

acesso ao texto, publicando-o no original, a fim de que não se corra o risco de adulterações dos termos técnicos próprios do sistema do common law, o que poderia acontecer, ainda que de forma não intencional, em decorrência de uma possível tentativa de tradução, naquilo que o pensador Vilém Flusser chamava de difícil captação dos acordos e desacordos entre várias línguas e seus “espíritos”.

MANTOVANNI COLARES CAVALCANTE (Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Ceará. Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributário – IBET. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Juiz de Direito no Ceará).

**DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL E DIREITOS
FUNDAMENTAIS: A LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO
NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**DEMOCRACY, CONSTITUTIONAL
JURISDICTION AND FUNDAMENTAL
RIGHTS: THE DEMOCRATIC LEGITIMICY
OF JUDICIAL POWER TO EFFECT THE
FUNDAMENTAL RIGHTS**

Sarah Araújo Viana

Mestranda em Direito Constitucional
na Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Bolsista FUNCAP

Graduanda em Ciências Contábeis
na Universidade Federal do Ceará

Advogada

E-mail: vianasarah@ymail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA; 2.1 DEMOCRACIA DELIBERATIVA; 3 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA; 4 DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE CONCEPT OF DEMOCRACY; 2.1 DELIBERATIVE DEMOCRACY; 3 CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY; 4 DEMOCRACY, CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O objetivo deste artigo é realizar uma reflexão sobre a complexa relação entre democracia, jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Desta forma, pretende-se analisar a legitimidade democrática do Poder Judiciário em atuar juridicamente e politicamente na busca da efetivação dos direitos fundamentais, mesmo que de encontro às decisões da maioria.

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

Abstract: The aim of this article is to make a reflection about the complex relationship between democracy, constitutional jurisdiction and fundamental rights. This way, we intend to analyze the democratic legitimacy of the Judicial Power to act willing to guarantee the efficacy of fundamental rights, even in conflict with the decisions of the majority.

Keywords: Democracy. Constitutional jurisdiction. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

Os textos constitucionais ao incorporarem direitos fundamentais inerentes à pessoa e à coletividade viabilizam a 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, afinal esses dois institutos constituem os principais elementos para a estruturação da vida política e jurídica de qualquer Estado.

A necessidade 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 o grande problema 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.

2 A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA

A palavra democracia vem do grego *demokratia* e etimologicamente traduz-se no governo do povo, para o povo, pelo povo. 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”.

De acordo com HARTOG (2001, p.90) “a democracia foi inventada em Atenas” a qual se encontrava marcada pela participação direta do povo¹ nas decisões políticas do Estado. Explica BOBBIO (2000, p.372) que “para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente: falando de democracia eles pensavam em uma praça ou então uma assembléia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes diziam respeito”. Contrariamente à compreensão da democracia moderna que é assinalada pela representatividade.

O marco inicial da democracia moderna foi a obra de Rousseau O contrato social publicada em 1762 na qual formulou que o poder soberano advinha do povo. 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. A democracia procedimentalista reduz-se ao governo da maioria e como assegura DOWRKIN (2001, p.158) “[...] em caso de desacordo entre os cidadãos a decisão democrática é sempre e unicamente aquela que defende a maioria”.

1 Conforme HELD (1995, p.21): “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”.

GUTMANN (1995, p.8) denomina 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”. Desta maneira, percebe-se que a teoria democrática voltada para aceitação majoritária impede a limitação dos resultados obtidos mediante procedimento democrático pela jurisdição constitucional.

2.1 Democracia deliberativa

Afastando-se deste suposto elemento essencial, o majoritarismo, a democracia deliberativa não consiste somente em uma apenas democracia procedimentalista, pois conforme TAVARES e 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”². Afirma GUTMANN (1995, p.20) que “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”.

Na opinião de KROL (2007, p.100) “uma das idéias 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 que não se preocupa que o conteúdo de suas decisões majoritárias esteja necessariamente de acordo com os direitos fundamentais. É, então, somente na democracia deliberativa que a vontade da maioria deve ser limitada para o exercício dos princípios que visam garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, para o estudo da presente pesquisa acadêmica, é essa idéia de democracia que será adotada, afinal permite uma relação compatível entre os direitos fundamentais e a democracia.

² GUTMANN (1995, p.20) entende por autonomia das pessoas “como autodeterminação, isto é, a disposição e a capacidade de determinar os rumos da própria vida privada ou pública por meio da deliberação, da reflexão informada, do julgamento e da persuasão que alia a retórica à razão”.

Além do mais, a defesa de uma democracia essencialmente procedimentalista é irreal em qualquer Estado Constitucional, pois este prima pela supremacia dos direitos fundamentais, não podendo o majoritarismo derogá-los.

3 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Diversos autores defendem que o constitucionalismo e a democracia vivem em constante tensão. Carl Schmitt enfatizou a incompatibilidade entre esse dois institutos, declarando que o liberalismo nega a democracia e esta nega o liberalismo. Explica KROL (2007, p.79) que a aparente tensão entre constitucionalismo e democracia “deriva do fato de 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”. Portanto, o caráter antidemocrático do constitucionalismo consiste nele restringir a vontade popular aos princípios constitucionais.

A imposição de limites ao poder soberano a fim de proteger os direitos humanos³ é um fenômeno decorrente do constitucionalismo moderno e se consubstancia nos pilares do liberalismo político. De acordo com DWORKIN (2001, p. 156) 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, afirma que a idéia de que as decisões de uma assembléia democrática estejam submetidas ao controle do Poder Judiciário é recente, surgindo através da decisão de John Marshall que decidiu que os juízes americanos deveriam aplicar a Constituição, inclusive contra a vontade da maioria. Diferentemente da democracia procedimentalista, para o constitucionalismo é

3 Explica 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 povo e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

possível a restrição dos resultados de procedimentos democráticos pela jurisdição constitucional com a justificativa da proteção dos direitos e princípios constitucionais.

Não obstante alguns doutrinadores considerarem o constitucionalismo e a democracia elementos antagônicos, muitos teóricos defendem uma relação de complementaridade e interdependência entre ambos apesar de seus objetivos distintos. Justifica KROL (2007, p. 84):

A democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes, sendo que estas condições são os princípios assegurados pelo constitucionalismo. Este, por sua vez, só adquire um sentido forte quando opera no âmbito de uma democracia. Ou ainda, uma constituição só é válida se concebida em condições democráticas.

A relação de complementaridade entre a democracia e o constitucionalismo é contemporânea e autoriza se falar de um sistema de governo denominado por NINO (1999, p. 13) como democracia constitucional. Senão vejamos:

[...] 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 ente dois valiosos ideais, sendo inclusive a democracia constitucional muito superior à democracia pura ou a um governo constitucional não democrático.

Na democracia constitucional não se defende a supremacia do procedimento democrático, mas é possível a limitação delas em proteção aos direitos fundamentais presentes na Constituição. Explana DWORKIN (1991, p.162) que 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”.

A interdependência entre esses dois elementos demonstra que uma democracia só existe quando respeita os direitos fundamentais prescritos 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. Considere, então, o constitucionalismo como a alma da democracia.

4 DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais consistem em máximas jurídicas positivadas dentro de um ordenamento jurídico de um Estado que visam garantir uma vida digna, justa e igualitária a todos. 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.

Os direitos fundamentais balizam, positivamente ou negativamente, a atuação estatal, pois conforme 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”.

A relação 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. Nesse sentido, opina SILVA (2007, p.370):

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.

Enquanto, 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 constitucionais, afastando questões importantes da deliberação da soberania popular e da decisão pública. Assim, afirma DIMOULIS (2007, p.31) que “[...] os direitos fundamentais seriam um obstáculo individualista, senão claramente autoritário” à democracia.

Na opinião de ALEXY (2008, p.447) “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, que de acordo com 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 vinte”. A atual conotação de jurisdição constitucional como atribuição dos Tribunais Constitucionais de interpretar e conceituarem normas constitucionais abstratas e vagas, especificamente os direitos fundamentais, somente se consolidou após a segunda guerra mundial no momento que houve a preocupação com a efetivação

dos direitos humanos.

Ressalta, 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 ONU⁴”.

A tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia ocorre no momento em que o Poder Judiciário chama para si a competência para efetivar um direito fundamental em nome da supremacia da Constituição, indo de encontro à lei promulgada mediante procedimento democrático.

A crítica à possibilidade da jurisdição constitucional em concretizar os direitos fundamentais, desfazendo atos oriundos da ‘vontade popular’ justifica-se na ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário. Na opinião de LIMA (2003, p. 225) 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. São essas suas palavras:

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.

4 Exemplo acerca da invocação de direitos aos tribunais internacionais é o caso Maria da Penha em que obrigou o Estado Brasileiro promulgar lei específica para proteção da mulher e punir com maior rigor a violência doméstica e familiar.

Em contra-argumento, ROCHA (1995, p.63) afirma:

[...] 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 sociais⁵.

Explana ainda BARBOZA (2008, p.278):

[...] apesar dos direitos fundamentais limitarem os procedimentos democráticos, essa limitação se justifica 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.

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 simples⁶”. 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.

5 Afirma ROCHA (1995, p.63): “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”.

6 Ressalte-se que o estudo de Robert Alexy sobre a colisão sobre os direitos fundamentais e o princípio democrático é situado no campo constitucional alemão.

Os direitos fundamentais por serem valores fundamentais escolhidos pela sociedade durante o desenvolvimento do Poder Constituinte Originário e que visam assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana 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. Nesse diapasão, esclarece BARBOZA (2008, p. 281-282):

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.

Para SILVA (2002, p. 43) o conceito de democracia está evoluindo, transformando-se em instrumento de “realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem”. Daí, não se poder negar a complementaridade entre democracia e direitos fundamentais e a relação de ambos com a jurisdição constitucional, como forma de garanti-los diante de leis inconstitucionais do Legislativo.

Na opinião de STRECK (2007, p. 387) 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, como salienta

DWORKIN (2000, p.32) “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”.

Explica ACKERMAN (1991) que os direitos alcançados pelo povo em efetiva mobilização popular, como os direitos fundamentais escolhidos pela Constituinte Originária, são superiores as leis votadas diariamente 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.

Assim, de acordo com ACKERMAN (1991) a relação de compatibilidade entre a jurisdição constitucional e a democracia consiste 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 aberta⁷ passa a ser um dos intérpretes dos princípios constitucionais, legitimando as decisões dos Tribunais Constitucionais como democráticas. Então, a participação de terceiros⁸ no processo de jurisdição constitucional como já é

7 Explica HÄRBELE (1997, p. 12-13) a 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 [...]”.

8 Um exemplo de participação de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade é o *amicus curie*.

possível em ações de controle de constitucionalidade autêntica como democrática a decisão que declara inconstitucional uma lei⁹ diante da supremacia dos direitos fundamentais.

Alguns teóricos alegam que legitimidade democrática do Poder Judiciário em concretizar os direitos fundamentais justifica-se no fato de que o próprio Poder Constituinte atribui a ele a função de controlar as leis elaboradas pelos Poderes Constituídos de acordo com a Constituição como também de interpretá-las de acordo com as necessidades sociais. Deste modo, explica DWORKIN (1991, p. 161) “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 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.** (Grifo nosso.)

Destarte, a efetivação dos direitos fundamentais sejam eles individuais, sociais, coletivos ou difusos é instrumento que permite aos cidadãos o pleno exercício de suas vontades nas decisões políticas do Estado. Afinal, esses direitos fundamentais por terem

9 De acordo com CUNHA JR. (apud DIDIER JR., 2008, p.457): “A intervenção do *amicus Curie* no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Häberle em sua sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.

sido escolhidos no momento da Constituinte Originária, diante de uma real 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 mesmo que seja contra o procedimento democrático. Nesse sentido, quando atua com esta visão, viabiliza que a Constituição se transforme de algo simbólico para uma carta efetiva.

Resume bem o ponto de vista do presente trabalho DWORKIN (2002) em sua obra *Levando os direitos à sério* quando assegura que um direito fundamental equivale a trunfo num jogo de carta. Trunfo este que deve ser utilizado até contra as decisões do Estado mesmo que decorrentes de procedimentos democráticos.

Os direitos fundamentais não podem ter seu conceito e aplicação limitados a vontade do legislativo. Deve o Poder Judiciário atuar para torná-los concretos e condizentes com a realidade social. Conclui-se que a atual concepção de democracia, desvinculada da supremacia das decisões da maioria, concorda com a tarefa da jurisdição constitucional em agir na definição e realização dos direitos fundamentais, já que a presença desses interesses em qualquer sociedade garante o exercício real da democracia.

5 CONCLUSÕES

A presente pesquisa pretendeu explorar a relação existente entre democracia, jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Coube analisar a legitimidade democrática do Poder Judiciário em efetivar os direitos fundamentais mesmo que contra o procedimento democrático.

A democracia na sua concepção deliberativa possui forte influência na jurisdição constitucional. A falta de efetivação dos direitos fundamentais ocasiona uma deficiência no próprio sistema democrático. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário na

concretização dos direitos fundamentais justifica-se em diversos aspectos como na supremacia dos direitos fundamentais em relação à vontade da maioria, na atribuição conferida ao Tribunal Constitucional de fiscalizar se as leis feitas pelo Poder Legislativo estão de acordo com a Constituição, na participação da sociedade na interpretação dos direitos fundamentais e na necessidade de atualização das definições destes às novas realidades sociais.

Portanto, o Tribunal Constitucional possui papel relevante no processo de concretização dos direitos fundamentais. Contudo, deve balizar sua função no princípio da razoabilidade, não substituindo a interpretação de um direito fundamental realizada pelo Parlamento por motivos pessoais, mas somente através de argumentos substanciais que comprovem que interpretação dada ao direito fundamental 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 ausência de atuação deste é que caberá ao Poder Judiciário intervir.

Não há como negar a relação de complementaridade entre democracia e direitos fundamentais. Afinal, para existir uma democracia se pressupõe a realização de direitos fundamentais, especialmente os políticos, enquanto que somente se pode comentar da presença e efetivação de direitos fundamentais em um Estado democrático. Assim, na democracia moderna, a tarefa da jurisdição constitucional se justifica no dever de concretizar os direitos fundamentais mesmo contra as legítimas opções da maioria no intuito da sobrevivência da própria democracia.

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 a atividade rotineira 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.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução 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 (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277- 293.

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

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 51, n. 18, p. 151-160, mai./ago., 2004.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 3. ed. rev. ampl e atual. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 405-485.

DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, democracia e direitos fundamentais. Conflitos e aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin;

SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Org.). **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. (Org.). **Democracia**. Tradução 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**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUTMANN, Amy. **A desarmonia da democracia**. Lua Nova, São Paulo: CEDEC, n. 36, p. 5-37,1995.

HARTOG, François. Os antigos. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier (Org.). **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.

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, Martônio 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, Martônio Mont´Alverne Barreto (Org.). **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