

A FUNÇÃO SECUNDÁRIA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS:

UMA PROPOSTA EMERGENCIAL

A SECONDARY FUNCTION OF THE JUDICIARY IN EFFECTIVE RIGHTS AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES: AN EMERGENCY MOTION

Nathalie de Paula Carvalho

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo realizar uma reflexão sobre a complexa relação entre a democracia, a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, principalmente no que tange a efetivação das letras constitucionais. Por esta via, pretende-se analisar a legitimidade democrática do Poder Judiciário em atuar jurídica e politicamente na busca deste objetivo, inclusive quando surjam fatores que contrariam a soberania, vale dizer, apenas teórica, às decisões da maioria democraticamente considerada. As dificuldades que se encontram nos meandros da estrutura administrativa representam outra ordem de obstáculos ao respeito a estes ditames, que, segundo o art. 5º, § 1º do texto constitucional, por revestirem a qualificação de fundamentais, deveriam ter eficácia imediata. Os abusos por parte dos agentes públicos são constantes e, para coibir estas ações ou omissões que causam danos aos cidadãos, urge uma voz mais alta, que, como será demonstrado cabe ao Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Democracia. Jurisdição constitucional. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This research has the scope to perform a reflection on the complex relationship between democracy, constitutional jurisdiction and fundamental rights, especially as regards the effectuation of constitutional letters. In this way, we intend to analyze the democratic legitimacy of the judiciary to act legally and politically in pursuit of this goal, even when factors arise that contradict the sovereignty, that is, only theoretical, the decisions of the majority democratically considered. The difficulties that lie in the intricacies of the administrative structure represents another order of obstacles respect to these dictates, that, according to art. 5, § 1 of the Constitution, are constituted by a basic qualification, should have immediate effect. The abuses by public officials are constant and, to curb these acts or omissions that cause harm to citizens, urges a more haughty voice, which, as will be shown it is for the judiciary.

Key-words: Democracy. Constitutional jurisdiction. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Historicamente, as constituições representam o sustentáculo político e jurídico de um Estado, descrevendo em suas letras regras, princípios, valores e disposições que deverão ser observadas no exercício do Poder Público, priorizando, dentre outros elementos os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Esta seria uma orientação geral, básica e primordial. As demais, ou seja, os deveres anexos, são proporcionados pela relação estreita e simbiótica entre a

constituição, em seus sentidos formal e material, a democracia, o exercício da jurisdição, em especial a constitucional, para que, juntos, seja possível, pelo menos em tese, a legitimidade e efetividade dos direitos fundamentais. Esta tarefa, cumpre observar de início, se torna complexa e com sua possibilidade questionada, na medida em que, já no aspecto conceitual, surgem discursos diversos que carregam no seu âmago as próprias contradições.

Por incorporarem os chamados direitos fundamentais, os quais são inerentes a toda pessoa humana, considerada individualmente ou em coletividade, as constituições legitimadas e consideradas democráticas devem viabilizar uma necessidade de interpretações construtivas de seus sentidos por parte da jurisdição constitucional, ensejando o ajuizamento de ações judiciais para atender as aspirações sociais. Em âmbito internacional, diversos teóricos do direito têm debatido sobre a correlação entre democracia e direitos fundamentais, haja vista que, como anteriormente mencionado, esses dois institutos constituem elementos necessários e essenciais para a estruturação da vida política e jurídica de qualquer Estado.

A imposição de justificar dentro dos limites democráticos a atuação dos Tribunais Constitucionais em efetivar os direitos fundamentais diante da violação ou omissão destes por parte do Poder Legislativo é, dentro desta temática, um dos principais dilemas dos dias atuais. O presente artigo tem por escopo analisar a problemática existente entre o papel da jurisdição constitucional, que tem por característica ser contramajoritária, em defesa dos direitos fundamentais e a democracia.

1 DEMOCRACIA – UM CONCEITO OU UMA CONCEPÇÃO

Missão das mais complexas e árduas é apresentar um conceito de democracia, haja vista que os mais variados pontos são usados como lentes (linhas de pensamento, historiografia, orientações doutrinárias) para o desenvolvimento da ideia democrática, por se tratar de um conceito multiforme e contestável: “se buscarmos debaixo desse termo o seu real significado, arriscamo-nos à mesma decepção angustiante que varou o coração de Brutus, quando o romano percebeu quanto valia a virtude”. (BONAVIDES, 2006, p.287).

Nesta oportunidade, não se pretende buscar uma síntese das posições existentes, mas tão somente destacar parâmetros que possam corroborar com as implicações entre democracia e globalização. Por outro viés, por fidelidade acadêmica, apontar-se-á a corrente que norteará o presente artigo. A palavra democracia vem do grego *demokratia* e etimologicamente traduz-se

no governo do povo, para o povo, pelo povo. Carlos Santiago Nino afirma (1989, p. 371) que “[...] democracia é uma expressão da soberania popular. Trata-se da abordagem mais tradicional, pois se sustenta no argumento de que a democracia é a única forma de governo em que o povo permanece soberano, governando a si mesmo”.

François Hartog (2001, p.90), endossa o pensamento clássico que considera a origem da democracia em Atenas, calcada na figura de Péricles e, principalmente, na participação direta do povo nas decisões políticas do Estado. Nesta mesma orientação segue Norberto Bobbio (2000, p.372), ao reforçar que os próprios governados eram os responsáveis pelos rumos das decisões públicas e políticas. Contrariamente, a compreensão da democracia moderna é assinalada pela representatividade. David Held (1995, p.21) complementa:

Apenas os homens atenienses com mais de 20 anos podiam se tornar cidadãos. A democracia antiga era uma democracia dos patriarcas; as mulheres não tinham direitos políticos e seus direitos civis eram estritamente limitados [...]. Havia um grande número de residentes em Atenas que também não podiam participar dos procedimentos formais. Estes incluíam ‘imigrantes’ cujas famílias tinha se estabelecido em Atenas há várias gerações. Mas a maior categoria de pessoas politicamente marginalizadas era a população escrava.

Jean-Jacques Rousseau (1999, p.151) ao comentar sobre a democracia, assevera que, “se existisse um povo dos deuses, governar-se-ia democraticamente. Governo tão perfeito não convém aos homens”. Uma das acepções de democracia no mundo moderno é a minimalista em que a considera como um simples procedimento de voto. *Data maxima venia*, esta concepção parece apresentar-se de maneira simplificada e aversa a complexidade do instituto democrático.

A democracia procedimentalista, por sua vez, reduz-se ao governo da maioria e, como assegura Ronald Dworkin (2001, p.158) “[...] em caso de desacordo entre os cidadãos a decisão democrática é sempre e unicamente aquela que defende a maioria”. Vale mencionar que um dos maiores representantes da democracia procedimentalista foi Joseph Schumpeter (2001), por exemplo, por considerar que se, caso União Soviética stalinista tivesse o direito a voto pelos membros do Partido Comunista, deveria ser considerada democrática. Veja-se:

No momento em que passamos a estudar a história dos partidos socialistas, começamos a ter dúvida sobre a validade da afirmação de que, uniformemente, todos eles defenderam o credo democrático. Em primeiro lugar, temos a grande comunidade socialista, que é dirigida por um partido em minoria e não oferece nenhuma oportunidade a outros. Os representantes desse partido, reunidos na XVIII Convenção da organização, ouviram relatórios e aprovaram

unanimemente resoluções, onde não se ouviu coisa alguma que lembrasse o que chamamos de debates. Terminaram votando (como dizem as fontes oficiais) que o povo russo (?), em incondicional devoção ao partido de Lenin e Stalin, e ao grande líder, aceita o programa de grandes obras esboçado no mais sublime dos documentos de nossa época, o relatório do camarada Stalin, para cumpri-lo sem um momento de vacilação, e que ‘nosso Partido Bolchevista, sob a liderança do gênio do grande Stalin, inicia uma nova fase de desenvolvimento’. Essa manifestação e as eleições de candidatos únicos, complementadas por processos-pantomima e métodos da GPU, podem, sem dúvida, constituir a mais perfeita democracia do mundo, se se atribui uma significação especial à palavra, mas não é de maneira alguma o que a maioria dos americanos entenderia por democracia. (SCHUMPETER, 1961, p.55).

Amy Gutmann (1995, p.08) caracteriza a democracia procedimentalista como populista e a conceitua como “um sistema de governo da maioria que não impõe restrições à substância dos resultados sancionados pelo eleitorado, com exceção daquelas que são exigidas pelo próprio procedimento democrático de governo popular”. Nota-se que, neste diapasão, a teoria democrática voltada para aceção majoritária impede a limitação dos resultados obtidos mediante procedimento democrático pela jurisdição constitucional.

Afastando-se deste suposto elemento essencial, o majoritarismo, a democracia deliberativa não consiste somente em uma apenas democracia procedimentalista, pois conforme André Ramos Tavares e Pedro Buck (2007, p.172) ela “convive bem com a existência de um rol de direito que restrinjam a agenda legislativa, desde que esses direitos sejam reputados como essenciais para a formação da autonomia das pessoas”. Já se vê um relativismo do conceito democrático, ou seja, são impostas condições a serem respeitadas, pelo menos no plano teórico. A democracia deliberativa propõe a resposta de que valorizamos a vontade popular e a liberdade pessoal na medida em que o exercício de uma e outra reflitam ou expressem a autonomia das pessoas. (GUTMANN, 1995, p.20).

Heloisa da Silva Krol (2007, p.100) reforça que “uma das ideias fundamentais da democracia deliberativa é compreender a democracia para além da prerrogativa majoritária de decidir sobre questões políticas”. Portanto, a concepção de democracia deliberativa supera as deficiências da democracia procedimentalista, a qual não se preocupa que o conteúdo de suas decisões majoritárias esteja necessariamente de acordo com os direitos fundamentais. É, portanto, na democracia deliberativa que a vontade da maioria deve ser limitada para o exercício dos princípios que visam garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, busca-se uma posição de equilíbrio.

Nesse sentido, para o estudo da presente pesquisa acadêmica, é essa concepção de democracia que será adotada, pois permite uma relação compatível entre os direitos fundamentais e a democracia. A defesa de uma democracia essencialmente procedimentalista é irreal em qualquer Estado Constitucional, tendo em vista que, antes de qualquer disposição, prima-se pela supremacia dos princípios constitucionais, não podendo o majoritarismo, em suas limitações procedimentais e práticas, simplesmente derrogá-los.

2 UM CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

As tensões e debates em torno do constitucionalismo e da democracia são constantes, derivando do fato que se por um lado a organização das sociedades se apóia no consenso popular, por outro, a vontade dos cidadãos tem como limites normas constitucionais dificilmente modificáveis ou mesmo intangíveis. (KROL, 2007, p.79). Portanto, pode-se afirmar que o caráter antidemocrático do constitucionalismo consistiria, em uma primeira análise, no fato de este restringir em algumas situações específicas, em nome do interesse público, a vontade individual em homenagem aos princípios constitucionais.

A imposição de limites ao poder soberano a fim de proteger os direitos humanos¹ é um fenômeno decorrente do constitucionalismo moderno e se consubstancia nos pilares do liberalismo político. Ronald Dworkin (2001, p. 156) assegura que o constitucionalismo “confere a juízes não eleitos o poder de contestar as decisões dos poderes executivo ou legislativo designados democraticamente, a partir do momento em que elas violem, a seus olhos, os direitos do homem assegurados”.

Assim, as decisões de uma assembleia democrática estariam submetidas ao controle do Poder Judiciário é recente, surgindo através da decisão de John Marshall que decidiu que os

¹ Explica Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p.31) a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão, ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

juízes americanos deveriam aplicar a Constituição, inclusive contra a vontade da maioria. Diferentemente da democracia procedimentalista, para o constitucionalismo é possível e muitas vezes necessária a restrição dos resultados de procedimento democráticos freados e balizados pela jurisdição constitucional, com a justificativa primordial de proteção dos direitos e dos princípios constitucionais. Impõe-se, neste contexto, uma relação de complementaridade e interdependência entre ambos apesar de seus objetivos por vezes se manifestarem como distintos. A relação de complementaridade entre a democracia e o constitucionalismo é contemporânea e autoriza se falar de um sistema de governo denominado por Carlos Santiago Nino (1999, p. 13) como democracia constitucional:

[...] que o constitucionalismo e a democracia se combinam para formar um sistema de governo conhecido como democracia constitucional e que esta união constitui um feliz matrimônio entre dois valiosos ideais, sendo inclusive a democracia constitucional muito superior à democracia pura ou a um governo constitucional não democrático.

Neste regime não se defende a supremacia do procedimento democrático, mas é possível a limitação delas em proteção aos direitos constitucionalmente assegurados. A proteção pelo Estado aos diversos direitos humanos é condição necessária ao próprio exercício da democracia, o fato de que esses direitos limitem os poderes de uma maioria não tem interesse. O Constitucionalismo não é, portanto, o inimigo da democracia, mas, como já decidiram tantas nações, um meio essencial a sua existência. (DWORKIN, 1991, p.162).

A interdependência entre esses dois elementos demonstra que uma democracia só existe quando respeita os princípios constitucionais impostos na Carta Fundamental, enquanto que só se pode falar de uma Constituição efetivada quando ela se encontra inserida em uma democracia. O constitucionalismo não visa limitar o poder soberano do povo, mas garantir o exercício dos direitos fundamentais com o fim de assegurar a própria democracia. Considera-se, então, o constitucionalismo como o substrato da democracia.

3 UMA RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em que pesem todas as controvérsias doutrinárias em torno da temática dos direitos fundamentais e humanos – a começar pela própria nomenclatura – pode-se iniciar esta abordagem afirmando, ainda com reservas, que os direitos ditos fundamentais, em linhas gerais, consistem

em máximas jurídicas positivadas dentro de um ordenamento jurídico de um Estado que visam garantir uma vida digna, justa e igualitária a todos. Dimitri Dimoulis (2007, p.30) define como direitos fundamentais “os direitos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais – possuindo, portanto, caráter normativo supremo em âmbito estatal – cujo objetivo é limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Convém ressaltar, que atualmente os direitos fundamentais não abrangem somente um aspecto individual, mas também um sentido social, político, econômico, difuso e coletivo. Denomina-se esta orientação de horizontalização de direitos e garantias fundamentais, amplamente utilizada no Supremo Tribunal Federal (STF)². Para Juan María Bilbao Ubillo, trata-se de um fenômeno irradiante, ao qual referencia como *la incontenible vocación expansiva de los derechos fundamentales*, explicando que:

O protagonismo ou o êxito dos direitos fundamentais na cultura jurídica atual localiza nas normas que os reconhecem são de aplicação direta e imediata, mas têm um conteúdo principal, um substrato muito aberto, pelo que tendem a expandir-se, a penetrar e preencher impetuosamente todos os interstícios do ordenamento. (BILBAO UBILLO, 2008, p.308)³.

Os direitos fundamentais balizam, de forma positiva ou negativa, a atuação estatal, pois conforme adverte Robert Alexy (2008, p. 447) “definem aquilo que o legislador legitimado democraticamente pode e aquilo que ele não pode decidir. [...] essas normas representam proibições e deveres que restringem sua liberdade e são, além disso, normas negativas de competência”. Em suma, representa limites.

Precipuamente, a conexão entre os direitos fundamentais e a democracia pode ser caracterizada em dois sentidos: uma de complementaridade e outra de incompatibilidade. A tese de complementaridade afirma que a democracia é elemento essencial para que os direitos fundamentais sejam efetivados, Ao passo que a tese de incompatibilidade assegura que o reconhecimento dos direitos fundamentais em um Estado viola o princípio democrático, já que as decisões baseadas na maioria sempre estarão limitadas a estes pré-comprometimentos

² Cf. Supremo Tribunal Federal - Recursos Extraordinários RE - 201819/RJ, RE 161.243-6/DF, RE 158215-4/RS.

³ El protagonismo o el éxito de los derechos fundamentales en la cultura jurídica actual radica en que las normas que los reconocen son de aplicación directa e inmediata, pero tienen un contenido principal, un sustrato muy abierto, por lo que tienden a expandirse, a penetrar y rellenar impetuosamente todos los intersticios del ordenamiento. (tradução livre).

constitucionais, afastando questões importantes da deliberação da soberania popular e da decisão pública. Assim, afirma Dimitri Dimoulis (2007, p.31) que “[...] os direitos fundamentais seriam um obstáculo individualista, senão claramente autoritário” a democracia. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva (2007, p.370) que:

A democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões. Assim, a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realizá-los como o que estará concretizando a justiça social.

Robert Alexy (2008, p.447) assevera que “a colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais significa um problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade [...] e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado”, ou seja, o exercício da jurisdição constitucional por parte do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais.

Saliente-se que, de acordo com Ana Maria D’Avila Lopes (2008, p.40) “a expressão jurisdição constitucional começou a ser utilizada para designar a função do controle de constitucionalidade das leis exercida pelos tribunais constitucionais criados na Europa no início do século XX”. A atual conotação de jurisdição constitucional, como atribuição dos Tribunais Constitucionais de interpretar e conceituarem normas constitucionais abstratas e vagas, em especial o alcances (positivos e negativos) dos direitos fundamentais, somente se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista uma maior necessidade de atenção ao assuntos e conteúdo, principalmente, dos direitos humanos.

Ressalta Mireille Delmas-Marty (2001, p.164) que a transformação dos direitos fundamentais em princípios de direitos que devem ser aclamados ao Tribunal Constitucional em nome de justiça ocasionou uma ruptura epistemológica em que garantiu aos direitos fundamentais serem “diretamente invocados diante de uma jurisdição, nacional ou internacional: invocados contra a lei, em razão do controle de constitucionalidade das leis, e mesmo contra o Estado, por intervenção da Corte Européia de direitos humanos ou do Comitê dos Pactos da ONU”. No Brasil, pode-se ilustrar esta constatação com o exemplo acerca da invocação de direitos em

tribunais internacionais é o caso da Lei Maria da Penha (lei 11.340), em 2006, a qual determinou que o estado brasileiro promulgasse uma lei específica para proteção da mulher e punir com maior rigor a violência doméstica.

A tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia ocorre, precisamente, no momento em que o Poder Judiciário chama para si a competência para efetivar um direito fundamental em nome da supremacia da Constituição (HESSE, 1991). A crítica à possibilidade da jurisdição constitucional em concretizar os direitos fundamentais, desfazendo os atos oriundos da ‘vontade popular’ – ainda que teoricamente – justifica-se na ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, conferida esta apenas ao Poder Legislativo, no sentido de edição e normatização. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima considera que o Poder Legislativo é soberano a qualquer outro poder, não podendo jamais o Poder Judiciário mediante o exercício de sua função limitar a sua atuação política, mesmo que seja com o objetivo de garantir a eficácia dos direitos fundamentais:

O ponto central sobre a preponderância do princípio da soberania popular e de sua incompatibilidade com a existência de um tribunal constitucional possui razões para além daquelas de embasamento empírico e de ordem mais complexa. Trata-se da questão da supremacia do poder legislativo, que a todo instante constata a redução de seu âmbito de atuação política promovida pela jurisdição constitucional, o que significa, ainda, a submissão do representado ao representante. (LIMA, 2003, p. 225).

Em outra linha de pensamento, Jose de Albuquerque Rocha (1995) assevera que essa posição de relevância relativa do Legislativo em face dos demais Poderes no sentido de não sofrer limitação nem controle na sua atividade de criação do direito, inclusive dos direitos fundamentais foi verdadeira nos primeiros tempos da Revolução Francesa. Hoje, porém, não o é mais. Deste modo, explica que a possibilidade do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário dos atos emanados tanto pelo Poder Legislativo é a maior garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

De tal modo, atualmente o Poder Judiciário não atua somente como órgão jurídico para dizer a quem cabe o direito, mas também como um órgão político, buscando atender as novas necessidades sociais. Acrescenta ainda que “instrumento, igualmente, importante de garantia dos direitos fundamentais contra atos do Legislativo é o mandado de injunção”. (ROCHA, 1995, p.63), o qual protege o titular dos direitos fundamentais contra a omissão do legislador em regulamentá-los, objetivando, assim, viabilizar seu exercício.

Explana ainda Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2008, p.278) que “[...] apesar dos direitos fundamentais limitarem os procedimentos democráticos, essa limitação se justificaria, dentre outros fatores, na proteção de minorias e na realização de uma democracia substantiva, razão por que também se justificará a legitimidade da jurisdição constitucional na proteção e realização dos direitos fundamentais”.

Nesta esteira de raciocínio, Robert Alexy (2008, p. 446) argumenta que a interferência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais fundamenta-se no fato de que eles “[...] são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”. Vale ressaltar que o referido doutrinador situa suas investigações no direito alemão. Assim, apesar da existência de uma democracia procedimental, não há ofensa ao princípio democrático quando a jurisdição constitucional age para garantir o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais por serem valores escolhidos pela sociedade durante o desenvolvimento do poder constituinte originário e que visam assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros, como também o próprio processo democrático, não podem ficar a disposição de simples maiorias políticas que poderiam se utilizar do sistema democrático em benefício próprio:

Se não houvesse este pré-comprometimento com os direitos inerentes à pessoa humana, e se essas escolhas pudessem ficar à disposição das maiorias políticas de determinada época ou de determinada sociedade, esta maioria política poderia se prevalecer contra os direitos humanos, atuando de uma forma passional e não racional. (BARBOZA, 2008, p. 281-282):

O conceito de democracia está e continuará evoluindo historicamente, transformando-se em um instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem. Apesar disso, certamente nunca será possível apresentar um conceito exato, matemático, do que venha a ser democracia. Por isso, não se pode negar a complementaridade existente entre a democracia, os direitos fundamentais e, principalmente, a relação de ambos com a jurisdição constitucional, como forma de garanti-los diante de leis inconstitucionais do Legislativo. (SILVA, 2002, p. 43).

Lênio Luiz Streck (2008, p. 376) reforça que a jurisdição constitucional ou o “contramajoritarismo vem representando, historicamente, muito mais o fortalecimento dos

regimes democráticos do que qualquer forma de solapamento ou enfraquecimento democrático”. Deste modo, deve-se entender que a efetivação dos direitos fundamentais através da jurisdição constitucional é instrumento para se alcançar a democracia.

Portanto, em virtude de ser reservada a um Tribunal Constitucional a competência de estabelecer uma síntese interpretativa e aplicativa dos direitos fundamentais previstos na Constituição e decididos pelo povo na Constituinte Originária, não manifesta qualquer temor de que esse processo de jurisdição constitucional venha atuar contrariamente ao império da lei ou dos fundamentos democráticos. Convém ressaltar, que “não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade do poder político”. (DWORKIN, 2000, p.32).

Os direitos alcançados por meio de uma efetiva mobilização popular, como os direitos fundamentais escolhidos pela Constituinte Originária, são superiores as leis votadas rotineiramente pelo Parlamento. Deste modo, não há qualquer incompatibilidade entre a democracia e a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Tribunal Constitucional quando esta ofende aos direitos ou princípios fundamentais. (ACKERMAN, 1991). Assim, a relação de compatibilidade entre a jurisdição constitucional e a democracia consistiria no fato de o Poder Judiciário ao atuar na efetivação dos direitos fundamentais torna-se guardião dos preceitos fundamentais escolhidos em procedimento “suprademocrático”, que são os direitos fundamentais.

A compatibilidade entre a democracia e a jurisdição constitucional também se justifica na função dos Tribunais Constitucionais de interpretar os direitos fundamentais de acordo com as novas necessidades da sociedade o que muitas vezes não é observado no momento legislativo. Na nova hermenêutica constitucional a sociedade aberta⁴ (HÄRBELE, 1997) passa a ser um dos

⁴ Peter Härbale (1997, p. 12-13) considera, na sua sociedade aberta como intérprete da Constituição: “Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta [...]. Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências pública, todo os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam partes apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ [...] e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]”.

intérpretes dos princípios constitucionais, legitimando as decisões dos Tribunais Constitucionais como democráticas. Então, a participação de terceiros, por exemplo, o *amicus curie*, no processo de jurisdição constitucional como já é possível em ações de controle de constitucionalidade autêntica como democrática a decisão que declara inconstitucional uma lei diante da supremacia dos direitos fundamentais.

Alguns teóricos alegam que a legitimidade democrática do Poder Judiciário se traduz em concretizar os direitos fundamentais e justifica-se no fato de que o próprio Poder Constituinte ter atribuído a ele a função de controlar as leis elaboradas pelos poderes constituídos, como também de interpretá-las de acordo com as necessidades sociais. Deste modo, explica Ronald Dworkin (1991, p. 161) que “se a nação decidiu que a melhor maneira de definir e garantir tais direitos é adotar uma Constituição de princípio moral interpretada por juízes, estando estes excluídos do jogo político, a objeção de que a Constituição seja necessariamente antidemocrática é deslocada”. Nesse sentido, são também as palavras de Fabio Konder Comparato (2004, p.55):

Na verdade, o fato que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribuí. (COMPARATO, 2004, p.55).

Destarte, a efetivação dos direitos fundamentais - individuais, sociais, coletivos ou difusos - é um instrumento que permite aos cidadãos, pelo menos em tese, o pleno exercício de suas vontades nas decisões políticas do Estado. Afinal, esses mesmos direitos fundamentais, pelo fato de terem sido escolhidos no momento da manifestação do constituinte originário, diante de uma real e substantiva participação popular, são supremos a qualquer decisão posterior que venha inibir a sua concretização, apesar de se basearem no desejo da maioria.

Deste modo, o Poder Judiciário ao assumir seu papel de guardião da Constituição adquire uma função política, devendo buscar a efetivação dos direitos fundamentais, procurando sempre conciliar com o procedimento democrático. Quando atua com esta visão, viabiliza que a Constituição se transforme de algo simbólico para uma carta efetiva. Para Ronald Dworkin (2002), são trunfos em um jogo de cartas.

Diante do explanado, considera-se que os direitos fundamentais não devem ter seu conceito e aplicação limitados à vontade do legislativo. Por esta razão, deve o Poder Judiciário atuar para torná-los concretos e condizentes com a realidade social. A atual concepção de democracia, desvinculada da supremacia das decisões da maioria, coaduna com a tarefa da jurisdição constitucional em agir na definição e na realização dos direitos fundamentais, já que a presença desses interesses em qualquer sociedade garante o exercício real da democracia, em pelo menos um dos seus conceitos.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa pretendeu explorar a relação existente entre a democracia, a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, analisando a legitimidade democrática do Poder Judiciário em efetivar os direitos fundamentais, ainda que em detrimento do procedimento democrático, na sua concepção deliberativa, a qual possui uma considerável influência na jurisdição constitucional.

A problemática da efetivação dos direitos fundamentais ocasiona uma deficiência no próprio sistema democrático. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário, nesta concretização, justifica-se em diversos aspectos, *v.g.* como na supremacia dos direitos fundamentais em relação a vontade da maioria, a atribuição conferida ao Tribunal Constitucional de fiscalizar se as leis elaboradas pelo Poder Legislativo estão de acordo com a Constituição, a participação da sociedade na interpretação dos direitos fundamentais e a necessidade de atualização das definições destes as novas realidades sociais.

Portanto, o Tribunal Constitucional possui papel relevante no processo de concretização dos direitos fundamentais. Contudo, deve balizar o desempenho de suas funções, não substituindo a interpretação de um direito fundamental realizada pelo Poder Legislativo por motivos injustificados, mas somente por meio de argumentos substanciais, comprovando – ainda que temporariamente, haja vista a existência de um complexo sistema recursal que permite o questionamento e reformas de diversas decisões judiciais – que interpretação dada pelo legislativo está equivocada e não atende aos interesses sociais. Desta forma, a função de concretizar os direitos fundamentais cabe, primeiramente, ao Estado, somente na sua ausência, caberá ao Poder Judiciário intervir.

Não há como negar a relação de complementaridade entre a democracia e os direitos fundamentais. Assim, na democracia moderna, a tarefa da jurisdição constitucional se justifica no dever de concretizar os direitos fundamentais, mesmo quando as legítimas opções da maioria pareçam prevalecer, no intuito da sobrevivência da já castigada democracia, já germinada pelas próprias contradições inerentes aos seus mais variados conceitos.

Deste modo, a legitimidade democrática do Poder Judiciário em efetivar os direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais, políticos, econômicos, difusos ou coletivos consiste no fato de terem sido escolhidos em momento ‘suprademocrático’ que garante sua supremacia em relação à atividade ordinária do Poder Legislativo. Então, cabe ao Tribunal Constitucional, como guardião máximo da Constituição, agir politicamente na concretização desses direitos mesmo que venha a ser obrigado a destituir ato decorrente do desejo majoritário.

A função antidemocrática da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais tem por objetivo final garantir o exercício da democracia pelos cidadãos na sua forma mais plena. Afinal, um estado democrático que não se preocupe com a materialização mínima dos seus direitos fundamentais não pode ser assim denominado. Vale mencionar que, contrariando as regras, transita-se no terreno das exceções.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ACKEMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Massachusetts: the belkna press of havard University press, 1991.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277- 293.

BILBAO UBILLOS, Juan María. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados? – Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.303-323.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições clássicas**. Organizado por Michelangelo Bovero. Trad. de Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático: estudos avançados**. São Paulo, v. 51, n. 18, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. Das instituições. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier. (Orgs.). **Democracia**. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.163-171.

DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, democracia e direitos fundamentais. Conflitos e aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29-43.

DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier. (Orgs.). **Democracia**. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 155-162.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUTMANN, Amy. **A desarmonia da democracia**. In: Lua Nova, n. 36, São Paulo: CEDEC, 1995, p. 05-37.

HARTOG, François. Os antigos. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier. (Orgs.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.89-95.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1991.

KROL, Heloísa da Silva. Aportes de teoria constitucional: uma abordagem sobre Constituição, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.15, n. 58, p. 78-108, jan/mar 2007.

LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto (Orgs.). **Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 199-260.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. Jurisdição constitucional e constituições principiológicas. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. (Orgs.). **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: um ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999.

ROCHA, José Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Coleção Os Pensadores. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova cultural. 1999.

SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.369-370.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHUMPETER, Joseph. **Two theories of democracy**. Boston: Harvard press, 2001.

_____. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

STRECK, Lênio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 385-405.

TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169-185.