



## O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: o papel da Jurisdição Constitucional Aberta<sup>1</sup>

*Felipe Dalenogare Alves*<sup>2</sup>

*Francieli Freitas Meotti*<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo apresenta o resultado de uma pesquisa bibliográfica desenvolvida sob a temática do exercício da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. Para tanto, são analisados o fenômeno da judicialização, principalmente diante da supremacia dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo. No decorrer do trabalho, busca-se o esclarecimento às questões importantes que permeiam a temática, como: é possível compreender que um tribunal, não escolhido de forma representativa pelo povo, possa controlar as decisões deliberadas na esfera legislativa? É possível conciliar direitos fundamentais e democracia? Por fim, é possível concluir que a jurisdição constitucional aberta não apenas se constitui em um instrumento capaz de propiciar legitimidade ao Tribunal Constitucional, mas possui importante papel na conciliação entre direitos fundamentais e democracia.

**Palavras-chave:** constitucionalismo democrático; democracia; direitos fundamentais; estado democrático de direito; jurisdição constitucional aberta.

**ABSTRACT:** This article presents the result of a bibliographical research developed under the theme of the exercise of constitutional jurisdiction in the Democratic State of Law. To do so, are analyzed the phenomenon of judicialization, mainly on the supremacy of the fundamental rights and the consolidation of democracy, in the contours of the contemporary constitutionalism. In the course of the work, the enlightenment to important issues that permeate the theme, like: it is possible to understand that a court, not chosen so as representative by the people, can control the deliberate decisions on legislative sphere? It is possible to reconcile fundamental rights and democracy? Finally, it can be concluded that the open constitutional jurisdiction not only constitutes an instrument able to provide legitimacy to the Constitutional Court, but has important role in reconciling fundamental rights and democracy.

**Keywords:** democratic constitutionalism; democracy; fundamental rights; democratic state of law; open constitutional jurisdiction.

### 1 Introdução

O presente artigo apresenta o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sob a

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de políticas públicas: o papel e os limites do Supremo Tribunal Federal na fiscalização e na implementação de políticas públicas de inclusão social – análise crítica e busca de novos mecanismos/instrumentos para uma atuação democrática e cooperativa entre os Poderes”, onde os autores atuam na condição de participantes, vinculado ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e coordenado pela Prof<sup>a</sup>. Pós-Dr<sup>a</sup>. Mônia Clarissa Hennig Leal.

<sup>2</sup> Pós-graduando *lato sensu* (Especialização) em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM e em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Pós-graduando *stricto sensu* (Mestrado) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo. Email: felipe@estudosdedireito.com.br

<sup>3</sup> Pós-graduanda *stricto sensu* (Mestrado) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, com linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista CAPES. E-mail: francielimeotti@hotmail.com

temática do exercício da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo principal analisar o fenômeno da judicialização e o consequente protagonismo do Poder Judiciário, principalmente diante da supremacia dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo.

As Constituições contemporâneas, principalmente após as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, demonstraram uma preocupação jamais vista com a proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais, os consolidando como vetores a balizar toda a atuação estatal, dotados não apenas de conteúdo subjetivo, mas agora objetivo. De nada adiantaria prever direitos, sem os instrumentos adequados à sua proteção/concretização. É neste contexto, que se consolidam os Tribunais Constitucionais, como guardião dos direitos fundamentais e dos preceitos estabelecidos na Constituição.

Por consequência, este novo status conferido à Constituição traz reflexos à forma de agir do Poder Judiciário, pois, principalmente o Tribunal Constitucional (no Brasil, o STF) possui, neste contexto, um papel que ultrapassa uma função meramente negativa de controle, adquirindo um status construtivista e até criativo, assentado na necessidade de concretização dos princípios e direitos fundamentais.

Ocorre que a guarda/garantia/concretização destes direitos escalonados, diga-se mais uma vez, no topo da Constituição – vetores, não raras vezes, entra em conflito com a democracia, quebrando-se as boas relações entre os dois pilares básicos do Estado Democrático de Direito. Indo além, é possível se afirmar que é aí que reside a tensão entre democracia e constitucionalismo, uma vez que este acaba limitando a liberdade deliberativa dos representantes democraticamente eleitos pelo povo, os quais não poderão tomar decisões que afrontem os direitos fundamentais.

Dito de outro modo, significa que o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias e qualquer afronta, mesmo que oriundas de decisões políticas majoritárias, ensejará a atuação do Tribunal Constitucional. O problema que se coloca, então, é como compreender que um tribunal, não escolhido de forma representativa pelo povo, pode controlar as decisões deliberadas na esfera legislativa? É possível conciliar direitos fundamentais e democracia? Surge, assim, um desafio à jurisdição constitucional: como conferir legitimidade democrática às suas decisões, atenuando a linha que divide direitos fundamentais e democracia, proporcionando uma conciliação entre ambos?

É frente a este contexto que aparece a possibilidade de abertura da jurisdição constitucional, proporcionando participação de todos os seguimentos da sociedade, seja por meio do *amicus curiae* ou de audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal.

Esta abertura proporciona o que Häberle denominou de “Sociedade Aberta dos Intérpretes”, fazendo com que todos se tornem verdadeiros intérpretes da Constituição, conferindo legitimidade à atuação do STF, além de fortalecer o exercício de cidadania do povo brasileiro.

Diante deste contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, como a compreensão do fenômeno da judicialização, a necessária aproximação entre direitos fundamentais e democracia e a contribuição que a jurisdição constitucional aberta poderá proporcionar à conciliação entre ambos, no contexto do Constitucionalismo Democrático.

## **2 A judicialização como um fenômeno universal contemporâneo e o conseqüente protagonismo do Poder Judiciário.**

As decisões judiciais com reflexos políticos, a partir do pós 2ª guerra, tomaram maiores espaços com a presença e posituação dos direitos fundamentais nas Constituições de grande parte dos países ocidentais, especialmente, após a exposição ao mundo das atrocidades nazistas e fascistas. Nessa conjuntura, de especial atenção aos direitos fundamentais, criou-se um ambiente propício à democratização das relações sociais, que, conseqüentemente, acarretou na abertura de canais que permitiram o crescimento das demandas advindas da sociedade civil.<sup>4</sup>

O Judiciário é garantido pelos textos supremos como o “Guardião da Constituição”, o Poder responsável por garantir à pessoa humana a sua dignidade, fazendo com que os direitos fundamentais, insculpidos neste documento político-jurídico, cheguem a todos aqueles que detenham vida e, com isso, contribua à consecução de uma sociedade justa, fraterna e solidária. É neste ponto que se assenta a aura do constitucionalismo, uma vez que “busca resultados que venham a garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo”<sup>5</sup>.

Significa dizer que o “constitucionalismo tem como pedra angular os direitos fundamentais que, por sua vez, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte, de máxima manifestação da soberania popular”<sup>6</sup>. Em face disso, a Constituição, agora em um Estado Democrático de Direito, “acaba, mais do que nunca,

---

<sup>4</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 55.

<sup>5</sup> KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia*. In: Revista Sequencia. 56. n. 2008, p. 156.

<sup>6</sup> Idem.

assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita”<sup>7</sup>:

[...] a Constituição passa a ser não mais compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista de democracia – como documento da institucionalização de processos e de garantias fundamentais das esferas de liberdades capazes de garantir todos esses processos políticos e sociais, mas como um texto fundamental do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos.<sup>8</sup>

Indubitavelmente, este novo status conferido à Constituição traz reflexos à forma de agir do Poder Judiciário, pois “não se trata simplesmente do crescimento na ampliação objetiva das funções do Judiciário, através do aumento do poder da interpretação, da crescente disposição de litigar ou, de modo especial, da consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador”<sup>9</sup>, eis que, principalmente o Tribunal Constitucional possui, neste contexto, um papel que ultrapassa uma função meramente negativa de controle, adquirindo um status construtivista e até criativo, assentado na necessidade de concretização dos princípios e direitos fundamentais.<sup>10</sup>

No constitucionalismo contemporâneo, as Constituições “introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores, associados, em particular à dignidade humana e aos direitos fundamentais”<sup>11</sup>. Na brasileira, além disso, estão contempladas “opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação)”<sup>12</sup>, ensejando ao Brasil a necessidade de consolidação de um “Estado Democrático de Direito”, um “Estado Constitucional de Direito” e um “Estado Constitucional Democrático”.<sup>13</sup>

Esse fenômeno, repita-se, não é exclusividade brasileira, é universal, decorrente principalmente, como aponta Cruz, de uma “transformación em la estructura de la

<sup>7</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 40.

<sup>8</sup> MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Orfã”*. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Revista Novos Estudos*. 58. n. São Paulo: CEBRAP, 2000. p. 139.

<sup>9</sup> *Ibidem*. p. 126.

<sup>10</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización x activismo judicial*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (orgs). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. 12. t. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 36.

<sup>11</sup> BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas*. In: *Revista Diálogo Jurídico*. 15. n. Salvador, 2007. p. 4.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional na Brasil*. In: *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*. 9. n. Salvador: IBDP, 2007. p.3.

Constitución y que afecta sobre todo a la posición y a la función del Tribunal Constitucional Federal”<sup>14</sup>, ou seja, o Tribunal Constitucional passa a dar proteção aos Direitos Humanos, agora fundamentais, transferidos ao ordenamento interno e petrificados na maior parte das Constituições contemporâneas.

Como aponta Cittadino, “o protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa”<sup>15</sup>, mas “mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional”<sup>16</sup>. No Brasil, destaca a autora que o fenômeno da judicialização é natural, propiciado pela Constituição Cidadã, “que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais”<sup>17</sup>.

Dessa forma, é possível perceber que “a expectativa depositada na Justiça, de que ela possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular”<sup>18</sup>. Isso porque o Judiciário passar a ser o grito de socorro do cidadão, na busca de efetivação de seus direitos. Assim ocorreu no Brasil nos últimos anos, a exemplo de decisões importantes neste sentido, proferidas pelo STF, tendo importantes reflexos sociais, como as que seguem.

O julgamento da questão da fidelidade partidária, a autorização para pesquisas envolvendo células tronco-embrionárias, o (não)uso de algemas, o direito de greve dos servidores públicos, o fim do nepotismo nos Poderes do Estado, a descriminalização do aborto em caso de fetos anencefálicos, a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol em Roraima, a possibilidade da união estável homoafetiva, as cotas raciais em universidades públicas, dentre outras decisões de relevante impacto, tanto na seara social, quanto política.

Isso fez com que a judicialização de questões políticas que envolvem direitos fundamentais, muito confundida com ativismo judicial, e, aqui, é importante destacar que são “dos caras de la misma moneda, pero no necesariamente la misma moneda”<sup>19</sup>, se torne um

---

<sup>14</sup> CRUZ, Luiz Mario. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. Cidade do México: Porrúa, 2006. p. 60.

<sup>15</sup> CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. 2. v. 2. n. Campos: FDC, 2001. p. 135.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> MAUS, Op Cit. p. 135.

<sup>19</sup> LEAL, 2012, Op Cit. p. 37.

assunto cada vez mais debatido na sociedade, especialmente por envolver a questão da separação dos poderes e a legitimidade democrática, em especial, do STF.

Destarte, a judicialização é resultado de um processo histórico, característico do constitucionalismo democrático, ocasionando um protagonismo do Judiciário, que ocasiona uma transferência de temas centrais da sociedade a este Poder.<sup>20</sup> Em outras palavras, significa dizer que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”<sup>21</sup>.

É de se afirmar, na esteira de Barroso, que “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política”<sup>22</sup>, pois emana do modelo analítico e do sistema de controle de constitucionalidade tomados no país, os quais possibilitam que discussões de longo alcance político e moral sejam trazidas à apreciação jurisdicional<sup>23</sup>.

Por outro lado, não há de se negar, como já mencionado, que se trata de um “fenômeno da acessibilidade dos espaços judiciais, em substituição à representação política tradicional, em que os eleitores demandam de seus governantes as providências necessárias para o bom funcionamento da sociedade”<sup>24</sup>, eis que “os demais Poderes não conseguem a satisfação normativa efetiva nessas demandas, exigindo então, que o tribunal responda a tais demandas”<sup>25</sup>.

Assim, é possível perceber, a exemplo do que afirma Leal, que a judicialização decorrer de múltiplos fatores, dentre os quais a constitucionalização de direitos, o sistema de controle de constitucionalidade e, em um Estado carente de realizações sociais como o brasileiro, da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo em concretizar os anseios do

---

<sup>20</sup> Ibidem. p. 37-38.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas. 4. n. Brasília: OAB Editora, 2009. p. 3. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 9 jun 13.

<sup>22</sup> BARROSO, *Op Cit.* p. 6.

<sup>23</sup> Ibidem. p. 17.

<sup>24</sup> GUERRA, Gustavo Rabay. *A expansão do poder judicial no constitucionalismo democrático: distorção sistêmica ou necessidade contemporânea?* In: Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas da UFSC. p. 2. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32552-39665-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 ago 13.

<sup>25</sup> MARCONATTO, Cristiano Cuzzo; FORTES, Francielli Silveira. *Democracia, Constitucionalismo e participação cidadã: a atividade jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais*. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GORCZEWSKI, Clóvis. *Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas*. Curitiba: Multideia, 2012. p. 228.

cidadão, o qual, agora dispendo de meios processuais democraticamente conferidos, aciona o poder judiciário, que deve dar uma resposta, provendo à prestação jurisdicional.<sup>26</sup>

Em recente sabatina no Senado Federal à vaga de Ministro do STF, em 05 de junho de 2013, Luís Roberto Barroso apontou que “a judicialização das relações políticas é inevitável no mundo contemporâneo, mas o direito não quer suprimir o espaço da política. Há um ponto de equilíbrio adequado”.<sup>27</sup> Assim, o desafio que se coloca ao constitucionalismo contemporâneo é o estabelecimento deste ponto de equilíbrio entre atuação jurisdicional e a necessária proteção aos ideais democráticos.

Neste ponto, torna-se interessante o estudo acerca dos dois pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito: a proteção aos direitos fundamentais e a democracia, pois “é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem os direitos fundamentais”<sup>28</sup>.

### **3 Direitos Fundamentais e Democracia: a necessária conciliação dos pilares do Estado Democrático de Direito.**

O Estado Democrático de Direito surge da consolidação do constitucionalismo com a democracia, “especialmente em face do recrudescimento da ideia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana”<sup>29</sup>. Neste contexto, o constitucionalismo se coloca a garantir a proteção dos direitos fundamentais, ainda que acarrete limites à atuação dos Poderes do Estado, principalmente o Legislativo e o Executivo, pois “ao recuar deixar a Constituição à mercê da discricionariedade do legislador, a teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao Judiciário”<sup>30</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1988 surge carregada de uma atenção especial aos Direitos Fundamentais e à Democracia. Naquele momento, os direitos humanos representavam “um novo ideal no cenário do mundo globalizado, tornando-se o princípio da libertação da opressão e da dominação, tratando-se ‘do fado da pós modernidade, a energia das nossas sociedades, o cumprimento da promessa do Iluminismo de emancipação e

---

<sup>26</sup> LEAL, 2012, Op Cit. p. 37-38.

<sup>27</sup> Notícias da Agência Brasil UOL. *A maior ou menor judicialização está nas mãos do Congresso, diz Barroso*. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/63608/a+maior+ou+menor+judicializacao+esta+nas+maos+do+congresso+diz+barroso.shtml>>. Acesso em: 18 ago 13.

<sup>28</sup> KOZICKI; BARBOZA, Op Cit. p. 152.

<sup>29</sup> LEAL, 2007. Op Cit. p. 40.

<sup>30</sup> Idem.

autorrealização”<sup>31</sup>. Isso fez com que a nação consagrasse “os princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana, passando a ser inserido no cenário de proteção internacional de direitos humanos”<sup>32</sup>.

Ocorre que esta necessária proteção aos direitos fundamentais e a própria dignidade humana, não raras vezes, entra em conflito com a democracia, pois, como aponta Alexy, mesmo que se trate de duas coisas boas e não devesse haver conflito, seria ingenuidade pensar que ambos pudessem conviver juntos ilimitadamente, constituindo-se uma visão muito bonita para ser verdadeira.<sup>33</sup>

Assim, se, de um lado, a constituição atribui o caráter principiológico aos direitos fundamentais, os colocando no topo da ordem constitucional, como valores a seres protegidos e concretizados a todos. De outro, atribui esta proteção ao judiciário, como guardião da Constituição, a quem o cidadão, quando desprotegido de um direito fundamental, recorrerá para tê-lo consolidado, sendo que, historicamente – e de forma tradicional, é criticado pelo seu caráter ademocrático, eis que não eleito pelo povo, nos moldes da democracia representativa.

O problema que se coloca, então, é: como conciliar direitos fundamentais e democracia, sem deixar as minorias desprotegidas, “principalmente nos casos que envolvam questões de iminente caráter político ou de decisão majoritária”<sup>34</sup>? Esta pergunta poderia ser realizada diretamente à seguinte questão: poderia o Congresso Nacional, mesmo que legitimado pela “voz do povo”, em uma decisão majoritária, aprovar (mesmo que seja *clausula petrus*), uma alteração na Constituição, tornando a prática de crime hediondo passível de punição com pena de morte?

Observe-se o conflito entre uma decisão democrática majoritária (hipoteticamente, após ampla consulta popular) e o direito fundamental à vida (da minoria). O tribunal constitucional não estaria legitimado a declarar a inconstitucionalidade desta alteração, eis que, embora democrática e majoritária, constitui afronta a direito fundamental da minoria (sem voz e força, suprimida pela decisão majoritária esmagadora)?

---

<sup>31</sup> GORCZEVSKY, Clovis; KONRAD, Letícia Regina. *Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional: apontamentos sobre a proteção internacional dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito*. In: GORCZEVSKY, Clovis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Constitucionalismo Contemporâneo: concretizando direitos*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 80.

<sup>32</sup> *Ibidem*. p. 81.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 217. Rio de Janeiro, jul./set. 1999. p. 65.

<sup>34</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. *A jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. In: *Revista Pensar*. 17. v. 1. n. 2012, p. 280.



O que se deve ter em mente é que, no constitucionalismo contemporâneo, a defesa dos interesses majoritários encontra limite derradeiro na supremacia dos direitos fundamentais, constituindo-se o equilíbrio entre estes e a soberania popular. É pelo afirmado que Alexy destaca o duplo caráter dos direitos fundamentais – democráticos e ademocráticos:

Direitos Fundamentais são **democráticos** por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e com as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. **Ademocráticos** são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação também do legislador eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. (Grifou-se).<sup>35</sup>

Assim, se uma face do Estado Democrático de Direito “exige a democracia, como imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas, que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito”<sup>36</sup>, a outra exige que esta dignidade e todos os direitos fundamentais sejam respeitados pelo processo democrático. Isso só ocorrerá com a construção de uma sociedade engajada, unida aos ideais de fraternidade e solidariedade, pois “sem um ambiente de cultura de direitos fundamentais, não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia”<sup>37</sup>.

É necessário, frente a isso, que se tenha a noção de que, contemporaneamente, os direitos fundamentais se caracterizam por uma dupla qualificação, pois “por un lado, se conciben como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado; y por outro, como normas objetivas de principio o decisiones valorativas que tienen validez para todos los âmbitos de derecho”<sup>38</sup>. Dito de outra forma, os direitos fundamentais deixam de se caracterizar simplesmente pela dimensão subjetiva (autonomia de vontade), passando a constituir uma dimensão objetiva (proteção do Estado).

Por consequência, cabe a todos os Poderes garantir a proteção aos direitos fundamentais. Ao Legislativo e o Executivo, no momento em que devem assegurá-los a todos, eis que destinados não apenas à maioria, mas também às minorias. Ao Judiciário, no momento em que exerce a jurisdição constitucional, concretizando-os, mesmo que contra decisões politicamente majoritárias. Assim, há de se afirmar que, “de parte da democracia, pondera-se que a maioria, ainda que a governamental, devidamente legitimada pelo sufrágio universal, pode hostilizar direitos fundamentais de minorias”<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> ALEXY, Op Cit. p. 65.

<sup>36</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 19.

<sup>37</sup> Ibidem. p. 20.

<sup>38</sup> CRUZ, Op Cit. p. 59.

<sup>39</sup> LEAL; BOLESINA. Op Cit. p. 283.

O que se pode afirmar é que, frente ao tema, o debate gira em torno das tensões entre o constitucionalismo e a democracia<sup>40</sup>. Assim, é necessário dizer, na esteira de Leal e Bolesina, que, “no Estado Democrático de Direito, não há como separar os direitos fundamentais da democracia; ambos se completam, se protegem e necessitam um do outro”<sup>41</sup>, embora se reconheça que, como afirma Alexy, isso é um ideal de uma sociedade politicamente perfeita, não se pode perder de vista o farol de torná-lo uma realidade neste mundo (termo utilizado pelo autor).<sup>42</sup>

Se o debate ocorre no exercício da jurisdição constitucional, o desafio que se apresenta é como atenuar esta tangente que separa direitos fundamentais e democracia, tornando a atuação do tribunal constitucional (na proteção aos direitos fundamentais) legítima (democraticamente). Se a sociedade brasileira ainda não está ideologicamente evoluída, a ponto de compreender as noções de representação política e argumentativa expostas por Alexy<sup>43</sup>, ou, ainda, se a crítica não aceita que se trate de representação, uma proposta é a abertura da jurisdição constitucional, conforme se trabalhará no tópico seguinte.

#### **4 O Constitucionalismo Contemporâneo e o exercício de uma Jurisdição Constitucional Aberta: uma proposta de legitimidade democrática à concretização dos Direitos Fundamentais.**

O Constitucionalismo Democrático sustenta-se basicamente sobre três pilares: democracia, direitos fundamentais e jurisdição constitucional.<sup>44</sup> Neste contexto, o exercício de uma jurisdição constitucional aberta representa uma abertura deliberativa à participação de todos os atores sociais, tornando-se um elo de representação popular na interpretação da Constituição.<sup>45</sup>

Dito de outra forma, a noção de jurisdição constitucional aberta apresenta uma maior participação dos cidadãos na concretização dos valores constitucionais, passando-se de “uma

---

<sup>40</sup> Ibidem. p. 285.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> ALEXY, Op Cit. p. 65.

<sup>43</sup> Ibidem. 66. Conforme o autor, se todo o poder estatal emana do povo, há de se compreender que não apenas o Legislativo e o Executivo representam o povo, mas também o tribunal constitucional. A diferença reside no fato de que, enquanto aqueles Poderes representam o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional representa o cidadão argumentativamente (tecnicamente).

<sup>44</sup> LEAL; BOLESINA, Op Cit. p. 286.

<sup>45</sup> Idem.

interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”<sup>46</sup>. Ou seja, parte-se da tese de Häberle, de que “no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”<sup>47</sup>.

Sob esta perspectiva, tem-se “uma ruptura com uma noção meramente dogmática e positivista estrita acerca da Constituição, aparecendo ela, dentro de sua função normativa, com uma perspectiva aberta e plural, de matiz cultural”<sup>48</sup>, tornando-se um verdadeiro “elemento vivo, resultante das interações e das cristalizações acontecidas entre o texto normativo e o entorno cultural que o envolve”<sup>49</sup>. Ao pensar deste modo, muda-se a atuação da Corte Constitucional, como aponta Cittadino:

Com a definição do caráter político do Supremo Tribunal Federal, fecha-se o círculo que caracteriza a *dimensão comunitária* do ordenamento constitucional brasileiro. A realização dos valores constitucionais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais vai depender, por um lado, da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes, dotada de instrumentos processuais inibidores das omissões do poder público, e, por outro, de uma hermenêutica constitucional que, ultrapassando o formalismo positivista, introduza uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição.<sup>50</sup>

Significa dizer que “a jurisdição constitucional aberta fornece aos seus participantes a oportunidade de trabalharem como intérpretes da norma constitucional, possibilitando que o público esteja lado a lado com os intérpretes de praxe”<sup>51</sup>, pois “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”<sup>52</sup>.

A abertura da jurisdição constitucional trará a aproximação necessária entre direitos fundamentais e democracia, pois abre “um importante espaço de atuação dos cidadãos, compreendidos não enquanto meros sujeitos passivos ou meros espectadores da ordem jurídico-constitucional, e sim pressupondo a realização desta tarefa do exercício de um direito de participação ativa no processo”<sup>53</sup>, como aponta Cittadino:

---

<sup>46</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002. p. 12-13.

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 13.

<sup>48</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro*. In: Revista Direito Público. 1. v. 21. n. Brasília: IDP, 2008. p. 29.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 63-64.

<sup>51</sup> LEAL; BOLESINA, Op Cit. p. 290.

<sup>52</sup> HÄBERLE, Op Cit. p. 15.

<sup>53</sup> LEAL, 2008, Op Cit. p. 31.

É, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. Em outras palavras, a abertura constitucional permite que cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da Constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição.<sup>54</sup>

Se assim ocorrer, havendo uma efetiva participação popular, o cidadão não mais será visto como um mero sujeito passivo, mas como sujeito ativo no processo construtivo dos significados da Constituição à vida comum de todos os atores sociais, os quais, mais do que interpretá-la, irão vivenciá-la, desencadeando um progressivo processo de pluralização de seu conteúdo.<sup>55</sup> Para isso, é necessário que se tenha uma nova concepção do próprio exercício da cidadania, como aponta Häberle:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.<sup>56</sup>

Em outras palavras, “esta nova realidade demanda, por seu turno, também um novo comportamento, tanto por parte do Estado como dos cidadãos, não podendo a sua operacionalidade ser reduzida à mera ‘tecnicidade’ (*Technizität*)”<sup>57</sup>. Isso porque, “dentro deste contexto, a participação e o procedimento precisam assumir uma função efetiva – também no que concerne à compreensão e à aplicação da Constituição”<sup>58</sup>. Ou seja, a jurisdição constitucional aberta “pressupõe, antes de mais nada, um cidadão informado e engajado, especialmente (mas não só) quando seus interesses estão em jogo, e que leva, sobretudo, os seus direitos fundamentais a sério”<sup>59</sup>.

A abertura da interpretação constitucional, “ao trabalhar democraticamente os direitos fundamentais, consegue um equilíbrio que aproxima não só as duas essencialidades do Estado Democrático de Direito, mas também a própria jurisdição constitucional da população”<sup>60</sup>, pois, “na medida em que muitos são os intérpretes constitucionais, amplia-se a noção de participação no processo constitucional (o que acaba por influenciar a interpretação jurídica do próprio Tribunal), que resta ampliada em suas perspectivas e abordagens,

<sup>54</sup> CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2002. p. 31.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> HÄBERLE, Op Cit. p. 37.

<sup>57</sup> LEAL, 2008, Op Cit. p. 32.

<sup>58</sup> Idem.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 34.

<sup>60</sup> LEAL; BOLESINA, Op Cit. p. 291.

ampliando-se, igualmente, as suas potencialidades de fundamentação e de legitimação democrática”<sup>61</sup>.

Assim, “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”<sup>62</sup>, o que tornará a jurisdição constitucional “mais permeável aos argumentos plurais aduzidos no processo de participação, e também mais ‘situada’ em seu tempo e espaço (compreensão e localização do problema enquanto problema social e cultural)”<sup>63</sup>, o que deixa claro, coadunando-se a Leal, que a noção de “que uma fixação exclusiva da interpretação na jurisdição deve e precisa ser superada”<sup>64</sup>.

No sistema brasileiro, há instrumentos que possibilitam esta participação popular e a consequente abertura da jurisdição constitucional, a exemplo das audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal, ouvindo-se os diversos segmentos da sociedade, e o *amicus curiae*, os quais não só conferem legitimidade democrática à atuação do Tribunal, como proporcionam a necessária aproximação entre democracia e direitos fundamentais.

É por tudo isso, que se defende “a ideia de que a jurisdição deve ser tomada como um espaço de ampliação da cidadania, onde o processo possa ser inclusivo enquanto local de exercício de participação política (*lato sensu*), de democracia direta”<sup>65</sup>, atenuando-se a tangente entre direitos fundamentais e democracia, sem perder de vista, entretanto, a necessidade de que todos os intérpretes da Constituição hajam orientados pelos valores nela postos, os quais constituem a verdadeira essência do constitucionalismo democrático (direitos fundamentais e democracia).<sup>66</sup> Em outras palavras, “cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição”.<sup>67</sup>

## 5 Conclusão

Diante do todo o exposto, conclui-se que o fenômeno da judicialização é um fenômeno universal, inerente às constituições contemporâneas e decorre de múltiplos fatores, dentre os quais, o destaque à proteção da dignidade humana e aos direitos fundamentais, conferindo ao Poder Judiciário o papel de guardião destes e dos demais preceitos

---

<sup>61</sup> LEAL, 2008, Op Cit. p. 36.

<sup>62</sup> HÄBERLE, Op Cit. p. 43.

<sup>63</sup> LEAL, 2008. Op Cit. p. 36.

<sup>64</sup> Ibidem. p. 37.

<sup>65</sup> LEAL, 2007, Op Cit. p. 192.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> HÄBERLE, Op Cit. p. 46.

constitucionais. Diante disso, é inevitável que este Poder assumirá um consequente protagonismo frente aos demais Poderes.

Este protagonismo, inegavelmente, decorre da democratização do acesso aos espaços judiciais, em substituição à representação política tradicional, em que os eleitores demandam de seus governantes as providências necessárias para o bom funcionamento da sociedade, fazendo com que o Judiciário se transforme, no dizer de Maus, no “Superego da Sociedade Orfã”, constituindo-se um processo salutar ao Estado Democrático de Direito.

Os ânimos entre os Poderes se acirram principalmente quando os dois pilares do Estado Democrático de Direito entram em choque: direitos fundamentais e democracia. Isso porque, se ao Tribunal Constitucional cabe a proteção dos direitos fundamentais, não raras vezes, ocorrerão decisões políticas, majoritariamente deliberadas na esfera parlamentar, que afrontarão os direitos fundamentais das minorias, ensejando sua atuação no controle de constitucionalidade.

Diante disso, se o problema gira em torno da legitimidade democrática do tribunal (formado por membros não eleitos democraticamente pelo povo), é necessário que se concilie democracia e direitos fundamentais, para qual, a abertura da jurisdição constitucional, como visto, demonstra-se importante instrumento, no momento em que concede voz aos diversos segmentos da sociedade, neste contexto, tal qual colocada por Häberle, uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Por óbvio que esta tarefa não se demonstra fácil, demandando não apenas o desenvolvimento à própria consciência cidadã do povo brasileiro, com um necessário amadurecimento às questões inerentes ao constitucionalismo democrático (cultura de respeito aos direitos fundamentais), mas também ao próprio Poder Judiciário, instituindo-se a mentalidade de que é necessário dar abertura à sociedade, para que todos os segmentos possam levar sua voz àqueles que tomarão decisões tão importantes ao rumo social.

Por derradeiro, é necessário afirmar que já se pode vislumbrar uma jurisdição constitucional que consiga conciliar direitos fundamentais e democracia, pois é necessária e possível a abertura de espaço à atuação dos cidadãos, para que estes não mais atuem como meros sujeitos passivos ou espectadores da ordem jurídico-constitucional, mas como membros ativos no processo de interpretação da Constituição.

## **Referências**

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição*

*constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista de Direito Administrativo. n. 217. Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas*. In: Revista Diálogo Jurídico. 15. n. Salvador, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional na Brasil*. In: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. 9. n. Salvador: IBDP, 2007.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas. 4. n. Brasília: OAB Editora, 2009. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 9 jun 13.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. 2. v. 2. n. Campos: FDC, 2001.

\_\_\_\_\_. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2002.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRUZ, Luiz Mario. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. Cidade do México: Porrúa, 2006.

GORCZEVSKY, Clovis; KONRAD, Letícia Regina. *Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional: apontamentos sobre a proteção internacional dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito*. In: GORCZEVSKY, Clovis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Constitucionalismo Contemporâneo: concretizando direitos*. Curitiba: Multideia, 2013.

GUERRA, Gustavo Rabay. *A expansão do poder judicial no constitucionalismo democrático: distorção sistêmica ou necessidade contemporânea?* In: Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas da UFSC. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32552-39665-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 ago 13.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia*. In: Revista Sequencia. 56. n. 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional Aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro*. In: Revista Direito Público. 1. v. 21. n. Brasília: IDP, 2008.

\_\_\_\_\_. *La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización x activismo judicial*. In: COSTA, Marli Marlene

Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (orgs). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. 12. t. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

\_\_\_\_\_; BOLESINA, Iuri. *A jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. In: Revista Pensar. 17. v. 1. n. 2012.

MARCONATTO, Cristiano Cuzzo; FORTES, Francieli Silveira. *Democracia, Constitucionalismo e participação cidadã: a atividade jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais*. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GORCZEWSKI, Clóvis. *Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas*. Curitiba: Multideia, 2012.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na "Sociedade Orfã"*. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: Revista Novos Estudos. 58. n. São Paulo: CEBRAP, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: triunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.