



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM
DIREITO CONSTITUCIONAL

JONILSON BASÍLIO DA SILVA

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Brasília – DF

2010

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO
BRASIL**

Monografia para a conclusão do curso de Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e UNILEGIS.

Aluno: Jonilson Basílio da Silva

Orientador: Professor Inocêncio M. Coelho

Brasília/DF

Maio, 2010.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família, Edilene esposa amada e Julianne filha querida, que sempre me forneceu todo o apoio necessário e sempre compreendeu minhas ausências e os períodos ininterruptos de trabalho que, muitas vezes, me obrigaram a ficar recluso na frente do computador que agora escrevo estas linhas.

Ao meu orientador, professora Inocência M. Coelho, devo toda a concepção de fundo que norteou a pesquisa, algo que pude, aos poucos, ir compreendendo e, assim, conferir um direcionamento mais preciso e consistente à análise do tema.

Não poderia deixar de agradecer ao Senado Federal, que, por meio da UNILEGIS Universidade do Legislativo, financiou o presente curso de pós graduação, o qual possibilitou a presente pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho fará uma análise da Jurisdição Constitucional como mecanismo de defesa das normas e princípios constitucionais para assegurar a manutenção do Estado Democrático de Direito, com todas as suas decorrências, como o respeito aos direitos fundamentais do homem em qualquer tempo.

A pesquisa tem por objeto a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional aqui no Brasil, suas técnicas de decisão dotadas de eficácia geral, que acabam por ter eficácia que transcendem o âmbito da Decisão e sua atuação como Legislador Positivo em face da omissão do Poder Legislativo ou mesmo do Poder Executivo concretizando Direitos.

No presente trabalho, propõe-se também analisar se estaria a Jurisdição Constitucional subvertendo o sistema jurídico brasileiro e violando a doutrina da tripartição dos poderes quando atua como legislador positivo, se sua atuação está legitimada democraticamente e se a reserva do possível e a reserva de consistência funcionam como limitadores dessa atuação.

Considerando os objetivos citados acima, a dissertação parte do seguinte problema: Estaria a Jurisdição Constitucional brasileira, no caso o STF, subvertendo o sistema jurídico brasileiro e violando a doutrina da tripartição dos poderes? Em que medida o aumento do poder da jurisdição constitucional e a maior interferência de decisões judiciais na esfera política do país foram acompanhados por uma correspondente ampliação da legitimidade democrática dessa instituição? Existem limites para essa atuação?

A pesquisa será desenvolvida em três capítulos. No capítulo primeiro, será feito um estudo prévio sobre Legitimidade, democracia e constitucionalismo. No capítulo segundo, será abordado a jurisdição constitucional no Brasil e sua evolução, destacando as inovações decorrentes da Constituição de 1988 e as legislações ulteriores, demonstrando que a suprema corte está cada vez mais ativa na efetivação dos direitos constitucionais, atuando não só como legislador negativo, mas também como legislador positivo, empregando técnicas de decisão dotadas de eficácia geral que vinculam o poder executivo e judiciário, será abordada também a tendência de uma transformação nos modelos do controle de constitucionalidade no país,

com o gradativo abandono de um sistema tradicionalmente híbrido, com marcada atuação judicial difusa, para o surgimento de uma tendência de maior concentração, fenômeno denominado por alguns de “abstrativização” da jurisdição constitucional.

No terceiro e último capítulo, será realizada uma reflexão crítica entre a legitimidade democrática e a jurisdição constitucional, a complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, a composição dos tribunais constitucionais e a aceitação popular de suas decisões, contrapondo os limites a que está sujeita sua atuação, ilustrando a pesquisa com algumas decisões do STF que bem evidenciam as questões aqui levantadas.

Nas considerações finais serão respondidas as perguntas levantadas na problematização e buscar-se-á também demonstrar que a jurisdição constitucional deve ser cada vez mais ativa na efetivação dos direitos constitucionais, até porque, numa sociedade plural e desigual como a brasileira, só se poderá falar em democracia quando os direitos sociais básicos dos cidadãos estiverem garantidos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho fará uma análise da Jurisdição Constitucional como mecanismo de defesa das normas e princípios constitucionais para assegurar a manutenção do Estado Democrático de Direito, com todas as suas decorrências, como o respeito aos direitos fundamentais do homem em qualquer tempo.

Para realizar essa atividade, manutenção da supremacia da Constituição, a Jurisdição Constitucional no Brasil, no caso o Supremo Tribunal Federal, utiliza mecanismos que acabam por ter eficácia que transcendem o âmbito da Decisão, vinculando os órgãos do poderes executivo e judiciário, ou por vezes, atuando como Legislador Positivo em face da omissão do Poder Legislativo ou mesmo do Poder Executivo concretizando Direitos.

Considerando esse contexto, a dissertação parte do seguinte problema: estaria a Jurisdição Constitucional subvertendo o sistema jurídico brasileiro e violando a doutrina da tripartição dos poderes? Em que medida o aumento do poder da jurisdição constitucional e a maior interferência de decisões judiciais na esfera política do país foram acompanhados por uma correspondente ampliação da legitimidade democrática dessa instituição? Analisar-se-á, igualmente, se a reserva do possível e a reserva de consistência funcionam como limitadores dessa atuação.

Propõe-se, primeiramente, analisar a idéia de democracia, para, então focar a jurisdição constitucional, suas origens, evolução no Brasil, inovações decorrente da Constituição de 1988, realizando uma reflexão crítica entre a legitimidade democrática e a jurisdição constitucional brasileira.

Buscar-se-á também demonstrar que a jurisdição constitucional deve ser cada vez mais ativa na efetivação dos direitos constitucionais, até porque, numa sociedade plural e desigual como a brasileira, só se poderá falar em democracia quando os direitos sociais básicos dos cidadãos estiverem garantidos.

O debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é antigo, notadamente a jurisdição constitucional brasileira, em face do processo de ampliação do

modelo abstrato de controle de constitucionalidade por nós vivenciados, como também por uma tendência à abstrativização do Controle Concreto . Tal processo teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, desafiando o tradicional modelo difuso de controle de constitucionalidade, estendeu o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sem o estabelecimento de qualquer pressuposto de admissibilidade material, à exceção da pertinência temática, para a incidência do controle abstrato de constitucionalidade.

Ao estabelecer-se a necessidade de proteger a Constituição, surge a controvérsia acerca de que órgão deveria exercer tal papel e como seria realizado. Utilizando como referencial teórico as obras de Kelsen, percebemos que ele defende que a instituição da jurisdição constitucional é o meio necessário e eficiente para assegurar o cumprimento das normas constitucionais por intermédio do controle dos atos estatais por órgão diverso daquele que elaborou as normas, de forma que haverá um legislador positivo um negativo. O primeiro elabora a lei, e o segundo declara-a inconstitucional, de forma a gerar um hiato entre os dois legisladores¹.

O antagonismo a que se refere Kelsen não chega a configurar ofensa à Constituição, porque, por intermédio do controle judicial de constitucionalidade das leis, fica evidente que os poderes constituídos do Estado, apesar de independentes e harmônicos entre si, podem ser fiscalizados por outro, estabelecendo o que Canotilho denomina de ordenação constitucional de funções e controles interorgânicos e intra-orgânicos dos órgãos de soberania². É o caso da competência do Senado Federal, no direito brasileiro, que estabelece, privativamente, processar e julgar o presidente da República, os ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes de responsabilidade, conforme art. 52, inciso I, da Constituição Federal³. Todavia, Kelsen adverte:

A possibilidade de uma lei emitida por um órgão legislativo ser anulada por outro órgão constitui uma restrição digna de nota do poder deste primeiro órgão. Tal possibilidade significa que existe,

¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.383

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 783.

³BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva. 1998.p. 73.

*além do legislador positivo, um legislador negativo, um órgão que pode ser composto segundo um princípio totalmente diferente daquele do parlamento eleito pelo povo. Então, um antagonismo entre os dois legisladores, o positivo e o negativo, é quase que inevitável. Esse antagonismo pode ser diminuído, estabelecendo-se que os membros do tribunal constitucional serão eleitos pelo parlamento.*⁴

Carl Schmitt, contradizendo Kelsen, defende a idéia de que a Constituição, por seu conteúdo político, não se confunde com leis constitucionais, pois expressa valores que nela são inseridos por decisão política, motivo pelo qual não admite que a ofensa à Constituição seja reparada por uma Corte Constitucional com poderes para tanto, integrante do Poder Judiciário. O órgão político tem prevalência sobre o jurídico, de forma que os conflitos entre poderes e entre leis somente seriam revistos pelo órgão político sob pena de gerar a “politização da justiça.”⁵ A polêmica entre Kelsen e Schmitt serviu para que aquele, em 1920, criasse, na Constituição da Áustria, o modelo europeu de controle de constitucionalidade das leis, impulsionado pela não-adoção, na Europa, do sistema norte-americano de controle, *o judicial review of legislation*.

No histórico das Constituições brasileiras, tomando-se como referencial teórico as obras do professor Gilmar Ferreira Mendes, evidencia-se a opção eminentemente judicialista de controle de constitucionalidade, verificando-se, a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos, uma transformação dos modelos do controle de constitucionalidade no país, com o gradativo abandono de um sistema tradicionalmente híbrido, com marcada atuação judicial difusa, até o surgimento de uma tendência de maior concentração, fenômeno denominado por alguns de “abstrativização” da jurisdição constitucional.

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa, praticamente, a equiparar os efeitos das decisões proferidas nos controles abstrato e difuso, fato que hoje se encontra consagrado na legislação processual civil em seu artigo 481, parágrafo único.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: MartinsFontes, 1998. p. 383

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86

O professor Gilmar Mendes, em importante estudo, afirma : *“Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII)..⁶.”*

Segue ainda o ilustre doutrinador: *“É possível, sem qualquer exagero, falar se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo- nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”.*

Os principais argumentos a justificar esse novo posicionamento são; a força normativa da constituição, o princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários e o papel do STF de guardião da Constituição.

Para análise da legitimidade da Jurisdição Constitucional, tomando por referencial teórico as lições de Niklas Luhmann, observaremos que a legitimidade, por sua vez, não se refere à adequação a preceitos legais, e, sim, ao jurídico é legítimo se a sua fonte de elaboração dispunha de poderes para sua edição ou se constitui manifestação inequívoca da vontade daqueles que o geraram. O que importa para a configuração da legitimidade é saber se a norma produzida condiz efetivamente com a vontade daqueles que poderiam elaborá-la .

Como se observa, a legitimidade, de acordo com a Constituição Federal de 1988, no Estado Democrático de Direito, funda-se na soberania popular, mas, também, é condicionada pela necessidade de que esse exercício respeite os direitos fundamentais impostos pelo Estado de Direito. A aliança entre os dois é fundamental, pois o Estado de Direito sem a democracia se limita à obediência do Estado à lei e o princípio democrático,

⁶ G. F. MENDES, O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, RIL, 149/165.

sem o espírito legal-constitucional, pode se desvirtuar em um governo totalitário de uma maioria de caráter decisionista.

A premissa básica que justifica a legitimidade da justiça constitucional parte da idéia de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria.⁷

Formalmente, as decisões dos Tribunais Constitucionais prevalecem sobre a dos representantes populares eleitos pelo voto porque presume-se que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício de poder constituinte originário. Ora, enquanto manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, o poder constituinte originário, modernamente tem o povo como seu titular, cuja vontade é expressa por meio de seus representantes eleitos, em Assembléia Nacional Constituinte, que efetivamente o exercem, pois a titularidade do Poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se sujeitar à Carta Magna.

Portanto, conforme os ensinamento de Goffredo Telles Junior, “o Poder do Congresso Nacional não é um Poder originário, nem autônomo, nem incondicionado. Ele não se rege por si mesmo, uma vez que sua atuação é pautada pelas normas da Constituição. Ele não leva em si a lei de seu próprio exercício. Não é um Poder soberano. O Poder Legislativo, considerando como Poder do Congresso Nacional, é um Poder constituído, um Poder exercido em conformidade com o que manda o Poder constituinte”.⁸

⁷ Como salientado por Lawrence Baum, “a Corte Suprema é política numa variedade de sentidos... As percepções que os juízes têm da opinião pública e da opinião do Congresso afetam as decisões da Corte. As próprias decisões, com freqüência, levam grandes controvérsias no Governo e na Nação em geral, e os juízes podem ser atacados por membros do Congresso e por outros líderes políticos que discordam de suas políticas” (*A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 12-13).

⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 51.

Assim, o Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.⁹

A idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser *inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado*. É *inicial*, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica; é *ilimitado* e *autônomo*, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor; e, finalmente, é *incondicionado*, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.¹⁰

Dessa forma, a legitimidade formal do Tribunal Constitucional existe no momento da promulgação de uma Constituição que o instituiu formalmente, pois haverá a presunção de que sua criação foi decorrente da vontade soberana do Povo organizado em Assembléia Nacional Constituinte.

Esse entendimento é corroborado por Bernard Schwartz, quando explica que “a teoria americana admite uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembléia Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos da Constituição aprovados por ela

⁹ O poder constituinte poderá manifestar-se tanto por um movimento revolucionário quanto por um movimento político (Assembléia Nacional Constituinte).

¹⁰ Nesse sentido, Canotilho sintetiza essas características dizendo que “o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder *inicial, autônomo e onipotente*. É *inicial* porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder

constituem a lei suprema do país. A lei elaborada por qualquer órgão do Estado só é válida desde que não entre em conflito com a Constituição”.¹¹

Igualmente, esse é o exato sentido da lição de Thomas Cooley, ao analisar o sistema constitucional norte-americano, afirmando que “o Poder Judiciário tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do poder legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se não poderem conciliar. Nesse caso, como o poder legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusarse a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática”.¹²

Materialmente, sendo instituído por Constituições formais, os Tribunais ou Cortes Constitucionais são órgãos de garantia da supremacia de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, resguardando, dessa forma, o Estado de Direito e preservando as idéias básicas da Constituição material. Canotilho explica que “globalmente consideradas, as garantias de existência da Constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à Constituição; (2) na existência de competências de controlo, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da Constituição”.¹³

A jurisdição constitucional, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembléia Nacional Constituinte, exercendo, por conseguinte, um controle negativo. Como salientado por Jorge Miranda, “o Tribunal Constitucional exerce um poder de controle negativo, um *pouvoir d’empêcher*, não um poder de impulsão, um poder positivo”¹⁴

Os eventuais confrontos entre a legitimidade da justiça constitucional e a legitimidade da maioria legiferante devem ser resolvidos em uma aplicação equilibrada e

¹¹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 26.

¹² COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito ...* Op. cit. p. 782

¹⁴ MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p.95.

harmônica do princípio da separação de funções estatais, pois todos os poderes exercem funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece assentar-se o Estado Constitucional de Direito na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos*.¹⁵

¹⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 26

SUMÁRIO

• RESUMO.....	03
• INTRODUÇÃO.....	05
• CAPÍTULO I – ESTUDO PRÉVIO SOBRE LEGITIMIDADE, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO.....	14
1.1 Conceito de Legitimidade.....	14
1.2 A Democracia e o Constitucionalismo.....	17
1.3 A Premissa Majoritária e o Modelo De Democracia Procedimental.....	19
• CAPÍTULO II – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	22
2.1 Quem deve ser o defensor da Constituição.....	22
2.2 Evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.....	27
• CAPÍTULO III - A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.....	31
3.1 Complementaridade entre Democracia e Estado de Direito.....	31
3.2 Composição dos Tribunais Constitucionais.....	39
3.3 Fundamentação e aceitação popular das decisões dos tribunais Constitucionais....	41
• CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
• REFERÊNCIAS.....	49

CAPÍTULO I – ESTUDO PRÉVIO SOBRE LETIMIDADE, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

1.1 CONCEITO DE LEGITIMIDADE

De início, é importante esclarecer que o atributo da legitimidade não se confunde com a legalidade. Não raras vezes, os dois conceitos são utilizados como sinônimos, como se designassem o mesmo fenômeno.

Etimologicamente, legítimo provém do radical latino leg, que se refere à lei. Tanto legítimo como legal descendem da mesma raiz etimológica, o que, provavelmente, explique a confusão na aplicação dos termos. No entanto, as semelhanças se restringem ao campo lingüístico. O conceito de legalidade está ligado à idéia de consonância ou adequação com uma dada ordem jurídica. Um ato jurídico, portanto, é ilegal quando é contrário à legislação vigente.

A legitimidade, por sua vez, não se refere à adequação a preceitos legais, e, sim, ao jurídico é legítimo se a sua fonte de elaboração dispunha de poderes para sua edição ou se constitui manifestação inequívoca da vontade daqueles que o geraram. O que importa para a configuração da legitimidade é saber se a norma produzida condiz efetivamente com a vontade daqueles que poderiam elaborá-la .

A visão que imperava na antiguidade até na Idade Média era que a legitimidade assentava-se na transcendentalidade, fundava-se na vontade divina. Ante os sucessivos desmandos dos monarcas absolutistas, essa concepção religiosa de legitimidade foi sendo suavizada pelo advento do direito natural como forma de limitar o poder supremo dos reis.

Para Niklas Luhmann ¹⁶, aliás, a legitimidade possui raízes medievais e era inicialmente um conceito jurídico. Foi na Idade Média que nasceu o conceito de legitimidade e ele se referia à dominação inata e servia a defesa contra a usurpação e a tirania ilegais.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Edições TempoBrasileiro, 1985.

Posteriormente, no séc. XIX, essa formulação de legitimidade se esvaziou com a dissolução do direito natural e, em especial, “na questão crítica da legitimação da nova dominação e da construção jurídica da transição ilegítima do poder”, tornando-se evidente a impossibilidade do solucionamento jurídico desse problema .

Segundo Niklas Luhmann, ainda, isso levou à construção do conceito em bases puramente fatuais. A definição predominante de legitimação, então, está ligada à idéia do convencimento da sociedade na validade do direito ou dos princípios e valores nos quais as decisões vinculativas se baseiam. Trata-se de um “tal convencimento no plano fatural-consciente”.

Niklas Luhmann nos oferece outro conceito de legitimidade definido a partir do plano do sistema social. A legitimidade institucional não se baseia no consenso das pessoas na validade as decisões nas quais os componentes da sociedade esperam normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às decisões ou regras transmitidas por aqueles que decidem. Ou em outras sociedade esteja disposta a assimilar o que for normatizado por decisões vinculativas.

Ora, se todas as decisões discutíveis geram cerca de 50% de frustrados, como é possível então supor-se, contra a probabilidade, que os afetados pelas decisões mesmo assim as assimilam e obedecem? É aí que Luhmann menciona os dois elementos legitimadores, que são mecanismos complementares: a eficácia simbólica da força física e a participação em processos.

A força física, como fator de legitimação, é a suposição de todos de que os afetados por decisões se submetam a ela ou serão subjugados pela força física. A força física exclusiva, porém, levaria a um regime de terror. Nisso reside a função essencial dos processos juridicamente regulamentados, principalmente o da eleição política, o do processo legislativo e o do processo judiciário. Desta forma, se todos os agentes da sociedade são participantes ativos do processo de decisões, essas decisões devem ser vinculativas. Assim, o processo da eleição política gera a suposição do apoio político a decisões vinculativas; no processo judicial, o processo decisório é concretizado de caso a caso, e a absorção dos protestos é concluída.

Em resumo, a legitimidade tem como alicerce as expectativas na sociedade de que todos irão se submeter às decisões políticas e judiciais. Para assegurar essas expectativas, existem os instrumentos legitimadores que são a força física e os processos reguladores.

A legitimidade é exposta, pelo sociólogo alemão, não como uma justificação externa antecipada, mas sim como um resultado do próprio sistema. Assevera Luhmann que: o conceito de legitimidade não mais caracteriza uma justificação externa antecipada, nem uma limitação da variabilidade do sistema político, mas sim um resultado desse próprio sistema: tanto a monopolização da decisão sobre a utilização da forma física, quanto também a realização de processos são produtos do sistema político, que providencia o decorrer fluente das decisões vinculativas e, assim, sua própria legitimidade .

Ives Gandra da Silva Martins Filho¹⁷ defende que a Justiça é o fundamento legitimador. A Justiça, como o reconhecimento do direito alheio, supõe duas vertentes, direitos naturalmente pertencentes ao homem, pelo simples fato de ser pessoa humana; e direitos adquiridos pelo homem, como fruto de seu esforço, mediante convenções sociais.

Para Ives Gandra, a Justiça “como fundamento do Direito Positivo, significa que a norma posta se legitima quando adequada ao Direito Natural em relação aos direitos fundamentais do ser humano, e ao princípio convencional do acordo social, no atinente aos demais direitos” . Ao final, ele conceitua “a legitimidade como sendo a força vinculante da norma, capaz de gerar sua observância espontânea, dado o reconhecimento social da justiça do comando legal” .

As explicações sobre a legitimidade variam ao longo do tempo, colocando-a ou na vontade divina, ou na vontade do detentor do poder ou na vontade popular. Atualmente, pode-se inferir que a legitimidade está em conexão direta com a democracia, com a vontade popular e os anseios da população. Burdeau disse: “Não há Poder legítimo que não seja instituído pela coletividade que ele rege”. Legítima é a instituição ou o governo que dirige a sociedade

¹⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A legitimidade do direito positivo – Direito natural, democracia e jurisprudência, 1ª edição. São Paulo: Editora Forense Universitária Ltda, 1992.

democraticamente, “evitando as discriminações, as opressões, a corrupção, a violência, enfim, aquilo que representaria privilegiar uns em detrimento de outros dentro da sociedade” .

Aliado à democracia, a Constituição Federal de 1988 elege o Estado de Direito como princípio fundamental legitimador. Tanto isso é verdadeiro que Canotilho e Vital Moreira afirmam existir uma ligação constitucional entre os dois conceitos, ressaltando que: “O Estado de Direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência” .

Antonio E. Perez Luño assinala também que a união destes dois conceitos assume uma tarefa de legitimação: Dado que referida ordem constitucional não admite fraturas nem contradições, há que se entender que a idéia democrática e a de Estado de Direito integram-se na unidade política e funcional da Constituição. Ambos os princípios assumem, assim, um tarefa de legitimação, racionalização e de garantia de continuidade do exercício do poder, sendo a democracia uma forma do processo vital (Lebensprozess) comunitário que reforça e efetiva a significação social do Estado de Direito .

Como se observa, a legitimidade, de acordo com a Constituição Federal de 1988, no Estado Democrático de Direito, funda-se na soberania popular, mas, também, é condicionada pela necessidade de que esse exercício respeite os direitos fundamentais impostos pelo Estado de Direito. A aliança entre os dois é fundamental, pois o Estado de Direito sem a democracia se limita à obediência do Estado à lei e o princípio democrático, sem o espírito legal-constitucional, pode se desvirtuar em um governo totalitário de uma maioria de caráter decisionista.

1.2 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Ao se falar a respeito da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, não devemos esquecer que democracia e constitucionalismo são pontos de partida e não de chegada aos direitos fundamentais e à justiça social, de modo que o Estado Democrático de Direito não é somente aquele em que há o predomínio da maioria, mas também o que

assegura os direitos fundamentais, respeita os princípios civilizatórios e promove a causa da humanidade¹⁸.

Em primeira guinada de visão, democracia equivale à soberania do povo ou à regra da maioria; Estado de direito, à jurisdição do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais. No entanto, perfilhar a possibilidade de o poder da maioria ser irrestrito implicaria subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos. De outra parte, é necessário evitar que haja uma asfixia da vontade popular mediante a *crystalização* de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de paradigmas do Direito. Assim, incumbe ao constitucionalismo harmonizar esses ideais até um ‘ponto ótimo’ de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sendo tal ponto a medida de sucesso de uma Constituição.

Nesse intento, embora consagrem a democracia e o princípio da soberania popular, as Constituições modernas estabelecem a *forma* que deve ser observada para a manifestação da vontade majoritária, bem como os *conteúdos mínimos* que devem ser respeitados pelos órgãos representativos dessa vontade, sem, no entanto, suprimi-la. Cotejando a democracia com um jogo, poder-se-ia dizer que a Constituição seria o *manual de regras* e, os *jogadores*, os agentes políticos representantes do povo, cabendo à jurisdição constitucional ser o *árbitro* do jogo democrático.¹⁹

A tensão entre constitucionalismo e democracia, entre direitos fundamentais e regrada maioria está no cerne e acompanha a idéia de controle de constitucionalidade desde as suas origens. O problema se coloca no sentido de justificar ou conciliar o poder dos tribunais

¹⁸ Nesse sentido, conferir BARROSO, Luís Roberto. Prefácio in: BINENBOJM, Gustavo, **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁹ Nesse sentido, bem pondera Gustavo Binenbojm: “O equilíbrio e a harmonização dos ideais do Estado democrático de direito se buscam através da complexa estrutura de funcionamento do sistema de divisão de poderes entre órgãos políticos e jurisdicionais, adredemente delineada na Constituição. Nos países que adotam o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, os eventuais conflitos políticos de índole constitucional não se resolvem, em caráter definitivo, pela decisão da maioria, mas, ao contrário, por uma decisão do Tribunal Constitucional. Realmente, como intérprete *último* da Constituição, compete-lhe ditar aos demais poderes os limites de sua autoridade, velando por que atuem pautados pelos *procedimentos* e dentro dos limites *substanciais* constitucionalmente previstos. Evita-se, com isso, que o poder da maioria se *tiranize*, suprimindo os direitos das minorias e pondo em risco o próprio funcionamento do regime democrático.” (BINENBOJM, *op. cit.*, p.48-49).

– instituições integradas por agentes não eleitos – perante a democracia, regime político fundado no ideal de auto-governo de todos os cidadãos.

Nesse embate, surgem inúmeras perguntas: em que medida e sob quais condições pode ser considerada legítima a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pela maioria? Qual o ponto que demarca o limite entre decisão judicial legítima e interferência abusiva na esfera de competência das instituições republicanas? Como assegurar o direito da maioria governar e realizar escolhas e, ao mesmo tempo, proteger as minorias de decisões tirânicas, que atingem seus direitos e/ou renegam sua condição de sujeitos dignos de igual consideração e respeito? As decisões judiciais podem envolver questões morais substantivas ou devem apenas assegurar a correção do procedimento democrático de formação da vontade majoritária ou, ainda, limitar-se a casos nos quais é possível realizar uma subsunção mecânica entre normas e fatos? A quem deve ser atribuído o papel de defensor da Constituição? Ao judiciário, ao executivo ou ao legislativo?

1.3 A PREMISSA MAJORITÁRIA E O MODELO DE DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL

As discussões travadas a partir das considerações de HANS KELSEN e CARL SCHMITT, que inauguram a busca por um “guardião da Constituição” “adequado”, têm recebido, hodiernamente, novos contornos, a partir das considerações de PETER HÄBERLE. Propõe o jurista uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, vinculando-se ao modelo de uma sociedade fechada, desconsidera o fato de que “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”²⁰. Traça, portanto, contornos doutrinários importantes para a criação de uma teoria hermenêutica e procedimental constitucional de bases *democráticas*, em que a sociedade seria fonte legitimadora do poder na interpretação constitucional.

A tese, extremamente atual e instigante, estimula uma revisão do direito processual constitucional à luz do princípio democrático inserido no contexto de uma sociedade complexa. Com efeito, consoante observa o jurista alemão, os sujeitos constitucionais são, fática e legitimamente, intérpretes da Constituição, porquanto “*wer die*

²⁰, p. 15

Norm 'lebt', interpretiert sie auch mit". Assim, embora seja importante a exegese constitucional realizada pelos juízes, outros atores sociais e estatais, tais como o Parlamento, a opinião pública, os grupos sociais e os próprios cidadãos, realizam interpretação *construtiva* do significado da constituição.

Atenta HÄBERLE que as clássicas teorias de Hermenêutica Constitucional apenas se ocupam com as questões dos objetivos da interpretação constitucional e com os seus métodos, negligenciando o problema dos participantes da interpretação. Propõe, assim, a seguinte tese: "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 *numerus clausus* de intérpretes da Constituição"²¹.

Ao conferir um sentido amplo ao conceito de interpretação, quer-se enfatizar o papel *construtivo* da exegese fornecida (consciente ou inconscientemente) por aqueles que *vivem* a constituição. Neste sentido, constata-se que "o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico"²². Assim, tanto o processo de formação, quanto o processo de desenvolvimento da norma devem revelar-se pluralistas. A hipótese pode ser exemplificada na seara das garantias dos direitos fundamentais, na medida em que, neste âmbito, o significado das referidas normas deve ser preenchido através da forma com a qual seus destinatários exercem os direitos que elas instituem.

A esse respeito, observa-se que a interpretação afigura-se um elemento objetivo a ser necessariamente considerado pelos juízes no seu mister de fornecer a última palavra sobre exegese constitucional. Assim, a *realidade constitucional* desenvolvida na esfera pública pluralista fornece material para uma interpretação constitucional, constituindo, ao lado da finalidade e do método hermenêuticos, fator de essencial importância para a exegese estatal. Dessa forma, "a conformação da realidade da Constituição torna-se realidade"²³. A *vinculação social da jurisdição constitucional* é, assim, acentuada, na medida em que a práxis

²¹ Idem, pág 13

²² Idem. Pág.15

²³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997

constitucional, na condição de elemento hermenêutico objetivo, obstaculiza o livre arbítrio da interpretação judicial, ao constituir, no dizer de LAUTMANN, verdadeira *decisão sociológica*.

Ressalte-se o caráter democrático de tal abordagem, na medida em que propicia a construção da identidade constitucional (“nós”) a partir da interação social de um “eu” e de um “outro”. Nessa perspectiva, reside a própria razão de ser do constitucionalismo, na medida em que, consoante observa MICHEL ROSENFELD, “o constitucionalismo não faz muito sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo (...) seria supérfluo”²⁴.

²⁴ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

CAPITULO II - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 QUEM DEVE SER O DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO

Desde o surgimento do constitucionalismo tal como concebido hodiernamente, ou seja, como movimento, nascido na metade do século XVII, formado por um conjunto de doutrinas que objetivam institucionalizar as noções de *limite* e de *garantia*, verifica-se que se acentua a tensão existente entre constitucionalismo e democracia, notadamente em face de uma sociedade pluralista, composta por identidades sociais as mais variadas.

Numa perspectiva histórica, cumpre observar que as expressões “constituição democrática” ou “democracia constitucional” restaram inexploradas pelos teóricos iluministas do século XVII-XVIII: ROUSSEAU, considerado o teórico da “democracia” por excelência, desenvolveu a noção de soberania popular, não adentrando, a fundo, no sentido da constituição, que se afigurava primordialmente, um instrumento de expressão da “vontade do povo”, sendo, portanto, amplamente modificável segundo as oscilações desta. Assim, a democracia revolucionária assentava-se na idéia de “vontade do povo”, da qual a constituição seria simples produto. A instabilidade jurídico-política de tal concepção era notória, principalmente ante a feição radical e pretensamente ultrademocrática da Revolução, que se arvorava do poder de revogar toda autoridade política, inclusive a instituída constitucionalmente, em nome da “vontade do povo”.

O constitucionalismo europeu pós-revolucionário objetivou combater os excessos da Revolução Francesa. Erigiu, para tanto, como ponto central de suas discussões a questão da *estabilidade da política*, desenvolvendo o conceito de “constituição estatal”. Coube a GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, em sua “*Die Verfassungs Deutschland*”, teorizar, pioneiramente, acerca da “constituição estatal”, como uma resposta ao descentralismo do quadro político germânico, no qual as autoridades locais estavam, consuetudinariamente, autorizadas a obter seu espaço próprio, sem limites rígidos e predefinidos. Defendia, assim, a adoção, pela Alemanha, de uma constituição estatal instituidora de um *princípio político comum* dotado de autoridade própria, com o escopo de evitar sua sucumbência política. Tal princípio possibilitaria a criação de um Estado forte, a quem competiria expressar, *unitariamente*, a vontade da nação alemã.

A constituição estatal prestar-se-ia, portanto, a combater tanto os privilégios estamentários, quanto o individualismo burguês, na medida em que ambos, ao fundamentar a origem contratual (e, portanto, revogável) do Estado, destruiriam o *princípio da unidade política*. A “constituição estatal” assentou-se, dessa forma, sobre a noção de “soberania do Estado”, que tornava inconcebível a soberania de qualquer sujeito político fora da constituição²⁵. Neste contexto, evidencia-se a submissão do princípio democrático à figura do Estado – único ente soberano –, bem como a sujeição dos interesses individuais ao interesse coletivo corporificado na figura do Estado.

Na realidade, não apenas na Alemanha dos séculos XIX e XX se observa a oposição do constitucionalismo ao princípio democrático da soberania popular. Consoante acentuou RAIMOND CARRÉ DE MALBERG, a França recebeu forte influência da doutrina germânica do Estado de Direito²⁶. Assim, passou-se, nos moldes da filosofia germânica, a considerar o Parlamento como mais um órgão do Estado a ser regulado pela constituição estatal. Na Inglaterra, igualmente, reforçava-se a idéia de que o Parlamento não representaria a figura do “povo soberano”, mas sim uma *comunidade política*, historicamente legitimada pela prática constitucional.

Analisando o quadro, elucida MAURIZIO FIORAVANTI que “todo o direito público europeu da virada do século se afirma em oposição ao princípio democrático da soberania popular. Contra este princípio opera, sem dúvida, o modelo alemão do Estado soberano, do Estado de Direito, da constituição estatal, distinta em si das constituições políticas da revolução, posto carecer, deliberadamente, de uma origem voluntarista e constituinte, e tendente a reduzir todos os sujeitos públicos – compreendida a assembléia dos representantes do povo – à dimensão institucional, porém não política, própria dos poderes do Estado, dos órgãos do Estado. Mas também opera a outra grande idéia presente na Europa deste tempo, que é certamente a inglesa da soberania do parlamento. O parlamento inglês é

²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Op. cit.*, p. 137 (tradução livre).

²⁶ Para Binenbojm, “tal solução é apenas parcialmente satisfatória, eis que também as emendas à Constituição podem, em tese, ser objeto de declaração de inconstitucionalidade.” (BINENBOJM, *op.cit.*, p.51-52). Conferir, também, MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**. São Paulo: Ed. Celso Bastos, 1998, p.463.

qualificado de ‘soberano’ sobretudo por negar que ele ou sua lei derivem da lei constitucional querida pelo poder constituinte do povo soberano.

Em suma, as constituições desse tempo podem ser estatais ou talvez parlamentárias, mas certamente não são *constituições democráticas*, porque todas excluem o proceder de um poder constituinte, o estar legitimadas pelo princípio democrático”²⁷.

A Constituição de Weimar representou um início amorfo e dúbio de ruptura com os modelos de constituição parlamentar e estatal. É considerada, portanto, a precursora das modernas constituições democráticas europeias, na medida em que, sob sua inspiração, as constituições não mais se limitariam a estabelecer regras de organização dos poderes estatais, reportando-se à lei para a garantia de direitos considerados fundamentais. Passaram, com efeito, a preocupar-se em criar mecanismos institucionais aptos à tutela de tais direitos, fazendo surgir os contornos do *princípio da garantia constitucional*²⁸ do qual decorre a busca por um “guardião da Constituição”.

A assistemática com a qual o princípio da supremacia constitucional foi tutelado pela Constituição de Weimar ensejou interpretações as mais díspares acerca do sentido da garantia constitucional, bem como do sujeito a quem caberia a tutela da Constituição. Neste contexto, surge, na Europa, clássico debate, travado, na década de 30, entre CARL SCHMITT e HANS KELSEN acerca de quem deveria desempenhar o papel de guardião da Constituição. Partindo de concepções diametralmente opostas acerca dos sentidos de “democracia” e de “constituição”, KELSEN e SCHMITT chegam a conclusões igualmente

²⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución – De la Antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 147 (tradução livre).

²⁸ O princípio da supremacia constitucional foi, na Constituição de Weimar, uma idéia debilmente afirmada, fazendo-se manifesta em termos imprecisos nos artigos 13.2 e 19.1 da Constituição de Weimar. Observa-se, todavia, que embora a Constituição do *Reich* não tenha estabelecido um modelo claro e sistemático de controle de constitucionalidade das leis, constituiu, no dizer de JELLINEK, uma “célula germinal” (*Keimzelle*) do modelo europeu de controle de constitucionalidade, na medida em que ofereceu um *modelo de controle abstrato e concentrado de normas*, e submeteu as relações *Reich-Länder* a uma *jurisdição de conflitos constitucionais*. Cf. VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 125.

dísparos: enquanto SCHMITT defende ser o Presidente do *Reich* o guardião mais adequado da Constituição, KELSEN sustenta a necessidade de criação de um Tribunal Constitucional a quem caberia, *com exclusividade*, a guarda da Constituição.

A esse respeito, observa-se que CARL SCHMITT elege como ponto de partida a teoria do *pouvoir neutre* formulada por BENJAMIN CONSTANT, um dos célebres ideólogos da monarquia constitucional. Para o cientista político alemão, constituiria o chefe de Estado um poder neutro, conquanto incorporaria a “unidade do povo”. O povo, para SCHMITT, consistiria um *coletivo unitário homogêneo*, que possuiria um *interesse coletivo unitário*, expresso numa *vontade coletiva unitária*. Tal vontade coletiva estaria acima de qualquer conflito de interesses e seria corporificada no Presidente do *Reich*, eleito pelo povo alemão.

Asseverava o mestre alemão a impropriedade em atribuir-se ao Parlamento a função de “guardião da Constituição”, na medida em que este seria o típico cenário do “*pluralismo*”, isto é, do conflito de interesses e da desagregação político partidária, que não expressariam a verdadeira *vontade do povo*. A defesa da Constituição tampouco caberia aos juízes, porquanto os detentores do poder político poderiam influenciar a nomeação dos magistrados, comprometendo a neutralidade exigida para o desempenho da função de “guardião da Constituição”.

SCHMITT confere à sua teoria política contornos dogmáticos, ao sustentar que, segundo a então vigente Constituição de Weimar, o Presidente do *Reich* seria o único guardião da Constituição. Com efeito, a “unidade homogênea, indivisível, de todo o povo alemão”, invocada pelo preâmbulo daquela Constituição, era tida por SCHMITT como uma *realidade social*, e não um mero postulado ético-teórico. Sobre tal realidade fática, dogmaticamente reconhecida e protegida, fundamentou, assim, a tese de que caberia ao Presidente do *Reich* - personificação da unidade do povo alemão e verdadeiro poder neutro - a guarda da Constituição.

A teoria política de SCHMITT foi veementemente criticada por KELSEN, para quem as idéias de “neutralidade do Chefe de Estado” e de “unidade do povo” prestar-se-iam a mascarar o efetivo e real conflito de interesses sociais. Dessa forma, sustenta o mestre vienense que a suposta “neutralidade do Chefe de Estado”, escolhido pela vontade popular

acobertaria, uma dupla ficção. Primeiramente, inexistente uma harmonia de vontades apta a constituir um interesse objetivo do Estado, porquanto “mesmo um plebiscito popular – provocado pelo chefe de Estado – exprime, na melhor das hipóteses, a vontade de uma maioria, que é apresentada como a *vontade geral do povo*, a típica ficção democrática”²⁹. Ademais, não se deve desconsiderar o fato de que a eleição do chefe de Estado opera-se sob intensas pressões de ações político-partidárias, comprometendo, inquestionavelmente, sua independência.

Assim, sustenta o jurista austríaco que “representar a unidade do Estado de um modo visível exteriormente é sem dúvida a função que o Chefe de Estado, segundo todas as Constituições que instituem um órgão tal, deve cumprir”³⁰, porém “significa tomar ideologia por realidade quando se vê – como faz Schmitt com relação à doutrina da monarquia constitucional – na instituição do chefe de Estado não simplesmente o símbolo de uma unidade do Estado postulada no plano ético-político, mas sim o produto ou o produtor de uma dada unidade real, no sentido de uma efetiva solidariedade de interesses”³¹. Dessa forma, os pressupostos da doutrina schmittiana são, para Kelsen, jusnaturalistas e subjugam o conhecimento jurídico-científico à política. Embora se aproxime de Schmitt, ao defender a necessidade de independência (ou “neutralidade”) do órgão “guardião da Constituição”, sustenta a inconveniência de conferir-se quer ao Parlamento, quer ao chefe do Executivo, como pretendeu Schmitt, a função de guardião da Constituição, na medida em que, dividindo a Constituição o poder em basicamente dois pólos – Parlamento e Governo -, nos quais há um antagonismo contínuo, o perigo de uma violação constitucional residiria exatamente nestes órgãos, isto é, na possibilidade de ultrapassarem os limites de poder que lhes são constitucionalmente atribuídos. Logo, apóia sua teoria da jurisdição constitucional no pressuposto de que “uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo”³². Essa terceira instância seria um Tribunal Constitucional, composto, preferencialmente, por juristas, que exerceria a função de “legislador negativo”.

²⁹ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282

³⁰ *Idem*, p. 281

³¹ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003

³² *Idem*, p. 275

Neste contexto, observa-se que, embora díspares as conclusões, há um ponto em comum entre KELSEN e SCHMITT: ambos os autores objetivam imunizar as questões constitucionais dos “malefícios” de decisões plurais, a fim de preservar a segurança jurídica e a unidade da constituição, não atingindo bases teóricas satisfatórias para a superação da tensão existente entre constitucionalismo e democracia na esfera da jurisdição constitucional.

2.2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para garantir a defesa da Constituição, o legislador estabeleceu instrumentos pelos quais se garante a estabilidade das normas constitucionais e a conservação do núcleo essencial ou das denominadas cláusulas pétreas contra alterações que não sejam necessárias.

Note-se que a justiça constitucional tem como função precípua a manutenção do Estado Democrático de Direito, com todas as suas decorrências, como o respeito aos direitos fundamentais do homem em qualquer tempo. Para realizar essa atividade, utiliza mecanismos para a manutenção da supremacia da Constituição, irradiando sua força normativa e obstando confrontos aos seus princípios. Exemplo clássico dessa vital função nos Estados de origem romano-germânica é o acolhimento do instituto do controle de constitucionalidade das leis.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 conferia aos Poderes Legislativo e Moderador a função de “guardião da Constituição”.

A partir da Constituição Republicana de 1891, o controle de constitucionalidade no Brasil, sob a influência do direito norte-americano, consagrou-se o caráter judicial, tendo sido introduzido, a clássica forma Difusa, cujo artigo 60 estabelecia caber aos juízes ou tribunais federais “processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

Embora a Constituinte de 1891 tenha chegado a discutir a possibilidade de criação de uma representação interventiva, foi apenas na Carta Política de 1934 que se positivou o mencionado instituto, também conhecido por “ação declaratória interventiva”, introduzindo-

se, no sistema brasileiro, uma forma de controle de constitucionalidade *in abstracto*, mediante a qual se reconhecia ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais ou legais dos Estados, em face de provocação do Procurador-Geral da República, para fins de intervenção federal.

A Carta Política de 1934, mantendo o sistema de controle difuso, inovou em dois aspectos: passou a exigir *quorum* mínimo de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público, e atribuiu competência ao Senado para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

A Constituição de 1937, elaborada sob a inspiração da Carta ditatorial polonesa de 1935, embora tenha preservado o modelo de controle de constitucionalidade híbrido instituído pela Carta Política anterior, conferiu ao Poder Legislativo a possibilidade de suspender por maioria de dois terços em cada uma das Câmaras, e mediante a provocação do Presidente da República, decisão do Supremo Tribunal Federal que tivesse declarado inconstitucional lei necessária ao “bemestar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”. Vedou, ademais, ao Poder Judiciário a possibilidade de conhecimento de questões “exclusivamente políticas”.

O movimento de redemocratização e reconstitucionalização instaurado no país com o fim da Era Vargas culminou com a promulgação da Carta Política de 1946 que trouxe inovações ao modelo de representação interventiva criado em 1934: ao invés de decidir acerca da constitucionalidade da lei que deflagrava a intervenção, deveria o Supremo Tribunal Federal aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados “princípios sensíveis”, constituindo, para a doutrina e a jurisprudência da época, típico processo de controle abstrato de normas, embora configurasse, *a priori*, uma peculiar forma de composição de conflitos federativos.

A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, desvinculou o sistema abstrato de jurisdição constitucional de seus fins interventivos, ao introduzir um modelo de controle abstrato de normas, destinado a auferir, mediante exclusiva provocação do Procurador-Geral da República, a constitucionalidade de leis e de atos normativos federais ou estaduais. O instituto tinha por escopo alcançar maior economia processual, reduzindo a carga

de trabalho dos tribunais inferiores, na medida em que a decisão do Supremo Tribunal Federal prestar-se-ia a orientar a jurisdição ordinária de casos semelhantes. *controle de constitucionalidade e o equilíbrio de poderes*”.

O controle era da competência do *Poder Legislativo* (“Art. 15- É da atribuição da assembléia-geral: 9o – velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da nação”) e do *Poder Moderador*, por intermédio do qual estava a coordenação da atuação dos outros poderes para manter a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes, sendo chave de toda a organização política.

Analisando o quadro instaurado pela mencionada Emenda Constitucional nº 16, de 1965, observa o professor GILMAR FERREIRA MENDES que “o controle abstrato de normas preenchia, nos modelos constitucionais de 1946, após a EC n. 16, de 1965, e de 1967/69, uma *função supletiva* e uma *função corretiva* do ‘modelo incidente’ ou ‘difuso’. Ele possibilitava a aferição direta da constitucionalidade de leis que, pela via incidental, jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente por não se mostrarem aptas, em princípio, a ser submetidas, como questão preliminar, numa controvérsia concreta. O controle abstrato de normas desempenhava, também, uma função corretiva na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do STF, permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes ou Tribunais sobre a mesma matéria”.

A Constituição de 1967, a seu turno, não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade instituído pela Constituição de 1946, podendo-se ressaltar a previsão constante na Emenda Constitucional nº 7, de 1977, de que a representação interventiva pudesse também versar sobre a *interpretação* de lei. Assim, evidencia-se que a jurisdição constitucional desenvolvida até então não provocara uma alteração profunda do sistema híbrido, em face da notável predominância do controle incidental de constitucionalidade.

A Carta de 1988 ampliou significativamente a competência originaria do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

A inovação operou mudança substancial no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, reduzindo o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo, segundo o professor Gilmar Mendes, que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de normas.

Da mesma forma, a criação da argüição de descumprimento de preceito fundamental também contribuiu para a ampliação do modelo abstrato de controle de constitucionalidade, notadamente pelo fato de atribuir eficácia geral à decisões de perfil incidental, estabelecendo, conforme o professor Gilmar Mendes, uma ponte entre os dois modelos de controle.

O processo de abstrativização do controle de constitucionalidade em questão, foi desenvolvido com as reformas constitucionais subseqüentes, notadamente com as Emendas Constitucionais nos 3, de 17 de março de 1993, e 45, de 8 de dezembro de 2004. De fato, a Emenda Constitucional no 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, assegurando a eficácia “erga omnes” e o efeito vinculante às nela decisões proferidas.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, além de estender a eficácia “erga omnes” e o efeito vinculante às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, introduziu entre nós a possibilidade de atribuição de efeito vinculante das súmulas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante deliberação de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

CAPÍTULO III - A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

3.1 COMPLEMENTARIDADE ENTRE DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

A premissa básica que justifica a legitimidade da justiça constitucional parte da idéia de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria.³³

Importante recordarmos a advertência feita por Walter Berns, ao comentar os princípios fundadores da Constituição norte-americana, em relação à maioria: “Em resumo, a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma política preocupada com direitos. Conseqüentemente, a regra da maioria, só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria”.³⁴

Assim, é absolutamente necessária a compatibilização do *Parlamento* (que representa o princípio democrático da maioria) com a *Justiça constitucional* (que representa a garantia do Estado de Direito)¹³ e a defesa dos direitos da minoria.¹⁴ Observe-se 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, pois como recorda Jorge Miranda, “o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos, tal como o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modulação”.³⁵

³³ Como salientado por Lawrence Baum, “a Corte Suprema é política numa variedade de sentidos... As percepções que os juízes têm da opinião pública e da opinião do Congresso afetam as decisões da Corte. As próprias decisões, com freqüência, levam grandes controvérsias no Governo e na Nação em geral, e os juízes podem ser atacados por membros do Congresso e por outros líderes políticos que discordam de suas políticas” (*A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 12-13).

³⁴ BERNs, Walter. A Constituição assegura esses direitos? In: Vários autores. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986

³⁵ MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 95.

Formalmente, as decisões dos Tribunais Constitucionais prevalecem sobre a dos representantes populares eleitos pelo voto porque presume-se que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício de poder constituinte originário. Ora, enquanto manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, o poder constituinte originário, modernamente tem o povo como seu titular,¹⁶ cuja vontade é expressa por meio de seus representantes eleitos, em Assembléia Nacional Constituinte, que efetivamente o exercem, pois a titularidade do Poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se sujeitar à Carta Magna.

Portanto, conforme os ensinamento de Goffredo Telles Junior, “o Poder do Congresso Nacional não é um Poder originário, nem autônomo, nem incondicionado. Ele não se rege por si mesmo, uma vez que sua atuação é pautada pelas normas da Constituição. Ele não leva em si a lei de seu próprio exercício. Não é um Poder soberano. O Poder Legislativo, considerando como Poder do Congresso Nacional, é um Poder constituído, um Poder exercido em conformidade com o que manda o Poder constituinte”.³⁶

Assim, o Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.³⁷

A idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.

³⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo. A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 51.

³⁷ O poder constituinte poderá manifestar-se tanto por um movimento revolucionário quanto por um movimento político (Assembléia Nacional Constituinte).

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser *inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado*. É *inicial*, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica; é *ilimitado e autônomo*, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor; e, finalmente, é *incondicionado*, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.³⁸

Dessa forma, a legitimidade formal do Tribunal Constitucional existe no momento da promulgação de uma Constituição que o instituiu formalmente, pois haverá a presunção de que sua criação foi decorrente da vontade soberana do Povo organizado em Assembléia Nacional Constituinte.

Esse entendimento é corroborado por Bernard Schwartz, quando explica que “a teoria americana admite uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembléia Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos da Constituição aprovados por ela constituem a lei suprema do país. A lei elaborada por qualquer órgão do Estado só é válida desde que não

entre em conflito com a Constituição”.³⁹

Igualmente, esse é o exato sentido da lição de Thomas Cooley, ao analisar o sistema constitucional norte-americano, afirmando que “o Poder Judiciário tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do poder legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se não poderem conciliar. Nesse caso, como o poder legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso,

³⁸ Nesse sentido, Canotilho sintetiza essas características dizendo que “o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder *inicial, autónomo e omnipotente*. É *inicial* porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder

³⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 26.

por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusarse a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática”.⁴⁰

Materialmente, sendo instituído por Constituições formais, os Tribunais ou Cortes Constitucionais são órgãos de garantia da supremacia de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, resguardando, dessa forma, o Estado de Direito e preservando as idéias básicas da Constituição material. Canotilho explica que “globalmente consideradas, as garantias de existência da Constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à Constituição; (2) na existência de competências de controlo, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da Constituição”.⁴¹

A jurisdição constitucional, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembléia Nacional Constituinte, exercendo, por conseguinte, um controle negativo. Como salientado por Jorge Miranda, “o Tribunal Constitucional exerce um poder de controle negativo, um *pouvoir d’empêcher*, não um poder de impulsão, um poder positivo”⁴²

Os eventuais confrontos entre a legitimidade da justiça constitucional e a legitimidade da maioria legiferante devem ser resolvidos em uma aplicação equilibrada e harmônica do princípio da separação de funções estatais, pois todos os poderes exercem funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece assentar-se o

Estado Constitucional de Direito na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos*.⁴³

⁴⁰ COOLEY, Thomas. Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito ...* Op. cit. p. 782

⁴² MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p.95.

⁴³ CLÈVE, Clémerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 26

As Constituições, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, prevêm a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no artigo 2º da nossa Constituição Federal.

Como salientam Canotilho e Moreira, “um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de *lealdade constitucional* (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)”.⁴⁴

Lembremo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente. O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um

⁴⁴ CANOTILHO, J .J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Os poderes do presidente da República*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 71.

Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).

Como salientado pelo *Chief Justice* Marshall, no célebre caso *Marbury v. Madison*, “para que então limitarem-se os poderes, e para que estabelecer-se tal limitação em um documento escrito, se tais limites puderem, a qualquer momento, ser ultrapassados por aqueles a quem se pretende restringir”.⁴⁵ Assim, as funções estatais de soberania são modernamente atribuídas a vários órgãos estatais, entre eles, aos Tribunais ou Cortes Constitucionais, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.

Como salienta Cappelletti, “efetivamente, resulta difícil imaginar que atualmente poder-se-ia assegurar um sistema qualquer de equilíbrio eficaz entre os poderes sem o crescimento e diversificação do próprio ramo judiciário”.⁴⁶ A esses órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que hajam Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização, a perpetuidade e a efetividade desses requisitos.³² Todos esses temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

Dessa necessidade protetiva do Estado de Direito advém a legitimidade material da justiça constitucional, pois como afirmado por Jorge Miranda, “para lá da legitimidade adveniente da previsão em Constituição democrática, há uma legitimidade própria dos órgãos de controlo, inerente ao princípio da divisão e limitação de poder do Estado de direito democrático”.⁴⁷

⁴⁵ *Marbury v. Madison*, U.S. Supreme Court, 177 (1803).

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 612.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. Nos dez anos... Op. cit. p. 98

Assim, 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,³⁴ pois nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexistente,³⁵ 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*.⁴⁸

Importantíssima a observação feita por Rivero, após constatar a crise na Democracia representativa - analisada no capítulo anterior - de que “a velha idéia que dominou todo o liberal século XIX, da proteção da liberdade pela lei, tende a ser substituída pela idéia experimental da necessidade da proteção das liberdades contra a lei. E essa evolução tem sido possível graças a esse fenômeno extraordinário que é a existência de uma autoridade superior ao

legislador, de uma autoridade encarregada de impor o legislador o respeito à Constituição”.⁴⁹

Ora, a questão essencial sobre a legitimidade da Justiça constitucional exige uma interpretação que compatibilize a representação popular, enquanto direito da maioria, e a defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, devendo pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos básicos de uma Constituição Federal, que entre outros, podem ser destacados o de justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica.⁵⁰

Há, portanto, necessidade de direcionarem-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de Ferdinand Lassalle e Konrad

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Igualdade y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993. p. 117.

⁴⁹ RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 666.

⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p.

Hesse, no sentido de que uma Constituição tem caráter informador de todo o ordenamento jurídico, e se em seu gênese a Constituição de um país é “*a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*”,³⁹ após a sua edição, “*graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social*”.⁵¹

Portanto, as previsões constitucionais, e em especial os direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, devendo suas previsões servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do *poder público*, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Somente com o pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos Direitos Fundamentais poderemos almejar a conquista da verdadeira *liberdade*, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de Roscoe Pound, para quem liberdade consiste “*na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos*”.

Cappelletti corrobora esse entendimento afirmando que “somente nos sistemas democráticos de governo existe uma oportunidade para que se respeite os direitos fundamentais”, de maneira que “a Democracia não pode sobreviver em um sistema em que os direitos e garantias fundamentais careçam de uma proteção eficaz. Como muito acertadamente se tem observado, a preservação das liberdades públicas exige a eliminação da concentração de poder e a distribuição de todo o poder que não possa ser eliminado - um sistema de equilíbrio de poderes”; e conclui: “uma Justiça razoavelmente independente dos

⁵¹ HESSE, Konrad. *A força normativa...* Op. cit. p. 24.

caprichos e intolerâncias das maiorias pode contribuir em grande medida para a Democracia”.⁵²

Sem respeito a essas regras não haverá Estado de Direito, desaparecendo a liberdade e conseqüentemente a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a

conseqüência nefasta do fim da Democracia.⁴³ Bernard Schwartz conclui nesse sentido, afirmando que “o ponto básico na concepção americana do princípio da legalidade é o respeito aos princípios que estão acima do Estado e que são confirmados pelos tribunais. No sistema americano, tais princípios são os estabelecidos pela Constituição federal. Os atos legislativos que entrarem em conflito com eles serão declarados nulos pelos tribunais americanos. Deve-se admitir, afirmou a Corte Suprema dos Estados Unidos, que em todo Governo livre há certos direitos que estão acima da competência do Estado. O Governo que não reconhece tais direitos, que mantém a vida, a liberdade, a prosperidade de seus cidadãos sujeitas, a qualquer momento, à disposição absoluta e ao domínio ilimitado mesmo do mais democrático depositário do poder, é afinal de contas apenas um despotismo. É verdade que é um despotismo de muitos - da maioria, se quisermos chamá-lo assim -, mas não deixa de ser um despotismo”.⁵³

A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que *poder público*, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res pública*, paute-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.

3.2 COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Igualmente, apresenta-se como fator legitimador da Justiça constitucional a participação popular, por intermédio de seus representantes eleitos no Parlamento e no Executivo, na escolha dos membros dos Tribunais ou Cortes Constitucionais. Assim, a

⁵² CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad... Op. cit. p. 633

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad... Op. cit. p. 633

questão da composição das Justiças constitucionais é certamente a que provoca as mais equivocadas interpretações e os mais árduos debates, situando-se em dois níveis: *político* e *jurídico*.

Como salienta Pedro Cruz Villalón, a questão da legitimidade dos Tribunais Constitucionais deve ser analisada em sua origem, ou seja, se a sua forma de composição é ou não respaldada pela idéia de soberania popular.⁵⁴ O tratamento diferenciado dado à investidura dos juízes da jurisdição constitucional é explicado em virtude de sua natureza dúplice, e porque suas decisões envolvem a supremacia constitucional, os atos das mais elevadas autoridades do Estado e, principalmente, as leis do Parlamento, que são consideradas como expressão da vontade geral.

Em razão disso, essa jurisdição não pode ter a mesma composição das jurisdições ordinárias, sob pena de contestação de sua legitimidade, e deve apresentar os três requisitos de observância obrigatória na composição política da Justiça constitucional para que reforcem sua legitimidade: *pluralismo*, *representatividade* e *complementaridade*.

Em relação ao *pluralismo*, o importante é que o órgão encarregado da Justiça constitucional tenha uma composição pluralista, de maneira que possa aumentar a representatividade global do sistema, protegendo os grupos minoritários que não tenham acesso aos ramos políticos.

Observe-se que, para garantia da atualização do pluralismo e da representatividade, em regra, deverá haver uma renovação regular dos membros do Tribunal ou Corte, que devem ter mandatos certos e não muito longos, de maneira que nem a designação da maioria coincida com o início do mandato do Chefe de Governo, nem que se perpetuem no cargo, impedindo, assim, que eventuais evoluções políticas e sociais, com reflexos imediatos na composição do Parlamento e na eleição do Chefe do Executivo, não sejam acompanhadas pela Justiça constitucional. Dessa forma, o ritmo de alterações, por meio de novas nomeações envolvendo os outros dois ramos do Governo (Legislativo e Executivo), permitirá assegurar que a evolução social da Corte, que não se mostrará alheia às novas exigências decorrentes da constante mutação da sociedade.⁵⁵

⁵⁴ VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 87.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Tribunales...* Op. cit. p. 625

A *representatividade* consiste na participação da maioria qualificada do Parlamento para a aprovação do nome do juiz constitucional e parece garantir um maior pluralismo, como reflexo do próprio pluralismo democrático das Câmaras Legislativas, pois acaba por permitir às minorias parlamentares o direito de veto ao nome indicado para compor a Corte Constitucional, uma vez que essa deve representar necessariamente as várias tendências e partes da sociedade, inclusive as diversas minorias.

Por fim, a *complementaridade* consubstancia-se na necessidade de multiplicidade e variação de experiências profissionais anteriores dos juízes constitucionais, pois, na realidade, a experiência de um juiz constitucional proveniente da magistratura de carreira é diversa daquele proveniente da advocacia ou do Ministério Público, ou ainda, da Universidade Pública, ou do próprio Parlamento, ou outros ramos profissionais. Essa complementação de experiências acaba por legitimar a Justiça constitucional, afastando-a tanto do tecnicismo exacerbado, quanto da política exagerada.

Concordamos, portanto, com Favoreu quando aponta que o modo de designação dos juízes constitucionais pelas autoridades políticas pelos diversos sistemas jurídicos constitui, além de uma tradição da justiça constitucional, uma necessidade de legitimidade, que repousa em grande parte nessa técnica de designação.⁵⁶

3.3 FUNDAMENTAÇÃO E ACEITAÇÃO POPULAR DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Outro grande pilar que sustenta a legitimidade da justiça constitucional é a aceitação de suas decisões pelos demais poderes por ela fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, motivo pelo qual todos os seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos.

⁵⁶ Essa necessidade de pluralismo e representação das minorias não passou despercebida pelo então Ministro do STF, Francisco Rezek, que afirmou que “para reconforto dos brasileiros, seu tribunal mais alto não é e não será jamais uma confraria de almas-irmãs. Não o tem sido, tampouco, a Suprema Corte Americana; e isto, dado o pluralismo que caracteriza as duas sociedades - e que, no Brasil, não se limita ao plano das idéias - , é mais que positivo. Chega a ser imperioso, na medida em que o poder político facultado às duas casas de justiça reclama que representem, de modo autêntico e completo, um quadro social heterogêneo e marcado por constante transformação” (prefácio da obra de BAUM, Lawrence. *A Suprema...* Op. cit. p. 8) .

Assim, a verdadeira, duradoura e incontestável legitimidade da Justiça constitucional será concedida pela opinião pública, pois somente ela é que, em definitivo, consagrará ou rejeitará essa instituição, analisando-a em virtude de sua jurisprudência e de sua atuação perante o Estado, pois, como ressalta Henry Abraham, “as decisões que contrariam o consenso geral simplesmente acabam não perdurando”.⁵⁷

Como salienta Antonio Scarance Fernandes, a grande destinatária da motivação das decisões judiciais é a comunidade, no intuito de ter “condições e verificar se juiz e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da função jurisdicional”.⁵⁸

Historicamente, isso é facilmente constatado ao se comparar o desenvolvimento da justiça constitucional dos Estados Unidos e da França. Em relação ao Conselho Constitucional francês, constata-se que sua legitimidade foi fortemente contestada, principalmente por razões históricas e ideológicas contrárias à magistratura em geral. Como salienta a doutrina francesa, o controle de constitucionalidade das leis sempre foi ausente no direito francês, havendo mesmo, uma hostilidade à aplicação dessa técnica. No entanto, com a melhora da instituição e evolução de sua jurisprudência, houve considerável mudança da visão francesa sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, principalmente quando o Conselho Constitucional ampliou seu papel e passou a exercer mais efetivamente um controle geral da constitucionalidade das leis com ênfase, basicamente, na proteção dos direitos fundamentais.

Diferentemente, desde 1803 (*Madison v. Marbury*), a Corte Suprema americana iniciou a aquisição de reconhecimento e aceitação popular, ganhando grande respeito não só perante os demais Poderes de Estado, mas perante o próprio povo, que passou a enxergá-la como o último bastião na defesa dos Direitos Fundamentais. Como lembra Bernard Schwartz, “não é a Corte Suprema sozinha, mas a Corte Suprema, apoiada pela força da opinião pública informada, que tem tornado o controle judicial da constitucionalidade um fator tão importante

⁵⁷ ABRAHAM, Henry. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: Vários autores. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 99.

⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117.

no funcionamento do sistema de Governo americano”, uma vez que “a aceitação da Corte Suprema e de sua autoridade na esfera constitucional está atualmente tão arraigada na consciência americana quanto a aceitação da competência dos tribunais em questões de Direito Privado na Inglaterra”, para concluir que “o apoio básico do Judiciário federal dos Estados Unidos não se encontra na sua posição constitucional, que, em vários aspectos, é inerentemente fraca em comparação com a do Legislativo e a do Executivo, mas na aceitação pela opinião pública do seu papel como guardião d Constituição americana.

Num Governo democrático, representativo como o nosso, escreve um juiz americano, o poder do Judiciário depende grandemente de sua reputação quanto à sua independência, integridade e bom senso.

Para garantir apoio a seus julgados e, conseqüentemente, reafirmação de sua legitimidade, historicamente o estilo das decisões da diversas Cortes Constitucionais foi alterado, visando um maior detalhamento de sua motivação e propiciando maior acesso popular aos elementos básicos de sua fundamentação, por meio de publicidade de seus acórdãos.

Como ressalta René David, ao analisar o desenvolvimento no estilo formal das decisões, “um outro elemento a considerar é o estilo das decisões judiciárias. Estas, atualmente, devem ser sempre motivadas. A obrigação de motivar os julgamento é, no entanto, recente. Durante muito tempo, concordou se em ver nos julgamentos um exercício de autoridade, que não tinha de ser justificado. A prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradualmente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França e em 1879 na Alemanha foi imposta aos juízes uma obrigação geral de motivar as decisões. O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido; a própria Constituição o consagra na Itália. Surge aos olhos dos homens do nosso tempo uma garantia contra as decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito. As decisões judiciárias nos países da família romano-germânica assemelham-se pelo fato de terem de ser todas motivadas”.

Importante não nos esquecermos da lição de Rui Barbosa, ao advertir que “a autoridade da justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões. O poder não a enfraquece, desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a. A majestade dos tribunais assenta na estima pública; e esta é tanto maior, quanto mais atrevida for a insolência oficial, que lhes desobedecer, e mais adamantina a inflexibilidade deles perante ela”.⁵⁹

⁵⁹ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991. v. XIX, p. 300.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando uma determinada sociedade se organiza politicamente, haverá de surgir regras básicas ou estatutos fundamentais, que regulem o modelo orgânico dessa comunidade política. A lei, ainda que obra do legislador, deve expressar a real vontade do povo e respeitar os princípios e direitos fundamentais e basilares.

Neste contexto, seja pelo fortalecimento do poder político dos grupos de pressão, seja pela flagrante crise democrática representativa, natural que a Lei não necessariamente representa a vontade do povo, ou que surjam conflitos e embates políticos e de interpretação, que se não resolvidos, podem tornar inviável a convivência social dessa comunidade

Dentro dessa perspectiva, acentua-se a necessidade da existência de um órgão, dotado de independência e que possa instrumentalizar a proteção e a efetivação dos preceitos constitucionais, que determine o que é justo ou pelo menos o que é jurídico, que estabeleça o equilíbrio do sistema e o estado democrático de direito. A jurisdição constitucional se configura um instrumento indispensável para a resolução desses embates advindas da sociedade, ao mesmo tempo em que concretiza e aprimora o Estado Democrático de direito e as instituições democráticas, mostrando ser uma instituição plenamente detentora de legitimidade democrática .

No exercício da jurisdição constitucional, a corte é cobrada a prestar uma efetiva solução na concretização dos direitos constitucionais, que por sua vez, acabam por demandar um papel ativo do poder judiciário, consubstanciado em técnicas de decisão que, por vezes contraria a lógica clássica da separação de poderes, gerando uma grande tensão entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, representado pelos poderes Legislativo e Executivo.

È importante termos em mente, que a legitimidade democrática de um poder de Estado não se vincula apenas à idéia do sufrágio universal, mas também decorre de outros elementos, como a sua função democrática na defesa das minorias e a sua submissão aos valores e princípios previstos no texto da Constituição. O que importa para a configuração da

legitimidade de um ato, é saber se o mesmo foi ato produzido em conformidade com o ordenamento jurídico ou se condiz efetivamente com a vontade da lei fundamental.

O direito é um instrumento de compulsória integração social e, por necessidade lógica, segurança jurídica e previsibilidade quanto ao desfecho dos conflitos, todo ordenamento deve ser duplamente finito, ou seja, deve haver um ponto de partida, no caso a norma fundamental, e um ponto a feche o sistema, que cesse os conflitos de interpretação, que dite a última palavra. É imprescindível ter alguém que decida por último, o mais importante, que esta decisão seja acatada por todos, afinal, não se pode conceber que prevaleça a lei do mais forte.

Ao estabelecer-se a necessidade de escolha de quem falará por último, daquele que disporá de autoridade absoluta para interpretar e proteger a Constituição, surge a controvérsia acerca de que órgão deveria exercer tal papel e como seria realizado. Kelsen defendia que a instituição da jurisdição constitucional era o meio necessário e eficiente para assegurar o cumprimento das normas constitucionais por intermédio do controle dos atos estatais por órgão diverso daquele que elaborou as normas, de forma que haveria um legislador positivo e um negativo. O primeiro elabora a lei, e o segundo declara-a inconstitucional, de forma a gerar um hiato entre os dois legisladores.

Carl Schmitt, contradizendo Kelsen, defendia a idéia de que a Constituição, por seu conteúdo político, não se confunde com leis constitucionais, pois expressa valores que nela são inseridos por decisão política, motivo pelo qual não admite que a ofensa à Constituição seja reparada por uma Corte Constitucional com poderes para tanto, integrante do Poder Judiciário. O órgão político tem prevalência sobre o jurídico, de forma que os conflitos entre poderes e entre leis somente seriam revistos pelo órgão político sob pena de gerar a “politização da justiça.”

Por uma questão de bom senso, a escolha acabou recaindo sobre o judiciário, afinal de contas, ninguém é bom juiz em causa própria, o que retira do parlamento, essa tarefa de interpretação da Lei fundamental.

O debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é antigo, notadamente a jurisdição constitucional brasileira, em face do processo de ampliação do modelo abstrato de controle de constitucionalidade por nós vivenciados, como também por uma tendência à abstrativização do Controle Concreto . Tal processo teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, desafiando o tradicional modelo difuso de controle de constitucionalidade, estendeu o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sem o estabelecimento de qualquer pressuposto de admissibilidade material, à exceção da pertinência temática, para a incidência do controle abstrato de constitucionalidade.

O mencionado processo de abstração, ou processo de germanização do sistema híbrido de jurisdição constitucional foi consolidado pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, e pela recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que conferiu força normativa às súmulas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Não existe um déficit de legitimação democrática da jurisdição constitucional. O primeiro erro a ser corrigido é o argumento de que o Estado Democrático de Direito se reduz ou se confunde com a democracia representativa apenas, a legitimidade não se assenta tão somente, com já visto anteriormente, na soberania do voto popular ou com o princípio da maioria, mas no seu papel de servos da Constituição e guardiões dos direitos fundamentais.

Os ataques também emergem da afirmação que as câortes se transformaram em órgãos legiferantes. A verdade é que, por trabalhar com fórmulas lapidares ou enunciados abertos e indeterminados, somados a liberdade de interpretação e por desfrutarem de singular autoridade, os guardiões da Constituição, acabam por constitucionalizar sua própria concepção de justiça, que outra não é senão a da classe social, hegemônica, que eles integram e representam. Razão disso é que suas decisões podem acarretar conseqüências políticas de grande monta.

Defender a Constituição, promulgada pelo Poder Constituinte, cuja legitimidade ninguém se aventura a colocar em dúvida, é também defender os valores que ela reconhece e proclama, sendo que, acionar a jurisdição constitucional contra leis ou atos contrários aos

ditames da lei fundamental, é muito mais fácil às minorias que utilizar outros métodos de pressão, por vezes, incapazes de inibir tais abusos.

A garantia da presença dos mais variados setores de comunidade na discussão da constitucionalidade das leis, observado no aumento dos legitimados a propor Ação Direta de Constitucionalidade desde a CF de 1988, a possibilidade de intervenção dos *Amicus curiae*, e o direito de petição, a exemplo do Mandado de Segurança e a Reclamação, não há dúvidas de que a jurisdição Constitucional brasileira é essencialmente democrática, no qual o povo tem o sentimento de participação.

Por outro lado, a multiplicação de Ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal desde a sua criação e a aceitação de suas decisões pelos demais poderes e pela opinião pública, evidenciam a sua aprovação democrática e comprovam a sua importância para o aprimoramento da democracia e manutenção da tranquilidade social.

Assim, a verdadeira e incontestável legitimidade da justiça constitucional é concebida pela opinião pública que a consagra, conforme as palavras do ilustre Rui Barbosa: “*A autoridade da justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões. A majestade dos tribunais assenta na estima pública*”.

REFERÊNCIAS

Barbosa, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição Constitucional**, Entre Constitucionalismo e Democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: Saraiva. 1998.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey , 1997.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. , Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1997.

Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A legitimidade do direito positivo – Direitonatural, democracia e jurisprudência, 1ª edição. São Paulo: Editora Forense Universitária Ltda, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocência M. Coelho, Paulo G.G. Branco, **Curso de Direito Constitucional**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas**. Revista Jurídica Virtual, Ano 01. v. 01, mai. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm>. Acesso em: 01 mai. 2007.

Plano de MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como Democracia. São Paulo.

Quién debe ser el defensor de la Constitución? 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

VIEIRA, Renato stanzola. **Jurisdição Constitucional Brasileira e os Limites de Sua Legitimidade Democrática**. São Paulo: Renovar 2008.