XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

RUI DECIO MARTINS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz, Eloy Pereira Lemos Junior, Rui Decio Martins – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-340-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Certamente é uma honra para nós podermos apresentar aos leitores os resultados das apresentações dos artigos expostos no Grupo de Trabalho de nº 80 – Direitos e Garantias Fundamentais I, no contexto do XXV Congresso do CONPEDI, com a temática central Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, realizado no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, nas dependências da prestigiada UNICURITIBA, a quem desde já ficam nossos profundos agradecimentos pela calorosa recepção e prestimosa organização do evento.

A temática do grupo de trabalho por si só já é auto explicativa quanto à sua importância e necessidade das discussões no universo acadêmico brasileiro, em especial na dimensão dos Cursos e Programas de Pós Graduação em Direito do Brasil.

Foram apresentados, e debatidos, dezenove trabalhos, da lavra dos mais diferentes juristas das mais diversas Universidades e/ou Faculdades de nosso país.

Foi incrível o nível dessas produções sobre as quais restou impossibilitado distinguir se seus autores seriam Professores, ou mestrandos ou doutorandos, tamanha a variedade dos temas abordados e, principalmente, a qualidade dos mesmos.

A começar pelo estudo da propriedade no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguido pela abordagem referente à cidadania, não como algo estanque, mas, sim, como um processo.

Na seara constitucional fomos todos aquinhoados com diversos trabalhos passando por um dos tópicos mais sintomáticos e de importância ímpar, como o é a dignidade da pessoa humana. A relação Direito e Poder consubstancia-se na visão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Também os direitos políticos ganharam um capítulo quando da apresentação do texto sobre a iniciativa popular, prevista em diversos dispositivos constitucionais, e sua aparente ineficácia como um direito fundamental.

As questões de gênero – e suas desigualdades – vêm questionar a efetividade do direito fundamental à igualdade demonstrando que isso ainda não passa de quimera. O tema da igualdade reaparece no contexto dos critérios raciais que norteiam as ações afirmativas de

acesso às universidades no Brasil. Os tributos, com sua especificidade técnica, encontraram um nicho apropriado nesse Grupo de Trabalho sobre direitos e garantias fundamentais ao apresentar as peculiaridades de uma cidadania fiscal e seu exercício. O direito à moradia encontra aqui, um espaço para fundar-se na influência da estrutura fundiário do país para atingir sua plena consolidação. Fechando esse bloco, como não poderia deixar de ser, uma indagação se nos apresenta, qual seja, a da necessidade, ou não, de um Estado Ambiental para se atingir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A atuação do papel do Poder Judiciário não ficou de fora, bastando ver o estudo sobre a efetivação das políticas públicas relacionada à atuação da toga. Num momento de crise política, ética e moral por que passa o Brasil não poderíamos prescindir de artigo sobre as questões de transparência, direito e sociedade na busca de acesso às informações, sempre atrelado às práticas de 'transparência'.

Num mundo virtual, como o atual, não se poderia deixar de lado um estudo sobre a influência da internet na atuação dos tribunais frente ao tema do "esquecimento", como um direito fundamental.

A sociedade atual, no Brasil e alhures, passa por profundas transformações em sua trajetória evolutiva e os direitos sociais são um de seus mais basilares fundamentos, razão pela qual é de interesse vital o estudo sobre a segurança jurídica e a proibição de retrocesso social, aqui apreciado.

O cenário jurídico atual não pode mais ser encarado como gravitando em torno de si mesmo; faz-se necessária a integração com outros saberes. É o que nos traz o trabalho sobre a transdisciplinaridade entre Saúde e Direitos Fundamentais ao analisar a Lei dos 60 dias, em correlação com a Lei da "pílula do câncer". A conferir!

Por fim, coroando a qualidade dos temas já abordados, vemos com satisfação que direito e religião são peças integrantes do mesmo "lego" cultural, independente dos espaços geográficos em que se manifestam como bem o atesta a obra sobre neopentecostalismo, de verniz cristão, em relação com diversas outras manifestações religiosas que têm por matriz a realidade africana. Todavia, ainda nos infelicitamos com a intolerância incidente sobre a questão da restrição ao direito à liberdade religiosa.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz Fundação Universidade de Itaúna - UIT

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior UNIVERSIDADE DE ITAÚNA - UIT

Prof. Dr. Rui Decio Martins - UNIMEP - Univ. Metodista de Piracicaba

DIREITO E PODER: A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

LAW AND POWER: THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Anissara Toscan [1]

Resumo

O artigo aborda a problemática relação entre poder e direito. Na experiência europeia pós-Revolução Francesa, a ideia de supremacia da Constituição mostrou-se pouco conciliável com a verificada preeminência do Poder Legislativo, ao passo que o modelo kelseniano apenas elevou essa tensão ao patamar constitucional. Na democracia constitucional da segunda metade do Novecentos, a consagração de um controle constitucional substancial dos atos normativos, com o fortalecimento do Poder Judiciário, vislumbra-se nova tentativa de contenção do poder pelo direito, cuja legitimidade democrática repousa essencialmente em sua função de defesa da Constituição.

Palavras-chave: Estado constitucional, Democracia, Soberania popular, Constitucionalismo, Supremacia da constituição, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The paper deals with the problematic relationship between power and law. In the European post-French Revolution experience, the idea of supremacy of the constitution showed little reconcilable with the observed pre-eminence of the Legislative Branch while the Kelsian model has only raised the tension to the constitutional level. During the constitutional democracy in the second half of the nineteenth, the enshrinement of a substantial constitutional control of the normative acts with the strengthening of the Judiciary Branch, assumes a new restraint attempt of the power by the law, whose democratic legitimacy rests essentially on their defense function of the constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional state, Democracy, Popular sovereignty, Constitutionalism, Constitution supremacy, Fundamental rights

[1] Mestra e bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Curso de Direito da Univel – União Educacional de Cascavel. Advogada.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente texto está desmembrado em quatro partes.

Na primeira, será exposta uma noção geral acerca da problemática relação entre soberania popular (democracia) e direitos fundamentais na experiência europeia pós-Revolução Francesa, demonstrando-se que a retórica revolucionária, embora pautada em um modelo constitucional, acabou em verdade por criar os pressupostos para a preeminência do Poder Legislativo sobre os demais poderes, pouco conciliável com a então propagada ideia de supremacia da Constituição.

A segunda parte apresenta breves ponderações a respeito do modelo kelseniano de Estado constitucional e de sua importância para evidenciar as contradições do paradigma estatalista até então vigente, permitindo uma nova compreensão da relação entre lei e Constituição e a construção de um sistema de controle formal da constitucionalidade dos atos normativos, embora sem solucionar a constante necessidade de contenção do poder por intermédio do direito.

Na terceira, será analisada a democracia constitucional da segunda metade do Novecentos, no âmbito da qual se revela a construção de um sistema de controle de adequação substancial da lei com a Constituição, implicando o fortalecimento do Poder Judiciário e a superação da imagem do juiz como "boca da lei" e da hermenêutica judicial como mera técnica, manifestando-se como uma nova tentativa de limitação do poder pelo direito.

Na quarta, finalmente, serão expostas as razões pelas quais, apesar das transformações jurídicas e sociais verificadas nas últimas décadas e do papel assumido pelo juiz do Estado Constitucional de Direito, a jurisdição constitucional ostenta legitimidade democrática, a qual repousa essencialmente em sua função de defesa da Constituição e dos direitos fundamentais (maioria permanente), inclusive contra atuações e interesses contrários da legislatura (maioria temporária).

1. SOBERANIA POPULAR E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O paradigma moderno hobbesiano, ancorado na atribuição da prerrogativa de definir o conteúdo do direito exclusivamente ao *soberano* – este, detentor do "poder integral de prescrever regras" (MORRISON, 2012, p. 113-114) –, assim como na separação e supremacia do *poder* em relação ao *direito*, evidenciando com isso o caráter *absoluto*, *indivisível* e

ilimitado do poder a que os homens (livremente) se submetem para viver em *paz*[1], não conseguiu obstar a percepção de uma necessidade contrária, durante toda a *modernidade*, de se destacar princípios e regras autônomos e resistentes à soberania, ou seja, de se limitar o poder em razão do direito.

Em outras palavras:

> Hobbes [...] deixa para a modernidade mais do que uma solução, um problema: enuncia com uma força sem igual o teorema da vocação "absolutista" da soberania, a ideia de um poder irresistível e privado de vínculos, mas não consegue impedir a expressão de uma exigência oposta, que se manifesta, por diversos meios, ao longo de toda a parábola da modernidade: a exigência de individuar princípios e regras "objetivamente" existentes, que não podem derivar de um ato de vontade, mas devem ser conhecidas e aplicadas "por aquilo que são" (COSTA, 2010, p. 243).

Na experiência europeia fundamentada no modelo constitucional da Revolução Francesa, é a soberania *do povo* (democracia) que os direitos entrelaçam e buscam restringir[2]. Com efeito, "Se a soberania enquanto teoria justificadora de certa relação de poder já se manifestava nas monarquias feudais para limitar o poder real, e na monarquia administrativa, primeiro, ou absoluta, depois, para ampliá-lo, a partir da ascensão burguesa uma terceira variação aparece: a soberania pertence ao povo, ou à nação, e não ao monarca" (CLÈVE, 2012, p. 61).

Em tal cenário, o *poder constituinte* estabelece vínculo de estreita complementariedade com *Constituição* e *direitos fundamentais*, atribuindo o poder ao povo, compreendido como soma de sujeitos juridicamente iguais, e fundamentando a nova ordem nos direitos naturais (COSTA, 2010, p. 249). Desse modo, a Constituição assume a incumbência de conformar juridicamente a sociedade de modo atento aos direitos e liberdades fundamentais dos sujeitos.

Ocorre que *soberania popular* e *direitos fundamentais*, ambos princípios irrenunciáveis da revolução, encontram-se em evidente conflito, pois enquanto aquela não

---

[1] Segundo Hobbes, "cabe ao detentor do poder soberano ser o juiz, ou constituir todos os juízes de opiniões e doutrinas, como uma coisa necessária para a paz, evitando dessa maneira a discórdia e a guerra civil [...] compete à soberania todo o poder de prescrever as regras pelas quais todo homem pode saber quais os bens de que pode desfrutar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por nenhum dos outros súditos [...] pertence à soberania o direito de judicatura, isto é, o direito de ouvir e decidir todas as controvérsias que possam surgir com respeito às leis, civil ou natural, ou com respeito aos fatos" (MORRIS, 2002, p. 117). Assim, "Além de escrita e publicada, a lei deve mostrar sinais de que em sua origem encontra-se a vontade do soberano; deve haver alguma norma para o reconhecimento das leis adequadas, bem como para que se possa diferenciá-las das ordens provenientes de pessoas não autorizadas. O direito pode decorrer da adoção tácita, pelo soberano, de regras locais costumeiras, e também pode ser claramente promulgada por decreto do soberano em função legislativa ou pelos juízes [...]. As leis civis são espécies de regras. As regras permitem a certeza de expectativa, a confiança nas promessas e a criação de bens sociais; criam uma esfera sustentável de relações com aquilo que chamamos de propriedade. A soberania é o 'poder integral de prescrever regras'." (MORRISON, 2012, p. 113-114).

[2] Nessa linha, Fioravanti assinala que "nel modello europeo-continentale esiste un nesso necessario e imprescindibile fra i diritti e la sovranità, che a partire dalla rivoluzione francese, e dallo stesso testo della Dichiarazione dei diritti del 1789, assume la forma della nazione e della legge. Cosicché i diritti stessi non sono pensabili senza il *principio di esclusività*: si è titolari di diritti perché si è cittadini, e si è cittadini perché si appartiene in modo esclusivo a un popolo o a una nazione, a quel popolo, o a quella nazione, che hanno storicamente superato e assorbito le molteplici precedenti appartenenze, di ceto e di luogo." (FIORAVANTI, 2009, p. 59).

tolera limites, mostrando-se ilegítima qualquer tentativa de vincular gerações vindouras a um invariável rol de direitos constitucionalmente previsto, os direitos fundamentais apresentam-se como "inegociáveis e não passíveis de compressão" (COSTA, 2010, p. 251)[3].

Para além disso, ganhando relevo os direitos políticos, percebe-se igualmente a tensão, embora oculta, advinda especialmente da constatação de que somente uma elite detém os títulos indispensáveis à participação na *res publica*, colocando em crise a igualdade política tão proclamada pela democracia moderna. Nesse sentido, esclarece Pietro Costa (2010, p. 255) que:

> Ao lado dos direitos civis, então, entram em cena os direitos políticos. A coexistência destas duas diversas classes de direitos (uma ligada à liberdade-propriedade, a outra, à liberdade-participação) está, no entanto, longe de ser pacífica. A raiz da tensão está oculta na mesma ideia de propriedade, que uma longa tradição apresentava não ainda como um dado meramente econômico, mas, como uma grandeza antropológico-moral, que deixava visível a maturidade e a racionalidade do sujeito, reconhecia a ele a plena independência moral e material. Apenas os proprietários, então, e não os membros como tais da comunidade política, têm os títulos necessários e suficientes para participar do governo da *respublica*. Se se vale da liberdade-propriedade dos sujeitos, torna-se problemática aquela igualdade política dos cidadãos postulada pela democracia dos modernos.

As dificuldades de se concordar a visão absolutista da soberania popular (democracia) com o primado, também absoluto, dos direitos fundamentais advêm especialmente de duas características da cultura político-jurídica oitocentista: (*i*) a centralidade do Estado e de sua soberania, com a lei concebida como sua expressão mais típica e alta e (*ii*) a posição conferida aos direitos no sistema político-jurídico, adstrita à órbita estatal, sem a sustentação antes dada pela doutrina *jusnaturalista* seis-setecentista (COSTA, 2010, p. 255).

A propósito, observa Clèmerson Merlin Clève (2012, p. 33) que os revolucionários burgueses acreditavam que a lei seria produzida "pelo trabalho dos representantes da nação orientados pela razão. Porque a lei era, a um tempo, regra criada pela nação por meio de seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), não poderia macular a justiça e a liberdade". Todavia, aduz o autor, "Não se pode esquecer [...] que a liberdade e a justiça garantida pela lei eram a liberdade e a justiça de uma classe: a classe que recentemente conquistara o aparelho de Estado".

---

[3] Trata-se de lição de Costa: "é verdade que a soberania do povo e os direitos fundamentais dos sujeitos são ambos princípios irrenunciáveis da revolução; é também verdade, por outro lado, que eles constituem, por assim dizer, dois "absolutos" cuja compatibilidade recíproca é bem menos óbvia do que se gostaria. A soberania do *demos* não tolera limites e obstáculos, tanto que faz parecer ilegítima a pretensão de vincular a uma imodificável carta de direitos as gerações futuras; com não menos intransigência, porém, apresentam-se como inegociáveis e não passíveis de compressão os direitos fundamentais, a começar daquela liberdade-propriedade que constitui a expressão mesma da autonomia e da completude do ser humano. É compreensível, então, que a convivência de dois 'absolutos' no mesmo 'campo de forças' gere uma tensão não facilmente superável." (COSTA, 2010, p. 251).

A partir daí, a visão *otimista* da democracia – que assinala as revoluções do final dos Setecentos – se enfraquece na medida em que vem a lume a percepção de que ela ameaça a *liberdade-propriedade*, já que possibilita que o parlamento (legitimamente) caia nas mãos de uma maioria alheia às elites econômico-sociais, que de nenhum modo estarão impedidas de destruir os direitos constitucionalmente proclamados como fundamentais dos indivíduos (COSTA, 2010, p. 253).

Essa tensão é perfeitamente delineada por Pietro Costa (2010, p. 253), como se nota deste excerto:

> A democracia, enquanto forma de igualdade política dos sujeitos, é incompatível com a liberdade. [...] A democracia política é o cavalo e Troia da ordem liberal-parlamentar: entrega por vias legais o poder a uma maioria que, destruindo a liberdade-propriedade, arrasa os fundamentos da ordem civil. Não basta, de fato, que o poder seja 'popular' para que seja 'bom' (como acreditava Rousseau, irresponsável 'precursor', segundo Constant, dos jacobinos). Uma maioria parlamentar, que não obstante legalmente empossada, pode acabar com os direitos fundamentais dos indivíduos: pode ser, precisamente, 'tirânica'. Eis o recorrente pesadelo de tantos liberalismos oitocentistas: a 'tirania da maioria'; e a forma político-jurídica desta nova tirania é a democracia, que impõe igualdade indiscriminada dos sujeitos e presenteia o poder a homens privados de propriedade e, logo, de qualidades. O poder do *demos* não é o trâmite dos direitos fundamentais, mas, ao contrário, apresenta-se como sua principal ameaça. A democracia não realiza os direitos, mas sim os subverte.

Observa-se, portanto, que se "De um lado, a democracia consagra a soberania popular e defende a vontade majoritária; de outro, o constitucionalismo delimita o poder e vaticina o respeito aos direitos fundamentais", o que implica a possibilidade de a "maioria sem restrições [...] subverter as regras do jogo democrático e alterar os baldrames jurídicos que limitam o exercício do poder, vulnerando o conteúdo essencial dos direitos fundamentais", ao passo que "a elevação de princípios jurídicos à condição de dogmas e a consequente intangibilidade dos mesmos poderia redundar em abrupta redução do espaço da vontade popular" (HENRIQUES, Pedro Estinger, 2008).

Para além disso, uma vez que no contexto da revolução francesa – com amparo na lógica hobbesiana classicamente *monística* – existe uma só vontade popular, que funda indistintamente a autoridade de lei e a da Constituição, o positivismo e o legalismo oitocentistas afastaram por longo tempo o ideal da Constituição como lei suprema do Estado[4].

[4] Conforme explica Fioravanti, "In Europa, la rivoluzione francese lasciò sul punto un'eredità assai controversa, e il sucessivo positivismo e legalismo ottocentesco osteggiò per lungo tempo questo ideale della costituzione come legge suprema del paese. [...] in quest'ultima, secondo una logica hobbesiana, classicamente monistica, c'è una sola volontà popolare, che fonda indistintamente l'autorità della legge e quella della costituzione, in modo tale che il rapporto normativo fra l'una e l'altra risulta necessariamente problemático, perché si pone fra due fonti sostanzialmente di pari dignità" (FIORAVANTI, 2009, p. 54-55).

Desse modo, a retórica revolucionária, embora pautada em um modelo constitucional, acabou em verdade por criar os pressupostos para a preeminência do Poder Legislativo sobre os demais poderes, o que por sua vez era pouco conciliável com a ideia de supremacia da Constituição[5].

2. O MODELO KELSENIANO

Essas contradições vêm à tona e são definitivamente postas em xeque, no início do século XX, com Hans Kelsen. Defendendo que o Estado não é um ente real, que se relaciona com os sujeitos, mas sim um ordenamento, um aparato normativo (teoria *estática*[6] do direito), o fundamento daquele conflito não resiste, porquanto a crença no Estado como ente soberano deixa de prosperar. Existem, desse modo, os indivíduos (plano do *ser*) e um sistema normativo responsável por prescrever os direitos e deveres dos sujeitos de direito (plano do *dever ser*) (COSTA, 2010, p. 257).

No aspecto dinâmico (teoria *dinâmica*[7] do direito), Kelsen exclui o primado da lei e a coloca em um dos muitos degraus que compõem o ordenamento jurídico (*hierarquia das normas*)[8], de modo que não mais ela, mas sim a Constituição, apresenta-se como vértice do sistema jurídico, tornando possível o controle de sua constitucionalidade (embora ainda apenas em seu aspecto meramente formal[9]). Em tal perspectiva, a *norma fundamental* assume

---

[5] Trata-se de lição de Fioravanti: "l'esperienza successiva, condotta in Europa sulla base del modello costituzionale della rivoluzione francese, mostrò con chiarezza che chi muoveva da quella determinata concezione del potere costituente finiva fatalmente per cercare *un'altra persona* in cui rendere concreto il potere originario del popolo sobrano, che poi altrettanto fatalmente era il legislatore, nella linea che da Hobbes conduce a Rousseau. Si partiva dalla retorica rivoluzionaria della costituzione, ma in realtà si creavano i presuposti per il primato del legislatore, che a sua volta era ben poco conciliabile con la supremazia della costituzione." (FIORAVANTI, 2009, p. 57).

[6] Explica, a respeito, Kelsen que: "Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. [...] Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica. Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é u princípio estático." (KELSEN, 1991, p. 207-208).

[7] Sobre a teoria dinâmica do direito, Kelsen aduz que "O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental" (KELSEN, 1991, p. 208-209).

[8] Segundo Kelsen, "a norma que representa o fundamento de validade de uma outra é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma outra norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). [...] Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 1991, p. 203).

[9] "Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar uma autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema. A norma que constitui o ponto de partida da questão não vale por força do seu conteúdo, ela

a função de fechamento do sistema jurídico e acaba com isso por se confundir com o próprio conceito de *poder soberano* (BOBBIO, 1997, p. 103-104), constituindo-se como fundamento de validade do sistema normativo e das ações do Poder Público, que de nenhum modo atuará sem encontrar amparo em uma norma jurídica autorizadora (DIAS, 2012, p. 241 et seq.).

A Constituição abarca, nesse sentido, a regulação de todo o processo legislativo, fazendo com que também o Poder Legislativo (e, assim, as maiorias populares-parlamentares) possa ser controlado (pelo Judiciário) face à Constituição. Destarte, as leis só vinculam *se* e *quando* constitucionalmente válidas, o que denota que o direito deixa de conformar mero regulador das relações intersubjetivas, para constituir *garantia*, limite ao poder. Daí que o Estado de Direito Constitucional teorizado por Kelsen, ao proclamar a impossibilidade de existência de poder que não seja regulado pelo direito, torna pensável uma síntese entre poder e direito, entre democracia e Estado constitucional (COSTA, 2010, p. 259).

No entanto, salta aos olhos a percepção de que o princípio majoritário não impede que uma maioria suficientemente ampla altere a Constituição como bem entender, sendo, por isso, possível pensar que a tensão entre poder e direito, a partir do paradigma kelseniano, não foi resolvida, mas sim elevada ao patamar constitucional, colocada "no plano mais alto do edifício jurídico" (COSTA, 2010, p. 259-260). Por outro giro verbal:

> [...] se é verdade que, graças à hierarquia das normas, é possível controlar a atividade legislativa e exigir maioria qualificada para a modificação do texto constitucional, é também verdade que nada impede uma maioria suficientemente ampla de mudar a constituição como bem entender. O princípio majoritário, que na atividade legislativa deve acertar as contas com as prescrições constitucionais, torna a ser delas senhor quando o que está em jogo é a própria constituição. É compreensível, assim, que o problema de sempre – a tensão entre o poder e o direito, e entre democracia e os direitos – não esteja resolvido com o modelo kelseniano, mas apenas subiu um degrau, colocado no plano mais alto do edifício jurídico: naquele nível, a decisão da maioria volta a ser irresistível e o ordenamento não é capaz de opor a ela obstáculos insuperáveis" (COSTA, 2010, p. 259-260).

3. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL DO SEGUNDO PÓS-GUERRA

A *democracia constitucional* da segunda metade do Novecentos aparece, então, como uma nova tentativa de solucionar esse *campo de tensão* – entre poder e direito, entre a vontade

---

não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica. [...] Uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental – e não porque tem determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema" (KELSEN, 1991, p. 208-109).

onipotente do soberano e a necessidade de se estabelecer uma ordem objetiva e não voluntária limitadora dessa vontade – vislumbrado em todo o contexto moderno.

Na cultura constitucionalista do *segundo pós-guerra*, tendo-se vivenciado a força aterrorizante do poder, a vulnerabilidade do indivíduo e a insuficiência das garantias até então estabelecidas, predomina a concepção de que democracia e direitos são conceitos necessariamente complementares e conexos, de modo que a proteção de um às custas do outro corre sempre o risco de ser contraproducente, não podendo a democracia sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e liberdades fundamentais (COSTA, 2010, p. 262).

Em tal contexto, a pessoa passa a estar situada na base do ordenamento e como centro de imputação de uma multiplicidade de direitos (civis, políticos, sociais), os quais assumem relevância na medida em que afirmam a posição dos indivíduos e conformam uma nítida alternativa ao radical-totalitarismo. Além disso, o constitucionalismo pós-guerra faz renascer a noção de direito natural, inclusive com a legitimação dos direitos sociais até então não reconhecidos, contrapondo-se também aqui ao Oitocentos, em que os direitos advinham necessariamente do Estado (COSTA, 2010, p. 262).

Os direitos começam a ser vistos como fator de legitimação do poder e da atuação estatal, apresentando-se como infundados e como estruturas fundantes dos novos ordenamentos constitucionais (COSTA, 2010, p. 262). Nesse rumo, são assimilados os modelos kelsenianos da hierarquia das normas e do controle de constitucionalidade, embora com a constatação da inadequação das garantias meramente formais que abarcava e a proclamação da necessidade de estabelecimento de princípios e direitos fundamentais estáveis, metaestatais e resistentes ao radicalismo do poder e ao decisionismo da política (COSTA, 2010, p. 262).

Os direitos fundamentais passam, assim, a ser previstos na carta constitucional, com incontestável juridicidade, assumindo função dinâmica de prescrever no que a ordem existente deve se tornar e deixando o posto de mera válvula de fechamento do sistema. Bem por isso, desde então as Constituições mostram-se cada vez menos sintéticas e mais analíticas, na medida em que são a elas incorporados os direitos progressivamente conquistados pelos indivíduos em geral e pelos trabalhadores em particular, acompanhando essa ampliação da pauta de direitos constitucionalmente assegurados o alargamento da garantia de recurso aos tribunais para vê-los efetivados.

Emerge, nesse sentido, um modelo *garantista* de Estado, no qual o direito prescreve tanto as normas que regem a vida em sociedade como seus limites, distanciando-se

sobremaneira do modelo *paleopositivista* clássico, embasado exclusivamente na validade formal das leis (FERRAJOLI, 1992, p. 63).

Com isso, tem início a investigação, para além da *adequação formal* da lei com a Constituição (*i.e.*, da obediência ao procedimento e às regras de competência para legislar), de sua *adequação substancial*, ou seja, de sua conformidade com as regras e princípios constitucionais, com os valores eleitos para reger a sociedade. Em outras palavras, assenta-se na cultura jurídica a necessidade de sujeição da produção normativa a um controle capaz de resgatar a substância da lei, pautado em princípios de justiça.

As Constituições passam a ser *rígidas*, demandando a observância de um procedimento específico para sua alteração, e a assumir *eficácia normativa plena*, independente da intermediação legislativa, sujeitando, ademais, todos os poderes. Conforme observa Pedro Estiguer Henriques (2008):

> A revolução, produzida com o advento das Constituições rígidas, equivale à integração do Estado de Direito. Isso significa afirmar a sujeição de todos os poderes, inclusive o Legislativo, à legalidade constitucional, não apenas no que diz respeito às formas e procedimentos de formação das leis, como também em relação ao conteúdo.
> No Estado Constitucional de Direito o legislador não é onipotente, já que as leis que produz não são válidas somente porque são vigentes ou, em outras palavras, porque produzidas em consonância com os ditames previstos nas normas que determinam os procedimentos para sua elaboração. Devem, principalmente, ser coerentes com os princípios constitucionais.

Demais disso, diante da necessidade de se proteger princípios e direitos fundamentais de uma possível ab-rogação consonante com as regras que norteiam o processo de revisão constitucional, os sistemas constitucionais passaram a prever como imutável pelo poder constituinte derivado parte das normas contidas em suas cartas constitucionais (no Brasil, são as denominadas "cláusulas pétreas").

Nesse cenário, os direitos fundamentais ostentam garantias face aos Poderes *Legislativo* – limitado pela Constituição[10], pelo povo[11] e pelo Poder Judiciário[12] –, *Executivo*

---

[10] Conforme lição de Rocha, "A idéia mesma da existência de uma Constituição como uma norma acima das outras, levando ao estabelecimento de uma hierarquia entre as normas e, paralelamente, de seus órgãos de emissão, é a primeira limitação ao Legislativo e, portanto, a primeira garantia dos direitos fundamentais face ao mesmo, que, como órgão *constituído*, encarregado de fazer as leis ordinárias, está impedido de alterar ou eliminar direitos emanados do órgão *constituinte*, como são os direitos fundamentais, por força do citado princípio da hierarquia nas normas e de seus órgãos produtores. Portanto, uma Constituição rígida como fonte primária do ordenamento jurídico é uma limitação ao Legislativo e primeira garantia dos direitos fundamentais em face dele. A tutela constitucional manifesta-se também na proibição de *emendas* à Constituição que tenham por objeto os direitos fundamentais. Instrumento, igualmente, importante de garantia dos direitos fundamentais contra atos do Legislativo é o *mandado de injunção*. Protege o titular dos direitos fundamentais contra a omissão do legislador em regulamentá-los, objetivando, assim, viabilizar seu exercício." (ROCHA, 1995, p. 63-64).

[11] "A Constituição, na esteira de outras constituições, prevê alguns mecanismos de democracia direta, podendo-se mencionar o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, todos aptos a serem utilizados como instrumento de proteção dos direitos fundamentais frente aos atos lesivos do Legislativo." (ROCHA, 1995, p. 63-65).

– restringido pelos princípios da legalidade[13] e da reserva de lei[14] e pelo controle judicial[15] –, e *Judiciário* – diante (*i*) dos deveres de motivação e fundamentação legal de todas as decisões, (*ii*) da necessidade de observância ao devido processo legal (*iii*) da exigência de independência e imparcialidade do juiz, (*iv*) da previsão de remédios constitucionais contra atos judiciais; e (*v*) do estabelecimento de um extenso e minucioso sistema recursal.

De mais a mais, o século XIX evidenciou que o direito não é a concretização da racionalidade da ciência, mas sim fruto do *poder político*, que desse modo, não tem como função o conhecimento de normas, mas sim a criação delas. Nesse sentido, "Não é possível encontrar uma vontade geral descoberta pelo debate parlamentar orientado pela razão. A lei é agora, expressão de uma 'vontade política', a 'vontade política' do grupo majoritário no seio do Parlamento" (CLÈVE, 2012, p. 34).

Desse modo, a tarefa jurisdicional deixa de ser a de meramente descrever a vontade do legislador, mostrando-se imprescindível a *compreensão crítica* do direito para a construção da norma jurídica mais adequada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, em consonância com as necessidades vislumbradas nos casos em concreto. Assim, a interpretação judicial não mais se reduz a um "mecânico processo de subsunção do fato à hipótese normativa", tornando-se "também um juízo sobre a lei em si, pelo qual se procura estabelecer os sentidos válidos, de acordo com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais" (HENRIQUES, 2008).

Com isso, confere-se "certa margem de atuação para o operador jurídico, que, ultrapassando os métodos clássicos de interpretação, poderá desenvolver uma metódica concretista [...] desafiante do trânsito entre a norma [...] e o problema concreto a resolver". Logo, "a norma de decisão, aquela que resolverá o problema concreto, constitui resultado da atividade (concretização) do jurista e não algo pronto exigente de mera aplicação como querem determinados positivismos" (CLÈVE, 2012, p. 50)

Em consequência, os órgãos jurisdicionais consagram-se como os guardiões naturais do direito e dos direitos, de modo que todo ato judicial passa a consubstanciar um ato de

---

[12] "[...] a garantia mais importante dos direitos fundamentais em face do legislador é constituída pelo controle de conformidade dos atos legislativos às normas constitucionais. [...] No Brasil, o controle da constitucionalidade dos atos de natureza legislativa é realizado pelo Judiciário, circunstância a lhe conferir uma posição de supremacia jurídica na repartição do exercício do poder." (ROCHA, 1995 p. 65).

[13] "Na sua expressão mais simples, o princípio da legalidade indica [...] o dever da autoridade pública de comportar-se, estritamente, nos limites do direito, isto é, respeitando com fidelidade os textos que definem suas atribuições. Do ponto de visa subjetivo, o princípio da legalidade expressa uma garantia capital para as pessoas, dando-lhes a segurança jurídica de que seus direitos fundamentais serão respeitados pela autoridade, ao menos em tese." (ROCHA, 1995, p. 66).

[14] "O princípio da reserva de lei traduz-se na exigência de que a regulamentação dos direitos fundamentais, quando requerida, é da competência do Legislativo, através da lei. Veda-se, pois, ao Executivo a possibilidade de fazê-lo por meio dos instrumentos que lhes são próprios, eliminando-se, assim, o risco de violar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais a pretexto de regulamentá-los, como costuma acontecer nos regimes autoritários." (ROCHA, 1995, p. 66).

[15] "Do ponto de vista de sua extensão, o controle jurisdicional abrange todos os atos do Executivo. Na prática, [...] se traduz no poder de ação reconhecido a cada indivíduo ou ente coletivo, que se afirme titular de direito fundamental violado ou ameaçado de violação por atos do Executivo, de impugná-lo perante o Judiciário." (ROCHA, 1995, p. 66-67).

controle de constitucionalidade da lei. Nesse rumo, "a decisão de eventuais conflitos políticos não remonta à vontade da maioria, mas sim ao Tribunal Constitucional, o qual detém competência para solucionar o embate em definitivo" (HENRIQUES, 2008).

À vista disso, o Tribunal atua "como intérprete último da Constituição, cabendo-lhe estipular os limites da autoridade dos demais poderes e assegurar que esses atuem dentro das balizas formais e substanciais previstas em sede constitucional", com os olhos sempre voltados a "impedir uma possível tirania da maioria, capaz de suprimir os direitos das minorias e levar à catarse o próprio regime democrático" (HENRIQUES, 2008).

Constata-se, destarte, "uma revolução de envergadura", "o destronamento da lei", "a substituição do Estado liberal pelo Estado de Direitos", na medida em que "A positivação dos direitos já não está, em última instância, nas mãos do Legislador, senão na do Juiz, a quem cabe concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador" (GOMES, 1997, p. 117).

Resta, nesse contexto, superada a imagem do juiz "boca da lei" e da hermenêutica judicial como mera técnica, reconhecendo-se que os atos judiciais comportam não apenas raciocínios lógico-formais, como também argumentos de natureza política, filosófica, moral *etc.* (ROCHA, 1995, p. 76 et seq.), assumindo conteúdo eminentemente político.

4. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A partir daí, passou-se a afirmar que diante do papel assumido pelo juiz no Estado Constitucional – especialmente em virtude de sua função de controlar a constitucionalidade dos atos e omissões do Poder Público –, a subtração dele à lógica da participação e do consenso torna questionável sua legitimação democrática. Tal problema é bem elucidado por José de Souza Britto (1995, p. 39), como se nota do seguinte excerto:

> Não é verdade que, pelo próprio facto de sua existência, há juízes que declaram inválida uma lei, a expressão da vontade do povo? A questão pressupõe, portanto, habitualmente, que o poder legislativo do povo através de seus representantes eleitos é a dimensão essencial da Democracia e que a jurisdição constitucional é uma restrição à Democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, à lei a sua força. Por que razão deveriam os juízes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar a força de uma lei democrática? Não é isto governo dos juízes em vez de governo do povo?

Nesse sentido, para além da crítica ao fato de que, em regra, nos sistemas de *civil law* os membros do Poder Judiciário não são eleitos, objeta-se que com a garantia da

independência dos juízes, esses se tornam tanto mais independentes quanto menos sujeitos a "prestar contas" de suas decisões ao povo ou a seus representantes. Na mesma linha, afirma-se, ainda, inexistir óbice a que o Judiciário desvie-se da estrada do processo democrático e rume ao estado totalitário, com o que não se pode admitir sua superioridade em face do Legislativo, que efetivamente expressa a vontade da maioria popular.

Esses argumentos, contudo, não se sustentam.

Primeiro, porque grande parte da utopia quanto à capacidade de os poderes políticos alcançarem o consenso dos governados, ou pelo menos o de sua maioria, restou inegavelmente dissipada no processo de disputa de forças políticas entre os grupos dominantes, no âmbito do qual as questões emergentes, em regra, não se referem a anseios majoritários.

Com efeito,

> […] o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre os diversos centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria […], e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes (CAPPELLETTI, 1993, p. 95).

Nesse caminhar, é já necessário reconhecer que tampouco as lideranças legislativa e executiva constituem perfeito paradigma da democracia representativa, revelando-se notadamente inadequado agarrar-se a esse postulado para rechaçar a legitimidade democrática do Judiciário.

Segundo, o Poder Judiciário não é inteiramente privado de representatividade, já que em grande parte dos sistemas de *civil law*, ao menos os integrantes das Cortes Constitucionais são nomeados politicamente (como é o caso do Brasil, conforme art. 84, XIV, da CF)[16]. A propósito, Alexandre de Moraes (2003) aduz que "o modo de designação dos juízes constitucionais pelas autoridades políticas pelos diversos sistemas jurídicos constitui, além de

[16] "Falando da Corte Suprema dos Estados Unidos – composta, como sabido, de nove juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos com o consentimento do Senado –, Dahl demonstrou que 'em média, um novo juiz foi nomeado a cada vinte meses'. Essa relativa rapidez da renovação permite aos outros poderes certo controle da filosofia política da Corte, de tal maneira que 'essa nunca permanece por muito tempo em contraste com a filosofia prevalecente nas maiorias políticas no poder dentro do país'; e isto, obviamente mostra-se verdadeiro, por outro lado, para as outras cortes federais, e ainda mais para as estaduais, em que frequentemente os juízes são eleitos e obrigados, assim, a 'prestar contas' à população de modo ainda mais direto. É verdade, porém, que esse argumento no se ostenta com muita força em sistemas em que os juízes não são nomeados de forma política ou eletiva, como ocorre frequentemente nos de 'civil law'. Veremos, contudo, como essa importante diferença entre o mundo do 'Civil Law' e o do 'Common Law' foi, não digo eliminada, mas certamente atenuada em época recente com a criação, em número crescente de países do 'Civil Law', de tribunais constitucionais, cujos juízes em grande parte são nomeados politicamente." (CAPPELLETTI, 1993, p. 96-97).

uma tradição da Justiça constitucional, uma necessidade de legitimidade, que repousa em grande parte nessa técnica de designação".

Terceiro, é preciso considerar que os juízes, embora independentes, devem motivar suas decisões, publicá-las e sujeitá-las ao controle social, além de estarem sujeitos a responsabilizações penal, civil, administrativa e político-constitucional[17]. Assim, "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", razão pela qual "todos os seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos" (MORAES, 2003).

Nesse sentido leciona Mauro Cappelletti (1993, p. 98-99):

> Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, [...] mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de caprichos ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis 'ao sentimento de equidade e justiça da comunidade'. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de 'exposição' ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais 'responsáveis' perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.

Quarto, é facilmente perceptível que o acesso ao processo judicial, embora imperfeito e cheio de limitações e dificuldades de naturezas diversas, mostra-se muito mais amplo do que o acesso aos processos legislativo e administrativo, sendo igualmente o mais flexível e moldável às necessidades das situações concretas da vida (CAPPELLETTI, 1994, p. 66 et seq.). Além disso, em certo sentido, aquele processo se mostra mais participatório do que qualquer outro da atividade pública, na medida em que se desenvolve mediante eminente interação com as partes envolvidas, que em regra têm o poder exclusivo de instaurar o debate e os direitos de serem ouvidas e de se defenderem amplamente (CAPPELLETTI, 1993, p. 100-102).

---

[17] "Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, [...] mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de caprichos ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis 'ao sentimento de equidade e justiça da comunidade'. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de 'exposição' ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais 'responsáveis' perante a comunidade do que muitos entes e organismos adminstrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público." (CAPPELLETTI, 1993, p. 98-99).

E *quinto*, importa registrar que é na observância estrita da Constituição que, em última análise, se encontra o principal fundamento de legitimação da jurisdição constitucional e da independência do Judiciário frente aos demais Poderes, uma vez que a independência do juiz está voltada para a garantia dos direitos fundamentais, mesmo que de forma avessa à vontade da maioria popular (FERRAJOLI, 1992, p. 66). É dizer, então, que "zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)" (CLÈVE, 2012, p. 25).

Nessa mesma linha, há de se considerar que "democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião dessa dinâmica majoritária/contramajoritária [...] é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte" (CLÈVE, 2012, p. 25). É necessário compreender que a democracia convive com a existência de opiniões contrárias e com a livre manifestação de pensamentos (pluralismo), de modo que não prescinde de um sistema que assegure de forma independente os direitos e liberdades fundamentais e contenha o agigantamento e os abusos dos Poderes.

Ademais, não se pode desprezar o fato de que nos sistemas democráticos, as maiorias fazem as leis e elegem seus governantes, que bem por isso estão com elas inegavelmente comprometidos, o que evidencia também a necessidade de que o Poder Judiciário emirja como protetor das minorias, alheio à necessidade de agradar os eleitores, encontrando-se vinculado somente com o direito. Assim sendo, o fortalecimento, a independência e a despolitização do Poder Judiciário apresentam-se como uma exigência do (neo)constitucionalismo em sua luta para limitar o poder em razão do direito.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, forçoso reconhecer que a legitimação democrática assume duas formas constitucionalmente admitidas: a *representativa-política*, inerente aos altos cargos políticos, consistente na eleição direta, pelo povo, de seus representantes políticos, e a *legal-judicial*, pertinente à função jurisdicional, definida como a vinculação do juiz à Constituição (FERRAJOLI, 1988, p. 5), encontrando-se ambas (as formas de legitimação) em idêntica posição hierárquica constitucional[18].

[18] Em outras palavras: "A legitimação política, só porque é representativa, não significa que é mais importante ou que goze de maior hierarquia perante a legitimação judicial (formal ou legal): ambas as modalidades de legitimação foram concebidas pelo Poder Constituinte e

Em última análise, a legitimidade da jurisdição constitucional substancia-se especialmente na necessidade de que "*poder público,* em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res* pública", oriente-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" (MORAES, 2003).

Destarte, não há negar que mesmo diante das transformações jurídicas e sociais experimentadas nas últimas décadas e do papel assumido pelo juiz do Estado Constitucional de Direito, a atividade jurisdicional detém legitimidade democrática, a qual não está vinculada à ideia de sufrágio universal, mas sim e necessariamente a sua função de defesa da Constituição e dos direitos fundamentais (maioria permanente), ainda que contrariamente aos anseios da maioria temporária e conjuntural (legislatura).

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático". *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRITTO, José de Souza. "Jurisdição constitucional e princípio democrático". *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

---

estão previstas na Constituição; ambas estão no mesmo pé de igualdade. Se o Constituinte quisesse, poderia ter estruturado de modo distinto o Poder Judiciário. Não o fez, certamente, por respeito à tradição brasileira que afasta qualquer tipo de eleição direta (do povo) para cargos judiciais. Não cabe discutir, assim, qual das duas legitimações é maior democrática: ambas o são. O que se espera, isto sim, é que cada Poder estatal cumpra suas tarefas, sobretudo as constitucionais, rigorosamente dentro dos seus limites, sob pena de rompimento do necessário equilíbrio entre os poderes" (GOMES, 1997, p. 122).

CAMPILONGO, Celson. “Magistratura, sistema jurídico e político”. FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça*: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee.* Bolonha: Il Mulino, 1994.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito*. Curitiba: HDV, 1983.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América.* 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CRISAFULLI, Vezio. *Stato, popolo, governo*: illusioni e delusioni costituzionali. Milano: A. Giuffrè, 1985.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: RT, 2012, 2.º livro, n. CII.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Sociologia jurídica*: crise do direito e práxis política. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. “El derecho como sistema de garantias”. *Jueces para la Democracia*. n. 16-17, Madri, 1992.

_____. “Justicia penal y democracia”. *Jueces para la Democracia*. n. 4, Madri, 1988.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo*: percorsi della storia e tendenze attuali. Editori Laterza, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GÓMES, José Maria. "Estado e direito: algumas observações". *Economia e desenvolvimento*. São Paulo. v. 1, n. 3, p. 38-50, jun./1982.

HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade*: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos. 2008. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: < http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12268/12268_3.PDF>. Acesso: 22 set.2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3, ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática*: os limites da dominação totalitária. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "A função política do Poder Judiciário". FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça*: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A legitimidade do direito positivo*: direito natural, democracia e jurisprudência. São Paulo: Forense Universitária Ltda., 1992.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 2: introdução à teoria da Constituição. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da justiça constitucional*. 2003. Disponível em: <http://revista.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67591/70201>. Acesso: 22 set.2016.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito*: dos gregos ao pós-modernismo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROTH, André-Noel. “O direito em crise: fim do Estado moderno”. *Direito e globalização econômica*: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

SANTOS, Boaventura de Souza. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. *Direito e justiça*: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário*: crises, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.