstitucionalidade, para ambos os doutrinadores, envolve a relação entre um comportamento e a norma constitucional. Segundo Jorge Miranda, quando se trata de constitucionalidade e inconstitucionalidade, não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade e outra realidade, ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica. Para o autor<sup>27</sup>, a relação entre o comportamento — que pode ser adotado tanto pelos órgãos públicos, como pelos particulares — e a norma constitucional, não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual, mas sim de uma relação de carácter normativo.

De fato, se é entendido que a norma constitucional é também norma jurídica e possui força normativa, o problema da violação da supremacia constitucional traduz-se em um problema normativo, isto é, em um problema de descumprimento de norma. Se normas jurídicas têm como objeto uma conduta humana, o descumprimento de tais normas só pode ser realizado por uma conduta.

No que se refere ao objeto das normas, afirma Hans Kelsen<sup>28</sup>:

O objeto de uma norma é aquilo que está prescrito numa norma, fixado como devido, é a conduta de um ser dotado de razão e de vontade — segundo nossa concepção de hoje — é a conduta de uma pessoa. Pois a norma deve ser cumprida e aplicada.

Assim, a inconstitucionalidade traduz-se na violação da norma constitucional decorrente de um comportamento. Este comportamento pode consistir na prática de um ato jurídico que infringe a Constituição — o que constitui a chamada inconstitucionalidade por ação — ou na inércia, na ausência da prática de um ato

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. pp. 7-8.

<sup>27</sup> Ibid, p. 8.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 113.

exigido pela Constituição — que configura a denominada inconstitucionalidade por omissão.

O fato do descumprimento da norma constitucional poder ser evidenciado pelo ato normativo editado em desconformidade com a Carta Maior leva alguns autores a conceituar a inconstitucionalidade como um vício atribuído à lei, e não à conduta do legislador. Nesse sentido, observa-se o conceito veiculado por Marcelo Caetano<sup>29</sup>, em sua obra *Direito Constitucional*:

A inconstitucionalidade é, pois, o vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas.

Para Clèmerson Merlin Clève<sup>30</sup>, a noção de inconstitucionalidade passa pela avaliação do conteúdo e da forma de um ato normativo frente à Constituição. A incompatibilidade normativa, afirma, pode decorrer da inadequação ou desconformidade do procedimento de elaboração legislativa ou do conteúdo da norma criada; por isso, a relação de incompatibilidade frente a Constituição pode ser de natureza formal ou material. Nas palavras do autor:

Cabe, em resumo, dizer que a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou de vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou de seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional.

Contudo, a despeito da imprecisão conceitual, a inconstitucionalidade deve ser entendida como afronta à supremacia da Constituição e como violação às normas eleitas pela sociedade como fundamentais. Tais idéias remetem de imediato à necessidade de um sistema de defesa da supremacia constitucional. E é com a finalidade de garantir a observância do comando constitucional, seja pelos órgãos e agentes públicos, seja pelos particulares, que surgiram as técnicas e os organismos responsáveis pelo controle de constitucionalidade.

---

<sup>29</sup> CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Forense: Rio de Janeiro, 1977. vol. I. p. 401.

<sup>30</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

A partir dessas considerações, merece ser registrado que importa ao presente estudo apenas a análise dos comportamentos adotados pelos órgãos públicos, excluindo-se da apreciação, portanto, as ações e as omissões dos particulares.

Dentre os comportamentos atribuídos ao Estado, é possível diferenciá-los ainda de acordo com o seu conteúdo, sendo estes normativos ou não normativos. Nesse passo, há que ser ressaltado que serão considerados apenas os comportamentos normativos, ou a omissão destes que resulte em violação ao comando constitucional.

### 2.3.2 Espécies de controle de constitucionalidade

Havendo desconformidade da conduta do órgão público ou do ato normativo editado com o comando da norma constitucional, tem-se a violação da supremacia da constituição. A permanência do *status* de supremacia da norma constitucional depende da existência de mecanismos de controle dos atos infraconstitucionais, que hoje constituem os diferentes sistemas de controle de constitucionalidade das leis. Por isso, a idéia de supremacia constitucional conduz também ao problema de sua defesa.

Os métodos de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais atos dos poderes públicos servem como meios de defesa da norma constitucional. Neste sentido, afirma Ronaldo Poletti<sup>31</sup>:

(...) o controle de constitucionalidade das leis, baseado no princípio da supremacia da Constituição, implica colocar a Carta Magna acima de todas as outras manifestações do Direito, as quais, são com ela compatíveis ou nenhum efeito devem produzir. Se a lei ordinária, o estatuto privado, a sentença judicial, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, devem ser fulminados por uma nulidade incomum, qual seja, aquela proveniente da Lei Maior, com base no princípio da supremacia da Constituição.

---

<sup>31</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 03.

Sobre o postulado da supremacia e da força normativa da constituição, erguem-se, portanto, os sistemas de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. O Direito Comparado mostra a diversidade de sistemas existentes e dos instrumentos jurídicos adotados pelos países.

De acordo com J.J. Gomes Canotilho<sup>32</sup>, é possível obter uma visão global dos diferentes tipos de controle, discriminando-se (i) *quem exerce o controle*; (ii) *como se exerce o controle*; (iii) *quando se controla*; (iv) *quem pede o controle* e (v) *os efeitos do controle*.

O primeiro critério considera o sujeito que exerce o controle e permite a diferenciação entre controle político e controle jurisdicional. O sistema francês geralmente é apontado como exemplo clássico de controle político. O controle jurisdicional pode ser atribuído tanto a órgãos integrantes do Judiciário quanto a outros exteriores a ele. No caso do controle jurisdicional, ainda é possível apontar outras duas subespécies: o controle jurisdicional difuso e o controle jurisdicional concentrado, que será melhor analisado adiante.

O segundo critério relaciona o modo como é exercido o controle, diferencia o controle por via incidental, isto é, aquele invocado no curso de ação submetida à apreciação — também denominado controle por via de exceção —, do controle por via principal — ou controle por via de ação — no qual as questões de inconstitucionalidade são levantadas a título principal, como único objeto da ação. Além dessas categorias, o modo como se exerce o controle, de acordo com o autor, permite também a diferenciação entre o controle abstrato e o controle concreto.

Observa-se que Canotilho separa os dois primeiros tipos de controles (por via incidental e por via principal) dos controles abstrato e concreto. Isso se justifica porque, de acordo com o mestre português<sup>33</sup>, embora o controle por via incidental esteja sempre associado ao controle concreto, o mesmo não ocorre em relação ao controle por via principal:

---

<sup>32</sup> CANOTILHO, 1998, pp. 832-839.

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 835.

O controle por via principal tanto pode conduzir-se a um *controle abstrato de leis* ou actos normativos (cfr. Art. 281º da CRP) como a *uma garantia concreta de direitos fundamentais*. Este último caso é que se observa na *Verfassungbeschwerde* alemã (acção constitucional de defesa) e no *recurso de amparo* mexicano e espanhol.

O controle abstrato não é um processo contraditório que envolva partes, ou um caso particular a ser decidido, como no controle concreto. A abstração denota a objetividade do controle, que se dirige tão somente à averiguação da constitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Na lição de Jorge Miranda<sup>34</sup>, a fiscalização concreta ou subjetiva se diferencia da fiscalização abstrata ou objetiva em razão dos interesses subjacentes, determinantes da iniciativa do respectivo processo:

Diz-se *subjectiva*, quando se prende a um interesse directo de alguém, quando tem por causa ou por ocasião a repercussão da ofensa de Lei Fundamental nas esferas jurídicas de certas e determinadas pessoas, quando a ofensa da Constituição se repercute na lesão ou ameaça de lesão de direitos e interesses destas pessoas. Diz-se *objectiva*, quando, à margem de tal ou tal interesse, tem em vista a preservação ou a restauração da constitucionalidade objectiva, quando o que avulta é a constante conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as normas constitucionais.

De acordo com o terceiro critério, isto é, considerando-se o momento do controle, é possível distinguir o controle preventivo do controle sucessivo, conforme se pretenda evitar que a lei ou o ato normativo inconstitucional passe a integrar o ordenamento jurídico, ou se pretenda retirar do ordenamento lei ou ato contrários à Constituição.

Pelo quarto critério apresentado, distinguem-se os tipos de controle de acordo com a legitimidade ativa. Nesses termos, devem ser diferenciados o controle com legitimidade ativa universal, hipótese em que seria reconhecida a qualquer pessoa a legitimidade para impugnação da constitucionalidade, do controle com legitimidade restrita a certas e determinadas entidades.

A respeito da distinção entre a legitimidade universal e restrita no controle de constitucionalidade, Canotilho<sup>35</sup> faz a seguinte ressalva:

---

<sup>34</sup> MIRANDA, 2001, p. 53.

<sup>35</sup> CANOTILHO, 1998, p. 837.

Pela inflação dos processos de controlo que a ação popular universal poderia originar, a regra é a da restrição da legitimidade, qualquer que seja o tipo de controlo. No controlo abstrato de normas, os titulares de legitimidade impugnatórias são certas e determinadas entidades (Presidente da República, Provedor de Justiça, governos federais, uma fração de deputados); no controlo difuso incidental a legitimidade está naturalmente circunscrita ao juiz, Ministério Público e partes na causa submetida a juízo.

Por fim, o quinto e último critério permite a diferenciação das espécies de controle de constitucionalidade segundo os efeitos da decisão. Sob este aspecto, Canotilho diferencia o controle cuja decisão possui efeito geral (*erga omnes*) do controle de efeito particular (*inter partes*); o controle com efeito retroativo (de eficácia *ex tunc*) do controle com efeito prospectivo (de eficácia *ex nunc*); assim como o controle de efeito declarativo e o controle de efeito constitutivo.

A análise realizada neste estudo será dedicada ao aspecto subjetivo do controle de constitucionalidade, isto é, aos órgãos aos quais é atribuída a tarefa de defender a Constituição. Interpretado como verdadeira garantia contra arbitrariedades dos poderes públicos, na defesa dos direitos consagrados nas Constituições, o controle de constitucionalidade incide sobre atos que afrontam a Constituição e — no que concerne ao aspecto subjetivo — pode ser exercido por órgãos políticos ou jurisdicionais.

### 2.3.2.1 O controle político de constitucionalidade

O controle de natureza política se revela não só pela origem dos membros que dele fazem parte, mas também pela função exercida pelo órgão e ainda pelo procedimento adotado na fiscalização. Assim, a definição do órgão que exercerá o controle depende da composição do órgão e também do seu funcionamento. Esta posição é defendida por Gabriel Bouzart citado por Ivo Dantas<sup>36</sup>, referindo-se ao Conselho Constitucional Francês: “la función del Consejo es política y no judicial

---

<sup>36</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. Curitiba: Juruá, 2003. v.1. p. 284.

porque no persigue la resolución de controversias de derechos o intereses entre personas, ni la protección de los derechos individuales de alguien em particular”<sup>37</sup>.

No mesmo sentido, afirma Mauro Capelletti<sup>38</sup>:

É suficientemente clara — e de resto, mais ou menos reconhecida por numerosos estudiosos franceses — a natureza não propriamente jurisdicional da função exercida pelo *Conseil Constitutionnel*: e isto não apenas, como escreve um autor, pela natureza antes política que judiciária do órgão, natureza que se revela quer, na escolha e no *status* dos membros que dele fazem parte, quer sobretudo, nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de seu operar; mas também e especialmente pelo caráter *necessário*, pelo menos no que diz respeito às leis orgânicas, do controle que se desenvolve, portanto, sem um verdadeiro recurso ou impugnação de parte (*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio!*), bem como pelo caráter *preventivo* da função de “controle” por aquele órgão exercida. Tal função vem, na verdade, a se inserir — necessariamente, no que concerne às “leis orgânicas”, e somente à instância de certas autoridades políticas, no que se refere a outras leis — no próprio *iter* da formação da lei na França; é, afinal de contas, não um verdadeiro controle (*a posteriori*) da legitimidade constitucional de uma lei para ver se ela é ou não é válida e, por conseguinte, aplicável, mas, antes, um ato (e precisamente um parecer vinculatório) que vem a se inserir *no próprio processo de formação da lei* — e deste processo assume, portanto, a mesma natureza.

O exemplo clássico de controle político de constitucionalidade é o vigente na França, no qual a fiscalização é exercida pelo Conselho Constitucional, composto pelos ex-Presidentes da República e de outros nove membros, três dos quais nomeados pelo Presidente da República, outros três, pelo Presidente da Assembléia Nacional e mais três, pelo Presidente do Senado.<sup>39</sup>

No modelo francês, a fiscalização da constitucionalidade das leis é efetuada mediante submissão do texto legislativo ou tratado ao Conselho Constitucional. A obrigatoriedade da submissão ao Conselho é verificada apenas em relação às leis orgânicas, antes de sua promulgação, e em relação aos Regulamentos das Assembléias, antes de sua aplicação. Uma vez submetida à apreciação do Conselho Constitucional, este emitirá seu pronunciamento de observância obrigatória, não

<sup>37</sup> “a função do Conselho é política e não judicial porque não persegue a resolução de controvérsia de direitos ou interesses entre pessoas, nem a proteção dos direitos individuais de alguém em particular” (tradução nossa).

<sup>38</sup> CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 29.

<sup>39</sup> *Ibid*, pp. 27-28.

podendo ser promulgada (ou aplicados, no caso dos Regulamentos das Assembléias) a norma se o entendimento for pela inconstitucionalidade.<sup>40</sup>

Sobre a apreciação do Conselho Constitucional, afirma Capelletti<sup>41</sup>:

O pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é emitido por maioria de votos, depois de um procedimento que se desenvolve em segredo, sem audiências orais, sem contraditório, um procedimento em que não existem verdadeiras partes, embora seja admitida, na prática, a apresentação de memoriais escritos por parte dos órgãos interessados.

Por fim, merece ainda ser registrado que o controle político não se resume àquelas hipóteses de verificação da constitucionalidade por um órgão independente, como o Conselho Constitucional francês que constitui órgão externo aos três clássicos órgãos do Estado. Deve ser lembrado também que o processo legislativo pode ser submetido a controle realizado pelo próprio Parlamento, normalmente confiado às comissões parlamentares, bem como a controle exercido pelo Executivo no instante da sanção ou veto do projeto.

Contudo, por não ser este o tema específico deste estudo, não será realizada uma abordagem mais aprofundada sobre o tema. A fiscalização política, neste caso, é analisada com a finalidade precípua de diferenciá-la da fiscalização jurisdicional.

### 2.3.2.2 O controle jurisdicional de constitucionalidade

#### 2.3.2.2.1 *Conceito de jurisdição*

Pelo critério subjetivo de classificação das espécies de controle de constitucionalidade, além do controle político, o outro tipo de controle é aquele exercido por órgãos jurisdicionais. A função jurisdicional exercida por tais órgãos

---

<sup>40</sup> CAPELLETTI, **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, 1999, p. 28.

<sup>41</sup> *Ibid*, pp. 27-28.

possui características próprias, que impedem, inclusive, que seja confundida com as outras funções estatais.

Na opinião de Hans Kelsen<sup>42</sup> não há três, mas apenas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do direito. Ao lado da função legislativa, de criação do direito, existem as funções administrativa e jurisdicional, que se rendem à aplicação das normas jurídicas. Em regra, o Legislativo cria a norma jurídica, cabendo ao Executivo e ao Judiciário aplicá-la aos casos concretos. Para o mestre austríaco, a função exercida pelo Executivo não pode ser separada daquela exercida pelo Judiciário.

Contudo, embora a distinção entre a função jurisdicional e a função administrativa não seja tão fácil de ser estabelecida, a doutrina costuma apontar alguns critérios que permitem diferenciá-las.

Cândido Rangel Dinamarco destaca na jurisdição as características da imperatividade e definitividade. Para ele, é possível conceituar a jurisdição “como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”<sup>43</sup>. A função jurisdicional é a única função pública com capacidade de decidir imperativamente, sendo também a única que terá seus efeitos imunizados pelo instituto da coisa julgada.

Eduardo J. Couture<sup>44</sup> defende a existência de, pelo menos, quatro concepções distintas do vocábulo “jurisdição”: (i) a jurisdição como âmbito territorial; (ii) como sinônimo de competência; (iii) como conjunto de poderes de certos órgãos e (iv) jurisdição no sentido de função pública. A primeira das concepções mencionadas é a que relaciona a jurisdição com um âmbito territorial, isto é, quando se diz que “as diligências que devem realizar-se em jurisdição diversa, serão realizadas por outro juiz” emprega-se o termo jurisdição no sentido de território jurisdicional. A segunda

---

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 385-386.

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1. p. 309.

<sup>44</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002. pp. 23-27.

concepção equipara a jurisdição à competência. Para o autor, competência é uma medida da jurisdição, é um fragmento de jurisdição atribuído a um juiz. A relação entre jurisdição e competência é uma relação entre o todo e a parte, não de equivalência. A terceira concepção, que emprega o termo jurisdição como poder, é insuficiente por não demonstrar que além da faculdade de julgar, o juiz possui o dever de fazê-lo. Para Couture “A noção de jurisdição como poder é insuficiente porque a jurisdição é um poder-dever”<sup>45</sup>. Por fim, a quarta e última concepção atribui à jurisdição a natureza de função pública. Esta é a idéia de jurisdição adotada por Couture.

Segundo Couture<sup>46</sup>, a jurisdição deve ser entendida como:

Función publica, realizada por órganos competentes del estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.<sup>47</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>48</sup>, por sua vez, assinala que a jurisdição não pode ser caracterizada como mera atividade de resolução de conflitos; trata-se, na verdade, de uma função de resolução de conflitos com particularidades muito peculiares. Dentre essas particularidades, o autor acentua a imparcialidade e afirma:

A jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdiccionariedade e não seu acidente.

A mesma posição é assumida por Santi Romano<sup>49</sup>, ao afirmar que a distinção entre a jurisdição e a função executiva deve fundar-se na afirmação de que a jurisdição é um poder exercido por uma autoridade que não é parte nas relações e nas situações

<sup>45</sup> COUTURE, 2002, p. 25.

<sup>46</sup> Ibid, p. 34.

<sup>47</sup> “Função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas por lei, em virtude da qual, por ato de julgamento, se determina o direito das partes, com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente factíveis de execução.” (Tradução nossa).

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.

<sup>49</sup> ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 382.

a serem apreciadas, enquanto a autoridade executiva é parte interessada nas relações e nas situações sobre as quais incidem seus atos.

Também para Canotilho<sup>50</sup> a jurisdição assume significado específico:

A jurisdição (*jurisdictio, jus dicere*) pode, em termos aproximativos, ser qualificada como a actividade exercida por juízes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do *direito* num caso concreto. Esta actividade não pode caracterizar-se tendo em conta apenas critérios materiais ou substantivos. Está organizatoriamente associada ao **poder jurisdicional**, e é subjectivo-organicamente atribuída a titulares dotados de determinadas características (juízes). Está ainda jurídico-objectivamente regulada quanto ao modo de exercício por regras e princípios processuais (processo).

Nota-se que Canotilho elabora o conceito de jurisdição com base em dois prismas: subjectivo-orgânico e jurídico-objetivo. Evidencia, com isso, que deve ser considerado no conceito não só o órgão que é investido da função jurisdicional, mas também a forma como se desenvolve o exercício da função.

#### 2.3.2.2.2 *Espécies de jurisdição*

Apesar da jurisdição constituir expressão do poder soberano do Estado, devendo nesse aspecto ser entendida como una e indivisível, é possível detectar múltiplas manifestações dessa função estatal.

Inicialmente, é possível estabelecer a distinção entre a função jurisdicional e a função judicial. Neste sentido, assevera Canotilho<sup>51</sup> que o *poder jurisdicional* — entendido como o conjunto de magistrados a quem é confiada a função jurisdicional — envolve conceito mais amplo que o conceito de *poder judiciário* ou de *poder judicial*. O Judiciário abrange em sua estrutura apenas a magistratura ordinária, também denominada magistratura comum. Por outro lado, verifica-se que a função jurisdicional pode ser exercida tanto por tribunais integrantes do Judiciário, como por

---

<sup>50</sup> CANOTILHO, 1998, p. 615.

<sup>51</sup> *Ibid*, p. 616.

tribunais administrativos ou Tribunais Constitucionais — que não estão inseridos no esquema da clássica tripartição de órgãos.

Há, porém, outras classificações que demonstram as distintas manifestações da jurisdição. Segundo Paolo Biscaretti di Ruffia<sup>52</sup>, a jurisdição pode ser empregada em dois sentidos distintos: em sentido subjetivo destaca-se a jurisdição ordinária — formada por órgãos que constituem o Judiciário — e as jurisdições especiais — constituídas por diferentes grupos de órgãos, como os tribunais do júri e o Tribunal Constitucional. Em sentido objetivo, pode-se distinguir a jurisdição civil, penal, administrativa e constitucional.

No que tange à classificação das espécies de jurisdição, destaca-se o estudo realizado por José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>53</sup> na obra “Processo Constitucional”, em que é estabelecida a distinção entre: jurisdição ordinária ou comum, jurisdição especial, jurisdição administrativa e jurisdição constitucional.

A jurisdição ordinária é aquela exercida pelos órgãos que integram a magistratura comum, ou seja, é aquela exercida pelos órgãos dotados da competência geral para o julgamento dos feitos submetidos às decisões dos tribunais.<sup>54</sup>

A jurisdição especial, por sua vez, decorre da complexidade jurídica da vida moderna, que passa a demandar a criação de colégios judiciários especiais que não integram o Judiciário. A respeito da criação das jurisdições especiais, assevera Baracho<sup>55</sup>:

Mesmo aceitando a consagração das jurisdições especiais, decorrentes da complexidade jurídica da vida moderna, convém salientar que muitas dessas fórmulas podem aparecer com finalidades políticas e particulares que contrariam o significado unívoco de jurisdição e o seu espírito democrático.

<sup>52</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito Constitucional**: instituições de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 423-426.

<sup>53</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp. 80-111.

<sup>54</sup> Ibid, pp. 82-83.

<sup>55</sup> Ibid, p. 83.

No ordenamento constitucional brasileiro, a função jurisdicional especial é exercida pelo Senado Federal, no julgamento dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente, Vice-Presidente da República, dentre outras autoridades, segundo as hipóteses e condições previstas na Constituição.<sup>56</sup>

A jurisdição administrativa pressupõe a existência de tribunais especiais para processar e julgar causas decorrentes da atividade administrativa. Conforme assevera Baracho<sup>57</sup>, os atos administrativos estão sujeitos a controle administrativo, legislativo e jurisdicional. O controle jurisdicional pode ser exercido pela jurisdição comum ou pela jurisdição especial, sendo que, neste último caso o controle é atribuído a órgãos independentes que exercem a jurisdição administrativa. O exemplo clássico de tribunal administrativo é o Conselho de Estado francês.

A jurisdição constitucional, nas palavras de Baracho, é assim compreendida: “[...] parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado”<sup>58</sup>. Vincula-se, portanto, à matéria constitucional.

Na visão de José Afonso da Silva<sup>59</sup>, a jurisdição constitucional, em sentido estrito, deve ser concebida como: “[...] entrega, aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição”. Portanto, no sentido estrito, a jurisdição constitucional abrange apenas o controle de constitucionalidade. Por outro lado, num sentido amplo, jurisdição constitucional para o autor seria: “[...] a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais”.

Para Biscaretti di Ruffia<sup>60</sup>, a jurisdição constitucional, no sentido objetivo, evidencia a função exercida para tutelar direitos e interesses atinentes à matéria constitucional.

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 53-54.

<sup>57</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp. 83-97.

<sup>58</sup> Ibid, p. 97.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 60/61, p. 495-524, jan./jul. 1985. p. 504.

<sup>60</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, 1984, pp. 441-442.

Embora seja variado o conteúdo e amplamente indeterminada a matéria constitucional submetida a tal jurisdição, o mestre italiano aponta que, em geral, a jurisdição constitucional aprecia atos inconstitucionais de órgãos do Estado (mediante o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, a solução de conflitos de atribuição entre diversos órgãos do Estado, os conflitos de atribuição decorrentes de estrutura federal ou regional etc) ou atividades ilícitas de titulares de órgãos constitucionais (com os procedimentos específicos penais de Chefes de Estado, Ministros, parlamentares etc).

Diante disso, é fácil concluir que a jurisdição constitucional não abrange apenas o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Estado. É conceito mais amplo, como ensina Mauro Capelletti<sup>61</sup>:

Na verdade, parece oportuno precisar, desde agora, que o tema controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada “justiça constitucional”, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes.

A fim de demonstrar que a jurisdição constitucional não se resume ao controle de constitucionalidade de leis, Canotilho<sup>62</sup> enumera os domínios típicos da justiça constitucional, que, ressalvadas as particularidades de cada ordenamento constitucional, consistiriam, em síntese:

(1) *litígios constitucionais* (*‘Verfassungstreitigkeiten’*), isto é, litígios entre órgãos supremos do Estado (ou outros entes com direitos e deveres constitucionais); (2) *litígios* emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais (ex.: federação e estados federados, estados e regiões); (3) *controle da constitucionalidade* das leis e, eventualmente, de outros actos normativos (*Normenkontrolle*); (4) *protecção autónoma de direitos fundamentais* (*‘Verfassungsbeschwerde’*, *‘recurso de amparo’*); (5) *controle de regularidade de formação de órgãos constitucionais* (contencioso eleitoral) e de outras formas importantes de expressão política (referendos, consultas populares, formação de partidos); (6) intervenção nos processos de averiguação e apuramento da *responsabilidade constitucional* e, de um modo geral, a “defesa da constituição” contra crimes de responsabilidade (*Verfassungsschutzverfahren*).

<sup>61</sup> CAPELLETTI, **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, 1999, pp. 23-24.

<sup>62</sup> CANOTILHO, 1998, p. 831.

No âmbito deste estudo, dentre as diversas manifestações da função jurisdicional, será considerada apenas a jurisdição constitucional, interpretada como instrumento de garantia e defesa da lei suprema. Ademais, dentro da jurisdição constitucional, a análise será limitada também ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Embora tenha restado clara a amplitude conceitual da expressão “jurisdição constitucional”, o objeto de estudo cinge-se ao controle de constitucionalidade, que pode ser difuso ou concentrado, como demonstrado a seguir.

#### 2.3.2.2.3 Controle jurisdicional de constitucionalidade: difuso e concentrado

O controle jurisdicional admite duas formas básicas: o controle difuso e o controle concentrado. O sistema difuso é aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um determinado ordenamento jurídico.

O controle difuso é de origem norte-americana, tendo como marco inicial o célebre julgamento do caso *William Marbury versus James Madison*<sup>63</sup>, em fevereiro de 1803, pelo juiz John Marshall. A decisão consolida a competência dos juízes para controlar

---

<sup>63</sup> Tratou-se, no caso, da recusa da investidura de juízes nomeados no mandato do Presidente Adams, o qual perdera as eleições para Thomas Jefferson. Willian Marbury e mais três indivíduos, que haviam sido nomeados por Adams, não conseguiram a tempo serem investidos na função. Na época, cabia ao Secretário de Governo — cargo que era ocupado pelo próprio John Marshall — praticar os atos de investidura, o que não foi feito, pois o próprio Marshall havia sido nomeado para Presidente da Corte Suprema. Assumida a presidência por T. Jefferson, este entendeu que aqueles que não tivessem recebido o ato de investidura, não receberiam mais. Marbury e seus companheiros impetraram um *writ of mandamus* em face de Madison (novo Secretário de Governo). No ano de 1802, após a propositura da medida, o Congresso resolveu suspender o funcionamento da Suprema Corte, o que impediu o julgamento do caso. Contudo, em 1803, com a retomada dos trabalhos, John Marshall avocou para si a decisão da matéria. Embora a decisão tenha concluído pela incompetência da Suprema Corte para apreciar o pedido, em sua fundamentação, Marshall deixou clara a possibilidade do Judiciário rever atos do Executivo, mesmo os omissivos, afirmando que os impetrantes possuíam direito à investidura. Declarou, no entanto, a inconstitucionalidade do artigo 13, da lei de 1789 ante o artigo III, da Seção II, do texto constitucional, reconhecendo que a Suprema Corte não teria competência originária, mas apenas recursal para conhecer o pedido. Dessa forma, embora sem decidir o caso concreto ante o reconhecimento da incompetência da Suprema Corte, Marshall lança o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis.

a constitucionalidade das leis, situando o Judiciário como supremo intérprete do texto constitucional.<sup>64 65</sup>

Note-se que as normas da Constituição norte-americana que poderiam servir de fundamento para o controle judicial foram seriamente contestadas, até a prolação da decisão do caso *Marbury v. Madison*. O artigo III, da Seção II, da Constituição dos Estados Unidos já previa que a competência do Judiciário se estenderia “a todos os casos, de direito e de equidade, surgidos sob esta Constituição”, e se interpretado juntamente com a cláusula de supremacia da constituição, prevista no artigo VI, Seção II, fornecia assim a garantia do controle judicial. No entanto, foi da jurisprudência, e não do texto constitucional, que surgiu o controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos<sup>66</sup>.

A doutrina que sustenta o controle difuso de constitucionalidade defende, em síntese que (i) a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos submetidos a seu julgamento; (ii) uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; (iii) tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos tradicionais critérios “*lex posterior derogat legi priori*”, “*lex specialis derogat legi generali*”. Contudo, conforme assevera Capelletti<sup>67</sup>, estes critérios não valem mais quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa, pois a norma constitucional, quando a Constituição seja “rígida” e não “flexível”, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante.

---

<sup>64</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 139.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp. 233-234.

<sup>66</sup> CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, [?]. pp. 172-174.

<sup>67</sup> CAPELLETTI, **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, 1999, p. 75.

Ao tratar do controle de constitucionalidade difuso, exercido pelo juiz singular, ressalta Ivo Dantas<sup>68</sup> que tal espécie de controle não importa na declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado:

Neste caso, cabe que se observe um detalhe: não é correto dizer-se que o magistrado (= juiz singular) declara a inconstitucionalidade. Tal só ocorrerá em decisões colegiadas, onde a derrogação terá efeitos *erga omnes* em razão do julgamento que identificou a inconstitucionalidade do ato.

Para o autor, o juiz singular exerce a função jurisdicional negando-se a aplicar a lei de menor hierarquia quando esta se choca com outra de superior posição no ordenamento jurídico do Estado. Assim, como decorrência da supremacia da constituição e da competência própria do Judiciário na interpretação das leis, os magistrados estariam autorizados a não aplicar a lei ordinária quando representasse afronta a dispositivo constitucional.

Ao sistema difuso de controle de constitucionalidade se contrapõe o sistema concentrado. De inspiração kelseniana, o sistema concentrado, por sua vez, atribuiu o controle da constitucionalidade a um único órgão, que pode ser tanto um órgão da jurisdição ordinária (como um Tribunal Supremo) ou, ainda, um órgão especialmente criado para exercer a fiscalização das leis (Tribunal ou Corte Constitucional, por exemplo).<sup>69</sup>

O sistema prevê a criação de um órgão composto por juízes não de carreira, nomeados em escolha feita pelos órgãos legislativos ou executivos do Estado. Foi instituído primeiramente na Áustria e, em seguida, nas Constituições italiana, alemã e de outros países (Chipre, Turquia e Iugoslávia)<sup>70</sup>.

O chamado controle concentrado é aquele monopolizado por um único ou por poucos órgãos competentes. De acordo com Ivo Dantas<sup>71</sup>, apesar das particularidades que cada ordenamento adota, o sistema de controle de constitucionalidade concentrado possui também algumas características comuns.

---

<sup>68</sup> DANTAS, 2003, p. 295.

<sup>69</sup> CANOTILHO, 1998, p. 833.

<sup>70</sup> CAPELLETTI, **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, 1999, p. 87.

<sup>71</sup> DANTAS, 2003, p. 299.

Dentre elas é possível citar: (i) a criação de um órgão singular — o Tribunal Constitucional — que mantém a separação do Legislativo, Executivo e Judiciário; (ii) a natureza sempre judicial de sua atuação; (iii) a escolha de seus membros que difere da escolha dos membros dos demais tribunais e, por fim, (iv) o período de permanência, o qual é sempre determinado, não lhe assistindo o princípio da vitaliciedade.

#### 2.4 QUEM DEVE SER O DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO?

Dentre as duas espécies de controle de constitucionalidade — político ou jurisdicional — verifica-se atualmente que a grande maioria dos Estados adota em suas Constituições o controle jurisdicional. O modelo político não teve maior acolhida, exceto em países como México, França e Itália<sup>72</sup>. Tal fato poderia levar a supor que os debates relativos ao órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade estariam superados. Contudo, observam-se ainda hoje controvérsias sobre a extensão da competência do juiz no papel de defensor da Constituição.

Embora o desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis tenha contribuído não só para a superação da concepção limitada da jurisdição, isto é, da jurisdição como aplicação automática da norma jurídica ao caso concreto, como também para uma maior aproximação entre a função jurisdicional e a política, atualmente há um retorno à discussão sobre quem deve ser o defensor da Constituição.

Dentre os inúmeros debates travados pelos doutrinadores, destaca-se o clássico embate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Enquanto este último defendia o controle político da constitucionalidade, atribuído ao Presidente do Reich, Kelsen

---

<sup>72</sup> CAPELLETTI, **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, 1999, pp. 26-38.

argumentava pela atribuição dessa função a um tribunal constitucional independente.<sup>73</sup>

Kelsen foi o idealizador do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, implantado inicialmente pelo Tribunal Austríaco em 1921 (com a promulgação, em 13 de julho deste ano, da Lei Federal sobre Organização de Procedimento do Tribunal Constitucional), no qual ocupou o cargo de magistrado durante os anos de 1921 e 1930<sup>74</sup>. Desenvolveu a idéia do controle exercido por um tribunal independente, com jurisdição política e jurídica. O Tribunal Constitucional, assim, assumiria a função de “defensor da Constituição”.

Para Kelsen<sup>75</sup>, o defensor da Constituição seria um órgão cuja função é defender a Constituição contra as violações, ou seja, contra condutas que contradizem a Constituição, seja por ação, seja por omissão. Nas palavras do autor:

‘Defensor de la Constitución’ significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una “garantía” de la Constitución. Dado que ésta es un ordenamiento, y como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la “violación” de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión; esto último se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación y no una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución.<sup>76</sup>

Afirma ainda que as diferentes Constituições consagram garantias para o controle de constitucionalidade de formas distintas, mas que todas essas normas fundamentais não podem deixar de reconhecer uma regra básica na instituição do controle, segundo a qual: “ninguém pode ser juiz de sua própria causa”<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> GASÍÓ, Guillermo. Estudio Preliminar. In. KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la constitución?** BRIE, Roberto J. (tradução e notas). 2 ed. Madrid: Tecnos, 1999. pp. IX-XI.

<sup>74</sup> Ibid, pp. XV-XVI.

<sup>75</sup> KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la constitución?** BRIE, Roberto J. (tradução e notas). 2 ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 03

<sup>76</sup> “ ‘Defensor da constituição’ significa, no sentido originário do termo, um órgão cuja função é defender a Constituição contra as violações. Daí que se fale também, e por regra geral de uma ‘garantia’ da Constituição. Dado que esta constitui um ordenamento, e como tal, em relação a seu conteúdo, um conjunto de normas determinadas, a ‘violação’ da Constituição significa a verificação de um fato que contradiz a Constituição, seja por ação, seja por omissão; esta última hipótese se dá somente quando se trata de descumprimento de uma obrigação e não uma falta de reconhecimento de um direito concedido por um órgão da Constituição. (Tradução nossa).

<sup>77</sup> KELSEN, 1999, p. 04-05.

É basicamente a partir dessa premissa que Kelsen constrói sua teoria, que fundamenta a necessidade do controle de constitucionalidade ser exercido por um tribunal independente. Para Kelsen<sup>78</sup>, a idéia de atribuí-lo ao Presidente da República, defendida por Schmitt, viola a regra acima enunciada porque do próprio Presidente também emanam atos que podem ser violadores da Constituição.

É certo que em seus estudos Kelsen pretendia combater a tese de Carl Schmitt, segundo a qual esse controle seria de atribuição do Chefe do Estado e seu governo. Assim, utilizou a regra de que “ninguém pode ser juiz de sua própria causa”, para repelir a assunção da tarefa de fiscalização da constitucionalidade pelo Executivo. É certo também que Kelsen trata do controle de constitucionalidade exercido por um Tribunal Constitucional independente<sup>79</sup>, e não analisa o exercício dessa função pelos juízes dos tribunais ordinários. Contudo, ao defender a função dos juízes constitucionais como defensores da Constituição, o autor antecipa algumas respostas de questões atualmente colocadas na discussão sobre o papel da jurisdição constitucional contemporânea. Uma dessas respostas consiste no caráter independente do tribunal constitucional<sup>80</sup>. E é justamente essa independência assegurada ao juiz constitucional que se apresenta como o principal argumento em prol do controle judicial de constitucionalidade.

#### **2.4.1 A independência como critério de definição do defensor da constituição**

Num Estado Democrático de Direito, a defesa de um controle jurisdicional de constitucionalidade amplo e efetivo pressupõe a independência do órgão responsável pelo julgamento. Sem a independência do órgão fiscalizador, o conteúdo da Constituição, em grande parte construído pela jurisprudência constitucional, estaria comprometido. Por isso é possível afirmar ser a independência o critério fundamental na definição do órgão incumbido de defender a Constituição.

---

<sup>78</sup> KELSEN, 1999, p. 74

<sup>79</sup> Ibid, pp. 64-65.

<sup>80</sup> Ibid, p. 66.

Nota-se que independência não significa isolamento das questões sociais, não quer dizer que o órgão incumbido de exercer a fiscalização da constitucionalidade esteja desconectado dos anseios dos cidadãos. Nesse passo, torna-se importante distinguir os conceitos de independência, imparcialidade e neutralidade.

Na visão de José de Albuquerque Rocha<sup>81</sup>, independência seria a capacidade de decidir livre de influências internas e externas; imparcialidade, por sua vez, traduz a posição de distanciamento do juiz em relação às partes e neutralidade quer dizer indiferença em relação aos valores, sobretudo aos valores político-ideológicos.

A importância da independência no estudo da jurisdição constitucional é destacada também por Aroldo Plínio Gonçalves<sup>82</sup>: “Independência não é característica exclusiva de um poder, mas é qualidade necessária à função jurisdicional e justifica a instituição de um órgão especificamente destinado a exercê-la”.

Para Kelsen<sup>83</sup>, a garantia de independência do tribunal constitucional decorre justamente da impossibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pelo próprio órgão violador da norma constitucional, impedindo-se, assim, interferências dos órgãos envolvidos na prática do ato na decisão judicial.

Além disso, o mestre austríaco questiona a independência do exercício do controle pelo Presidente — que pode ser aplicada também aos integrantes do Legislativo — ante o caráter temporário de permanência no cargo e a inexistência de vedação à participação de organizações políticas, que favorecem as intervenções de certos grupos políticos na formação da vontade do Estado. E conclui que, caso se entenda a independência como um atributo essencial ao defensor da Constituição, existe uma certa vantagem do juiz constitucional sobre os demais órgãos do Estado.<sup>84</sup>

De fato, a independência do órgão fiscalizador é essencial para o exercício do controle de constitucionalidade. Embora não seja possível garantir o isolamento

---

<sup>81</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. pp. 28-32.

<sup>82</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, v. 34, n. 34, 1994. p. 91.

<sup>83</sup> KELSEN, 1999, pp. 65-66.

absoluto do magistrado frente a influências externas e internas (das partes)<sup>85</sup>, o ordenamento jurídico resguarda aos órgãos jurisdicionais instrumentos de proteção contra interferências que reflitam na decisão.

Além disso, a própria Constituição, em muitos casos, atribui garantias, limites e responsabilidades que asseguram a liberdade no exercício de sua função. A esse respeito, acentua Antonio Rovira<sup>86</sup>:

Para cumplir con esta importante y revaluada función de garantía última de los derechos y control del ejecutivo, la Constitución rodea la judicatura de una serie de principios, garantías, límites y responsabilidades que deben ser mayores cuanto mayor sea su poder, porque la democracia se caracteriza por poner a todo poder bajo el control de la soberanía ciudadana. No debe haber poder incontrolado en democracia y ahora que la judicatura se está revelando necesariamente como un poder cada vez con mayor pesos, no podría subsistir el Estado de Derecho si no se define claramente su naturaleza, titularidad, potestades, garantías y por tanto límites.<sup>87</sup>

É o caso da Constituição brasileira que estabelece a garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios dos magistrados, além de instituir vedações ao exercício de outro cargo ou função (salvo uma de magistério), ao recebimento de custas, à participação em processos e à participação em atividades político-partidárias.

A garantia de independência do Judiciário, que poderia ser interpretada a partir do princípio da tripartição de funções contido no artigo 2º da Constituição brasileira, foi reforçada pelos chamados predicamentos da magistratura, conforme ensina Geraldo Ataliba<sup>88</sup>:

---

<sup>84</sup> KELSEN, 1999, pp. 62-65

<sup>85</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbiologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 37.

<sup>86</sup> ROVIRA, Antonio. Jurisdicción y constitución. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. n. 102. octubre-diciembre/1998. p. 52.

<sup>87</sup> “Para cumprir esta importante e valiosa função de garantia última dos direitos e controle do executivo, a Constituição rodeia a judicatura de uma série de princípios, garantias, limites e responsabilidades que devem ser maiores quanto maior for seu poder, porque a democracia se caracteriza por colocar todo poder sob controle da cidadania cidadã. Não deve haver poder sem controle na democracia e agora que a judicatura está se revelando necessariamente como um poder cada vez com maior peso, não poderia subsistir o Estado de Direito se não fosse definida claramente sua natureza, titularidade, poderes, garantias e portanto limites.” (Tradução nossa).

<sup>88</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 114.

(...) a Constituição brasileira não se contentou em ficar na afirmação do princípio da tripartição do poder, nem em proclamar que o Poder Judiciário é *poder* e é independente. Quis ir muito além: o próprio texto constitucional — estabelecendo os *predicamentos da magistratura*, como instrumentos de realização da independência do Poder Judiciário — ditou as condições objetivas que quer ver plenamente realizadas para que seja garantida, sem possibilidade de dúvida, a efetividade dessa independência.

Nota-se, aliás, que a amplitude das garantias conferidas à magistratura se relaciona com o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, que concilia controle difuso com o controle concentrado. A atribuição da função de fiscalização de constitucionalidade a todos membros do Judiciário, além do Supremo Tribunal Federal, implica também na extensão das garantias de independência a estes agentes. A vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios garantem a independência do magistrado, em relação aos demais órgãos do Estado, independência esta necessária principalmente no exercício do controle de constitucionalidade das normas.

É o que observa também Fernando G. Jayme<sup>89</sup>:

A Constituição, mantendo coerência com o modelo misto de controle de constitucionalidade por ela encampado, pelo qual, através do controle difuso, qualquer juiz tem competência para se pronunciar sobre a constitucionalidade da norma, outorgou aos integrantes do Poder Judiciário amplas garantias, visando a assegurar-lhe independência funcional.

Por fim, além das garantias previstas expressamente no texto constitucional, a independência no exercício da função jurisdicional é também assegurada pela observância das regras processuais que estabelecem limites à atuação do órgão julgador, tais como os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A par da amplitude conceitual, é possível afirmar que o princípio do devido processo legal regula a conduta do magistrado, obrigando-o a seguir o que determina a legislação no curso do processo de decisão. Impõe ao órgão julgador o dever de fundamentar as suas decisões e de torná-las públicas. Abrange, portanto, as garantias da fundamentação e da publicidade dos atos decisórios, dentre outras.

---

<sup>89</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000. p. 79.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, por sua vez, traduzem-se na obrigação de serem as partes cientificadas dos atos praticados no processo e na possibilidade efetiva de se defenderem.

Além dos princípios acima referidos, há ainda outras regras, tais como a que exige que o juiz se abstenha de julgar em causa própria na hipótese de possuir algum interesse na demanda — que encontra sustentação no aforisma latino *nemo iudex in causa propria* — ou também a que impede que o procedimento judicial se inicie de ofício, sem provocação das partes.

Tais regras, embora de cunho eminentemente formal, adquirem suma importância na defesa de direitos e liberdades fundamentais, na medida em que regulam o modo como o processo judicial é conduzido, impedindo o arbítrio, transformando-se em verdadeiros instrumentos de efetivação do Estado de direito.

No mesmo sentido, salienta Capelletti<sup>90</sup>:

As características em tela — as ‘virtudes passivas’ do processo jurisdicional — exibem, certamente, natureza *formal* ou *procedimental-estrutural*. Determinam, assim, não os conteúdos ou a substância, em relação aos quais não se pode certamente falar de “passividade” do juiz, mas o *modo* como se deve desenvolver a função jurisdicional — ou se se preferir, os contornos essenciais, a estrutura do modo. Mas essa sua natureza formal-procedimental de modo nenhum diminui-lhe a importância. Como afirmou *Mr. Justice Douglas* em 1971, falando para a Corte Suprema dos Estados Unidos:

Tudo isso serve para demonstrar que os órgãos judiciais possuem um regime jurídico específico que lhes garante o exercício de suas funções, de forma livre, independente. E — retornando à lição de Kelsen — partindo-se da premissa de que a independência do órgão fiscalizador é essencial para o exercício do controle de constitucionalidade, a conclusão inexorável será que efetivamente existe uma certa vantagem do juiz sobre os demais órgãos do Estado.

É importante observar, por fim, que a garantia de independência conferida à magistratura não é absoluta, pois varia de acordo com a época histórica e o contexto

---

<sup>90</sup> CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 79.

social existente. A esse respeito, é oportuna a lição de Capelletti<sup>91</sup>, ao constatar que apenas em época relativamente recente, o princípio da imparcialidade judicial implicou também na independência do juiz em face do Executivo. Note-se, por exemplo, que na Inglaterra, até o início do século XVIII, os juízes eram considerados funcionários do Executivo e nomeados pelo rei. Por outro lado, afirma o autor que nas modernas democracias ocidentais o significado da independência judicial assume implicações nunca imaginadas, passa a ser concebida também como independência em face da sociedade, isto é, independência de pressões econômicas, psicológicas e sociais.

Por isso, não se pode afirmar que sempre, em todos os casos, o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade seja o mais adequado.

Ademais, deve ser igualmente considerado que a garantia de independência conferida à magistratura também não é auto-evidente, já que depende da opção do constituinte, do tratamento constitucional oferecido a esses agentes. São as normas constitucionais que definirão em que medida e condições será conferida liberdade de atuação aos juízes, em face de ingerências avindas de outros órgãos.

Destarte, é possível concluir que, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, a garantia de independência serve como condição essencial na definição do modelo de controle de constitucionalidade, político ou jurisdicional. Ademais, a eleição do modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis depende não só da forma como a independência deste órgão é concebida no sistema constitucional, mas também do contexto histórico e social vigente<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> CAPELLETTI, **Juízes Legisladores?** 1999, p. 78.

<sup>92</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 35.

### 3 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

#### 3.1 TENSÕES ENTRE DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Se a criação e o desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade serviu para consagrar a idéia da supremacia da Constituição, implicando na limitação jurídica do poder político, gerou, em contrapartida, intensa controvérsia no âmbito doutrinário. Nos Estados Unidos, a polémica que dividiu a doutrina entre defensores e críticos da jurisdição constitucional remonta à famosa decisão do juiz Marshall:

Desde *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137(1803)), a doutrina estadunidense se divide entre aqueles que defendem a atividade judicial de controle de constitucionalidade das leis, com maior ou menor intensidade, e outros que a atacam sob diversas razões: a falta de sustentação constitucional, a sua feição contramajoritária e antipopular, destacadamente por não ser o Judiciário provido de legitimidade democrática para anular um diploma normativo elaborado pelos verdadeiros representantes do povo; e até a inexistência de valores constitucionais substantivos a serem promovidos ou interpretados pela Suprema Corte.<sup>93</sup>

Normalmente, as críticas dirigidas contra o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário e pelos tribunais constitucionais estão relacionadas à justificação dessa competência no seio de um Estado democrático de direito. Fala-se da feição antidemocrática e antipopular da jurisdição constitucional, por não serem os juízes eleitos diretamente pelo povo, e da natureza contramajoritária desses órgãos.

O risco de ser atribuído o controle da constitucionalidade a órgãos não eleitos pelo povo, como o Judiciário, foi detectado por Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, citado por Gustavo Binenbojm<sup>94</sup>:

Argúi-se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, enquanto em relação ao Congresso, de eleição em eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular.

<sup>93</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp. 165-166.

<sup>94</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50.

Enquanto a sistemática do controle das decisões tomadas pelo Estado fica evidenciada pelo modo de investidura dos membros do Legislativo e do Executivo, que possibilita a estes se tornarem representantes diretos dos interesses das categorias populares, o mesmo não ocorre em relação aos membros do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais. Por não estarem submetidos a instrumentos democráticos de controle, como o voto popular e periódico, os juízes constitucionais não possuiriam legitimidade para fiscalizar a constitucionalidade das leis emanadas dos representantes populares. Nesta linha de argumentos, questiona José de Souza e Brito<sup>95</sup>: “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?”

Além do argumento relacionado à representatividade dos juízes, a jurisdição constitucional também é acusada de antidemocrática por impor restrições ao princípio da maioria.

Ideologicamente o princípio da maioria representa a formação da vontade geral com o maior acordo possível entre esta e as vontades individuais. Sustenta-se em uma ficção segundo a qual a maioria também representa a minoria e a vontade da maioria seria a vontade geral, atingindo o máximo de liberdade possível<sup>96</sup>. Nessa concepção, a vontade da maioria encontra-se intimamente relacionada à representação política, isto é, à atuação dos parlamentares.

A idéia da vontade geral como vontade da maioria parlamentar remonta ao modelo de Estado de direito do século XIX, que se desenvolveu no seio da Europa continental<sup>97</sup>. Neste contexto, dentre todas as manifestações do Estado, a lei configurava expressão de centralização do poder político, consistia em ato normativo supremo e irresistível. Esta força eminente da lei estava, por sua vez, vinculada a um órgão legislativo soberano. Eram as assembléias parlamentares que assumiam o

---

<sup>95</sup> SOUZA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39.

<sup>96</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp. 68-69.

<sup>97</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. pp. 24-27.

poder exclusivo de produção de normas jurídicas e, assim, submetiam os órgãos administrativos e jurisdicionais ao seu comando.<sup>98</sup>

A restrição ao princípio da maioria, alegadamente imposta ao sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, só se admite se a democracia for concebida como regime da maioria, ou melhor, da maioria parlamentar. Tal concepção seria adequada, portanto, ao Estado liberal e legalista do século XIX, firmado sobre o princípio da supremacia da lei, mostrando-se também incompatível com a noção de Constituição como estatuto normativo supremo.

### 3.2 O ATUAL SIGNIFICADO DA DEMOCRACIA

#### **3.2.1 A superação da idéia de democracia como regime da maioria e como regime fundado na representação política**

Somente se partirmos do pressuposto de que a democracia está erigida sobre a existência de representantes eleitos e sobre o princípio da maioria, é possível entender a jurisdição constitucional como um limite ou uma restrição à democracia.

Limitar a democracia à regra da maioria, no entanto, é um risco. Afinal, as decisões derivadas desse procedimento podem minar as regras fundamentais inscritas na Carta Constitucional, que representa soberanamente a vontade popular. Na verdade, a atuação dos órgãos estatais — inclusive na criação das normas jurídicas — deve encontrar na Constituição seus próprios limites. Não basta que seja alcançada a maioria de votos se a decisão não está em conformidade com a Carta Maior. É o que nota Oscar Vilhena Vieira<sup>99</sup>:

os resultados da regra da maioria devem passar por um teste de constitucionalidade para que não ameacem os direitos fundamentais, os mecanismos que asseguram estes direitos, bem como os próprios procedimentos que viabilizam a continuidade da democracia.

<sup>98</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 87-91; 345-348.

<sup>99</sup> VIEIRA, 2002, p. 26.

No mesmo sentido, ao tratar do sistema norte-americano, afirma Ronald Dworkin<sup>100</sup>:

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.

Para Francisco Lucas Pires<sup>101</sup>, o controle do princípio da maioria assumido pelo Tribunal Constitucional deve ser interpretado como um reforço à democracia, pois ao juiz constitucional cabe a tarefa de preservar e reconhecer o pluralismo de idéias e não só a vontade da maioria. Seguindo esta lógica, o autor defende que o equilíbrio entre o controle de constitucionalidade e o princípio da maioria pode ser encontrado na seguinte fórmula: “quanto mais forte puder ser a vontade democrática e a possibilidade de formação de maiorias num sistema político, mais forte pode e deve ser a legitimidade do mecanismo de controlo de constitucionalidade”.

Da mesma forma, não se pode admitir como antidemocrática a atividade dos juízes e tribunais constitucionais com base na falta de representatividade, por não serem eleitos diretamente pelo povo.

Até o século XVIII, governo democrático significava governo diretamente dirigido pelo povo, que se reunia em assembléias para deliberar os rumos da política daquela localidade. A democracia se restringia, assim, às pequenas unidades, como as cidades. Democracia teria que ser aquela exercida pelas assembléias populares.<sup>102</sup>

Essa visão foi superada pela visão do Estado-Nação. A perspectiva das pequenas unidades foi substituída por uma escala maior, a dos países, e neste contexto surge a necessidade de adaptação do regime democrático. Nas palavras de Robert A. Dahl<sup>103</sup>:

<sup>100</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 208-209.

<sup>101</sup> PIRES, Francisco Lucas. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 171.

<sup>102</sup> DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001. p. 107.

<sup>103</sup> DAHL, 2001, pp. 106-107.

Conforme o foco do governo democrático mudava para unidades em escala, como nações ou países, surgiam questões: como os cidadãos podem *participar efetivamente* quando o número de pessoas se tornar exageradamente grande ou geograficamente muito disperso (ou ambos, o que pode acontecer num país) para que possam participar de maneira conveniente na feitura de leis, reunindo-se em um único lugar?

Por isso, conclui o autor, a única solução viável, embora bastante imperfeita, consistiu na escolha pelos cidadãos dos funcionários mais importantes, mantendo-os mais ou menos responsáveis por meio das eleições, descartando-os nas eleições seguintes.

No modelo de Estado contemporâneo, a eleição de representantes políticos mostra-se como um dos instrumentos de participação política dos cidadãos. Pela sistemática da representação, as decisões estatais são tomadas pelos representantes em nome do povo. Existe para possibilitar aos cidadãos conformar a política do governo com as decisões que seriam tomadas pela própria sociedade se estivesse encarregada desta tarefa.

Contudo, não se pode entender que a representação política seja condição suficiente para a realização da democracia. Segundo Clèmerson Merlin Clève<sup>104</sup>:

A questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade de representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, racionalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.

No mesmo sentido ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>105</sup>:

<sup>104</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de Teoria de Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993. pp. 16-17

<sup>105</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 37.

Com efeito, a eleição de legisladores, de administradores e, por vezes, de juizes tornou-se uma contingência inarredável das sociedades de massa. Não obstante, a mera concordância popular (eleição) no preenchimento desses cargos é condição necessária mas não suficiente para realizar-se a democracia: ela só plenificará com a *decisão democrática* e com o *controle democrático*. Será necessário que a decisão política, tomada pelos escolhidos, seja também a expressão da vontade popular. Na verdade, é mais importante que a *decisão* seja democraticamente tomada do que o órgão decisório haja sido democraticamente provido.

Embora a representação seja condição necessária para o funcionamento dos Estados contemporâneos, a implantação da democracia tem exigido, cada vez mais, novas formas de participação. Com isso, nota-se que a realização da democracia vai além da mera escolha de representantes.

A ausência de eleições populares e periódicas para escolha dos membros dos tribunais, portanto, não retira a legitimidade do órgão jurisdicional para o controle de constitucionalidade das leis. No que se relaciona ao poder conferido aos tribunais constitucionais, tem-se verificado que a investidura dos seus membros é geralmente atribuída a agentes políticos eleitos pelo povo, configurando assim a representação, ainda que indireta. A legitimidade, nesse caso, ainda é entendida como legitimidade de origem.

No entanto, além da representatividade evidenciada pelo modo de investidura no cargo, é possível observar que a justificação da competência atribuída aos juizes e aos tribunais constitucionais se fundamenta em pressupostos distintos: a legitimidade, por vezes, é alcançada em razão do exercício da função, bem como em razão dos resultados desse exercício.

Na esteira deste entendimento, nota-se que a função exercida pela jurisdição constitucional — seja aquela exercida pelas Cortes Constitucionais, seja a exercida pelos juizes ordinários — possibilita a representação dos interesses das minorias, constituindo-se em instrumento de equilíbrio ao princípio majoritário. Além disso, no exercício do controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional pode ser aceita também como instância de reflexão do processo político, justificando-se não como representante política dos cidadãos, mas como órgão dotado de representação argumentativa. Ademais, não se deve olvidar que o controle exercido por órgãos jurisdicionais possibilita a ampliação da participação dos cidadãos nas

decisões tomadas pelo Estado e, por fim, constitui-se em instrumentos de defesa do Estado de direito, da supremacia da constituição e, conseqüentemente, do respeito aos direitos e às liberdades fundamentais.

Todos esses argumentos servem para demonstrar que a forma de provimento do cargo, no caso dos órgãos jurisdicionais responsáveis pelo controle de constitucionalidade, pode não ser decisiva para a realização da democracia — se entendermos a democracia como regime fundado na participação que vai além da mera representação política.

Tal ordem de idéias imprime uma “virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição”<sup>106</sup>. Imprime um tratamento diferenciado da jurisdição constitucional, que passa a ser analisada sob o prisma da democracia participativa.

O papel da jurisdição constitucional em sociedades pluralistas e complexas, fundadas não só no princípio de limitação jurídica do poder, mas também no princípio democrático, assume nova conformação. Deixa de ser justificado pela submissão cega do juiz à lei e passa a ser admitido como instância criativa.

Contra a concepção formalista e mecânica de interpretação da norma opõe-se parte da doutrina constitucionalista, que entende que o ato jurisdicional, além de um ato meramente cognitivo, constitui também um ato volitivo. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>107</sup>, a filosofia do direito contemporânea, denominada pós-positivista, pretende superar a idéia de que a aplicação do direito é fruto exclusivamente de um ato de subsunção<sup>108</sup>. Por isso necessita legitimar a jurisdição constitucional.

---

<sup>106</sup> HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 326.

<sup>107</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 330.

<sup>108</sup> Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, é possível apontar como pós-positivistas teorias diversas como a tópica, a teoria dos princípios e a teoria do discurso. A tópica é defendida entre outros por Theodor Viehweg, Peter Häberle, Friedrich Muller e Konrad Hesse; a teoria dos princípios pode ser identificada nas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy enquanto a teoria do discurso tem como maior expoente o mestre alemão Jürgen Habermas. É importante registrar que a diferenciação entre teorias positivistas e pós-positivistas situa-se no campo da metodologia jurídica e exige uma

Ocorre que a justificação da competência dos juízes e dos tribunais no âmbito da jurisdição constitucional não pode partir de uma concepção de democracia já superada, deve acompanhar a evolução das idéias políticas e, inclusive, a evolução do direito à participação política. Por isso, a idéia de democracia utilizada como parâmetro no presente estudo corresponde à de democracia participativa.

### 3.2.2 A democracia participativa ou semidireta como parâmetro

Dentre os inúmeros estudiosos que se empenharam na tarefa de definir a democracia, destaca-se Robert A. Dahl<sup>109</sup> que inicia sua empreitada afirmando que grande parte da confusão que rodeia este estudo decorre do fato de que a “democracia” se refere ao mesmo tempo a um ideal e a uma realidade.

O autor estabelece, já no início de seu estudo a importante diferenciação entre o ideal e o real, entre o que se *deve* fazer e o que se *pode* fazer. Ao se perquirir sobre uma democracia ideal, devem ser buscadas as respostas a estas duas questões: o que é democracia? Por que a democracia seria o melhor sistema político? As respostas a estes questionamentos, afirma o autor, decorre de julgamentos de valor ou julgamentos morais. Por outro lado, se se atém ao plano da realidade indaga-se: que instituições políticas a democracia exige? Que condições favorecem a democracia? Neste caso, as escolhas consistem em julgamentos práticos ou empíricos<sup>110</sup>.

Aplicando-se a lição do mestre norte-americano no presente estudo, não se tratará aqui do conceito de um regime democrático ideal, de julgamentos de valor acerca das instituições democráticas. O enfoque precípua será o da democracia real, da democracia possível, da democracia como um regime de governo conectado com a práxis e as exigências sociais.

---

abordagem filosófica que não será empreendida tendo em vista os limites e objetivos do presente trabalho.

<sup>109</sup> DAHL, 2001, p. 37.

<sup>110</sup> Ibid, pp. 39-40.

Em geral, os teóricos da ciência política distinguem três modalidades básicas de democracia: a democracia direta, indireta e semidireta<sup>111</sup>. De acordo com José Adércio Leite Sampaio<sup>112</sup>, a teoria da democracia semidireta é defendida por autores que passaram a assimilar elementos da democracia direta nos debates rejuvenecedores da democracia indireta (representativa).

A noção de democracia participativa aqui referida equivale à concepção da democracia semidireta que, embora seja caracterizada pelo sistema representativo, possibilita em determinados casos a participação popular nos processos decisórios pela via direta.

Parte-se do conceito de democracia participativa, que, segundo Paulo Bonavides<sup>113</sup>, configura o chamado Estado democrático-participativo:

Com o Estado democrático-participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade.

A *participação política* consiste no elemento central da democracia semidireta. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>114</sup>, “participação é uma forma ativa de integração de um indivíduo a um grupo”. A participação política, por sua vez, é a que se refere à ação dos indivíduos e dos grupos sociais secundários nos processos decisórios do Estado; distinguindo-se da participação antropológica, relacionada à integração do homem na sua comunidade, e da participação sociológica, referente à integração do indivíduo na sociedade.

A escolha da democracia semidireta como parâmetro orientador do presente estudo decorre do crescente interesse no aperfeiçoamento dos métodos de participação em inúmeros Estados contemporâneos e do reconhecimento da insuficiência da

<sup>111</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 268.

<sup>112</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, constituição e realidade. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. [S.L.]. n. I. jan./jun. 2003. p. 789.

<sup>113</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20.

<sup>114</sup> MOREIRA NETO, 1992, p. 18.

representação política na realização da democracia. A substituição da *democracia parcial* — que, em regra, possibilita a participação apenas na escolha dos representantes — por uma *democracia plena*<sup>115</sup> — com a abertura de diversos outros canais de participação popular — evidencia uma lenta e gradual evolução do pensamento político.

### 3.2.3 Da democracia representativa à democracia participativa

A exigência de novas modalidades de participação política resultou da necessidade de aprimoramento da democracia e da evidente superação da participação como atividade adstrita à atividade legislativa e à escolha de representantes. Sob este aspecto, é possível afirmar que a democracia participativa surgiu como contraponto à democracia representativa<sup>116</sup>.

A idéia de representação política remonta ao Estado liberal. Embora a questão principal a ser solucionada pelo liberalismo esteja relacionada à limitação do poder monárquico, representando apenas uma resposta à forma intervencionista de exercício das funções do Estado, é com a exaltação da liberdade, típica do Estado liberal, que se propicia a participação popular nas decisões estatais.

A relação estreita entre liberalismo e democracia é ressaltada por Norberto Bobbio<sup>117</sup>:

[...] o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.

<sup>115</sup> MOREIRA NETO, 1992, pp. 27-28.

<sup>116</sup> Sem ignorarmos que a democracia participativa ou semidireta fundamenta-se também na representação política, o termo “democracia representativa” é empregado no texto como sinônimo de “democracia indireta”, isto é, como regime em que a participação popular é exercida fundamentalmente por meio da escolha dos representantes.

Nota-se que a possibilidade de decidir, ou de eleger aqueles que decidirão em nome de todos, está alicerçada na liberdade de opinião, de expressão, de reunião, de associação etc<sup>118</sup>. O reconhecimento dos direitos políticos do cidadão é, antes de tudo, fundado na idéia de liberdade.

Na visão de Paulo Bonavides<sup>119</sup>, o Estado liberal possibilitou a construção do princípio democrático: “Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal”.

A idéia de liberdade política, desenvolvida no seio do Estado liberal, culminou na participação indireta dos cidadãos na formação da vontade do Estado. Fundada na técnica da representação, a democracia dita liberal tornou possível a alienação da soberania popular a uns poucos indivíduos eleitos.

Nesse contexto, assume relevo a posição dos partidos políticos. Na democracia representativa liberal os principais atores do cenário político eram os partidos, que deveriam refletir os anseios populares e, assim, direcionar as decisões políticas do Estado. Segundo Juan Ferrando Badía<sup>120</sup>, as decisões estatais surgem como o resultado do equilíbrio das forças partidárias ou da vitória do partido majoritário sobre o(s) partido(s) minoritário(s). Nas palavras do autor:

En los regímenes democrático-liberales las decisiones que se toman son resultado del equilibrio entre diversas fuerzas políticas o del predominio mayoritario de una o de varias, según se trate de gobiernos homogéneos o de coalición. Las fuerzas minoritarias tienen siempre la posibilidad de alterar la situación gubernamental sustituyéndolas o coligándose con ella.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. rev. e ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002. pp. 32-33.

<sup>118</sup> Ibid, p. 32.

<sup>119</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

<sup>120</sup> BADÍA, Juan Ferrando. **Democracia frente a autocracia**. Los tres grandes sistemas políticos: el democrático, el social-marxista y el autoritario. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. p. 114.

<sup>121</sup> “Nos regimes democrático-liberais as decisões que se tomam são resultado do equilíbrio entre diversas forças políticas ou do predomínio majoritário de uma ou de várias, segundo se trate de governos homogêneos ou de coalisões. As forças minoritárias têm sempre a possibilidade de alterar a situação governamental substituindo-as ou coligando-se com elas” (Tradução nossa).

Assim, a democracia passa a se identificar com a regra da maioria. Passa, também, a se basear na idéia de representação política, nos moldes definidos pela teoria de Montesquieu<sup>122</sup>, segundo a qual o povo sabe escolher, mas não governar.

Esse sistema, fundado na representação política dos cidadãos, autoriza alguns autores a afirmar que a democracia no período liberal constituiu uma *democracia governada*<sup>123</sup>, isto é, sujeita às escolhas efetuadas pelos poucos representantes eleitos.<sup>124</sup>

Acontece que a liberdade individual assegurada pelo liberalismo, livre da intervenção estatal, não se mostrou apta a solucionar os problemas sócio econômicos surgidos nos séculos XIX e XX. O sistema é forçado a se adaptar às novas exigências de redução das desigualdades, de justiça social, de participação ampla e efetiva nos processos decisórios etc. O governo que, na época da democracia liberal se limitava a regular a prática das liberdades individuais e políticas, se vê obrigado a sair da passividade e intervir nas esferas econômica e social. Além dos direitos individuais e políticos, são reivindicados direitos sociais e econômicos para a satisfação e o pleno desenvolvimento da esfera de liberdade do cidadão.

Não se rejeita mais a atuação estatal para que prevaleçam as vontades individuais, pelo contrário, passa-se a exigir do Estado uma participação ativa na promoção do bem comum. As liberdades garantidas formalmente nas constituições passam a ser exigidas efetivamente, implicando assim na necessária intervenção estatal para assegurar as condições materiais de realização desses direitos.

É a partir desse contexto que a participação na vida política passa a ser cada vez mais reivindicada. Além de serem asseguradas condições para o exercício real das liberdades, inclusive políticas, passa a se exigir um maior controle sobre os atos praticados pelos representantes do povo. Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira

---

<sup>122</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

<sup>123</sup> Trata-se da classificação elaborada por G. Burdeau, citada por Simone Goyard-Fabre, que diferencia a democracia *governada* da democracia *governante*, na qual há maior e mais acentuada participação dos cidadãos no processo político decisório.

<sup>124</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** *A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 234-240.

Neto<sup>125</sup>, é justamente a hipertrofia do Estado que tem suscitado a necessidade de aprimoramento da democracia por meio da ampliação da participação popular:

A própria hipertrofia do Estado e o surgimento de novos estamentos sociais estatais, como a burocracia e a tecnocracia, a primeira, marca do aparecimento do próprio Estado concentrador e, a segunda, do Estado interventivo e planejador, estão distanciando os indivíduos e os grupos sociais secundários da decisão que lhes dizem respeito.

Ademais, segundo o autor, é a consciência do distanciamento entre a sociedade e as instâncias de decisão que tem provocado o crescente interesse em aperfeiçoar os métodos de participação existentes em instituir novos, capazes de revertê-lo.

Na esteira desse entendimento observa-se também que a passagem dos modelos de Estado marca a superação do individualismo, com o fortalecimento das coletividades. O indivíduo deixa de ser considerado isoladamente e passa a ser reconhecido como integrante de grupos sociais e políticos, surgindo, assim, novos atores no cenário político, o que favorece também a participação política da sociedade, agora organizada em grupos.

Além dos partidos políticos, vão sendo criados grupos de pressão igualmente aptos a traduzir os interesses daquelas determinadas coletividades. Os denominados grupos de pressão, reconhecidos atualmente no papel exercido pela imprensa, pelos grupos anônimos ou institucionais (sindicatos, associações), emergem justamente em face da insuficiência de instrumentos eficazes de participação política da sociedade.<sup>126</sup>

A democracia liberal tida como *democracia governada* passa, então, à condição de *democracia governante*. Ao mesmo tempo, altera-se também a concepção de liberdade: a liberdade, na perspectiva do liberalismo, consistia em instrumento de oposição, de restrição ao poder do Estado; era a *liberdade-resistência* ou *liberdade-autonomia* conferida ao indivíduo. Aos poucos, com a crescente exigência de integração do indivíduo na organização política, a liberdade assume nova

<sup>125</sup> MOREIRA NETO, 1992, p. 19.

<sup>126</sup> MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000. pp. 42-63.

conformação, transforma-se em *liberdade-participação*<sup>127</sup>, que passa a atingir todas as atividades do Estado, multiplicando-se as modalidades de participação administrativa e de controle da função jurisdicional e legislativa.<sup>128</sup>

### 3.2.4 Democracia participativa e direitos fundamentais

Para o propósito deste estudo, a evolução do conceito de democracia merece ser ressaltada como a evolução da idéia de participação no processo político decisório. Corresponde à superação do limitado conceito de representação política, dirigindo-se ao aprimoramento das formas de intervenção popular nas opções de governo. Aliás, como bem acentuado por Jean Rivero, citado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>129</sup>: “a democracia não é apenas um método de eleger ou designar quem deverá exercer o poder, mas é também uma questão de como esse poder deverá ser exercido”.

Essa nova postura da democracia, como regime aberto à ampla participação popular, tende a aproximar o povo do exercício do poder político. Na democracia participativa, a forma de exercício desse poder extrapola a limitada participação pela eleição de alguns representantes e passa, efetivamente, a reconhecer a encarnação da soberania pelo povo. Nas palavras de Paulo Bonavides<sup>130</sup>:

Na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na designação; já com a democracia participativa, aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização.

<sup>127</sup> Segundo Paulo Bonavides, as expressões *liberdade-autonomia* e *liberdade-participação* são utilizadas por Georges Burdeau, em seu Tratado de Ciência Política.

<sup>128</sup> BONAVIDES, 2001, p. 154.

<sup>129</sup> MOREIRA NETO, 1992, p. 19.

<sup>130</sup> BONAVIDES, **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade, 2003, p. 44.

Por isso, não se pode deixar de interpretar o modelo democrático-participativo também no quadro da evolução dos direitos e das liberdades fundamentais. Para Paulo Bonavides<sup>131</sup>, a democracia insere-se entre os direitos de quarta dimensão, ao lado do direito à informação e do direito ao pluralismo. E é justamente a democracia que constitui o ápice da pirâmide cuja infra-estrutura é formada pelos direitos de primeira dimensão, os direitos individuais, os direitos de segunda dimensão, os direitos sociais e os direitos de terceira dimensão, os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade.

A nova cidadania que se inaugura propõe a conciliação entre o ideal da liberdade com o da igualdade, como síntese dos modelos do Estado liberal e social. Possibilita a limitação e a contenção do poder do Estado, além de permitir a ampliação do número de participantes no processo de interpretação constitucional.

Nessa perspectiva, a democracia participativa mostra-se intimamente relacionada à concretização dos direitos e liberdades fundamentais que foram sendo reconhecidos ao longo da evolução do Estado e do Direito.

Esse é o modelo de democracia que, segundo Machpherson<sup>132</sup>, veio para ficar. Apesar das inúmeras dificuldades existentes, o autor afirma que uma sociedade mais equânime e mais humana exige um sistema de maior participação política.<sup>133</sup>

### 3.3 NOÇÃO DE LEGITIMIDADE

A corrente acusação dirigida ao controle jurisdicional de constitucionalidade — que, na visão dos críticos, possuiria natureza antidemocrática — remete-nos ao problema do fundamento da jurisdição constitucional, mais precisamente, ao problema da legitimidade de tal função.

---

<sup>131</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 571-572.

<sup>132</sup> MACPHERSON, C.B. **A democracia liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 97.

<sup>133</sup> *Ibid*, p. 98.

Legitimidade e legitimação consistem nos dois termos-chave relacionados ao problema da justificação do poder. Embora semelhantes, os dois termos se diferenciam: podemos entender o termo *legitimidade* como o produto final de um processo denominado *legitimação*. Nessa concepção, a legitimidade constituiria o resultado de um processo de justificação, chamado de legitimação.<sup>134</sup>

A legitimidade constitui tema de interesse de juristas, sociólogos, filósofos ou cientistas políticos, tendo sido objeto, portanto, de estudos diferenciados.

Dentre a variedade de estudos existentes, destaca-se aquele empreendido por Max Weber, que se propôs a analisar os possíveis fundamentos da dominação sob o prisma sociológico. Para Weber<sup>135</sup>, toda dominação depende da autojustificação, que se alcança mediante o apelo a certos princípios de legitimação, que se resumem a três: o carisma, a tradição e a legalidade.

O primeiro princípio está relacionado à crença no carisma, isto é, à crença na santidade, no heroísmo de uma pessoa, implicando na obediência às ordens dadas ou reveladas pela autoridade santificada. O segundo princípio permite a justificação do poder com base na tradição, na habitualidade do poder estabelecido há tempos, que prescreve a obediência diante de determinadas pessoas. Por fim, o terceiro e o último princípio, diferente dos demais, relaciona-se à legalidade, que descansa na crença nas ordenações estatuídas; vincula o fundamento do poder não à pessoa, mas sim ao sistema de regras existentes.<sup>136</sup>

Por outro lado, segundo Norberto Bobbio<sup>137</sup>, a legitimidade encerra o problema do justificação do poder político, que não se resume à pergunta sobre *o que é* de fato o poder, pois abrange também a questão sobre *o que deve ser*. Sob o ponto de vista filosófico, Bobbio afirma que a distinção entre poder legítimo e ilegítimo torna-se uma

<sup>134</sup> CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 94.

<sup>135</sup> WEBER, Max. **Economía y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1964. pp. 170-213.

<sup>136</sup> WEBER, 1964, p. 172.

<sup>137</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 6 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 86-87.

distinção axiológica. Afinal, acentua o autor<sup>138</sup>: “Se se limita a fundar o poder exclusivamente sobre a força, como se faz para distinguir o poder político do poder de um bando de ladrões?”

Semelhante é a posição do mestre Paulo Bonavides<sup>139</sup>, para quem o conceito de legitimidade está contraposto ao conceito de legalidade. A legitimidade questiona a justificação e os valores do poder legal:

A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.

Em contrapartida, afirma o autor<sup>140</sup>, a legalidade se situa num domínio exclusivamente formal, técnico e jurídico:

A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática.

Já para Juan Ferrando Badía<sup>141</sup>, todo poder político que se insere na sociedade tende a enfrentar questionamentos sobre a estrutura, a organização e o fundamento do exercício desse poder:

En efecto, todo Poder Político, en su inserción en una sociedad, plantea — como tantas veces se ha repetido— los problemas de *cómo* se eligen los gobernantes, *cómo* se organiza o estructura el Poder y *para qué* se gobierna.<sup>142</sup>

A legitimidade, nessa concepção, orienta a resposta das questões sobre *quem* manda e *porque* manda<sup>143</sup>:

<sup>138</sup> Ibid, p. 87.

<sup>139</sup> BONAVIDES, **Ciência Política**, 2003, p. 112.

<sup>140</sup> Ibid, p. 112.

<sup>141</sup> BADÍA, 1989, p. 36.

<sup>142</sup> “De fato, todo Poder Político, ao ser inserido em uma sociedade, suscita — como tantas vezes se verificou — os problemas de *como* se elegem os governantes, *como* se organiza ou se estrutura o Poder e *para que* se governa” (Tradução nossa).

<sup>143</sup> BADÍA, 1989, p. 36.

Estas preguntas o problemas están en función de la cuestión básica de *quién manda y por qué manda*. De la contestación que a ello se dé depende la que se tenga que dar a las otras, pues se trata de los fundamentos del Poder y de su legitimidad o justificación.<sup>144</sup>

É este o sentido para o termo *legitimidade* adotado no presente estudo. Não se trata da legitimidade equiparada à legalidade, assim como não se considera aqui a legitimidade sob o referencial ético-moral. É a legitimidade como justificação do poder que se pretende analisar.

Agregando-se ao termo *legitimidade* o adjetivo *democrática* — e, considerando-se a concepção de democracia participativa já elucidada — resta estabelecido, portanto, que o critério orientador do estudo sobre a justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade será o da participação. É a legitimidade como justificação do poder, à luz do paradigma da democracia participativa, que se pretende analisar.

### 3.3.1 Legitimidade e participação

Considerando-se a relação entre legitimidade e participação no processo de decisão estatal, na esteira dos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>145</sup>, é possível distinguir a legitimidade originária, a legitimidade corrente e a legitimidade finalística.

A legitimidade originária pauta-se pelo modo de investidura dos detentores do poder, decorre da presunção de que são eles os adequados representantes do grupo, de que são os condutores de seus interesses. No caso das instituições, a legitimidade originária decorre da confiança nas tradições políticas.

A legitimidade corrente, por sua vez, não trata mais de presunção ou de imagem; é a legitimidade aferida continuamente. “A *legitimidade corrente* é uma qualidade do

<sup>144</sup> “Estas perguntas ou problemas encontram-se em função da questão básica de *quem manda e por que manda*. Da resposta que se dê depende a que deva ser dada às outras, pois tratam-se dos fundamentos do Poder e de sua legitimidade ou justificação.” (Tradução nossa).

<sup>145</sup> MOREIRA NETO, 1992, pp. 24-27.

*exercício do poder*”<sup>146</sup>. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é possível que um representante originariamente legítimo exerça sua função de forma ilegítima; assim como é possível que um governante originariamente ilegítimo conquiste a legitimidade corrente se o exercício do poder coincidir com os anseios do grupo.

Por fim, a legitimidade finalística pode se referir ao resultado ou à destinação do exercício do poder. Enquanto ligada ao resultado, a legitimidade será aferida pelas tarefas concretizadas, pelo desempenho do detentor do poder; e enquanto ligada à destinação, a legitimidade depende dos desejos futuros daquele grupo.

De forma semelhante, ao tratar especificamente da legitimidade da jurisdição constitucional, fica evidenciada pelo mestre Paulo Bonavides a necessidade de ser estabelecida a distinção entre a legitimidade *da* jurisdição constitucional e a legitimidade *no* exercício dessa jurisdição. Segundo o autor<sup>147</sup>: “A primeira é matéria institucional, estática, a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca a adequação da defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o direito e a política”.

Tais posicionamentos permitem concluir que a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, assim como das demais formas de manifestação do poder do Estado, não deve ser aferida apenas sob um único aspecto, geralmente ligado à forma de investidura dos membros do poder. A justificação da competência dos órgãos jurisdicionais, em especial no controle de constitucionalidade, deve ser investigada também na dinâmica do exercício dessa função. Imprimindo-se a conotação democrática, diríamos que deve ser investigada também de acordo com as possibilidades de participação oferecidas.

### 3.4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE SOB DIFERENTES ASPECTOS

---

<sup>146</sup> MOREIRA NETO, 1992, p. 26.

<sup>147</sup> BONAVIDES, **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade, 2003, p. 318.

Os problemas relativos à legitimidade da jurisdição constitucional surgem em razão da importância que assume o controle jurisdicional de constitucionalidade como instrumento de proteção da Constituição, dos direitos e das garantias fundamentais.

A defesa dos órgãos jurisdicionais na posição de garantidores da Constituição e a justificação democrática dessa competência assumem diferentes aspectos, alguns dos quais analisados a seguir.

### 3.4.1 Legitimidade de origem

No tocante à representatividade de origem, que se relaciona com a forma de investidura no cargo, o direito comparado nos mostra que os tribunais incumbidos de exercer a fiscalização da constitucionalidade possuem sistemas específicos de eleição de seus membros. Embora a escolha dos juízes não decorra de eleição popular, a forma de investidura desses juízes difere dos demais tribunais em virtude da participação de membros pertencentes aos demais órgãos do Estado.

A esse respeito, os levantamentos de dados efetuados pelos professores Marcelo Rebelo de Souza<sup>148</sup> e Jorge Miranda<sup>149</sup> mostra a diversidade de sistemas de escolha dos magistrados. Entre os procedimentos existentes nos diversos países do mundo, é possível identificar oito modalidades de designação dos membros dos tribunais constitucionais: (a) designação pelo Parlamento, na Alemanha, Portugal, Hungria, Croácia, Cabo Verde, Peru e Polônia; (b) designação pelo Presidente da República com o assentimento da Câmara alta do Parlamento, na República Checa e Rússia; (c) designação pelo Presidente da República, sob proposta do Parlamento, na Eslováquia; (d) designação pelo Parlamento, sob proposta do Presidente da República e de outros órgãos, na Colômbia, Eslovênia e Lituânia; (e) designação em parte de origem parlamentar e em parte pelo Presidente da República, na França, Romênia e Albânia; (f) designação em parte de origem parlamentar e em parte de

---

<sup>148</sup> SOUZA, Marcelo Rebelo de. Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 218-219.

<sup>149</sup> MIRANDA, 2001, p. 122.

origem governamental, na Áustria e Espanha; (g) designação em parte de origem parlamentar, em parte de origem presidencial e em parte de origem judicial, na Itália e (h) designação conjunta pelo Parlamento, Presidente da República e por outros órgãos, no Equador, Guatemala e Chile.

A característica comum a todas essas modalidades de designação dos juízes constitucionais reside no fato de ser atribuída tal tarefa a agentes políticos eleitos pelo povo. E, na lição de Jorge Miranda<sup>150</sup>: “É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados [...] que eles podem invalidar actos com força de lei”.

Segundo o autor português<sup>151</sup>, os tribunais constitucionais possuem uma legitimidade de título, que justifica o poder de intervenção nos atos dos demais órgãos políticos. Afirma que, embora por via indireta, os juízes do tribunal constitucional têm a mesma origem dos titulares dos órgãos políticos. Ademais, o fato de serem eleitos por representantes dos outros órgãos, não lhes tira a legitimidade, pois não se tornam representantes daqueles que os elegeram; adquirem independência com a designação.

Este também é o posicionamento de Jorge Hage<sup>152</sup> e Mauro Capelletti<sup>153</sup> que, citando o professor Robert A. Dahl, afirmam que o Judiciário não é inteiramente carente de representatividade. Para o mestre norte-americano, a Suprema Corte norte-americana, assim como outros tribunais constitucionais, é composta por juízes que são nomeados por um Presidente e aprovados pelo Senado, ambos eleitos pelo povo, o que lhes confere, ainda que indiretamente, o caráter de órgão representativo.

A representatividade dos tribunais constitucionais, apoiada de forma indireta sobre o sufrágio universal, é ressaltada ainda por José de Souza e Brito<sup>154</sup>:

---

<sup>150</sup> MIRANDA, 2001, p. 121.

<sup>151</sup> Ibid, pp. 121-122.

<sup>152</sup> HAJE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 84.

<sup>153</sup> CAPELLETTI, **Juízes Legisladores?** 1999, pp. 96-97.

O princípio democrático seria negado se existisse um poder que não fosse constituído e exercido pelo povo, mesmo que esse exercício consistisse apenas na intervenção indirecta dos eleitos pelo povo na designação dos titulares do poder. Isto vale também para a designação dos juízes constitucionais. Eles também recebem a sua legitimação democrática do sufrágio universal, embora indirectamente, através da intervenção dos directamente eleitos no processo de designação dos juízes.

De fato, o postulado democrático da representatividade não constitui óbice ao exercício do controle de constitucionalidade pelo tribunal constitucional já que, ainda que indirectamente, a origem da competência conferida ao juiz constitucional é a mesma dos demais órgãos do Estado. A peculiaridade das formas de investidura dos magistrados nas Cortes Constitucionais demonstra a preocupação do poder constituinte quanto à representatividade desses agentes.

Contudo, é importante lembrar que essa legitimidade de origem decorrente do tratamento diferenciado na composição dos tribunais constitucionais, embora seja válida para os tribunais constitucionais, não justifica o exercício do controle de constitucionalidade pelos juízes e tribunais ordinários. Nos países que adotam o sistema difuso, o argumento não se sustenta já que em regra não há intervenção dos órgãos directamente eleitos pelo povo na investidura dos magistrados.

Além disso, o fato da investidura ser efetivada ainda que indirectamente mediante a eleição popular, por si só não significa que a decisão esteja revestida do carácter democrático. Concordamos nesse ponto com o entendimento do eminente conselheiro do Tribunal Constitucional português José de Souza e Brito<sup>155</sup>:

O sufrágio universal está, portanto, na origem de toda a decisão democrática, mas ele não assegura o carácter democrático da decisão. De outro modo, todas as decisões do povo ou dos órgãos designados pelo povo seriam democráticas, independentemente do conteúdo. O carácter democrático duma decisão depende, por um lado, da sua adopção directa ou indirecta pela maioria, mas depende também da sua conformidade com as próprias razões do princípio democrático, com a democracia como sistema de princípios. E é isto que nos leva aos direitos do homem.

Diante disso, fica evidenciado que além da legitimidade de origem, a representatividade dos juízes — seja daqueles que integram as Cortes Constitucionais, seja dos que compõem o Judiciário — fundamenta-se também, e

---

<sup>154</sup> SOUZA E BRITO, 1995, p. 42.

principalmente, no exercício da jurisdição constitucional. Esta é a posição de Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>156</sup>:

Pensamos que a legitimidade democrática não é julgada unicamente pela origem, senão também, e às vezes fundamentalmente, pela função. Segundo nosso ponto de vista, o prioritário no judiciário é sua função democrática, ou seja, sua já mencionada utilidade para a estabilidade e continuidade democrática. É verdade que não é indiferente a forma de seleção, mas neste aspecto o importante será decidir por aquilo que seja mais idôneo ao cumprimento das tarefas democráticas, e isto não pode depender de um dado meramente formal.

No mesmo sentido, destaca José Manuel Brandrés<sup>157</sup> que a legitimidade dos juízes não reside em sua origem popular ou no caráter representativo, já que, em regra, a vontade popular não interfere no recrutamento dos juízes. Na verdade, os problemas da legitimidade dos juízes se orientam a revelar o grau de adequação do comportamento judicial aos princípios que a soberania nacional entende como fundamentais.

Além do português José Souza e Brito, do argentino Eugenio Raúl Zaffaroni e o espanhol José Manuel Bandrés, merecem também citação as palavras de Antonio Rovira acerca do tema<sup>158</sup>:

La legitimidad de origen, la autoridad, la competencia ya no es suficiente para justificar la actuación de los tres poderes y en particular de la judicatura, es imprescindible también la legitimidad de ejercicio, que exige dar razón de los actos, no sólo razones jurídicas, es necesario justificarse ante los ciudadanos demostrando que van en buen camino [...].<sup>159</sup>

Enfim, é a prática judiciária que possibilita a concretização da democracia como participação dos cidadãos nas decisões estatais. E essa legitimidade adquirida pelo exercício da função pode ser entendida de acordo com os demais argumentos tratados a seguir.

---

<sup>155</sup> Ibid, p. 42.

<sup>156</sup> ZAFFARONI, 1995, p. 44.

<sup>157</sup> BANDRÉS, José Manuel. **Poder Judicial y Constitución**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1987. p. 11.

<sup>158</sup> ROVIRA, 1998, p. 53.

<sup>159</sup> “A legitimidade de origem, a autoridade, a competência já não é suficiente para justificar a atuação dos três poderes e em particular da magistratura, é imprescindível também a legitimidade de exercício, que exige a fundamentação dos atos, não só fundamentos jurídicos, é necessário justificar-se ante os cidadãos demonstrando que se segue um bom caminho [...]” (Tradução nossa).

### 3.4.2 Legitimidade pela participação das minorias: em defesa do regime pluralista

Para os críticos do controle jurisdicional da constitucionalidade, a origem, a estrutura e o procedimento de funcionamento das Cortes Constitucionais não ofereceriam garantias de participação de todos os atores sociais no processo democrático. A objeção normalmente suscitada consiste no alegado caráter aristocrático-burocrático do tribunal constitucional, incompatível com a idéia do pluralismo inerente à democracia. Esta posição é defendida por Carl Schmitt<sup>160</sup>, ao afirmar que a criação de tribunais para atuar como defensores da constituição significaria “[...] trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga”.<sup>161</sup>

Contudo, em contraposição às idéias de Schmitt, observa-se que é justamente por meio dos tribunais constitucionais que é viabilizada a participação das minorias na formação da vontade do Estado. A concepção aristocrático-burocrática é superada pelo fortalecimento das Cortes Constitucionais, que se apresentam como instrumento de equilíbrio das forças de poder, possibilitando, assim, a contribuição dos grupos minoritários na construção da vontade nacional.

É no exercício da jurisdição constitucional que os juízes e tribunais adquirem representatividade, que por sua vez, mostra-se intimamente relacionada ao pluralismo, à diversidade de atores sociais. Aliás, na prática, a própria idéia de democracia rejeita a noção de uma sociedade unânime e homogênea, isto é, a idéia de um soberano (o povo ou a nação) que expressa uma vontade geral. A concepção aberta e pluralista do regime democrático está relacionada ao reconhecimento da pluralidade de opiniões e, principalmente, à possibilidade de participação de todos os grupos sociais no processo de formação da vontade do Estado.

A esse respeito, acentua Norberto Bobbio<sup>162</sup> que a democracia ideal foi concebida conforme o modelo de sociedade monística, fundada na soberania popular, com um

---

<sup>160</sup> SCHMITT citado por KELSEN, 1999, p. 73.

<sup>161</sup> “[...] transferir tais funções à aristocracia de toga” (tradução nossa).

<sup>162</sup> BOBBIO, 2002, pp. 34-36

único centro de poder (a vontade geral de Rousseau). Contudo o que ocorreu nos Estados democráticos foi justamente o oposto. Com a criação de grupos politicamente relevantes (associações de diversas naturezas, sindicatos e partidos políticos das mais variadas ideologias) o modelo ideal democrático fundado no tipo de sociedade centrípeta foi substituído por uma sociedade centrífuga, com vários centros de poder. Assim, nos Estados democráticos, erguidos sobre uma sociedade pluralista, “não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes”<sup>163</sup>.

Diante de uma tal sociedade pluralista, não se pode deixar de reconhecer que por mais democrática que se apresente a composição de um Parlamento no exercício de sua função soberana, por vezes, o legislador deixa de considerar a posição de determinados grupos sociais, que não conseguiram se fazer representar nesse órgão. Nesse caso, o tribunal constitucional assume papel de garantidor do acesso à justiça também para aqueles grupos que não conseguiram obter acesso ao processo político.

Ademais, a crise de representatividade por que passa o Legislativo — umbilicalmente relacionada, também, à crise dos partidos políticos — agrava ainda mais essa problemática. A instauração do Estado Social, em que o Executivo assume cada vez mais o papel de empreendedor, relegou a segundo plano o Parlamento, bem como os partidos políticos, fazendo surgir novos atores no cenário político. Além disso, deixou demonstrada a incapacidade dos partidos em filtrar as demandas e os reclamos de todos os setores sociais e transformá-los em decisões políticas. Com isso, observa Alexandre de Moraes<sup>164</sup>: “[...] o partido político deixa de constituir o único, e talvez, deixe também de constituir-se no mais importante, coletor das aspirações populares e direcionador das decisões políticas do Estado”.

Uma das fórmulas possíveis de superação dessa crise de representatividade do Legislativo consiste no fortalecimento do sistema de controle judicial de constitucionalidade. Para Alexandre de Moraes<sup>165</sup>, a superação da crise do sistema

---

<sup>163</sup> Ibid, p. 35.

<sup>164</sup> MORAES, 2000, p. 49.

<sup>165</sup> Ibid, p. 61.

representativo e a satisfação dos reclamos sociais por outros canais de pressão ao governo (além dos parlamentares eleitos pelo povo) serão solucionadas pelo fortalecimento da democracia. O fortalecimento dos instrumentos democráticos, por sua vez, exige dois mecanismos distintos, porém complementares: a reforma política do Estado (que efetivará a aproximação da vontade popular com a vontade expressa pelo Parlamento) e a atuação do Tribunal Constitucional como árbitro da sociedade.

É importante que seja feita a ressalva de que o fortalecimento da jurisdição constitucional constitui apenas uma das fórmulas possíveis de superação da crise de representatividade do Legislativo. A justiça constitucional apresenta-se, assim, como uma das vias aptas a possibilitar a participação das minorias no processo decisório do Estado. Aliás, como afirma Jorge Miranda<sup>166</sup>, “seria impossível evitar que os factores de crise — mesmo se transitórios (espero), que atingem o Parlamento — não se repercutissem, de alguma sorte, sobre o Tribunal Constitucional”.

No tocante ao papel exercido pela Suprema Corte americana na proteção dos interesses das minorias, afirma o professor Martin Shapiro, citado por Mauro Capelletti<sup>167</sup>:

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes “políticos”, que a corte pode melhor servir (...) Enquanto, efetivamente, são essencialmente *políticos* os *poderes* da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os *procedimentos* da Corte, pelo contrário, são *judiciários*. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (“*adversary*”) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.

De fato — utilizando-se dos argumentos de Shapiro — é possível afirmar que a garantia de acesso à justiça assegura o caráter dialético do processo decisório, com a abertura de canais de expressão dos interesses das minorias. Note-se que o acesso à justiça, neste caso, significa não só o acesso ao órgão jurisdicional, mas

<sup>166</sup> MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 98.

<sup>167</sup> CAPELLETTI, **Juizes Legisladores?** 1999, p. 99.

também a garantia da igualdade entre as partes, o contraditório, a ampla defesa, constituindo-se em mecanismo adequado à solução da controvérsia constitucional.

A proteção dos interesses das minorias que muitas vezes não são contempladas na regulamentação infraconstitucional passa a ser concretizada pela justiça constitucional e assegurada pelas regras processuais. Assim, o controle jurisdicional mostra-se apto a corrigir os problemas não solucionados dentro do processo político.

Por outro lado, deve-se ressaltar que isso não significa, necessariamente, que os órgãos jurisdicionais decidam sempre pela censura às decisões tomadas pela maioria, pois a tutela dos interesses dos grupos minoritários deve ser concedida apenas quando a pretensão estiver respaldada nos valores consagrados pela Constituição.

A relação entre o princípio da maioria e a justiça constitucional é ambivalente. De um lado apresenta-se como um limite ao princípio da maioria, isto é, da maioria legiferante ordinária e, por outro lado, a justiça constitucional apresenta-se como expressão do princípio da maioria, entendida como a maioria fundante e constituinte da comunidade política.<sup>168</sup>

Nessas condições, os órgãos incumbidos pelo controle de constitucionalidade passam a representar a manifestação própria do poder constituinte. Só estão autorizados a exercer a fiscalização da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, inclusive das decisões majoritárias, na medida em que essa fiscalização esteja alicerçada na Carta Suprema. Aliás, não se deve olvidar que os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, assim como as Cortes Constitucionais, integram os órgãos do Estado, fundados sobre a vontade soberana *constituente* à qual encontram-se permanentemente vinculados.

A esse respeito, assinala Anderson Orestes Cavalcante Lobato<sup>169</sup>:

---

<sup>168</sup> MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 192.

<sup>169</sup> LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de sociologia e política**. Curitiba, n. 17, novembro/2001, p. 48.

[...] Com efeito, a denominada jurisdição constitucional representa a institucionalização de um espaço de controle da atuação do governo de modo a evitar as arbitrariedades cometidas pelas maiorias eventuais. A oposição, bem como os movimentos minoritários, encontra na jurisdição constitucional um árbitro que deve ter como única preocupação o respeito aos valores sociais e a idéia de Direito que se consolida no texto constitucional.

É certo que no embate entre maioria e oposição parlamentar, o controle de constitucionalidade assume a função de equilíbrio de forças. Contudo, este equilíbrio só pode ser obtido de acordo com os limites estabelecidos pelos dispositivos constitucionais. Contra as maiorias momentâneas obtidas no Parlamento deve prevalecer a maioria constituinte, em observância ao princípio da supremacia da Constituição.

Por fim, merece ser registrada a advertência de Francisco Lucas Pires<sup>170</sup> que, ao admitir a justiça constitucional como responsável pelo equilíbrio das forças políticas — observando-se sempre, como parâmetro, a norma constitucional —, adverte que *quanto maior a possibilidade de formação de maiorias num sistema político, mais forte pode e deve ser a legitimidade do mecanismo de controle da constitucionalidade*. Assim, embora seja reconhecida a jurisdição constitucional como benéfica ao princípio democrático, não se pode olvidar que a atuação dos juízes e tribunais constitucionais deve estar adequada ao contexto de cada época, em cada país.

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise, há que ser reconhecida, no exercício da jurisdição constitucional, a concretização da concepção pluralista do regime democrático, seja como mais um canal de participação dos grupos sociais excluídos do processo político, seja como método de aproximação do Estado e da sociedade, numa perspectiva de ampliação do acesso à justiça.

### 3.4.3 Legitimidade argumentativa

---

<sup>170</sup> PIRES, 1995, p. 171.

Não menos importante é a legitimidade obtida por meio da argumentação, que justifica o exercício da jurisdição constitucional pelo processo deliberativo e permite a construção da interpretação constitucional a partir dos mais variados argumentos. Essa legitimidade se sustenta tanto na aceitação da decisão pelos cidadãos, alcançada mediante a exposição dos argumentos por parte do órgão jurisdicional, quanto na argumentação implementada pelos próprios cidadãos, que se inserem como partícipes no processo deliberativo.

A importância da representatividade conquistada pelo convencimento, pelo poder de persuasão e pela racionalidade das decisões, supera aquela fundada na origem, na forma de investidura dos juízes<sup>171</sup>. A exigência de fundamentação e de publicação das decisões judiciais aproxima o cidadão e o Estado-juiz, o que significa que a legitimidade passa a ser conquistada pelo exercício da jurisdição, e não mais como decorrência do título ou da origem dos membros dos tribunais. É a opinião de Capelletti<sup>172</sup>:

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, [...]

Essa legitimidade extraída do processo de argumentação da via judicial também é analisada por Robert Alexy<sup>173</sup>. Segundo o autor, considerando que a jurisdição constitucional subtrai da maioria parlamentar poderes de decisão, tem-se a impressão de que a jurisdição constitucional é antidemocrática. Além de não serem investidos com base no voto popular, aos juízes constitucionais é permitido interferir no processo democrático ao interpretar e aplicar os direitos fundamentais.

---

<sup>171</sup> HAGE, 1999, p. 85.

<sup>172</sup> CAPELLETTI, **Juízes Legisladores?** 1999, p. 98.

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 55-66.

Tal contradição entre democracia e jurisdição constitucional, afirma Alexy<sup>174</sup>, deve ser solucionada pela distinção entre representação política e representação argumentativa do cidadão:

A chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental: “todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente.

De acordo com Alexy<sup>175</sup>, o tribunal constitucional também representa o povo, mas diferentemente do parlamento tal órgão adquire sua representatividade pela via argumentativa. Não significa que a decisão deva ser aceita, necessariamente, por toda a sociedade. A legitimidade, nesse caso, decorre da instauração de um processo de reflexão entre a coletividade, o legislador e os juízes constitucionais, ou seja, da possibilidade de discussão da sentença e de seus fundamentos. A partir dessas idéias, conclui o autor:

(...) A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático.

Além de Alexy, Habermas também se destaca ao analisar a legitimidade e o papel da jurisdição constitucional com base na deliberação, no processo argumentativo. A justificação do poder de controle de constitucionalidade das leis pelos tribunais encontra-se exposta em sua obra intitulada “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” e está intimamente relacionada ao modelo de democracia defendido pelo autor — a democracia deliberativa — bem como ao modelo de constituição fundada sobre o procedimento. A importância das idéias de Habermas no estudo da legitimidade democrática da jurisdição constitucional é salientada por inúmeros

---

<sup>174</sup> Ibid, p. 66.

<sup>175</sup> Ibid, p. 66.

autores nacionais, dentre eles Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira<sup>176</sup>, Gisele Cittadino<sup>177</sup>, Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>178</sup> e Gustavo Binimbojm<sup>179</sup>.

Na referida obra, Habermas consagra o seguinte entendimento<sup>180</sup>: “a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida”. Habermas rejeita a concepção liberal de constituição, bem como afasta a idéia de que a norma fundamental possa ser entendida como uma ordem jurídica que impõe uma determinada forma de vida sobre a sociedade. O modelo procedimental de constituição defendido por Habermas constitui o meio termo das concepções liberal e republicana.

Habermas rejeita tanto a concepção do Estado como entidade superdimensionada, como também não aceita o modelo do Estado mínimo típico do sistema liberal, no qual os direitos fundamentais são primordialmente voltados contra a intervenção estatal.

Na perspectiva liberal, a política tem a função de impor os interesses privados contra o aparelho do Estado, sendo que, no âmbito do processo político, vige o modelo da concorrência do mercado, prevalecendo assim a idéia de autonomia privada<sup>181</sup>. A concepção da sociedade é marcada pelo pluralismo e pela pluralidade de modos de vida. A democracia, por sua vez, fundamenta-se na representação da população por aqueles poucos indivíduos eleitos que, mediante a regra da maioria, alcançam a direção política do Estado.

Já na visão republicana, o processo democrático é concebido como processo movido por cidadãos orientados pelo bem comum. Há uma inversão da autonomia privada para a autonomia pública, ou seja, com a mudança do paradigma liberal

---

<sup>176</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. pp. 256-261.

<sup>177</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000. pp. 170-182.

<sup>178</sup> SOUZA NETO, 2002. pp. 269-326.

<sup>179</sup> BINENBOJM, 2001, pp. 106-114.

<sup>180</sup> HABERMAS, 1997, p. 326.

<sup>181</sup> Ibid, p. 339.

para o republicano “a regra da maioria é substituída pela idéia de política deliberativa que conforma uma vontade comum através de um entendimento ético”.<sup>182</sup> Embora mediada pelo diálogo, pelo processo de deliberação, a democracia, na perspectiva republicana, é orientada pela ética, ou seja, encontra sua base em um consenso sobre o bom, o justo.

A partir das duas concepções, Habermas apresenta uma terceira: a compreensão procedimentalista do direito e da democracia, que exige não só o reconhecimento do pluralismo social e cultural, característico das sociedades modernas, mas também a discussão, a deliberação que possibilita maior participação dos cidadãos na formação da vontade estatal. A proposta de Habermas, segundo Gisele Cittadino<sup>183</sup>, sustenta-se no chamado “paradigma procedimental do direito”:

Em oposição ao paradigma do direito liberal — que procura assegurar a igualdade jurídica — e o paradigma do direito ao bem-estar — configurado em torno da igualdade fática —, Habermas propõe um paradigma procedimental do direito que estabelece, ao contrário dos anteriores, uma relação interna entre autonomia privada e autonomia pública.

Na visão procedimental, a democracia se realiza mediante os “pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos”<sup>184</sup>. A formação democrática da vontade retira sua força do processo deliberativo, isto é, da própria controvérsia discursiva.

Tal concepção procedimentalista do direito e da democracia é que determina o papel da jurisdição constitucional. A função do tribunal constitucional consiste em proteger o processo de criação democrática do direito, o que significa, nas palavras do autor<sup>185</sup>, que “o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático”.

---

<sup>182</sup> CITTADINO, 2000, pp. 144-145.

<sup>183</sup> Ibid, p. 208.

<sup>184</sup> HABERMAS, 1997, p. 345.

<sup>185</sup> HABERMAS, 1997, p. 326.

No tocante à teoria de Habermas acerca da posição do Tribunal Constitucional, assevera Gisele Cittadino<sup>186</sup>:

Com efeito, o Tribunal Constitucional, segundo Habermas, não pode ser equiparado, como desejam os comunitários, a um guardião de uma suposta ordem de valores substantivos; o seu papel é proteger o processo de criação democrática do direito, o que pressupõe, portanto, reservar às Cortes constitucionais *'a guarda do sistema de direitos que torna a autonomia privada e a autonomia pública igualmente possíveis'*.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade atribuído aos órgãos jurisdicionais deveria restringir-se ao procedimento e às condições de deliberação verificadas durante a formação da vontade estatal, e, assim, estaria cumprindo a tarefa de guardião do sistema democrático. Por isso, Habermas discorda que o Judiciário possa assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Para ele, o tribunal constitucional poderia assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor<sup>187</sup>.

Ao considerar a sociedade atual como uma sociedade pluralista, Habermas entende não ser permitido aos tribunais efetuar o controle de constitucionalidade das normas com base em determinados valores que seriam condicionantes da interpretação constitucional. Contudo, embora a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional seja fundada sobre o procedimento, isto é, sobre as condições para a instauração do processo deliberativo, não significa que os resultados obtidos com o processo decisório sejam irrelevantes.

Nota-se que compreensão procedimentalista da constituição se funda na suposição de que o próprio processo democrático propicia resultados racionais. Para o autor<sup>188</sup>: “a razão incorpora-se nas condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, não sendo necessário contrapô-la a esta última como se fosse autoridade estranha, situada além da comunicação política”. Em outras palavras, a teoria discursiva aposta no caráter racional das decisões que serão tomadas por aqueles que se submeterão a elas.

---

<sup>186</sup> CITTADINO, 2000, p. 183.

<sup>187</sup> HABERMAS, 1997, p. 347.

<sup>188</sup> HABERMAS, 1997, p. 354.

Por fim, importa ainda observar que é pela participação dos cidadãos na formação da vontade do Estado que se possibilita a concretização de uma sociedade democrática. Nesse ponto, ao apresentar o indivíduo como cidadão que participa ativamente da deliberação política, Habermas aproxima-se do conceito da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” formulado por Häberle<sup>189</sup>, que servirá também como uma outra forma de justificar democraticamente o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, abordado no item seguinte.

#### 3.4.4 Legitimidade e acesso à justiça

Partindo-se da perspectiva da ampliação do acesso à justiça, é possível também entender o exercício da jurisdição como uma função legitimada democraticamente. Neste caso, o controle de constitucionalidade adquire maior legitimidade em razão da proximidade dos órgãos jurisdicionais com os problemas e os anseios da população que surgem dos casos concretos.

Para Capelletti<sup>190</sup>, este constitui um dos argumentos que reforçam a legitimidade democrática do direito jurisprudencial. Para ele, a conexão direta da jurisdição com as partes interessadas torna o processo jurisdicional o mais participativo de todos os processos da atividade pública. Essa participação, por sua vez, permite ao magistrado conhecer a realidade social e interpretar a norma jurídica de acordo com essa realidade. Por isso, assevera o autor<sup>191</sup>: “embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade”.

Na esteira deste entendimento, forma-se a convicção de que a independência conferida aos juízes e aos tribunais não se traduz no distanciamento dos fatos e dos problemas da vida cotidiana. Pelo contrário, a combinação entre a independência e

---

<sup>189</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>190</sup> CAPELLETTI, **Juízes Legisladores?** 1999, p. 100.

<sup>191</sup> CAPELLETTI, **Juízes Legisladores?** 1999, p. 105.

a sensibilidade às necessidades da população é que possibilita ao tribunal exercer democraticamente suas atividades. Por isso, afirma Capelletti<sup>192</sup>:

[...], a legitimação dos juízes não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade. Na descrição assaz vívida do professor Alexander Bickel, existe realmente nos tribunais uma combinação única de dois elementos: de um lado, o que ele denominou de “isolamento” típico do estudioso, isolamento crucial na “descoberta dos valores duradouros da sociedade”, e, de outro lado, a quotidiana obrigação de tratar “com a realidade viva de controvérsias concretas”, diversamente do legislador que tem de lidar “tipicamente com problemas gerais, abstratos ou vagamente previstos”. Essa combinação única constitui também, pelo menos potencialmente, a força única da função jurisdicional. Ela permite aos tribunais a possibilidade de encontrarem-se continuamente em contato direto com os problemas mais concretos e atuais da sociedade, mantendo-se ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento.

Segundo Capelletti<sup>193</sup>, o exercício da jurisdição inclina-se sobre a realidade social e por isso tem a potencialidade de ser altamente democrático. Porém, observa-se que essa proximidade estabelecida entre o juiz e a sociedade necessita de certas condições para se tornar realidade. Dentre as condições enunciadas pelo autor, destaca-se a ampliação do acesso à justiça como fator preponderante na legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional, permitindo-se cada vez mais a participação do maior número de sujeitos possível no processo decisório.

A idéia da ampliação do acesso à justiça — entendida como fator que legitima democraticamente o controle de constitucionalidade das leis — mostra-se intimamente relacionada à concepção aberta dos participantes do processo de interpretação tratada por Peter Häberle. Em sua obra intitulada “Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”, o autor se propõe a interpretar a constituição em consonância com a realidade social e com o modelo de sociedade aberta, pluralista, pretendendo assim solucionar o problema relativo aos participantes da interpretação constitucional.

---

<sup>192</sup> Ibid, p. 104.

<sup>193</sup> Ibid, pp. 105-106.

Para Häberle a interpretação constitucional não se restringe à interpretação elaborada pelos juízes, nos procedimentos formalizados. O autor propõe a seguinte tese<sup>194</sup>:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição.

A interpretação, nesta perspectiva, deixa de ser entendida como a atividade consciente e intencional, dirigida à compreensão e à explicitação do texto da norma, para assumir um sentido mais amplo. O processo interpretativo, como afirma o autor<sup>195</sup>, passa a constituir “toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo”. Dessa forma, é possível observar que a interpretação constitucional é entendida em seu sentido lato, transformando os cidadãos, os grupos, os órgãos estatais, a opinião pública, enfim, todos os representantes das forças produtivas de interpretação, em intérpretes constitucionais.

Na tentativa de apresentar de forma sistemática o catálogo dos participantes da interpretação, Häberle<sup>196</sup> estabelece quatro grupos principais. O primeiro grupo de participantes é constituído pelos órgãos estatais, representados não só pela Corte Constitucional, mas também pelos demais órgãos com poder de decisão, ou seja, órgãos jurisdicionais, legislativos ou executivos. O segundo grupo de intérpretes da constituição é representado os participantes do processo de decisão que não são órgãos do Estado, como autor, o réu e os peritos nos processos judiciais, os partidos políticos que atuam no processo legislativo, ou, as partes nos procedimentos administrativos. O terceiro grupo referido por Häberle equivale à opinião pública e aos estimuladores do processo político, como a mídia, as igrejas, os teatros, as editoras, as escolas da comunidade etc. E, por fim, o quarto grupo representa a doutrina constitucional que, segundo o autor<sup>197</sup>, “tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis”.

---

<sup>194</sup> HÄBERLE, 1997, p. 13.

<sup>195</sup> Ibid, p. 13.

<sup>196</sup> Ibid, pp. 20-22.

<sup>197</sup> HÄBERLE, 1997, p. 22.

É importante observar ainda que a proposta de Häberle de ampliação do número de intérpretes da constituição deve ser entendida como uma proposta de democratização da interpretação constitucional. Aliás, o próprio autor reconhece que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática e que é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas<sup>198</sup>.

Häberle rejeita a concepção de democracia vinculada apenas à representação popular<sup>199</sup>:

[...], a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta ela se desenvolve também por meio de forma refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*) tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais.

O autor acentua que aos cidadãos é conferido o direito de participar do processo de decisão não apenas no dia da eleição<sup>200</sup>. É o cidadão quem confere legitimidade democrática ao processo constitucional mediante sua participação na interpretação da Constituição.

É importante observar que Häberle propõe uma relativização do conceito de povo partir da idéia de cidadão. Segundo o autor a democracia não significa o domínio do povo, mas sim domínio dos cidadãos. O ponto de referência para a Constituição democrática deve ser o pluralismo, a liberdade fundamental. Diante disso, assinala<sup>201</sup>: “A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca”.

---

<sup>198</sup> Ibid, p. 14.

<sup>199</sup> Ibid, p. 36.

<sup>200</sup> Ibid, p. 37.

<sup>201</sup> HÄBERLE, 1997, p. 38.

O direito de participação nas decisões estatais, em especial no exercício da jurisdição constitucional, é entendido como um direito da cidadania, e, por sua vez, como um direito fundamental. Isso leva o autor a afirmar: “os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática da interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes”<sup>202</sup>.

A proposta de Häberle de conceber o povo como um conjunto de cidadãos, como uma população heterogênea, aproxima-se das idéias de Friedrich Müller expostas na obra “Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia”. Para Müller<sup>203</sup>, a unificação dessa população heterogênea, sem que sejam consideradas as contradições sociais entre os indivíduos, transforma o “povo” em ícone. A iconização impede que o povo seja concebido como sujeito político real e impede que a construção de uma sociedade civil ampla e ativa.

Em síntese, Häberle sustenta que a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional se funda na livre discussão e participação dos indivíduos e de grupos no processo interpretativo. Por isso, pode-se afirmar que esse modelo se aproxima da democracia participativa. Tal como Habermas, Häberle concebe a legitimidade advinda da participação no procedimento. Porém, em suas idéias, enfatiza a participação popular efetiva no processo de formação da vontade estatal, pugnano inclusive pelo aperfeiçoamento do direito processual constitucional com novas forças de participação dos diferentes intérpretes da Constituição.<sup>204</sup>

Portanto, a medida em que a jurisdição constitucional adquirir legitimidade por meio da ampliação da participação com a conseqüente aproximação com as necessidades e os anseios sociais, o controle de constitucionalidade das leis estará legitimado. A esse respeito, cumpre citar as palavras proferidas pelo professor Inocêncio Mártires Coelho<sup>205</sup>:

<sup>202</sup> Ibid, p. 37.

<sup>203</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 72-73.

<sup>204</sup> HÄBERLE, 1997, pp. 46-49.

<sup>205</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, nº 211, jan./mar. 1998, pp. 127-128.

Destarte, se a jurisdição constitucional, de forma natural e continuada, conseguir preservar a sintonia entre o programa normativo e o âmbito normativo, vale dizer, entre a *interpretação constitucional* e a *realidade constitucional* — tarefa que será tanto mais facilitada, quanto maior for a sua capacidade para auscultar e compreender os anseios sociais —, as cortes que exercem a jurisdição *política* estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até mesmo preservando sua própria *existência* no marco do Estado Democrático de Direito.

Com base nessas idéias, conclui o autor<sup>206</sup>:

Por isso mesmo, sem que precisem andar a reboque das maiorias ocasionais, embora não possam nem devam ignorar a sua existência, se conseguirem preservar aquele *equilíbrio instável* entre norma e realidade constitucional — e na medida em que o consigam —, os tribunais constitucionais continuarão a contar com o respaldo da opinião pública para *reescrever* de fato a Constituição, sem que a ninguém, ocorra sequer indagar sobre a legitimidade desse *procedimento*.

Analisada a legitimidade da jurisdição constitucional de acordo com o critério de investidura no cargo; de acordo com a possibilidade de participação das minorias no exercício dessa função estatal; considerando-se que o controle a cargo dos órgãos jurisdicionais adquire legitimidade também pela via argumentativa e pela ampla participação dos diversos intérpretes da Constituição no processo de decisão; resta, ainda, analisar o exercício da jurisdição constitucional na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais.

### 3.4.5 Legitimidade pela defesa dos direitos fundamentais

Além de todos os argumentos já mencionados, que pretendem justificar o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, é possível ainda defender a legitimidade democrática da jurisdição constitucional em razão da tutela dos direitos fundamentais.

De acordo com José Adércio Leite Sampaio<sup>207</sup>: “A crescente adoção das declarações de direito e o vertiginoso ganho de seu conteúdo criaram, sobre as jurisdições de quase todo o mundo, uma extraordinária demanda de proteção”. Essa

---

<sup>206</sup> Ibid, p. 128.

demanda, que recaiu sobre os órgãos jurisdicionais de diversos países, passou a atingir não só nos Estados Unidos, marcados pela tradição da jurisprudência da Suprema Corte, mas também países acostumados à idéia da supremacia do legislador. Nas palavras do autor<sup>208</sup>:

Sem falar dos Estados Unidos, que possuem desde 1791 um conjunto de emendas constitutivas do *bill of rights* com valor de direito positivo e de remarcada influência na jurisprudência da Suprema Corte, bem como de vários países da *civil law* que, em maior ou menor escala, também vêm o Judiciário como uma instância de promoção e defesa dos direitos fundamentais, alguns países da *Common Law*, mais acostumados com a posição soberana do legislador, passaram a admitir que os juizes realizassem relativo controle sobre os atos legislativos em face de tais direitos.

Dissertando sobre o tema, José Adércio Leite Sampaio<sup>209</sup> assevera que a ampliação da competência de órgãos jurisdicionais — inclusive para o controle de constitucionalidade sobre atos legislativos — tem atingido também países da *Common Law*. Exemplo disso é a Irlanda, país em que desde 1937 foi inserido na constituição um sistema de controle de constitucionalidade das leis, inicialmente restrito à Alta Corte e à suprema Corte, e posteriormente estendido a todos os tribunais. Além da Irlanda, o autor faz referência ainda ao Reino Unido, o qual, com a adesão à Convenção Européia de Direitos Humanos — que instituiu órgãos incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos nela declarados e julgar as violações pelos Estados signatários<sup>210</sup> — teria se inserido nessa tendência.

Com a crescente adoção das declarações de direitos, a proteção dos direitos ditos “inalienáveis” e “fundamentais” passa a ser considerada como índice de legitimidade do sistema constitucional<sup>211</sup>. Conseqüentemente, assume crucial importância os mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, em especial aqueles atribuídos a órgãos jurisdicionais.

Com a atribuição do controle de constitucionalidade a órgãos jurisdicionais, a proteção dos direitos fundamentais deixou o plano exclusivamente político,

<sup>207</sup> SAMPAIO, 2002. pp. 185-186.

<sup>208</sup> Ibid, p. 186.

<sup>209</sup> Ibid, p. 186.

<sup>210</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 267-276.

passando a ser tratada como questão jurídica. Por isso, é possível afirmar que “a proteção dos direitos fundamentais na sua dimensão subjectiva só tenha começado a ganhar sentido com o pontificado da Justiça Constitucional”<sup>212</sup>, iniciando-se, aí, a luta pela juridicidade plena dos direitos fundamentais.

Segundo Baracho<sup>213</sup>, a jurisdição constitucional não se manifesta apenas com o controle de constitucionalidade das leis, isto é, como forma de tutela do direito objetivo. A tutela das situações jurídicas subjetivas do indivíduo frente às autoridades públicas é também abrangida pela noção de jurisdição constitucional: “A jurisdição constitucional tutela a regularidade constitucional do exercício ou atividades dos órgãos constitucionais. Ao mesmo tempo, faz valer as situações jurídicas subjetivas do cidadão, previamente consagradas no texto constitucional”.

Na visão de Robert Alexy<sup>214</sup>, no centro dos debates acerca da jurisdição constitucional e da tutela dos direitos fundamentais, reside a questão de como equilibrar as competências do Tribunal Constitucional e do legislador. O caráter aberto do sistema jurídico decorrente da vigência das normas de direito fundamental — que se mostra de forma clara nos conceitos básicos de dignidade, liberdade e igualdade — coloca em discussão os limites da competência atribuída ao Tribunal Constitucional.

Nessa ordem de idéias, embora se discuta o alcance da competência de controle do Tribunal Constitucional, Alexy ressalta que não se põe em questão se o Tribunal possui competência de controle dos atos dos poderes públicos. Se a Constituição garante ao indivíduo direitos frente o legislador e para garantia desses direitos prevê a existência de um Tribunal Constitucional, a intervenção do tribunal no âmbito da legislação não constitui uma assunção inconstitucional de competências legislativas.

---

<sup>211</sup> SAMPAIO, 2002, p. 186.

<sup>212</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2000, p. 113.

<sup>213</sup> BARACHO, 1984, p. 113.

<sup>214</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 526.

Nesse sentido, assevera Alexy<sup>215</sup> que, em tais casos, o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal, e necessário para a garantia dos direitos fundamentais, não só está permitido, como também está ordenado pela Constituição.

Sob este ponto de vista, os órgãos jurisdicionais aparecem como instrumentos de defesa do Estado de direito, da supremacia da constituição e, conseqüentemente, do respeito aos direitos e às liberdades fundamentais. E, para alguns doutrinadores, é justamente a proteção aos direitos e às liberdades fundamentais que legitima democraticamente o exercício da jurisdição constitucional.

Esse entendimento é compartilhado por Capelletti<sup>216</sup>, que refuta o alegado caráter antidemocrático atribuído à atividade judicial: “a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais”.

Para o mestre italiano<sup>217</sup>, a democracia não se reduz ao princípio da maioria. Democracia significa participação, tolerância e liberdade que são alcançadas com a ajuda de um judiciário ativo, dinâmico e criativo, que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances* diante do crescimento dos poderes políticos, bem como do controle dos outros centros de poder típicos das sociedades contemporâneas.

No mesmo sentido, ao tratar da legitimidade da Justiça constitucional, entende Alexandre de Moraes<sup>218</sup> que “a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais”. Formalmente, o controle de constitucionalidade é legitimado como expressão da vontade soberana do poder constituinte originário. Por outro lado, sob o aspecto material, a legitimidade da jurisdição constitucional está relacionada à garantia dos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados na Carta Maior<sup>219</sup>:

---

<sup>215</sup> ALEXY, 2002, p. 527.

<sup>216</sup> CAPELLETTI, **Juízes Legisladores?** 1999, p. 106.

<sup>217</sup> Ibid, p. 107.

<sup>218</sup> MORAES, 2000, p. 68.

<sup>219</sup> Ibid, p. 74.

(...), o fundamento básico da legitimidade material da justiça constitucional está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo, pois nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexistente, como ensina Norberto Bobbio ao afirmar que *sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar.*

É nessa medida, portanto, que a defesa dos direitos fundamentais relaciona-se com a preservação da democracia. Sem o controle do poder político, sem a existência de um equilíbrio entre os poderes e sem a garantia de efetividade dos direitos e das liberdades fundamentais não há Estado de direito, nem tampouco Estado Democrático de Direito, pois se inviabiliza o exercício da liberdade e a participação popular nas decisões estatais.

A legitimidade da justiça constitucional passa a residir na exigência do cumprimento, pelos poderes constituídos, dos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados pelo poder constituinte. A esse respeito, registra Alexandre de Moraes<sup>220</sup>:

A legitimidade da justiça constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que o *poder público*, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res pública*, pautado-se pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento ao Estado de Direito.

Em tal perspectiva, os órgãos judiciais responsáveis pelo controle de constitucionalidade das leis tornam-se instrumentos de concretização desses direitos.

---

<sup>220</sup> Ibid, p. 76.

## 4 ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

### 4.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A história do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil é marcada por uma fase inicial, em que prevaleceu o modelo de controle difuso da constitucionalidade inspirado no sistema norte-americano, que se iniciou em 1890 com a edição dos Decretos 510 e 848, estendendo-se até 1965, com o advento da Emenda Constitucional n. 16, que introduziu o controle concentrado de normas perante o Supremo Tribunal Federal. A partir daí, inaugura-se uma nova fase: o ordenamento jurídico brasileiro configura um sistema misto de controle, possibilitando a fiscalização da constitucionalidade de leis ou atos normativos por qualquer juiz ou tribunal e ainda pelo órgão de cúpula do Judiciário, que realiza o controle da lei em tese, desvinculado de qualquer situação jurídica concreta. As duas fases da história do controle de constitucionalidade brasileiro acima referidas representam, em síntese, a evolução do sistema de controle neste país, desde a primeira Constituição — a “Constituição Política do Império do Brasil” de 25 de março de 1824 — até a Constituição atual de 1988.

No Brasil Imperial, sob a égide da Carta Constitucional de 1824, não houve previsão de qualquer mecanismo de controle jurisdicional de constitucionalidade. Embora em 1829 tenha sido instituído o Supremo Tribunal de Justiça, não lhe foram conferidas atribuições para apreciar a constitucionalidade dos atos legislativos. Ao Supremo Tribunal de Justiça foi atribuída competência restrita, apenas para conhecer recursos de revista, julgar ações penais contra determinadas autoridades e julgar conflitos de competência<sup>221</sup>. Pelo contrário, determinou a Constituição do Império que a fiscalização da constitucionalidade seria de incumbência do Legislativo, ao dispor, em seu artigo 15, inciso IX, ser da atribuição da Assembléia Geral “velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1981. p. 647.

<sup>222</sup> Ibid, p. 632.

A respeito da posição do Supremo Tribunal de Justiça no Brasil Imperial, assinala Carlos Mário da Silva Veloso<sup>223</sup>:

O Supremo Tribunal de Justiça da Constituição Imperial de 1824 não se firmou, entretanto, como Poder Político. Ele não era, na verdade, um tribunal às inteiras. É bem possível que os ilimitados poderes de moderação do Imperador tenham impedido aquele Tribunal de exercer com largueza a função jurisdicional. Talvez por isso, ou também por isso, o Supremo Tribunal de Justiça não foi um Poder. É certo que concorreu para que tal ocorresse a inexistência, na Constituição de 1824, do controle judicial de constitucionalidade das leis. Sabemos que, por influência do constitucionalismo francês, o controle de constitucionalidade, na Carta Imperial, era do próprio Poder Legislativo.

A fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis só foi introduzida no ordenamento constitucional brasileiro com a Constituição de 1891, que repetindo alguns dispositivos previstos no Decreto 510, de 22 de junho de 1890 e no Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, passou a admitir que o Judiciário examinasse a constitucionalidade de leis e atos do poder público.

O Decreto 510 fixou a apreciação da constitucionalidade de leis e atos do poder público como competência do Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe competência para julgamento de recurso interposto contra decisões proferidas em última instância pela justiça dos Estados, quando a decisão considerar válidos atos ou leis impugnadas em face da Constituição. O Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, por sua vez, ao tratar da organização da Justiça Federal, dispôs em seu artigo 3º que: “Na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação”.<sup>224</sup>

Com base nos aludidos Decretos, o texto final da Constituição de 1891 inseriu a fiscalização concreta da constitucionalidade no sistema brasileiro. Possibilitou-se a qualquer juiz ou tribunal, ao conhecer do pedido da parte, apreciar a validade de lei (federal ou estadual) ou ato do governo estadual em face da Constituição Federal. Da decisão que considerasse válida a lei ou o ato do governo, em última instância,

---

<sup>223</sup> VELOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 91.

<sup>224</sup> BARBI, Celso. A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 4, 1968, p. 37.

havia possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Federal (artigo 59, §1º, “b”, da Constituição de 1891).<sup>225</sup>

A adoção do controle difuso nos moldes acima expostos demonstra a profunda influência exercida pela doutrina norte-americana sobre o modelo constitucional de 1891, que, além de importar esse tipo de controle constitucionalidade das leis, implantou no Brasil o sistema presidencialista, fundado no princípio da separação de órgãos, bem como o federalismo, dotando os Estados de maior autonomia, inclusive autorizando-os a elaborar uma Constituição própria.

Com a Constituição de 1934 foi mantido o controle difuso adotado pela Carta Constitucional anterior, inserindo-se também inovações importantes no sistema de controle de constitucionalidade. Uma das grandes inovações foi a criação da representação interventiva, que deu início ao processo de introdução do modelo concentrado de controle de constitucionalidade.

A chamada representação interventiva consistiu em medida destinada a possibilitar a intervenção da União nos Estados. De acordo com o artigo 12, §2º, da Constituição de 1934<sup>226</sup>, a intervenção decretada para assegurar a observância dos princípios especificados no inciso I, do art. 7º, da referida Constituição<sup>227</sup> só poderia surtir efeitos após a declaração de constitucionalidade pela Corte Suprema da lei que a tenha decretado, mediante provocação do Procurador Geral da República.

Tal instrumento foi incorporado na Constituição de 1946 com algumas modificações. Ao invés da constatação da constitucionalidade da lei que deflagrava a intervenção, passou a aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados “princípios sensíveis”, isto é, o ato argüido de inconstitucionalidade passou a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal antes de decretada a intervenção.

---

<sup>225</sup> CAMPANHOLE, 1981, p. 581.

<sup>226</sup> Ibid, pp. 506-507.

<sup>227</sup> Ibid, pp. 504-505.

A representação interventiva constitui verdadeiro mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade, embora exercitada por via de ação direta, pois presta-se a solucionar um conflito federativo entre a União e um Estado-membro.<sup>228</sup>

Para Celso Agrícola Barbi a representação interventiva se distingue do sistema de controle de constitucionalidade por via de exceção, mas também não constitui tipicamente uma declaração por via de ação. Segundo o autor<sup>229</sup>:

Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, [...]

O mesmo posicionamento é adotado por Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>230</sup> que, ao tratar da representação interventiva, afirma:

Vemos surgir, então, um processo de declaração de inconstitucionalidade diferente daquele próprio da via de exceção; devemos porém, salientar que não podemos identificar tal processo com a via de ação, visto que o objeto de tal declaração não é anular a lei.

Além da chamada representação interventiva, a Constituição de 1934 inovou criando a regra da maioria absoluta para a decretação de inconstitucionalidade nos tribunais, ao dispor em seu artigo 179: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do poder publico”<sup>231</sup>.

Estabeleceu também a possibilidade do Senado Federal outorgar efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Tal competência foi estabelecida no inciso IV, do artigo 91, da Constituição de 1934, que dispunha ser da competência do Senado: “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto de deliberação ou

<sup>228</sup> CLÉVE, 1995, p. 70-71

<sup>229</sup> BARBI, 1968, p. 38.

<sup>230</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 75

<sup>231</sup> CAMPANHOLE, 1981, p. 551.

regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionaes pelo Poder Judiciário<sup>232</sup>. Na visão de Celso Agrícola Barbi<sup>233</sup>:

A inovação trazida pelo citado art. 91, n. IV, era feliz porque continha forma de dar efeitos “erga omnes” a uma decisão proferida apenas “inter partes”. Politicamente a fórmula encontrada era hábil porque deixava de violar o princípio da independência dos Podêres, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo.

A importância das alterações instituídas pela Carta de 1934 fica evidenciada pelo reflexo nas Constituições posteriores. Nota-se que a regra que permite ao Senado Federal a suspensão dos efeitos de lei declarada inconstitucional foi mantida nas Constituições de 1946, 1967 e 1988; assim como a regra da maioria absoluta para a decretação de inconstitucionalidade nos tribunais, que foi também repetida nas referidas Constituições, e inclusive na Carta de 1937. No tocante à criação da representação interventiva, escreve Ronaldo Poletti<sup>234</sup>:

A ação direta de controle de constitucionalidade, para fins de intervenção, foi passo importantíssimo para a doutrina brasileira, pois a partir daquela ação foi possível construir toda uma dogmática que acabou por desaguar no atual sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis, ajudando a resolver os seus problemas.

A partir da Constituição de 1937, o controle exercido pelo Judiciário restou enfraquecido, tendo sido possibilitado ao Parlamento suspender decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de lei. A medida representou a desconfiança quanto à competência atribuída ao Judiciário, no controle do atos emanados pelo Legislativo e pelo Executivo. Segundo o parágrafo único do artigo 96, da Constituição de 1937, a declaração judicial de inconstitucionalidade possibilitava ao Legislativo, mediante provocação pelo Presidente da República, tornar sem efeito a decisão<sup>235</sup>:

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se êste a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

<sup>232</sup> CAMPANHOLE, 1981, p. 528.

<sup>233</sup> BARBI, 1968, p. 38.

<sup>234</sup> POLETTI, 1997, p. 84.

<sup>235</sup> CAMPANHOLE, 1981, p. 433.

Além da atribuição conferida aos parlamentares, a prática revelou também ao Presidente da República a possibilidade de suspender as decisões judiciais que declarassem a inconstitucionalidade de leis, por meio da edição de decreto-leis. A utilização desse expediente pelo Presidente da República pode ser constatada pela edição do Decreto-Lei n. 1.564, de 05/09/1939, que confirmou os textos de lei que sujeitavam ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, tornando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.<sup>236</sup>

Diante disso, o controle de constitucionalidade, sob a égide da Constituição do Estado Novo, restou praticamente anulado em face da possibilidade aberta aos órgãos sujeitos ao controle (Executivo e Legislativo) de decidirem, definitivamente, sobre a declaração judicial.

Após esse período de retrocesso, segue-se com a Constituição de 1946 que em sua redação original dispôs sobre o controle difuso de constitucionalidade das leis, além da representação interventiva. A nova Constituição, de cunho democrático, não manteve a possibilidade do legislador ou Presidente da República tornar sem efeito decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de lei. Além disso, elevou novamente à categoria constitucional o mandado de segurança, importante instrumento de controle difuso da constitucionalidade que havia sido criado pela Carta de 1934 e não regulamentado pela Constituição de 1937.

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, foi editada a Emenda Constitucional n. 16, de 16 de novembro de 1965, que consagrou o sistema de controle abstrato de constitucionalidade. O sistema predominantemente difuso de controle de constitucionalidade passou a assumir o caráter misto, conciliando-se com o sistema concentrado.

A Emenda Constitucional n. 16, que tinha o objetivo de efetuar a reforma do Judiciário, alterou o artigo 101, I, k, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal

---

<sup>236</sup> MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 32-33. nota 154.

competência para julgar a representação de inconstitucionalidade da lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Na Exposição de Motivos encaminhada ao Presidente da República, foi acentuada a intenção da alteração constitucional: *“a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal de Recursos”*.<sup>237</sup>

O sistema abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil surgiu com a criação da representação de inconstitucionalidade, destinada à defesa geral da Constituição contra leis inconstitucionais, atribuindo ao Procurador-Geral da República o papel de advogado da Constituição.

A conciliação do modelo concreto e abstrato de constitucionalidade, este último concretizado pela representação de inconstitucionalidade, vigorou durante as Constituições de 1967 e a Emenda de 1969. Ocorreram poucas alterações no controle de constitucionalidade no período de vigência da Carta de 1967. A Emenda n. 1 de 1969<sup>238</sup> admitiu, pela primeira vez, a instituição de representação interventiva pelos Estados-membros, tendo em vista a fiscalização da constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios elencados na Constituição Estadual, a exemplo do modelo federal. Além disso, a Emenda 7 de 1977<sup>239</sup>, atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Contudo, a concentração da legitimidade em sede de controle abstrato nas mãos do Procurador Geral da República gerou controvérsias. De acordo com os registros de Gilmar Ferreira Mendes, o debate sobre a amplitude das atribuições conferidas ao Procurador Geral foi acirrado principalmente a partir de 1970, quando Xavier Albuquerque, então Procurador Geral da República, recusou-se a instaurar representação de inconstitucionalidade contra o decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos. Passou-se a discutir a obrigatoriedade

---

<sup>237</sup> MENDES, 1999, p. 70.

<sup>238</sup> CAMPANHOLE, 1981, p. 15.

<sup>239</sup> Ibid, p. 91.

de representação ao Supremo Tribunal Federal, sempre que o Procurador Geral fosse provocado por qualquer interessado, ou a existência de um poder discricionário conferido ao mesmo, possibilitando-o decidir *se e quando* deveria ser oferecida a representação.<sup>240</sup>

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal se manifestou reconhecendo o poder discricionário do Procurador Geral na avaliação e decisão pelo ajuizamento da representação de inconstitucionalidade<sup>241</sup>, entendimento este que foi reiterado em diversos outros arestos do tribunal<sup>242</sup>, embora existissem na doutrina opiniões contrárias como as de Ivo Dantas<sup>243</sup> e Paulo Bonavides<sup>244</sup>.

#### 4.2 A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: AS INOVAÇÕES ADVINDAS COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A Carta Constitucional de 1988 inaugura um novo estágio na história do controle de constitucionalidade brasileiro, promovendo um sensível aperfeiçoamento do sistema anterior. Além do texto original de 05 de outubro de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil sofreu reformas com o advento da Emenda Constitucional n. 03 de 1993 e das Leis 9.868 e 9.882, ambas publicadas em 1999.

---

<sup>240</sup> MENDES, 1999, p. 66.

<sup>241</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 849. Movimento Democrático Brasileiro e Procurador Geral da República. Relator: Ministro Adalício Nogueira, Brasília, 10 mar. 1971. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 05 de julho de 2004.

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 121-1. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro e Procurador Geral da República. Relator: Ministro Djaci Falcão, Brasília, 03 dez. 1980. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 05 de julho de 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 128-8. Julio CÉSAR Martins e Procurador Geral da República. Relator: Ministro Cordeiro Guerra, Brasília, 29 abr. 1981. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 05 de julho de 2004;

<sup>243</sup> DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2 ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 98-101.

<sup>244</sup> BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, pp. 331-332.

As mudanças no sistema de controle de constitucionalidade decorrentes da promulgação do texto constitucional de 1988 foram assim resumidas pelo mestre Clèmerson Merlin Clève<sup>245</sup>:

Com a Constituição de 1988, o sistema brasileiro (combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado-principal) de fiscalização da constitucionalidade foi aperfeiçoado. Com efeito, (i) ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); (ii) admitiu-se a instituição pelos Estados-membros, de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º); (iii) instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, §2º) e o mandado de injunção (art. 102, I, “q”, quando de competência do STF); (iv) exigiu-se a citação do Advogado-Geral da União que, nas ações diretas, deverá defender o ato impugnado (art. 103, §3º); (v) exigiu-se, ademais, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, §1º); (vi) não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que foi, portanto, suprimido pela nova Lei Fundamental; (vii) previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, pra. Único) que não foi, ainda, regulamentado e, finalmente, (viii) alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional (art. 102, III).

Além dessas inúmeras e relevantes alterações, no ano de 1993, o poder constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional n.º 03, introduziu no ordenamento novo instrumento de controle: a ação declaratória de constitucionalidade. A ação tem por objetivo exterminar a controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. As decisões de competência do Supremo Tribunal Federal, nesse caso, produzirão efeitos *erga omnes* e vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, como estabelecido no artigo 102, §2º que foi acrescentado ao texto original da Constituição. O rol de legitimados para propositura da ação declaratória, diferente da ação direta de inconstitucionalidade, ficou restrito ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador Geral da República.

Posteriormente, com a publicação da Lei 9.868/99, foram inseridas novas regras sobre o processo e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e, com a Lei 9.882/99, foi regulamentado o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

---

<sup>245</sup> CLÈVE, 1995, p. 72.

Embora tenham sido trazidas importantes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade, com a edição dos referidos diplomas normativos, confirma-se a tendência de reforço do controle concentrado de constitucionalidade.

Aliás, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina já havia detectado essa tendência, que fica evidenciada nas observações feitas por José Afonso da Silva<sup>246</sup> em artigo publicado no ano de 1985:

Há atualmente um intenso movimento científico em torno da jurisdição constitucional, mormente na América Latina, buscando novos rumos no sentido de reformular o sistema existente, numa tendência muito nítida, inclusive entre nós, como já assinalado, para o sistema de controle concentrado, que pressupõe o encaminhamento da questão da criação de Cortes Constitucionais, por entender que elas exercem hoje um papel de verdadeiro equilíbrio entre os demais poderes, uma espécie de *poder moderador*, atualizado e sem predomínio.

O movimento tendente ao controle concentrado de constitucionalidade foi, assim, reforçado pela introdução de diversos dispositivos em nosso ordenamento, principalmente pelas Leis 9.868/99 e 9.822/99. De acordo com Walter Claudius Rothenburg<sup>247</sup>, a edição dos referidos diplomas legais insere-se no processo de “verticalização” do controle de constitucionalidade brasileiro:

Há, todavia, um dado conjuntural que não deve ser esquecido: a Lei 9.868 surge no bojo de uma série de inovações legislativas patrocinadas pelo atual Governo Federal, de suspeitos propósitos. Citem-se a emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade; a Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, recentemente alterada pela Medida Provisória nº 1.984, que amplia a possibilidade de suspensão de liminares concedidas por juízos inferiores e que teve diversas inconstitucionalidades suscitadas, a maior parte delas rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de 23 de agosto de 2000; a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que, dentre outras disposições, estabeleceu, para a sentença da ação civil pública efeitos apenas “nos limites da competência territorial do órgão prolator” (artigo 2º), pelo que diversos especialistas sustentam a desconsideração da inovação (veja-se André de Carvalho Ramos, “A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/98”, *in Revista dos Tribunais* 755/113); e sobretudo a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Todos esses diplomas traduzem tentativas de “verticalização” do controle jurisdicional, visando restringir o poder dos

<sup>246</sup> SILVA, 1985, p. 520.

<sup>247</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 271.

juízos inferiores e concentrá-los nos tribunais, especialmente nos superiores.

#### **4.2.1 O papel do Judiciário na defesa da Constituição: a legitimidade democrática do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade**

Como se observa, a história do controle de constitucionalidade brasileiro acompanha o desenvolvimento da jurisdição constitucional. Partiu da completa ausência de controle jurisdicional — durante a vigência da Carta de 1824 — passando ao sistema difuso de controle de constitucionalidade — a partir de 1891 — sendo, aos poucos, criados novos instrumentos até chegar ao modelo híbrido atual, que concilia a fiscalização difusa e concentrada das leis e dos atos normativos, consagrado na Constituição de 1988.

As alterações trazidas pela Constituição de 1988 revelam-se de grande importância não só para o fortalecimento do controle realizado por órgãos jurisdicionais, mas também como forma de assegurar os postulados inerentes ao Estado democrático de direito. A ampliação do acesso à justiça — que foi evidenciada pelo fim do monopólio do Procurador Geral da República e pela criação de inúmeros instrumentos processuais, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental dentre outros — teve papel decisivo em tal processo.

Num panorama geral das mudanças operadas pela Carta de 1988, fica evidenciada a nítida proposta de fortalecimento da função jurisdicional, em especial no que tange à defesa da Constituição. A crescente importância assumida pelo Judiciário foi despertada a partir da experiência brasileira de um legislador arbitrário, autoritário, que, mediante leis e atos institucionais, desconheceu a noção de Estado constitucional e democrático.

A promulgação da nova Carta Constitucional implicou na alteração da maneira de conceber o Estado e o direito, transformando, conseqüentemente, o perfil do Judiciário. Essa nova concepção do Estado e do direito, instaurada pela Constituição

de 1988, pode ser analisada pelo menos sob dois aspectos: quanto à dimensão ideológica e quanto ao seu valor normativo. Do ponto de vista ideológico, ao fixar os objetivos, as finalidades e os fundamentos da República Federativa do Brasil, a Carta de 1988 proclamou um sistema de valores a serem realizados pelos poderes públicos, inclusive pelo Judiciário. Ao prever como objetivos do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como ao estabelecer como fundamento do Estado a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, a Constituição impõe ao Judiciário, assim como aos demais poderes públicos, a tarefa de assegurar estes princípios.<sup>248</sup>

Por outro lado, além do conteúdo valorativo, a preocupação do constituinte com a força normativa dos seus preceitos impôs ao Judiciário uma nova postura. O caráter normativo, isto é, a força vinculante da Constituição, atribuiu aos órgãos jurisdicionais a tarefa de assegurar a concretização dos preceitos que integram a lei fundamental.<sup>249</sup>

Na Constituição de 1988, o reconhecimento de sua força normativa é evidenciado por inúmeros dispositivos. Além da previsão de fiscalização das leis e atos normativos, a Constituição vigente inseriu no sistema brasileiro o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que inovaram permitindo o controle sobre os atos omissivos do poder público.

Nesse passo, observa-se paralelamente que também o Supremo Tribunal Federal, a partir de 1988, vem assumindo um papel central no sistema político brasileiro. Embora não tenha sido acolhida a proposta de criação de um Tribunal Constitucional desvinculado da estrutura do Judiciário, com as alterações constitucionais, o Supremo Tribunal Federal conquistou uma nova posição. Nesse sentido, acentua Oscar Vilhena Vieira<sup>250</sup>:

As mudanças na esfera da jurisdição constitucional impostas pela Constituição de 1988 tiveram um forte impacto sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro. A ampliação do acesso, o estabelecimento de novas competências, somada à própria extensão do

---

<sup>248</sup> ROCHA, 1995, pp. 109-112.

<sup>249</sup> Ibid, p. 111.

<sup>250</sup> VIEIRA, 2002, p. 217.

direito constitucional sobre campos antes reservados ao direito ordinário, transformaram o Supremo Tribunal Federal numa importante e cada vez mais demandada arena de solução de conflitos políticos, colocando-o numa posição central em nosso sistema constitucional.

Além de definir um novo perfil do Judiciário, a Constituição de 1988 acentuou o papel de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal. Criou o Superior Tribunal de Justiça ao qual foram transferidas algumas atribuições, como a uniformização da interpretação do direito infraconstitucional, mediante a apreciação do chamado recurso especial.<sup>251</sup>

Com a nova feição do Judiciário — que se desvincula da submissão cega à lei e passa a assumir a posição de garante da Constituição, devendo não só protegê-la contra os atos violadores, mas também promover e concretizar o conteúdo axiológico estabelecido no próprio texto constitucional — surgem também questionamentos acerca da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade.

#### 4.2.1.1 Os critérios de seleção dos magistrados e a legitimidade de origem

A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional no Brasil remete, de início, aos critérios de seleção dos magistrados. No sistema brasileiro, o provimento dos cargos da magistratura é efetuada ora por concurso público de provas e títulos, ora por escolha de autoridades e órgãos políticos.

Tais critérios de seleção são, por vezes, acusados de aristocráticos, por não se fundarem na eleição popular, fazendo com que o Judiciário seja interpretado como órgão carente de legitimidade democrática. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>252</sup>, o Judiciário representa um “Poder cujos membros são escolhidos por um método ‘aristocrático’, e não democrático, de seleção, ou seja, não são eleitos pelo povo, mas selecionados por concurso ou por escolha por autoridade pública”.

---

<sup>251</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 300.

Posição semelhante é adotada por Martonio Mont'Alverne Barreto Lima<sup>253</sup> ao afirmar que a escolha de magistrados por autoridades públicas — que equivale a eleição indireta dos magistrados —, tem um só objetivo: o de afastar o povo do debate político.

No caso específico do Supremo Tribunal Federal a controvérsia sobre a adequação dos critérios de seleção é mais acirrada. Dispõe o parágrafo único do artigo 101 da Constituição de 1988<sup>254</sup> que “*Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal*”. O critério da escolha pelo Presidente com aprovação pelo Senado Federal — adotado inicialmente na Constituição de 1981 — é de inspiração norte americana. A Constituição dos Estados Unidos da América, em sua cláusula 2, da seção 2, do artigo II, já estabelecia tal critério na escolha dos membros da Suprema Corte.<sup>255</sup>

A regra da escolha dos ministros mediante nomeação feita pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal tem sido objeto de discussões doutrinárias sob o fundamento de que, na prática, na apreciação a cargo do Senado não se faria mais do que corroborar a indicação do chefe do Executivo. A crítica dirigida a este dispositivo põe em dúvida a independência do Supremo Tribunal Federal, já que o aludido critério de escolha propiciaria nomeações decorrentes de uma relação pessoal entre o nomeado e o Presidente da República, implicando ainda no compromisso com a ideologia governista, com interesses de determinados grupos do poder.

Na lição de Paulo Bonavides<sup>256</sup>, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas, com a sustentação do Estado de direito e

---

<sup>252</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 242.

<sup>253</sup> BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne. A democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. [S.L.]. n. I. jan./jun. 2003. p. 600.

<sup>254</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

<sup>255</sup> MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. [S.L.], n. I. jan./jun, 2003, pp. 508-509.

<sup>256</sup> BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 301.

sobretudo com a garantia da liberdade humana e a proteção de outros valores que as sociedades livres reputam inabdicáveis, inclusive no Brasil. Contudo, afirma o autor, no que se refere à escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, a relação pessoal que se evidencia na prática brasileira já provoca uma reação generalizada no país, que procede tanto do meio jurídico como da opinião pública.<sup>257</sup>

É importante registrar que em cada país o sistema político deve se adaptar às circunstâncias nacionais, inclusive no que se relaciona ao modo de investidura dos cargos mais importantes. Além disso, deve-se considerar que um sistema de designação pessoal no provimento de cargos da magistratura não se mostra adequado a ao regime democrático participativo. Por isso, adotamos os ensinamentos de Luís Nunes de Almeida<sup>258</sup>, que ao tratar da designação dos membros do Tribunal Constitucional português, afirma:

Na verdade, a questão essencial, a propósito do Tribunal Constitucional, não é a da sua composição, mas a das garantias de independência dos seus juízes. Ora, entre essas garantias de independência, a mais importante consistirá talvez, em não haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado.

Com base nesta observação, conclui o autor<sup>259</sup>: “A experiência passada demonstra que o sistema da designação pessoal, sendo perigoso, deu más provas e se revelou inconveniente”.

Ademais, apesar da relevância da discussão, entendemos que a análise da legitimidade democrática não se prende apenas à forma de investidura dos membros na função, no caso, à forma de escolha dos magistrados. A legitimidade deve ser julgada pela origem, mas também, e fundamentalmente, pelo exercício da função.

O Estado democrático-participativo sucedeu a promessa democrática sustentada exclusivamente na representação, impondo também uma transformação substantiva

---

<sup>257</sup> Idem, **Teoria constitucional da democracia participativa**, 2003, pp. 330-331.

<sup>258</sup> ALMEIDA, Luís Nunes de. Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional). In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 251.

<sup>259</sup> Ibid, p. 251.

do papel do Judiciário. Por isso, mais do que a mera representatividade fundada no voto popular, é a prática judiciária que possibilita a concretização da democracia como participação dos cidadãos nas decisões estatais.

Considerando que há diferentes aspectos de análise da legitimidade democrática, passa-se à análise da atual conformação do controle de constitucionalidade brasileiro. O estudo será orientado pelos parâmetros traçados no capítulo anterior, com o objetivo de verificar: (i) a possibilidade de participação das minorias no processo de decisão sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos no sistema brasileiro; (ii) se a configuração do Judiciário brasileiro permite a instauração de um processo de deliberativo, de argumentação sobre as questões constitucionais; (iii) se as recentes alterações normativas — promovidas pela Constituição de 1988 e pelas Leis 9.882/99 e 9.868/99 — importaram na abertura das vias de acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, e, por fim, (iv) se tais alterações normativas implicaram na ampliação dos instrumentos de tutela dos direitos fundamentais.

#### 4.2.1.2 O pluralismo, a participação das minorias e a jurisdição constitucional brasileira

Com a Constituição de 1988, a democracia participativa e o pluralismo assumem a condição de fundamentos do Estado brasileiro. O texto constitucional, já em seu preâmbulo, trata da sociedade brasileira como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Em seu artigo primeiro, dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania e no pluralismo político, dentre outros princípios. Estabelece, ainda, no parágrafo único deste dispositivo<sup>260</sup>: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

---

<sup>260</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

Além disso, o constituinte cuidou de regular, no artigo 12 do texto constitucional, o exercício da soberania popular, mediante o voto direto e secreto, com valor igual para todos, e por meio da participação em plebiscito, referendo e iniciativa popular<sup>261</sup>. Inseriu também na nova Constituição outros instrumentos de participação, em especial na provocação do exercício da função jurisdicional, como o mandado de segurança coletivo e a ação popular, regulados no artigo 5º, inciso LXX, “b” e inciso LXXIII, respectivamente.

No caso específico do controle abstrato de constitucionalidade, a cargo do Supremo Tribunal Federal, o constituinte ampliou o rol de legitimados ativos para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, possibilitando a iniciativa não só ao Procurador Geral da República, mas também ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às confederações sindicais ou às entidades de classe de âmbito nacional.

A ampliação do rol de legitimados termina com as controvérsias sobre o monopólio do Procurador Geral da República existente desde 1965. Na análise crítica de Oscar Vilhena Vieira<sup>262</sup>, a ampliação na esfera dos atores legitimados a provocar o Supremo, por via de ação direta, é um grande avanço em relação à situação de monopólio concentrada no sistema anterior. Na esfera da União, passa a haver uma maior possibilidade de controle intra-órgãos.

Para o autor, o funcionamento do sistema constitucional democrático exige não apenas um controle vertical do poder, mas também um controle horizontal, entre os diversos setores e grupos que ocupam o poder. Diante de tal constatação, assevera:

Essa estrutura inscrita no art. 103 da Constituição passou a permitir, além do controle entre Executivo e Legislativo, também um maior controle dentro do próprio Parlamento, ao legitimar as Mesas do Senado e da Câmara para a propositura da ação de inconstitucionalidade [...].

---

<sup>261</sup> O plebiscito, referendo e a iniciativa popular a que se referem os incisos I a II do artigo 14 da Constituição de 1988, foi regulamentado pela Lei 9.709, de 19 de novembro de 1998.

<sup>262</sup> VIEIRA, 2002, p. 139.

Por fim, conclui o autor<sup>263</sup>:

A garantia do pluralismo pelo sistema de controle adotado pelo texto de 1988 foi confirmada pela legitimação concedida aos partidos políticos com representação no Congresso, à Ordem dos Advogados do Brasil e às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, de recorrerem ao Supremo, pela via de ação direta.

A extensão da legitimidade de provocação do Supremo Tribunal Federal a exercer o controle abstrato de constitucionalidade importou no reconhecimento da participação de outros grupos no processo decisório da justiça constitucional, bem como na ampliação da competência do Supremo, passando este a conhecer as ações ajuizadas por quaisquer dos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição de 1988.

Especificamente no que tange à legitimidade dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, resta clara a intenção de assegurar ampla participação a diferentes grupos sociais. A outorga do direito de propositura a organizações sociais e partidos políticos impossibilitou que, a partir de 1988, fosse fixado o número exato de entes e órgãos autorizados a instaurar o controle abstrato.<sup>264</sup>

Além disso, a possibilidade de propositura de ação direta pelas confederações sindicais, pelas entidades de classe e pelos partidos políticos demonstra o propósito de assegurar às minorias o direito de participação no processo de controle de constitucionalidade. As categorias de indivíduos sem representatividade no órgão Legislativo encontram na via jurisdicional um canal importante de manifestação de vontade, por intermédio destes entes legitimados pela Constituição de 1988.

Nota-se que o reconhecimento da legitimidade ativa da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados e da Mesa de Assembléia Legislativa implica no reconhecimento do direito das majorias (e não das minorias) parlamentares deflagrarem o processo de controle abstrato de constitucionalidade — já que a

---

<sup>263</sup> VIEIRA, 2002, p. 139.

<sup>264</sup> MENDES, 1999, p. 130.

direção de cada Casa legislativa é eleita pela maioria dos parlamentares<sup>265</sup>. No entanto, com a ampliação da legitimidade da propositura da ação direta de inconstitucionalidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, a Constituição de 1988 assegurou também à minoria parlamentar o direito de suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, perante o órgão jurisdicional competente. A outorga do direito de propositura da ação direta aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional permite que um partido com pequena representação no Legislativo — como um partido com apenas um representante em uma das Casas do Congresso — dê início ao processo de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>266</sup>

Conforme ressaltado por Gilmar Ferreira Mendes<sup>267</sup>, em comparação com outras constituições contemporâneas que asseguram esse direito a um número determinado de parlamentares, nota-se que o constituinte brasileiro elegeu critério amplo ao permitir que qualquer partido político com representação no Congresso Nacional pudesse propor ação direta de inconstitucionalidade. De acordo com o autor, a provocação do controle de constitucionalidade conferida a um número determinado de parlamentares é prevista na Constituição Alemã e na Constituição Austríaca, que outorgam o direito de propositura a um terço dos membros do Parlamento Nacional; na Constituição portuguesa, que reconhece esse direito a um décimo dos parlamentares representados na Assembleia da República, e na Constituição espanhola que confere o direito de propositura a cinquenta parlamentares.

Da mesma forma, ao inserir no rol de legitimados as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, a Constituição de 1988 possibilitou a participação de diferentes grupos e categorias de indivíduos no processo de controle jurisdicional de constitucionalidade.

---

<sup>265</sup> MENDES, 1999, p. 133.

<sup>266</sup> Ibid, pp. 133-134.

<sup>267</sup> Ibid, p.133, nota 42.

Apesar da posição restritiva assumida pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne à definição e à identificação das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional, o reconhecimento da legitimidade ativa de tais entes resultou em importante abertura do processo de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade a organizações destinadas à representação de interesses de determinadas profissões.

A posição restritiva do Supremo Tribunal Federal no tocante ao direito de propositura de ação direta de inconstitucionalidade por confederações sindicais e entidades de classe é evidenciada pelo requisito da “pertinência temática”. Apesar da natureza objetiva do controle de constitucionalidade suscitado via ação direta, o Supremo Tribunal exige a existência de uma relação de pertinência entre o interesse defendido pelo legitimado e o objeto da ação. Além dos entes referidos acima, a dita “pertinência temática” condiciona o exercício da legitimidade ativa no controle concentrado de constitucionalidade da Mesa da Assembléia Legislativa e do Governador do Estado.

Pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal observa-se, também, que o conceito de “entidade de classe” admitido tem sido limitado. A legitimidade da entidade de classe equivale à da categoria profissional. Não abrange simples associação de empregados de determinada empresa, deve possuir um grau maior de representatividade, que alcance a categoria de membros<sup>268</sup>. Além disso, a entidade de classe deve ser de âmbito nacional, e não estadual<sup>269</sup>. Ademais, pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal não são consideradas entidades de classe para fins do artigo 103, da Constituição Federal as entidades que congregam pessoas jurídicas. Apenas as entidades integradas por pessoas físicas “com identidade de interesses corporativos profissionais”<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 34-9. Associação dos Empregados CAEEB – ASEC e Presidente da República. Relator: Octavio Gallotti, Brasília, 5 de abril de 1989. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 12 de julho de 2004.

<sup>269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 43-8. Associação Comercial de Porto Alegre e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Sydney Sanches, 04 de maio de 1989. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 12 de julho de 2004.

<sup>270</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 79-9. Associação Brasileira de Teleprodutores independentes e outro e Presidente da República e Congresso Nacional.

No que se refere às confederações sindicais, fixou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não se incluem nestas as federações sindicais<sup>271</sup>. O conceito de confederação adotado por este tribunal segue a regulamentação conferida pelo artigo 535, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que exige que sejam constituídas de no mínimo três federações e tenham sede na Capital da República.

Conforme já assinalado, embora o Supremo Tribunal Federal venha admitindo certas restrições quanto à definição e à identificação das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional, não se pode deixar de reconhecer a abertura conferida ao controle abstrato de constitucionalidade, possibilitando-se a participação neste processo de organizações destinadas à representação de interesses de determinadas profissões.

Além disso, no que concerne ao controle concreto de constitucionalidade, é possível vislumbrar no mandado de injunção coletivo mais um instrumento de expressão de certas categorias de indivíduos sem representação.

A respeito da legitimidade ativa para impetração de mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal<sup>272</sup> reconheceu o direito de propositura a partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou de associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, interpretando sistematicamente os dispositivos que tratam do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo (artigo 5º, incisos LXX e LXXI, da Constituição Federal).

---

Relator: Celso de Mello, 13 de abril de 1993. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 12 de julho de 2004.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 505-7. Confederação Nacional dos Empregados nas Empresas de Geração, Transmissão e Distribuição de Eletricidade e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Moreira Alves, 20 de junho de 1990. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 12 de julho de 2004.

<sup>272</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 361-1. Sindicato das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Comércio do Estado do Rio de Janeiro e Congresso Nacional. Relator: Sepúlveda Pertence, 08 de abril de 1994. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 12 de julho de 2004.

Como visto, partindo-se da concepção da sociedade brasileira como uma sociedade pluralista, é possível conceber o controle de constitucionalidade brasileiro como expressão do exercício da função jurisdicional legitimada democraticamente.

A “Constituição Cidadã” configurou a jurisdição constitucional como mais um canal aberto à participação de diferentes grupos e, reconhecendo a multiplicidade de identidades sociais, inclusive das minorias, aprimorou o sistema democrático brasileiro.

#### 4.2.1.3 A configuração do Judiciário brasileiro como instância argumentativa

Sob outro aspecto, é possível avaliar a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade de acordo com a possibilidade de discussão e de argumentação das questões constitucionais por toda a sociedade. Neste caso, cumpre-se analisar se a configuração do Judiciário brasileiro permite a instauração de um processo de reflexão entre a coletividade, o legislador e os juízes, de forma a tornar aberto o processo de formação da vontade do Estado, inclusive no que tange ao controle de constitucionalidade.

A exigência de fundamentação e de publicidade dos atos e das decisões judiciais — previstas no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal — é um dos fatores que tornam o processo judicial um processo deliberativo, possibilitando a discussão da matéria não só pelas partes, mas também por toda a sociedade.

Na lição de J.J. Gomes Canotilho<sup>273</sup>, a exigência de fundamentação das decisões judiciais radica na exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e na abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes.

---

<sup>273</sup> CANOTILHO, 1998, p. 621.

Como a decisão judicial não decorre da mera aplicação mecânica do direito, é preciso justificar as escolhas que fundamentam determinada sentença. A argumentação característica do processo jurisdicional traduz-se, sem dúvidas, em elemento democratizante do Judiciário.

Na visão de Cândido Rangel Dinamarco<sup>274</sup>, a motivação consiste na prestação de contas do magistrado, que confere racionalismo e legitimidade à decisão prolatada. Se a regra do livre convencimento possibilita ao magistrado valorar os elementos probatórios do processo e se a ampla independência funcional do juiz deixa-o livre para tomar suas próprias decisões, sem imposição nem interferências de outras pessoas ou de outros órgãos, o princípio da motivação impõe limites à atividade jurisdicional.

No caso do controle abstrato de constitucionalidade, a exigência de motivação torna-se ainda mais importante, pois embora o tribunal esteja vinculado ao pedido elaborado na petição inicial, não está vinculado à causa de pedir. A objetividade do controle abstrato permite que a Corte Suprema não fique adstrita às razões jurídicas invocadas pelo autor, cabendo-lhe examinar a constitucionalidade das normas suscitadas em face de toda a Constituição Federal. A esse respeito observa Clemerson Merlin Clève<sup>275</sup>:

[...], encontra-se o Supremo Tribunal Federal condicionado pelo pedido, mas não pela causa de pedir. Ou seja, não constituindo 'processo inquisitivo', mas sim 'processo objetivo', não pode o Supremo Tribunal Federal iniciar *ex officio* o processo constitucional (*nemo iudex sine actore; ubi non est actio ibi non est jurisdictio*). Todavia, uma vez provocado, embora não possa ampliar o pedido, 'que assim, se restringe ao exame dos dispositivos invocados (ou de parte deles) impugnados pelo Procurador-Geral da República — e, igualmente, não pode alcançar outra lei ou correlata igual à sob exame —, não está, porém, a Corte adstrita à fundamentação jurídica por ele invocada, cabendo-lhe, pois examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição Federal'.

Outro fator que demonstra que a jurisdição constitucional brasileira facilita a instauração do processo deliberativo reside na disseminação das vias de acesso ao Judiciário, verificada principalmente após a Constituição de 1988.

---

<sup>274</sup> DINAMARCO, 2003, p. 241.

<sup>275</sup> CLÈVE, 1995, pp. 116-117.

O controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro, sob a configuração mista, continuou admitindo que fosse suscitada inconstitucionalidade incidentalmente e, na hipótese de ação direta de inconstitucionalidade, atribui competência não só ao Supremo Tribunal Federal como também aos Tribunais de Justiça estaduais. Ao Supremo Tribunal cumpre processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal; enquanto aos Tribunais de Justiça dos Estados-membros compete julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Como não há concentração das decisões num único órgão, cria-se a possibilidade do surgimento de diferentes focos de discussão. A deliberação sobre as questões constitucionais decididas pelos órgãos jurisdicionais passa, gradativamente, a tornar-se também objeto de discussão da opinião pública.

Ao lado de Marcelo Andrade Cattoni<sup>276</sup>, entendemos que a pluralidade das interpretações, o jogo dos argumentos e até mesmo a diferença entre as decisões fazem parte de uma sociedade democrática, em que o pluralismo jurídico é assumido pela própria ordem constitucional.

Disso decorre, conseqüentemente, uma maior aproximação entre Judiciário e opinião pública. A publicidade, motivação e a disseminação das vias de acesso ao Judiciário demonstram, portanto, a título exemplificativo, que é possível imprimir caráter democrático ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

#### 4.2.1.4 A abertura procedimental do controle concentrado de constitucionalidade e a Lei 9.868/99

---

<sup>276</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**: três ensaios críticos. Disponível em: <[www.fnd.pucminas.br](http://www.fnd.pucminas.br)>. Acesso em: 12 jul. 2004.

A aplicação das normas, no contexto do Estado de direito que se pretende democrático, depende da participação dos cidadãos. É a cidadania participativa que serve de fundamento e legitimação do poder estatal; que se adequa à concepção pluralista da sociedade e que permite uma maior aproximação entre a Constituição e a realidade vivenciada pelos destinatários da norma constitucional.

No entanto, a proposta de ampla participação dos cidadãos no processo interpretativo implica também na necessidade de adequação dos instrumentos processuais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas de participação.<sup>277</sup>

No Brasil, a abertura do processo de interpretação constitucional teve seu impulso inicial com a ampliação do rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Nesta mesma perspectiva, isto é, partindo-se da idéia de abertura da interpretação constitucional, foi elaborado o Projeto de Lei nº 2.960 de 1997, por uma comissão de juristas. A comissão foi criada com a incumbência de formular estudos para a reforma de leis que dispõem sobre ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, e representação interventiva, assim como para elaborar projetos de lei sobre mandado de injunção, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Participaram da referida comissão os juristas Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Jamyr Dall'Agnol, Luís Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas e Ruy Rosado de Aguiar Junior, sob a presidência do professor Caio Tácito<sup>278</sup>. Embora o referido projeto não tenha sido aprovado na íntegra, foi convertido na Lei nº 9.868/99 que alterou o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

---

<sup>277</sup> HÄBERLE, 1997, pp. 46-47.

<sup>278</sup> COELHO, 1998, p. 129.

Dentre os avanços promovidos pela edição da Lei nº 9.868/99, destacamos os dispositivos relacionados à abertura do processo de interpretação constitucional, no sentido conferido por Häberle.

Em relação ao elenco de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, a Lei 9.868/99 reproduz o rol estabelecido no artigo 103 da Constituição de 1988, acrescentando a este, porém, a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal. A ampliação do número de legitimados registrada no artigo 2º homenageia o princípio federativo e representa também adequação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, reconhecendo ser o Distrito Federal um ente anômalo da federação que conjuga competências reservadas aos Estados e Municípios, admitiu a propositura de ação direta pelo Governador do Distrito Federal.

A participação no processo de controle de constitucionalidade restou fortalecida também com a possibilidade de qualquer órgão ou entidade se manifestar no processo, na condição de *amicus curiae*. Na lição de Steven H. Gifis, citado por Gustavo Binenbojm<sup>279</sup>:

*Amicus curiae* é o 'amigo da Corte', aquele que lhe presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte do processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho em questão.

O artigo 7º, da referida lei, dispõe que não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, mas prevê, em seguida, a possibilidade do relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir, por despacho irrecorrível, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

A proibição da intervenção de *terceiros* contraposta à permissão da intervenção de *interessados* trouxe à lume a diferença entre uma intervenção subjetiva —

---

<sup>279</sup> BINENBOJM, 2001, p. 155, nota 295.

inadmissível por não existirem partes litigando em defesa de um direito subjetivo concreto no controle abstrato de constitucionalidade — e uma intervenção objetiva que está condicionada por lei à avaliação pelo relator da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes.

Ao analisar a regra contida no parágrafo segundo do artigo 7º, da Lei 9.868/99, afirma Walter Claudius Rothenburg<sup>280</sup>:

Trata-se — como esclarece a Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, que acompanha o anteprojeto de lei original — da posituação da 'figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade'. Poder-se-ia falar, assim, em uma intervenção de *interessados* (admitida), por oposição à intervenção de *terceiros* (não admitida), embora reconhecendo a limitação da linguagem, pois é sabido que os terceiros que pretendem intervir são, na verdade, interessados; o que se quer acentuar é a distinção entre uma intervenção subjetiva (não admitida no controle abstrato de normas) e uma intervenção objetiva (admitida).

Nota-se, assim, que o legislador trouxe inovação benéfica ao controle de constitucionalidade brasileiro, possibilitando a participação no processo decisório de outras instituições ou órgãos interessados, legitimados ou não para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Na opinião de Inocêncio Mártires Coelho<sup>281</sup>:

Admitida, pela forma indicada, a presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da *questão constitucional*, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa *objetivamente* a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao *esclarecer* o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam *reescrevendo* as constituições.

A mesma lógica, aliás, foi seguida na redação do artigo 9º e artigo 20, da Lei 9.868/99, que possibilitam ao relator — tanto na ação direta de inconstitucionalidade, quanto na ação declaratória de constitucionalidade — requisitar informações adicionais; designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão; ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria ou, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

---

<sup>280</sup> ROTHENBURG, 2002, p. 276.

<sup>281</sup> COELHO, 1998, p. 133.

A inovação é louvável por possibilitar que o Supremo Tribunal reúna informações suficientes para que tenha conhecimento do caso sob julgamento, bem como da amplitude e dos efeitos da decisão que será prolatada. É louvável também por desmistificar a idéia de que o controle de constitucionalidade implica numa apreciação exclusivamente jurídica pelo tribunal.

A possibilidade de produção de prova pericial ou de ser determinada a oitiva de depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria deixa clara a necessidade de serem conhecidas as situações concretas sujeitas à incidência da norma cuja constitucionalidade é questionada. Ressalta-se, com isso, a importância da interpretação aliada à realidade constitucional.

A abertura à instrução probatória no controle abstrato de constitucionalidade evidencia o condicionamento recíproco entre o ser e o dever-ser, entre a “Constituição real” e a “Constituição jurídica”. Traduz-se no reconhecimento de que “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”<sup>282</sup>.

Além disso, significa a superação da idéia de que o controle abstrato de constitucionalidade não comportaria dilação probatória.

Nos Estados Unidos, desde 1908, com o caso *Muller versus Oregon*, foi desmistificada a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica”, tendo sido utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis memorial contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher. Na Alemanha, a revisão de fato e prognoses legislativos vem sendo discutida desde 1968, com a apresentação de projeto de lei sobre a matéria — que sequer chegou a ser aprovado. Enquanto no Brasil, apenas recentemente a doutrina e a jurisprudência têm atentado para a importância da apreciação de dados da realidade pela jurisdição constitucional.<sup>283</sup>

---

<sup>282</sup> HESSE, 1991, p.14.

<sup>283</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, ano 8, n. 31, abr./jun. 2000, pp. 99-100.

Por outro lado, foi dada oportunidade ao relator de solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. A inovação deve ser aplaudida pois reveste o Supremo Tribunal Federal do espírito democrático, aproximando-o dos demais magistrados do país.

Enfim, embora a Lei 9.868/99 tenha sido aprovada apenas em parte, tendo sido vetados inúmeros dispositivos importantes — como o parágrafo primeiro do artigo 7º e do artigo 18 do Projeto, que ensejavam aos entes e órgãos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade o direito de manifestação por escrito, de requerer a juntada de documentos reputados úteis, bem como apresentar memoriais, ou ainda, o parágrafo único do artigo 2º, que restringia a exigência da “pertinência temática” às confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional, incluindo-se nestas agremiações as federações sindicais — não se pode negar que representou um significativo avanço na democratização do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro.

É fácil observar, a partir dos dispositivos legais comentados, o propósito de conferir maior abertura aos processos concernentes a ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade; de serem reforçados os instrumentos de informação dos juízes, assegurando-se, paralelamente novas formas de participação.

Todas essas medidas, por sua vez, legitimam o exercício da fiscalização da constitucionalidade pelos órgãos jurisdicionais. Na perspectiva da democracia participativa, legitima-se o exercício da competência atribuída aos juízes e tribunais, em especial ao Supremo Tribunal Federal.

Aliás, a proposta de adequação do processo a fim de assegurar maior participação da sociedade coincide com a visão de Peter Häberle. Para ele, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição resulta na ampliação e aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais (especialmente nas audiências e intervenções), motivo pelo qual devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido

amplo da Constituição. Desta forma, “O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”<sup>284</sup>.

#### 4.2.1.5 A ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais

Em matéria de direitos e garantias fundamentais a Constituição de 1988 ofereceu tratamento especial. Além de transportá-los aos primeiros capítulos do texto, cuidou de inserir nesta categoria os direitos sociais e políticos, estendendo esse rol, ainda, a outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>285</sup>

Especificamente no que tange às garantias constitucionais, a Carta de 1988 inseriu algumas inovações, ampliando o rol de instrumentos de tutela dos direitos fundamentais. Tal aspecto não escapou à observação do mestre Paulo Bonavides<sup>286</sup>: “A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais”.<sup>287</sup>

A extensão do rol de garantias constitucionais reflete também a ampliação da competência do Judiciário na guarda da Constituição. A jurisdição constitucional brasileira, após 1988, avançou sobre a tutela dos direitos fundamentais, adquirindo cada vez mais expressão ante os demais órgãos (Legislativo e Executivo).

---

<sup>284</sup> HÄBERLE, 1997, p. 48

<sup>285</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

<sup>286</sup> BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 547.

<sup>287</sup> É importante notar que os direitos e as garantias não se confundem. Na esteira dos ensinamentos de Paulo Bonavides, é possível afirmar que a garantia constitucional é o meio de defesa que se coloca diante do direito; a garantia serve à realização do direito.

Para Jorge Miranda<sup>288</sup>, com a Constituição de 1988, o sistema brasileiro foi aperfeiçoado com os novos institutos de controle de constitucionalidade, compreendendo hoje um acervo de garantia de constitucionalidade quase sem paralelo em outros sistemas.

Além da fiscalização difusa realizada por qualquer juiz ou tribunal, do recurso extraordinário que permite ao Supremo Tribunal Federal julgar matéria constitucional suscitada em casos concretos e da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a Constituição de 1988 inovou criando a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Preocupando-se com a efetividade dos seus preceitos, a constituição vigente introduziu dois mecanismos de controle da omissão do poder público. O primeiro deles, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está regulado pelo parágrafo segundo, do artigo 103, da Constituição de 1988<sup>289</sup> que assim dispõe:

§2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Embora se reconheça a importância da introdução desse instrumento no sistema constitucional brasileiro, pelo referido dispositivo é possível observar a timidez do constituinte na regulamentação dos efeitos da decisão. Em caso de omissão atribuída ao legislador, a norma constitucional dispõe que o tribunal declarará a inconstitucionalidade e apenas dará ciência ao órgão para que supra a referida omissão. Sendo o órgão administrativo responsável pela prática do ato, o constituinte possibilitou a fixação de prazo de 30 (trinta) dias para adoção das providências necessárias. Nota-se, assim, que além de declarar a inconstitucionalidade, a decisão do Supremo Tribunal Federal possui também natureza mandamental, já que determina a adoção das providências necessárias, sendo que esse efeito mandamental é mais acentuado em relação ao órgão

---

<sup>288</sup> MIRANDA, 2001, pp. 113-114.

<sup>289</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79.

administrativo<sup>290</sup>. Contudo, é perfeitamente possível que subsista a omissão inconstitucional, se descumprida a ordem judicial, já que não foi conferida competência ao Judiciário para suprir a omissão por decisão judicial normativa.

Além da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o constituinte criou ainda o mandado de injunção, mecanismo de controle difuso de constitucionalidade contra a omissão do poder público que torne inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Mecanismo sem precedentes no direito comparado, o mandado de injunção constitui arma importante na luta pela defesa dos direitos fundamentais, principalmente por constituir instrumento de controle difuso de constitucionalidade e por não restringir a legitimidade ativa a um rol específico de autoridades. Consoante os ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève<sup>291</sup>, dispõe de legitimidade ativa qualquer indivíduo detentor de direito (em sentido amplo) conferido pela Constituição e cujo exercício tenha sido inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Além disso, é possível ainda o ajuizamento de mandado de injunção por entes coletivos, como organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída<sup>292</sup>.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi outra novidade inserida no texto de 1988. Dependente de regulamentação infraconstitucional, este novo instrumento, que reforça o controle concentrado de constitucionalidade, teve seus delineamentos traçados apenas em 1999, pela Lei 9.882. De acordo com André Ramos Tavares<sup>293</sup>, em estudo aprofundado sobre o tema:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma garantia de berço magno, de natureza processual, que visa a obediência devida às regras e princípios constitucionais que, sendo considerados fundamentais,

---

<sup>290</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 57-58.

<sup>291</sup> CLÈVE, 1995, 251.

<sup>292</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. SIMPEC RJ - Sindicato das microempresas e empresas de pequeno porte do comércio do Estado do Rio de Janeiro e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 17 mar. 1994. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 08 de julho de 2004.

<sup>293</sup> TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 85.

estavam, de há muito, dentro de um quadro evolutivo, a demandar um mecanismo próprio para tanto.

A Lei 9.822 criou uma nova ação constitucional ao estabelecer, em seu o artigo 1º, o ajuizamento da argüição perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. No entanto, possibilitou que a argüição também fosse suscitada incidentalmente, ao estabelecer, em seguida, o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99).

Na opinião de Lênio Luiz Streck<sup>294</sup>, a argüição de descumprimento de preceito fundamental abrange a ambivalência própria do sistema misto de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, isto é, ao mesmo tempo em que é uma ação autônoma, é também um mecanismo apto a provocar incidentalmente a fiscalização da constitucionalidade.

A propositura da ação é restrita ao rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Caso o descumprimento de preceito fundamental seja suscitado incidentalmente, faculta-se ao interessado solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

É importante notar que o dispositivo constante do projeto de lei que permitia ao cidadão ingressar diretamente com a argüição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal foi vetado pelo Presidente da República. Considerando inconstitucional a restrição do acesso dos cidadãos à tutela dos direitos fundamentais, o veto presidencial foi duramente criticado por alguns doutrinadores.<sup>295 296</sup>

---

<sup>294</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 644.

<sup>295</sup> TAVARES, 2001, p. 406.

Apesar de não restar expressa na Lei n. 9.882/99 a possibilidade de acesso direto do cidadão ao Supremo Tribunal Federal, por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental, não se pode deixar de reconhecer que o novo instrumento reforçou o sistema de defesa dos direitos fundamentais.

Com a implantação recente desse novo remédio, além dos atos normativos, passa a submeter-se a controle qualquer ato do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas que importe lesão ou ameaça a preceito fundamental da constituição. Além disso, dentre os atos normativos, torna-se possível o controle de atos de natureza federal, estadual ou municipal.

De acordo com André Ramos Tavares<sup>297</sup>, a argüição insere-se no contexto de autogarantia constitucional, confiando ao órgão jurisdicional proteção mais intensa a um determinado conjunto de preceitos (os de cunho fundamental) integrantes da Constituição.

Enfim, como se observa, é possível detectar a atuação da jurisdição constitucional não só na tutela da regularidade constitucional do exercício ou atividades dos órgãos constitucionais, mas também na tutela dos direitos fundamentais.

O ordenamento constitucional brasileiro, principalmente após a Carta de 1988, fornece exemplos claros de que o controle de constitucionalidade alia-se à proteção desses direitos. Os exemplos acima citados — a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a argüição de descumprimento de preceito fundamental — representam novas vias abertas pelo constituinte de acesso à justiça, em especial, à jurisdição constitucional.

A ampliação dos mecanismos de acesso à justiça, nesse passo, assume fundamental importância, já que o Judiciário atua quando provocado. E tratando-se da legitimidade democrática do Judiciário, é importante registrar que a democratização desse órgão passa também, e principalmente, pela facilitação do acesso ao maior número possível de cidadãos.

---

<sup>296</sup> STRECK, 2002, pp. 639-640.

<sup>297</sup> TAVARES, 2001, p. 85.

Segundo André Ramos Tavares<sup>298</sup>, assegurando-se o acesso do cidadão, principalmente em casos que envolvam direitos fundamentais, assegura-se maior democraticidade do controle de constitucionalidade e, por conseqüência, adquire o Tribunal uma maior legitimidade.

Nesta ordem de idéias defende Aroldo Plínio Gonçalves<sup>299</sup> que “A *aristocratização* do Direito não está, [...], no Judiciário, como nele não está o conservantismo que alguns hoje lhe imputam”. Para o autor:

Ele é um Poder que atenderá aos clamores que irrompem da sociedade se esta se fizer presente. Nenhum outro poder, para se manifestar na ação, necessita tanto como o Judiciário da conscientização do povo sobre seus direitos e sobre a necessidade de resguardá-los. A via de acesso ao Judiciário é a via técnica do processo, mas é também, o crescimento da consciência da nação de que direitos ameaçados ou lesados serão objeto de proteção. Essa via é, sobretudo, a consciência da sociedade de que a proteção a direitos **tem de ser reivindicada**, porque o Judiciário não pode atuar de ofício. Se os direitos não forem reclamados por seus titulares, não há sequer possibilidade do próprio exercício da função jurisdicional.

Sob esse aspecto, o exercício do controle de constitucionalidade se torna imprescindível à realização do Estado constitucional e democrático. Aliás, se a democracia se realiza com a observância dos direitos prescritos na Carta Maior, não se pode questionar a legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais incumbidos da fiscalização da constitucionalidade e comprometidos com a tutela dos direitos fundamentais.

---

<sup>298</sup> TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 87.

<sup>299</sup> GONÇALVES, 1994, p. 95.

## 5 CONCLUSÕES

Com o objetivo de cotejar o controle jurisdicional de constitucionalidade com a noção de democracia participativa, foram desenvolvidas, ao longo deste trabalho, algumas idéias centrais que, a título conclusivo, seguem abaixo indicadas.

Num Estado Democrático de Direito, a defesa de um controle jurisdicional de constitucionalidade amplo e efetivo pressupõe a independência do órgão responsável pelo julgamento. Como os órgãos jurisdicionais possuem um regime jurídico específico que lhes garante o exercício de suas funções, de forma independente — além de serem amparados pelos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa — constata-se que o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade é o mais adequado aos Estados que consagram a democracia e a supremacia da Constituição como preceitos fundamentais.

A relação entre jurisdição constitucional e democracia, no entanto, é alvo de críticas. Partindo-se da premissa de que a democracia sustenta-se na existência de representantes eleitos e no princípio da maioria — em geral, identificado com a maioria parlamentar — o controle jurisdicional de constitucionalidade assume feição antidemocrática.

Tal concepção de democracia foi superada não só pelo advento do Estado Constitucional, mas também pela evolução do direito de participação política. Cumpre, dessa forma, compreender a jurisdição constitucional no contexto de um Estado democrático participativo, baseado na supremacia e na força normativa da Constituição, bem como na concepção de democracia semidireta ou participativa.

Partindo dessas considerações, foram analisados alguns aspectos sobre a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade.

O primeiro deles diz respeito à legitimidade de origem, isto é, à forma de investidura no cargo. Uma análise comparativa entre os modelos de controle de constitucionalidade de diversos países mostra que a designação dos membros dos

Tribunais Constitucionais é submetida a critérios diferenciados, sendo normalmente atribuída a nomeação dos membros a agentes políticos eleitos pelo povo. A peculiaridade da forma de investidura desses juizes, portanto, não retira a representatividade desses órgãos, escolhidos por voto popular, ainda que indiretamente.

Além da legitimidade de origem, a jurisdição constitucional se fundamenta também no exercício da função. Considerando a democracia como regime fundado na representação política e também na participação direta dos cidadãos, constata-se que a realização da democracia, no âmbito da jurisdição constitucional, depende não só da forma de provimento do cargo, mas também, e principalmente, da prática judiciária. Por isso, a legitimidade democrática do controle jurisdicional pode ser interpretada também de acordo com: (i) a garantia de participação das minorias no processo político, em observância às regras do jogo democrático; (ii) a instauração do processo deliberativo, em que se propicia o debate sobre as questões constitucionais; (iii) a ampliação do acesso à justiça, que está relacionada à abertura do processo de interpretação e de controle da Constituição à participação de indivíduos e grupos distintos, e, por fim, (iv) a tutela dos direitos fundamentais.

No tocante ao controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro, embora a legitimidade democrática do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal venha sendo contestada pela doutrina, em razão da forma de designação dos membros deste tribunal, não se pode deixar de reconhecer que algumas alterações promovidas pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional imprimiram nova feição ao sistema vigente.

Sob o parâmetro da democracia participativa, e considerando-se que a análise dos critérios de seleção de magistrados é insuficiente para aferir a legitimidade democrática do controle jurisdicional, foram identificados, a título exemplificativo, outros aspectos que permitem justificar a posição do Judiciário como guardião da Constituição.

Em primeiro lugar, é possível apontar a ampliação do rol de legitimados ativos para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a admissão pelo Supremo

Tribunal Federal de mandado de injunção coletivo como fórmulas de conferir maior abertura do processo de defesa da Constituição às minorias.

Em segundo lugar, nota-se que a exigência de publicidade e de motivação das sentenças judiciais e a permissão da instauração do controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual incentivam a instauração do processo deliberativo, de argumentação sobre as questões constitucionais.

Em terceiro lugar, constata-se que a abertura no procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, promovida principalmente pela Lei 9.868/90, alia-se também à idéia da ampliação da participação na interpretação da Constituição.

Por fim, a legitimidade democrática decorrente da ampliação dos mecanismos de tutela dos direitos, pode ser constatada no sistema brasileiro pelo surgimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, do mandado de injunção e da ação de descumprimento de preceito fundamental.

Apesar da posição restritiva assumida pelo Supremo Tribunal Federal em relação a determinadas matérias e apesar da lentidão das conquistas em sede de controle de constitucionalidade, marcadas ora por avanços, ora por retrocessos, não se pode negar que a nova jurisdição constitucional brasileira alia-se à concepção de democracia participativa em defesa da força normativa e da supremacia da Constituição.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.

ALMEIDA, Luís Nunes de. Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional). In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 241-254.

ARAGON, Manuel. **Constitución y democracia**. Madrid: Tecnos, 1990.

BADÍA, Juan Ferrando. **Democracia frente a autocracia**. Los tres grandes sistemas políticos: el democrático, el social-marxista y el autoritario. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

BANDRÉS, José Manuel. **Poder Judicial y Constitución**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBI, Celso. A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 4, p. 34-43, 1968.

BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne. A democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. [S.L.]. n. I. jan./jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp. 233-268.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito Constitucional**: instituições de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8 ed. rev. e ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 6 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. vol. I.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1981.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

\_\_\_\_\_. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**: três ensaios críticos. Disponível em: <[www.fnd.pucminas.br](http://www.fnd.pucminas.br)>. Acesso em: 12 jul. 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de Teoria de Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, p. 125/134, jan./mar. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORWIN, Edward S. **A constituição norte-americana e seu significado atual.** Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.

DAHL, Robert. A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo.** Curitiba: Juruá, 2003. v.1.

\_\_\_\_\_. **O valor da constituição:** do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2 ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. de Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Hermenêutica e supremacia constitucional: el principio de la interpretación conforme la Constitución de todo el Ordenamiento. **Revista de direito público**, ano XIX, n. 77, São Paulo, p. 33-38, jan./mar. 1986.

GASIÓ, Guillermo. Estudio Preliminar. In. KELSEN, Hans. **Quién deve ser el defensor de la constitución?** BRIE, Roberto J. (tradução e notas). 2 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, v. 34, n. 34, p. 87-95, 1994.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

JEVEAUX, Govany Cardoso. **A simbiologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. **Quién deve ser el defensor de la constitución?** BRIE, Roberto J. (tradução e notas). 2 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_. **A democracia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de sociologia e política**. Curitiba, n. 17, p. 45-52, novembro/2001.

MACPHERSON, C.B. **A democracia liberal: origens e evolução**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, ano 8, n. 31, p. 90-108, abr/jun. 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. Nos dez anos de funcionamento do tribunal Constitucional. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 91-104.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, [S.L.], n. I. jan./jun, 2003.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Altas, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, n. 1, p. 111-118, jan./jun. 2000.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.177-198.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3 ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Francisco Lucas. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 167-175.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ROVIRA, Antonio. Jurisdicción y constitución. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. n. 102. octubre-diciembre/1998.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO,

Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. Democracia, constituição e realidade. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. [S.L.]. n. I. jan./jun. 2003. pp. 741-823.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo ma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 60/61, p. 495-524, jan./jul. 1985.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 211-228.

SOUZA E BRITO, José de. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39-47.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

\_\_\_\_\_. TAVARES, André Ramos. **Tratado da argüição de preceito fundamental**. Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1999.