REVISTA DIREITOS FUNDAMENTAIS & DEMOCRACIA

ISSN 1982-0496

Vol. 5 (2009)

A POSSIBILIDADE DE RESGATE DO PROJETO DEMOCRÁTICO VIA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Fernanda Braghirolli[1]

RESUMO

O presente artigo insere-se na ideia de estipular uma forma mais criteriosa de fiscalização contra a violação das normas constitucionais, bem como analisar a necessidade de controle das atividades desempenhadas pelos legisladores por meio da vinculação ao texto constitucional, assegurando, assim, impedir a ilegítima tomada de poder. Desta forma, como vértice do sistema e com a missão de fazer cumprir e respeitar os preceitos previstos constitucionalmente, atribui-se vertente democrática e legitimadora à Justiça Constitucional, que com sua função de manter a supremacia da Constituição, a defesa e a promoção dos direitos fundamentais, atua garantindo por meio deste expediente a preservação e o resguardo das ideias básicas de um Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This article is in stipulate idea of a more careful supervisory against the violation of constitutional requirements, and examine the need to control the activities performed by legislators through syndication to the constitutional text, ensuring thereby preventing the unlawful taking power. Thus, as vertex of the system and with the mission to enforce and comply with the precepts contained constitutionally, attaches itself strand democratic and legitimizing the Constitutional Justice, which with its function of maintaining the supremacy of the Constitution, the protection and promotion of rights basic, operates guarantees through this expedient, preservation and the protection of the basic ideas of a democratic state of law.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça Constitucional. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais.

KEYWORDS

Constitutional Justice. A Democratic State. Fundamental Rights.

---

[1] Advogada formada pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS - São Leopoldo - RS, Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Mater Dei de Pato Branco-PR, Mestranda em Direito Público pela UNISINOS e Bolsista Santander-Banespa.

ISSN 1982-0496
Vol. 5 (2009)

INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta versa sobre o funcionamento da Jurisdição Constitucional e sua interação com o sistema democrático em todas as suas implicações – que vão desde a articulação de conflitos até a forma de exercer atividade política por meio do asseguramento, a todos os cidadãos, dos direitos que lhes são constitucionalmente reconhecidos. Trazendo a lume uma Constituição elaborada pelo respeito aos cidadãos, garantindo-a, tanto nas eventuais violações, como por seu constante cumprimento.

Neste plano, a pesquisa implicará na crucial análise a respeito dos contornos precisos da atuação da Jurisdição Constitucional no desempenho da sua função protetora do pluralismo das minorias e de controle das atividades do Poder Público, no que concerne às emendas e à elaboração das leis, no sentido de que este deve ceder em face das normas constitucionais, curvando-se à soberania popular consubstanciada na Constituição.

Tal tema justificará a atuação mais rigorosa da Jurisdição Constitucional no que tange a fiscalização do legislador, exigindo o seu comprometimento com o texto constitucional, já que a própria Constituição disciplina o exercício e os limites do poder. Havendo, desta sorte, uma legitimidade democrática ao assegurar que a vontade a prevalecer seja, inexoravelmente, a vontade soberana do povo.

Sinteticamente, pode-se dizer que a presente pesquisa projeta-se para o reconhecimento da necessidade de uma prática jurídica apta à implementação do constitucionalismo contemporâneo, buscando enriquecer a democracia, no sentido de que a Jurisdição Constitucional passa a administrar a justiça em nome do povo, fazendo frente à violação da Constituição e lutando em prol da concretização dos direitos fundamentais.

1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Levando em conta a natureza da reflexão presente no Estado Democrático de Direito, a Jurisdição Constitucional passa a robustecer o cimento indisponível da própria democracia, a qual somente experimenta verdadeira e autêntica legitimidade quando apta a viabilizar a consecução dos direitos fundamentais, dos direitos sociais e coletivos *lato sensu*, valores que o próprio constituinte estabeleceu como sendo passíveis de concretização. Com efeito, é condizente com a vocação expressiva da democracia, a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais, promovendo-lhes a execução gradual e sublinhando com a necessária e oportuna ênfase, a vinculação dos poderes ao pacto constituinte.

A infiltração da Jurisdição Constitucional no campo da democracia indica que com a recepção dos valores substanciais pela Constituição, o Estado identifica-se com o imperativo de lhes conferir a máxima aplicabilidade concreta, almejando alcançar um patamar considerável em termos de eficácia dos mais nobres direitos: a dignidade humana. Assim, da Jurisdição Constitucional deriva à capacidade de não só tutelar tais

UNIBRASIL
UniBrasil - Faculdades Integradas do Brasil
Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã. CEP: 82820-540 Curitiba - PR - Brasil
Telefone: 55 (51) 3361.4200
revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/

direitos, como também intervir em prol de sua realização material, trilhando um caminho em que o sistema democrático credencia uma reversão dos sentidos em curso da citada instituição, que passa a dar respostas aptas contra a eventual ação corrosiva protagonizada pelo constituinte derivado, não apenas protegendo, mas também constituindo, decisiva e prudentemente, a dimensão dos direitos inerentes a sobrevivência humana. Desta forma, voltada ao sistema de realização democrática, a Jurisdição Constitucional se racionaliza para atuar em nome da aplicação do processo democrático brasileiro, adquirindo assim, legitimidade absoluta em suas ações, podendo invocar o justo e o digno, inclusive perante a própria lei.

Ademais, a democratização tal como se apresenta no paradigma do Estado Democrático de Direito e a atuação da Jurisdição Constitucional trazem à luz uma Constituição formada pelo respeito aos cidadãos, ensejando não só a proteção das minorias, como também, a exigência de vinculação dos Poderes à concretização de políticas públicas, principalmente no âmbito da saúde, do ensino fundamental, entre outras. Tal contexto expressa um movimento que tem dado origem a um novo atuar jurídico que passa a agir no cenário político como um instrumento para a representação dos interesses de todos os cidadãos, vislumbrando expectativas de justiça e de ideal democrático. Portanto, fazer com que a efetividade dos direitos sociais, fundamentais e democráticos aconteça por meio de uma prática jurídico-constitucional, conduz à concretização e ao aperfeiçoamento de avanços no campo social, ao mesmo tempo, que valorizará a Constituição como elemento conformador da cidadania e instrumento de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder[2]. Com o reconhecimento da Jurisdição Constitucional como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, torna-se possível devolver à sociedade um sentimento de justiça, fixando um agir que estimule na vida democrática, a satisfação de suas questões existenciais[3]. A valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta às funções de solidarização social, no sentido de que a Jurisdição Constitucional passaria a ocupar um papel positivo e construtivo no campo da democracia, prosperando na judicialização do social e colocando em evidência a soberania popular e a vontade geral implícita no direito positivo.

Trata-se, pois, de pensar em termos positivos a relação entre Democracia, Constituição e Jurisdição, de tal sorte que as portas sejam abertas ao Judiciário para criarem o Direito, fazendo com que os cidadãos sejam os verdadeiros destinatários dos preceitos previstos constitucionalmente ao concretizar o direito legítimo à democracia, canalizando, desta forma, um fluxo de comunicação para o centro do sistema político. Nesta leitura, as reivindicações da sociedade democrática, previstas na Constituição, se fariam presentes diretamente na vida pública pela mediação dos tribunais, favorecendo um ideal específico de sociedade, de vida digna e de avanços genuinamente democráticos.

---

2 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 67-68.

3 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito.* 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 162.

REVISTA DIREITOS FUNDAMENTAIS & DEMOCRACIA
ISSN 1982-0496
Vol. 5 (2009)

Daí, que advém a tarefa da Jurisdição Constitucional de zelar não só pelo respeito aos procedimentos democráticos que impulsionam as garantias de abertura e de participação dos cidadãos nas decisões políticas, como também de garantir os direitos fundamentais e sociais – núcleos essenciais do Estado Democrático de Direito –, realizando, desta forma, o processo democrático em toda sua totalidade. Nesta concepção que deita suas raízes no paradigma no constitucionalismo contemporâneo, deve-se entender a Jurisdição Constitucional como aquela instituição que garante ao cidadão criar o seu próprio Direito, incorporando em suas ações a valorização e a concretização das determinações substantivas constitucionais.

Desta forma, o Judiciário e a soberania popular atuam em parceria, caminhando em direção a uma tendência geradora de um espaço criado para recepcionar o movimento em prol de uma única identidade, onde se produzem e se realizam convicções verdadeiramente democráticas. Com isso pretende-se incorporar a Jurisdição Constitucional a uma esfera radicalmente democrática, constituindo-se como um espaço privilegiado do exercício da cidadania. Dentro deste contexto, a Jurisdição Constitucional precisa ser identificada como o *locus* de exercício democrático, ou seja, um espaço a mais na luta pelos grandes temas que envolvem a sociedade.

Ademais, é necessário discutir o alargamento dos espaços de travamento dos debates que envolvem temas como os valores fundamentais da sociedade, sob esta perspectiva, tanto mais democrática será uma sociedade, quanto maior for sua capacidade de incorporar e assimilar novos instrumentos e mecanismos de garantia dos direitos constitucionalmente assegurados. Assim, a revitalização e a dimensão de revigoramento da Constituição são notas dominantes neste campo de expansão do papel a ser desenvolvido pela Jurisdição Constitucional, não havendo lugar para o ativismo judicial.

À evidência, em razão dos temores que a comunidade jurídica tem acerca de um excessivo ativismo judicial, é necessário recordar com STRECK, que a defesa de um certo grau de intervenção da Justiça Constitucional implica o risco de usurpação dos poderes constituintes – esta crítica é feita por Bercovici que afirma que o Supremo Tribunal Federal pode decidir "contra a Constituição", considerando-se seu dono[4].

Não há como negar que este tensionamento assume contornos consideráveis, pois, como afirma STRECK, existem apenas "bons ativismos e bons ativistas", sendo inexorável admitir que o Tribunal Constitucional sempre faz política e, desta forma, pode haver o solapamento – de modo omissivo ou comissivo –, do sentido da Constituição. De qualquer forma, vale frisar os ensinamentos do citado autor:

> *O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução das políticas públicas (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição) não se pode abrir mão da intervenção da Justiça Constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões*[5].

[4] Idem, op. cit., p. 110.

[5] Idem, op.cit., p.110.

UniBrasil - Faculdades Integradas do Brasil
Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã. CEP: 82820-540 Curitiba - PR - Brasil
Telefone: 55 (51) 3361.4200
revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/

Ademais, deve-se levar em consideração que o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição dependerá também do comprometimento de toda a sociedade civil, exigindo e fiscalizando as instâncias judiciárias para que cumpram os ditames previstos na Constituição, por meio do uso de diversos mecanismos institucionais, como por exemplo, as ações constitucionais, o controle difuso e concentrado de constitucionalidade[6]. Assim, este processo implica à luta de toda sociedade em prol da efetivação dos valores proclamados no texto constitucional, no sentido de reivindicar o cumprimento dos objetivos traçados no pacto constituinte.

2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE NOVOS DIREITOS GERANDO LEGITIMIDADE AO ATUAR DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PROL DA MATERIALIDADE DEMOCRÁTICA

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o paradigma do Estado Democrático de Direito, agregando em sua estrutura uma transformação significativa que foi a constitucionalização de uma série de direitos sociais e coletivos. Desta forma, num sistema jurídico em que o acesso à justiça era para pleitear proteção ao que já se tinha, passa-se agora, a correspondência de uma ordem promocional, onde se busca o Judiciário para auxiliar na obtenção do que ainda não se tem[7].

É neste contexto que se deve analisar a inadiável obrigatoriedade da Jurisdição Constitucional de fazer parte do ambiente discursivo, com o propósito de utilizá-la em nome de uma concepção expressiva de instituição judicial, pois com a multiplicação dos direitos, multiplicam-se também as obrigações para com a materialização de tais direitos no seio da sociedade. Pensando deste modo, coloca-se em questão a atuação do Judiciário como um canal institucional para o encaminhamento de reivindicações com vistas à conquista de direitos concebidos numa perspectiva, não apenas formal, mas, sobretudo material, contribuindo assim, para o alargamento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Visto em sua dimensão procedimental e substancial, a Constituição exige que o Judiciário deixe de ser apenas uma instituição de agir passivo, no sentido de limitar-se apenas a aplicação das leis e passe a figurar como uma instituição ativa, no sentido de avançar no campo de batalha para a implementação dos padrões mínimos de justiça social, condição primeira para a reintegração plena de um regime democrático. Isso implica um redimensionamento do campo de ação da Jurisdição, sendo justificado em nome da promoção dos direitos fundamentais e sociais, ao mesmo tempo em que se estará enfatizando o caráter inexoravelmente democrático da instituição.

Aumentando a sua capacidade de resposta no exercício da adjudicação da cidadania[8], não mais atuando em um cenário de limitação de suas ações às funções

---

6 Idem, op. cit., p. 110.

7 HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo". *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 57, jan./abr. Porto Alegre: FPM, 2006, p. 38.

8 VIANNA, Luis Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

meramente declarativas de direito, impondo-se assim, entre os demais Poderes como uma instituição indutora da garantia da dignidade humana, a Jurisdição Constitucional assume o papel de figura promovedora dos ideais de justiça e democracia positivados no texto constitucional. Desta forma, conforme os ensinamentos de WERNECK VIANNA: Concede-se ao Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, tão próprias ao argumento republicano de Tocqueville[9].

A necessidade de fornecer respostas efetivas as demandas sociais que clamam por justiça material, legitima a atuação da Jurisdição Constitucional em prol das promessas democráticas, tornando-se assim, passagem obrigatória de todos os debates que digam respeito à conservação do Estado Social e Democrático de Direito. Neste contexto, oportuno se fazem as considerações de Ingo Sarlet na defesa do princípio da proibição do retrocesso social, no que concerne ao âmbito dos direitos fundamentais e sociais. Ou seja, o argumento disposto segue em direção da necessidade de manter níveis satisfatórios de proteção social nestas esferas, de tal forma que qualquer afronta legislativa ao conteúdo material de tais direitos exige uma atuação enérgica do Judiciário, no sentido de impor uma declaração de inconstitucionalidade, destacando-se a expressiva atuação do Tribunal Constitucional[10].

Assim, vale dizer que o legislador não pode subtrair da norma constitucional definidora de um direito social fundamental o grau de concretização já alcançado, ou seja, é ilegítimo o retorno a uma omissão inconstitucional após ter havido a regulamentação do direito. Desta forma, a expansão da Jurisdição Constitucional nas sociedades democráticas se reveste de uma dupla função: além da já tradicional missão de fazer cumprir e respeitar os preceitos previstos constitucionalmente – atuando em prol da força normativa da Constituição –, assume a responsabilidade de atuar na promoção dos direitos fundamentais e sociais, no sentido de desempenhar função interventora no processo de concretização material dos citados direitos, evitando, inclusive, o retrocesso social nestes campos.

Assim, nesse processo contemporâneo de crescente invasão das demandas sociais que buscam efetividade, conclama-se a Jurisdição Constitucional para ser a âncora para a concretização dos direitos inerentes à sobrevivência e a dignidade humana, buscando assim, elevar a democracia ao seu devido lugar de destaque na sociedade. Em última análise, interpretar as leis, sustentada por um dever moral e ético de compromisso com a justiça social e adaptá-las as necessidades dos cidadãos com os olhos postos em um horizonte descoberto pelos anseios da sociedade é papel fundamental do Judiciário, cumprindo assim, com a sua função criadora na aplicação das leis, contribuindo para que cada vez mais seja refletida a autêntica expressão da

---

9 Idem, op. cit. p.37.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 85 a 129.

vontade da sociedade em que atua, visando ajudar na transformação de tal sociedade e objetivando progressos fundamentais à democracia do País.

3 A ATIVIDADE LEGITIMADORA PROTETIVA DE MINORIAS DESEMPENHADA PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A temática da presente pesquisa, cumpre realizar uma análise evolutiva da doutrina tripartite para alcançar sua configuração atual, procurando redimensionar a posição do Judiciário no cenário político do Estado, aquilatando sua legitimidade sob a perspectiva democrática. Desta forma, o princípio ou regra da maioria deve ser discutido dentro deste contexto, daí se extraindo a conclusão de que a democracia constitucional exige uma teoria dos direitos fundamentais que tenham a função de imporem-se como limites ou freios às maiorias eventuais[11]. A justiça, pois, está consubstanciada na Constituição e deve ficar a salvo, inclusive das maiorias, remanescendo razão à TOCQUEVILLE quando consigna:

> *Existe uma lei geral, que foi feita ou pelo menos adotada, não apenas pela maioria de tal ou qual povo, mas pela maioria de todos os homens. É a lei da justiça. A justiça constitui o limite do direito de cada povo. Uma nação é como um júri encarregado de representar a sociedade universal e aplicar a justiça que é a sua lei. Por isso, quando recuso obedecer uma lei injusta, de modo nenhum estou negando que a maioria tem o direito de comandar; apenas faço apelar da soberania do povo para a soberania do gênero humano*[12].

O objetivo desta abordagem é avançar na investigação de um funcionamento adequado da Jurisdição Constitucional que conferirá todo o suporte para a complexidade das funções nas quais foi investida. Neste contexto, a proteção das minorias sustenta a própria sobrevivência e existência do Estado nos moldes em que é atualmente concebido – o de Estado Democrático de Direito. Ou seja, da forma como vem sendo alcançada, poder-se-ia objetar que não é possível a sobrevivência do Estado Constitucional sedimentado apenas no que diz respeito a prevalência da regra da maioria, pois, sendo assim, corre-se o risco de o constitucionalismo assumir um caráter antidemocrático[13].

Nestas circunstâncias, possibilita-se demonstrar com maior vigor o espaço que a Jurisdição Constitucional pode vir a ocupar com a assunção de tal responsabilidade dentro da concepção mais moderna de democracia. Amoldando-se a essa perspectiva democrática, sem a qual o Direito se afastaria da igualdade, da justiça e do princípio da dignidade da pessoa, a Jurisdição Constitucional justifica a sua própria existência. Analisando-o com a necessária importância que ele merece, KELSEN empresta ao tema

---

[11] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80 e ss.

[12] TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987, p. 193.

[13] STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 18.

exatamente este enfoque e, com precisão, parte da ideia de que garantindo a elaboração constitucional das leis e também, em particular, sua constitucionalidade material, a Justiça Constitucional torna-se um meio de proteção eficaz da minoria contra as usurpações da maioria, impedindo a violação dos interesses juridicamente protegidos da minoria, se opondo, desta forma, à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria[14]. Trata-se, em última análise, de se reconduzir a ideia de que o princípio democrático não será integralmente cumprido pela simples afirmação de que o Direito será aquilo que a maioria determinar que é o Direito, pois na esfera dos direitos fundamentais, torna-se imprescindível garantir a todos os cidadãos tal perspectiva, desprezando a simplória ideia de que o desejo da maioria é o bastante para inspirar toda a consciência democrática.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA O RESGATE DO PROJETO DEMOCRÁTICO

Diante das omissões e insuficiências dos poderes encarregados de garantir o projeto de uma sociedade democrática e em face da noção de força normativa da Constituição, torna-se necessário focar as atenções na direção da Justiça Constitucional[15], no sentido de que o seu papel não consiste em perseguir uma forma de governo perfeita, mas buscar aquela que, reduzindo a esfera de conduta irresponsável, possa também conduzi-la ao bem comum, por meio da previsão de mecanismos de controle e aplicação do texto constitucional. Em razão da necessidade de construir um discurso coerente, faz-se relevante considerar o fato de que a existência de uma Constituição escrita tem como função não só impedir um governo autoritário, mas também para garantir os direitos dos cidadãos, impedindo que o Estado possa violá-los[16].

Hodiernamente, tal perspectiva torna-se fundamental, pois se assiste a um período da história brasileira, em que a política se transformou num jogo desprovido de efetividade, no qual o regime democrático responde muito mal à concretização dos direitos fundamentais e aos próprios ideais democráticos. Sempre considerando que a história política do Brasil demonstra uma luta contínua, ainda não acabada, no sentido de implantar um processo democrático estável, apontando para a erradicação definitiva dos vícios autoritários que desrespeitam os ditames constitucionais e, consequentemente, toda sociedade.

Desta forma, durante anos de um regime profundamente antidemocrático que assinalou toda a evolução política, econômica e cultural do Brasil, mostra-se de fundamental importância discutir a questão da democracia como forma legitimadora de

---

[14] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 56-57.

[15] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiesis na sociedade contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 209.

[16] MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. História del constitucionalismo moderno.* Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 25 e ss.

qualquer sistema político ou regime de governo, pois em suas bases o cidadão é tido como valor fundamental, ou seja, o povo é compreendido como princípio e fim da organização política. Conceitualmente, a democracia pode ser definida como sendo um aspecto histórico, considerada como um instrumento de valores caracterizados essenciais à sobrevivência humana e que traduz a ideia de um poder que repousa na vontade do povo[17] (16). Sob este prisma se revela como um processo de afirmação do povo que ele mesmo vai construindo no decorrer da história, assim, estudar a democracia implica inseri-la no contexto próprio à sociedade atual[18].

Na verdade, a insuficiência da democracia em realizar os direitos fundamentais, até o presente momento, não retira a sua validade, pois se trata de um conceito histórico, tanto quanto os valores que ela busca assegurar[19]. Entretanto, vale dizer, que é de grande importância para o próprio ideal democrático, que tais valores necessitam de garantias de realização dentro deste processo, sob pena da democracia não se efetivar em toda a sua plenitude. Outrossim, a fiscalização e o controle da constitucionalidade das leis apresentam-se como o cerne das reflexões jurídico-constitucionais, em virtude de causas bem óbvias que vão desde a flagrante crise da democracia representativa – em que os legisladores apresentam uma avalanche de leis inúteis ou deixam a desejar pela falta de leis socialmente necessárias –, à tradição da comunidade jurídica em reforçar a inefetividade do texto constitucional, através de sua baixa aplicação.

Assim, a defesa e a promoção dos direitos fundamentais e democráticos não se compreendem dentro de um Estado sem mecanismos que assegurem o controle e a aplicação de tais direitos. Com efeito, STRECK critica com veemência a notória inefetividade das normas constitucionais e a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na execução das políticas públicas, fatores que demandam, segundo o autor, a utilização de mecanismos aptos à concretização dos direitos substantivos preceituados na Constituição[20]. A dimensão do problema é facilmente constatada pela análise dos campos e dos graus em que as pretensões democráticas são cumpridas no cotidiano do povo, no qual se apresenta uma parcela considerável da população destituída de uma série de sistemas prestacionais.

O abismo que se abre entre as instituições democráticas e a população marginalizada e desacreditada no regime apresenta-se como uma ameaça à realização de um projeto de sociedade democrática, de modo que os Poderes encarregados de lutar pela democracia, não asseguram a redução desse abismo, ao contrário, só dificultam a busca pela estabilidade política, configurando-se uma crise institucional latente. Portanto, é necessário buscar uma forma de atuação que cumpra verificar se os órgãos encarregados de cumprir a vontade popular têm atuado zelosamente nesta missão.

---

17 SILVA, Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 132.

18 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crises do Estado, Constituição e Democracia Política: a realização da ordem constitucional! E o povo... In: *Anuário de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 106.

19 SILVA, José Afonso da, 1997, p. 133.

20 STRECK, Lênio Luiz, 2006, p. 13-14.

Reconhecer direitos fundamentais e lutar por sua adequada proteção, torna-se um elemento catalisador das aspirações democráticas[21], desta forma, a Justiça Constitucional, através do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, pode avocar para si o papel de tutora dos referidos direitos, o que lhe permite propiciar a implementação e a promoção dos ideais democráticos.

Neste prisma, a Jurisdição Constitucional desenvolve o controle fiscalizador que implica a declaração de nulidade das normas editadas tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Poder Executivo, sempre que elas contradigam as regras previstas constitucionalmente, fazendo com que todo o conteúdo da norma ordinária esteja preordenado pela norma constitucional. Contextualmente, vale ressaltar os ensinamentos de STRECK, quando afirma que os meios e fins devem ser originariamente definidos pelo Poder Legislativo, mas quando tais meios e fins violam princípios constitucionais, a atividade jurisdicional corretiva deve entrar em cena, fazendo valer a força normativa da Constituição[22].

Assim, a atividade da Jurisdição Constitucional exerce uma função de fiscalização e, ao mesmo tempo, de correção da falta de virtude da legislação, por meio do apelo aos compromissos éticos e finalidades político-democráticas, no sentido de oferecer à população resultados jurídicos substanciais, sempre por meio da aplicação de preceitos contidos na Constituição, tendo como escopo à realização dos objetivos eleitos por uma sociedade genuinamente democrática. Vislumbra-se assim, uma alternativa de "volta para o povo", no contexto de uma Constituição que realmente constitui[23], contribuindo para o êxito na prevenção das injustiças e dos ditames antidemocráticos.

Neste aspecto, a Jurisdição Constitucional atuando na defesa dos preceitos constitucionais, representa a garantia de proteção ao cidadão contra eventuais violações aos direitos inerentes à sua sobrevivência, atuando como remédio de defesa e luta para a concretização dos direitos fundamentais, sendo tecnicamente hábil para protegê-los, quando no controle preventivo e para restaurá-los, quando em atuação posterior a sua violação. Assim, neste quadro de discussão e levando em conta o estudo que se produz, MOREIRA afirma que:

> *Hoje, a Justiça Constitucional constitui um traço crescentemente generalizado das Constituições contemporâneas. E, nas palavras de Canotilho, ela tornou-se "o problema central do constitucionalismo moderno". Por via dela a Constituição reforça a sua "força normativa"* [24].

Por tais razões, a estruturação de um Estado cioso das práticas democráticas, exige que se concedam à Justiça Constitucional essas prerrogativas, numa forma de respeito à Constituição e a própria sociedade para a qual ela foi constituída.

---

[21] TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 501.

[22] STRECK, Lênio Luiz, 2006, p. 131.

[23] STRECK, Lênio Luiz, 2004, p. 140.

[24] MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: **Direito Constitucional** – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 317.

REVISTA DIREITOS FUNDAMENTAIS & DEMOCRACIA
ISSN 1982-0496
Vol. 5 (2009)

5 A COGÊNCIA DA CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR AO TEXTO CONSTITUCIONAL

A exposição do roteiro dos fatores que concorrem para o desencadeamento do quadro de fragilização da democracia na atualidade torna-se imprescindível para solidificar a compreensão em torno da possibilidade de resgate do projeto democrático, no sentido de demonstrar a necessidade de controlar as atividades do legislador por intermédio de sua conformação ao texto constitucional[25]. Contemporaneamente, há uma incontestável crise de moralidade atrelada a atuação do Poder Legislativo, o que tem gerado uma indubitável e equivocada concepção de ausência de democracia no País. Como explica BONAVIDES:

> *A velha democracia representativa, sem meios de produzir a legitimidade capaz de manter os seus titulares, no exercício de uma atividade identificada com os interesses da cidadania, se mostra grande parte perempta, bem como, desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular*[26].

A desmoralização da democracia representativa gera reações que chegam a extremos indesejáveis, como o descrédito das instituições políticas, promovendo a identificação dos políticos com a corrupção e ameaçando a própria autonomia do regime democrático. Ocorre que não se pode negar a efetiva presença legal da democracia, todavia, os reflexos errôneos e escandalizadores do agir institucional acabam implicando o reconhecimento de um vácuo, ou melhor, de uma fragilização do sistema democrático. O arraigamento do legislador à Constituição é tênue, visto que se denota pouco enraizamento dos seus atos aos preceitos e limites previstos constitucionalmente. Desta forma, tais vicissitudes fazem com que os legisladores revelem uma tendência à indisciplina, no que tange a consciência do que representa a Constituição para o País, atuando assim, sem firmes credenciais democráticas. Desta forma, a lógica do campo se traduz na supremacia da vontade soberana do legislador sobre a vontade do corpo constituinte incorporada na Magna Carta.

Uma das consequências visíveis que contribui para desencadear toda esta crise é o fato de que o modo de atuação dos legisladores, por meio do processo de deliberação das leis – no qual são realizadas emendas à Constituição que consistem na ratificação de decisões resultantes de negociações entre os poderosos grupos de pressão -, não tem conseguido corresponder à vontade vigente no corpo social, destinada a promover a melhoria das condições sociais e a incorporação dos direitos fundamentais, exigências tão primadas no contexto democrático. Com efeito, torna-se fundamental considerar a premissa de que todo ato de governo contrário à Constituição deve ser considerado um ato de poder ilegítimo[27].

---

[25] STRECK, Lênio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente? In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001, p. 86.

[26] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta. Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões.* São Paulo: Malheiros, 1996, p. 15-16.

[27] MCLLWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno.* Trad. Juan José S. Echavarria. Madrid: CEC, 1991, p. 15.

Sob este aspecto, é relevante considerar a assertiva de que só se consegue compreender a Constituição quando ela for confrontada com a sociedade para a qual ela foi criada, para assim perceber-se que os direitos fundamentais somente foram prescritos no texto constitucional por que a sociedade não os tem[28]. Desta forma, a promoção de interesses próprios e conflitantes com o interesse social, faz com que a representação da vontade do cidadão pelo eleito diminua progressivamente, em virtude da tomada de consciência de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam cada vez mais desarraigados de suas funções originárias, traindo seus compromissos e propostas avocadas em época de campanha eleitoral, além de aprovarem leis, cuja matéria criticavam acerbamente até poucos dias atrás.

Assim, no seu livre funcionamento, assiste-se a política representativa possibilitando conflitos e cometendo abusos e irresponsabilidades que ameaçam a preservação da democracia no seu sentido substancial, ou seja, o processo de representação política tem criado situações de risco a própria materialidade da democracia. Nesta seara, cabe registrar a lição de MÜLLER, o qual afirma que a democracia moderna avançada não se resume em um dispositivo jurídico que ensina como colocar em vigência as normas legais. Trata-se sim, de um dispositivo organizacional que serve para que os textos aprovados democraticamente também caracterizem efetivamente o cotidiano dos Poderes[29].

O objetivo dessas observações é frisar a necessidade de evocar, de maneira eloquente, a prática de uma democracia institucional equilibrada, onde a representação possa exercer uma mediação eficaz entre Estado e sociedade, buscando uma atuação em prol da população. Desta forma, com a atuação da Jurisdição Constitucional, no que tange a fiscalização dos Poderes, prima-se pelo estabelecimento de um sistema mais eficiente que vise condicionar a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo sempre em direção aos anseios democráticos da sociedade, contribuindo assim, para a preservação da soberania popular consubstanciada na Constituição e para a tarefa de construir uma democracia política de base mais estável.

A toda evidência, deve-se levar em consideração o ponto de vista de que os valores constitucionais se sobrelevam, inclusive, aos textos aprovados pelo Poder Legislativo. Para tanto, é necessária a existência de uma forma de atuação que reconheça e coloque em prática a função de norma diretiva fundamental desempenhada pela Constituição[30]. É inexorável, que os valores constitucionais passem a ser considerados elementos inabolíveis e inderrogáveis – e não simples instrumentos da retórica, sem efetivação –, ao ponto da onipotência do legislador ceder espaço a supremacia da Constituição. Assim, todo ato legislativo deve estar conformado à normatividade constitucional, advindo, desta forma, a tese defensiva da ideia de força normativa do texto constitucional e o seu papel dirigente assumido em prol da sociedade[31].

---

[28] STRECK, Lênio Luiz, 2004, p. 163.

[29] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? – a questão da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 115.

[30] STRECK, Lênio Luiz, 2001, p. 82.

[31] STRECK, Lênio Luiz, 2004, p. 95.

REVISTA DIREITOS FUNDAMENTAIS & DEMOCRACIA
ISSN 1982-0496
Vol. 5 (2009)

Em face disso, o déficit resultante do descumprimento dos direitos fundamentais e das políticas públicas, pode ser preenchido pela atuação da Jurisdição Constitucional, no sentido de fiscalizar e exigir a vinculação do legislador aos imperativos da Constituição. A fiscalização para a aferição do atendimento ao cumprimento dos ditames constitucionais se apresenta como condição legitimadora da Jurisdição Constitucional, no intuito de lutar pela implementação efetiva do projeto democrático consagrado no programa constitucional. Limitar a atuação do legislador ao texto inscrito constitucionalmente é uma necessidade imperiosa que deve permear todo o processo de pactuação social. Neste diapasão, sobra razão a STRECK quando afirma que:

> *O que permanece da noção de Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação das políticas públicas*[32].

Por isso, é possível afirmar a exigência de que toda a atividade do legislador deve estar albergada na Constituição, na qual ele deve extrair a legitimidade para a prática dos atos legislativos. Desta forma, o propósito de defender o cumprimento do texto constitucional, por meio da cogência de comprometimento do legislador à Carta Magna, é uma missão que se assume em favor de uma sociedade justa, solidária e sedenta de uma séria de direitos fundamentais ainda não concretizados em seu âmago, com fundamento na dignidade da pessoa humana[33]. Com o comprometimento dos representantes políticos se podem alcançar tais patamares, pois a democracia é um sistema organizacional que apresenta uma forte conexão com reivindicações como a liberdade e a igualdade do povo. Ocorrendo a usurpação destes direitos, a democracia fracassa na tarefa de se acoplar com o Direito, a sociedade e o Estado.

Sendo assim, é indispensável contar com uma Jurisdição que demonstre propostas aptas de controle e fiscalização, visando a cobrança de uma vinculação do legislador ao programa constitucional[34], assumindo assim, o papel de vanguarda do desenvolvimento e de busca pela concretização dos direitos fundamentais e consolidando o cidadão como sendo o verdadeiro destinatário das pretensões constitucionais democráticas.

6 A NECESSIDADE DE UMA PRÁTICA JURÍDICO-JUDICIÁRIA APTA À IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Pela via da fiscalização e pela obrigatoriedade de se interpretar todos os textos normativos em conformidade com os dispositivos constitucionais, a Jurisdição Constitucional atua exigindo que o Poder Público – em todas as áreas, seja na

---

[32] STRECK, Lênio Luiz, 2001, p. 99.

[33] BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: *Direito Constitucional* – estudo em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106.

[34] STRECK, Lênio Luiz, 2001, p. 86.

distribuição da justiça, no agir do Parlamento ou no comando da res pública – paute-se pelo respeito aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, sob pena de implicar a inconstitucionalidade de sua conduta pelo ferimento ao Estado Democrático de Direito. A premissa que sustenta esta ideia, parte do pressuposto de que a implementação dos ideais do constitucionalismo depende de uma Justiça que estabeleça como equilíbrio, a preocupação em manter o poder dos atores que atuam tanto no cenário Executivo, como Legislativo, limitando-os por meio de preceitos contidos constitucionalmente, ou seja, é necessária uma prática jurídica capaz de transformar a Constituição na forma instrumentalizadora de toda a ação do Estado, para assim consolidar-se definitivamente a "era do constitucionalismo"[35].

Ademais, torna-se relevante acrescentar que o Estado Democrático de Direito sustenta-se sob dois pilares: democracia e direitos fundamentais, sendo que um não subsiste sem o outro, assim, é de fundamental importância para o constitucionalismo contemporâneo, reservar para si mecanismos que lutem pela defesa de tal regra[36]. Neste diapasão, a plenipotencialidade da Constituição depende de uma instituição capaz de propiciar transformações significativas na área da fiscalização e controle dos Poderes, tendo como condição inexorável a efetividade e plena aplicabilidade de suas normas, fazendo cumprir os direitos previstos no pacto constituinte, numa espécie de compromisso comunitarista – no qual os juristas lutam pela realização dos compromissos ético-comunitários previstos constitucionalmente[37].

Gera-se assim, uma espécie de super valor à Constituição e a própria democracia do País, com um agir jurídico que compatibiliza as práticas da esfera pública com a defesa dos direitos fundamentais. Ademais, no âmago da possibilidade de buscar caminhos que levem a superação dos obstáculos à efetivação da materialidade dos preceitos constitucionais, a Jurisdição Constitucional atua como forma capaz de elevar a Carta Magna ao seu verdadeiro *status* de garantidora de direitos, afirmando-a como algo que efetivamente constitui[38]. Portanto, torna-se uma reivindicação primordial da sociedade, exigir um agir que insira o valor normativo da Carta Constitucional no modo de operar o Direito, tomando-o com um campo de luta para a implementação dos valores democráticos, principalmente em países como o Brasil que é tão carente de concretização de direitos e que apresenta uma população tão sedenta deles.

Integrando o acontecer da Constituição no agir técnico, a Jurisdição Constitucional estará atuando em benefício de um Direito capaz de promover e assegurar o desenvolvimento humano de toda a sociedade em que atua. Desta maneira, como tal estruturada e legitimada, a Jurisdição Constitucional estipula um redimensionamento do papel do Judiciário, através de uma prática jurídico-judiciária apta a implementação do constitucionalismo contemporâneo, agregando os valores contidos no texto constitucional à sua atuação. Propiciando assim, o vislumbramento de

---

35 MOREIRA, Vital, 2001, p. 335.

36 STRECK, Lênio Luiz, 2001, p. 88.

37 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 226 e ss.

38 STRECK, Lênio Luiz, 2004, p. 73.

um Direito que haja como um instrumento que tem capacidade de implementar no viver da sociedade, a realização de direitos como a justiça social, o respeito aos direitos fundamentais, a igualdade, etc., correspondendo, desta forma, à concepção de uma "justiça compatível com os objetivos de um Estado Democrático de Direito"[39].

CONCLUSÃO

Ao longo da exposição, foram discutidas questões relativas ao processo de parceria formada pela Jurisdição Constitucional e a Democracia, no sentido de que na construção desta discursividade, reconhece-se a capacidade da Jurisdição não só de tutelar, mas também de dar operatividade prática aos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais.

Em outra perspectiva, procurou-se demonstrar que a Jurisdição Constitucional responde à exigência típica do Estado Democrático de Direito e específica do constitucionalismo contemporâneo, de que todas as atividades do Poder Público são disciplinadas pelos textos constitucionais. Portanto, todo o Estado que reconhece a sua subordinação à Constituição deve manter uma Jurisdição Constitucional capaz de rechaçar qualquer lei que atente aos seus preceitos, postulando, desta forma, limitações à autoridade legislativa, por meio do seu compromisso aos ditames previstos constitucionalmente. Evitando, nesta trilha, desvios eventualmente praticados pelos centros de produção normativa.

Tal leitura é proveniente da ideia de proteger a Constituição da sua mais radical inimiga, a ideologia dos interesses das maiorias usurpadores dos interesses da minoria, tendencialmente resguardando a Constituição em todos os seus aspectos.

Por fim, a própria natureza do que foi apresentado, evidencia uma questão que contribui para o debate sobre a importância da Jurisdição Constitucional para o aprofundamento da democracia brasileira: a necessidade de um atuar jurídico que implemente os ideais do constitucionalismo contemporâneo, não somente por meio de procedimentos formais, mas também pela efetividade e plena aplicabilidade material dos valores previstos constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e superação das desigualdades regionais**. In: Direito Constitucional – estudo em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Crises do Estado, Constituição e Democracia Política: a realização da ordem constitucional! E o povo...** In Anuário de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. **Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões.** São Paulo: Malheiros, 1996.

[39] STRECK, Lênio Luiz, 2001, p. 83.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiesis na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo"**. Porto Alegre: FPM, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. História del constitucionalismo moderno**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MCLLWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Trad. Juan José S. Echavarria. Madrid: CEC, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MOREIRA, Vital. **O futuro da Constituição**. In: Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? – a questão da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROCHA ANTUNES, Carmen Lúcia. **Constituição e Segurança Jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Revan, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SILVA, Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente?** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.