

REVISTA
DE
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 167
Julho/setembro – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais

Sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito

Morton Luiz Faria de Medeiros

Sumário

1. Introdução. 2. Gênese do regime democrático. 3. Crise da democracia representativa. 4. Significado atual do princípio democrático. 5. Poder Judiciário e democracia. 6. Designação dos membros das cortes constitucionais. 7. Papel das cortes constitucionais na consolidação do Estado democrático de Direito. 8. Conclusões.

1. Introdução

Desde as suas primeiras manifestações, a democracia tem apresentado especial vinculação ao processo eletivo, a ponto de considerá-lo o mais importante parâmetro para se aquilatar a legitimidade de suas instituições. Por esse motivo, entre estas, as que são constituídas a partir de mecanismo diverso – como, via de regra, todos os órgãos jurisdicionais – são constantemente colocadas à prova quanto a sua adequação democrática, sem se atentar, muitas vezes, para a peculiaridade de seus papéis.

O presente estudo pretende examinar, precisamente, a correção desse pensamento, com foco nas cortes constitucionais, em razão da posição destacada de que gozam nos Estados hodiernos. Para isso, parte-se da análise de como foi engendrado o regime democrático, a fim de capturar suas notas essenciais e apontar para as feições que vem assumindo com seu aperfeiçoamento ao longo dos tempos.

Em seguida, pretende-se diagnosticar a relação que o Poder Judiciário mantém com

Morton Luiz Faria de Medeiros é Promotor de Justiça no RN, Especialista em Direito e Cidadania e Mestrando em Direito Constitucional (UFRN).

a democracia, e assim identificar a fonte de sua legitimidade, imprescindível para um firme exercício do Poder. Desse diagnóstico, segue-se para um exame mais detido dos tribunais constitucionais, ponderando acerca da designação de seus membros em diversos países em que se têm sobressaído, para, enfim, estabelecer seu papel na consolidação do Estado democrático de Direito.

2. Gênese do regime democrático

Em torno do termo “democracia”, sobrevoa uma densa névoa muitas vezes enfrentada por filósofos, cientistas políticos e juristas, porém jamais dissipada por completo, o que legitima Darcy Azambuja (1982, p. 215) a referir-se a ele como o mais controverso termo do vocabulário político, uma vez que, como frisa Willis Santiago Guerra Filho (2000, p. 73), não tem *referente* e é preenchível por vários conteúdos.

A formação do vocábulo, empregado pela primeira vez por Heródoto (apud AZAMBUJA, p. 215) há quase dois mil e quinhentos anos, aponta para os primeiros substratos do termo, entendido como o governo, ou poder, do povo. Por outro lado, não foi por acaso que tal expressão foi cunhada por um pensador grego, uma vez que o regime político experimentado na Atenas da Antiguidade foi o primeiro paradigma de democracia consolidado e legado às gerações posteriores.

Com efeito, na *Ágora* grega se identificou o “espaço público em que se debatiam livremente os problemas da comunidade” (GUERRA FILHO, 2000, p. 81), cujas soluções eram deliberadas pelo povo ali reunido. Não obstante, a definição, naqueles tempos, do que se considerava “povo”, um dos elementos constitutivos da democracia e ainda hoje discutido em sua conceituação, acabou por atrair severas críticas contra a suposta democracia direta proclamada pelos gregos, uma vez que os escravos, as mulheres e as crianças eram despojados de direitos políticos e os próprios “habitantes dos

arredores da cidade não compareciam geralmente às assembleias políticas” (AZAMBUJA, 1982, p. 216). Eis por que Hegel (1974, p. 153) ponderava que na “Grécia assistimos ao florescer da liberdade real, mas unicamente numa forma determinada e com restrição, porque ainda havia ali escravos, e os Estados tinham por condição a escravidão”.

Juntamente com a necessidade de inserção dos mais variados setores da sociedade na definição do “povo” que se governa a partir do ideal democrático, foi incrementada sobremaneira a complexidade dos Estados, cada vez mais extensos, populosos e organizacionalmente intrincados, fazendo com que a *democracia direta* cedesse espaço para a *democracia representativa*, alicerçada na idéia da “divisão das potências” proposta por Montesquieu e na de limitação das prerrogativas dos governantes, sem descuidar do ideal de o poder político pertencer ao povo.

Na democracia representativa, portanto, as decisões políticas – aqui entendidas como os atos que dão rumo ao Estado na solução dos problemas engendrados na sociedade, tendo em vista o convívio entre os seus membros – são tomadas não pelo povo diretamente, mas por seus representantes, por ele eleitos.

Avultam-se, destarte, as eleições como uma das vigas com que se erige a democracia hodierna, na medida em que franqueia a qualidade de “povo” a um maior número de pessoas – todos aqueles que exercitam o direito de voto, com o mesmo peso individual –, e reacendem, periodicamente, as discussões acerca dos rumos que o Estado deve seguir para o cumprimento de seus objetivos, por isso desenhando Darcy Azambuja (1982, p. 238) a definição jurídica da democracia como “o regime em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados”.

No entanto, o processo eletivo, em si, não se mostra bastante para a plena realização da proposta democrática, sendo imprescindível

dível, também, que os governados tenham “o poder de indicar livremente a pessoa ou pessoas que vão governar” (AZAMBUJA, 1982, p. 238) (liberdade de eleger) e que tal poder seja, ao contrário da democracia direta ateniense já comentada, extensível a todos os indivíduos, e não apenas a uma pequena classe privilegiada (igualdade entre os eleitores).

Atendidas essas exigências, ainda assim as eleições poderiam gerar distorções no regime democrático: se o governo é formado pela opinião e vontade da *maioria*, não se correria o risco da implantação do “despotismo da multidão”, em detrimento insuportável dos interesses dos setores numericamente menos significativos da sociedade?

E, por derradeiro, permanece a questão: como são eleitos pela maioria, e, ao menos teórica ou idealmente, representam os interesses desta, os governantes poderiam ter seus atos políticos arrostados por outros órgãos do Estado, não constituídos a partir do ressonante desejo popular depositado nas urnas? A resposta negativa que tradicionalmente se dá a tal pergunta redundante na repulsa de reconhecer em instituições – inclusive estatais – cujos componentes não hajam se submetido à escolha popular qualquer legitimidade democrática, e muito menos a de contrariar decisões empunhadas por autoridades eleitas pelo povo. Seria esse o estágio último do modelo de democracia continuamente aperfeiçoado ao longo dos séculos?

3. Crise da democracia representativa

O simples levantamento das pertinentes questões lançadas no capítulo anterior é suficiente para diagnosticar o momento de crise enfrentado pelo paradigma da democracia representativa, não no sentido da definitiva superação, e sim no de instante *decisivo* da fisionomia que irá assumir a democracia nos tempos vindouros.

Primeiramente, verifica-se que a identificação da democracia com o processo eleitoral de seus governantes acabou engendran-

do um excesso de votações, como se todos os atos decisórios, para gozarem de legitimidade suficiente para sua tranqüila aceitação, carecessem da expressa chancela popular. Ou, sob idêntico argumento, como se todos os órgãos estatais cuja composição não houvesse sido fruto das urnas não possuísse verdadeira legitimidade democrática para atuar no sistema político.

A partir desse equívoco, foi gerada uma verdadeira “ditadura do voto”, na medida em que restringia a participação política do cidadão a esse ato, cada vez mais corriqueiro e, por conseguinte, cada vez menos valioso, em flagrante prejuízo ao desenvolvimento do indivíduo no espaço público que lhe é reservado pela democracia. Ademais, a consagração da vontade da maioria em termos ilimitados e absolutos põe em risco a própria liberdade da minoria, atingindo um dos já apontados pressupostos democráticos – a igualdade entre os eleitores, em seu sentido pragmático.

Outrossim, verifica-se, em diversos modelos democráticos ainda não completamente amadurecidos, que os governantes eleitos não se sentem vinculados aos programas de seu partido anunciados quando da fase eleitoral de persuasão e conquista de seu eleitorado, fazendo com que não empunhem com tanto vigor as bandeiras que lhes concederam diversos grupos sociais, muitas vezes abandonados imediatamente após a eleição de seus representantes.

Por tudo isso é que a celebração das eleições como único momento de realização da democracia vem reclamando a companhia de um contínuo vigiar e uma incessante mobilização dos governados, instaurando o que Azambuja (1982, p. 224) chama de *democracia semidireta*, “que guarda as linhas gerais do regime representativo, porque o povo não se governa diretamente, mas tem o poder de intervir, às vezes, diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais”, por meio, por exemplo, do *referendum*, do veto e da iniciativa populares.

Tais instrumentos, além de darem estabilidade à vida política, constituem poderoso fator de educação popular (AZAMBUJA, 1982, p. 229), porém não podem ser manejados de forma abusiva, tanto quanto não o podem as próprias eleições. Na Suíça, por exemplo, onde toda matéria constitucional deve ser submetida a *referendum*, “algumas espécies de leis, das mais importantes, como as de orçamento” (AZAMBUJA, 1982, p. 225), não o são.

Isso porque a matéria do *referendum* deve ser uma questão concreta, e não sutilezas de técnica legal, pois quando “tem um caráter acentuadamente técnico, a abstenção [de eleitores] é sempre considerável” (AZAMBUJA, 1982, p. 231), e o pouco interesse popular acaba reforçando a crítica da supressão da ampla discussão dos assuntos de ordem pública por toda a sociedade, corolário da democracia.

Nesse diapasão, eclodiu a exigência de uma verdadeira *democracia participativa*, tal como preceituado no art. 109º da vigente Constituição da República portuguesa, com a redação dada pela Lei Complementar nº 1/97, *in verbis*:

“A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos”¹.

4. Significado atual do princípio democrático

Esse ambiente de perene mobilização dos cidadãos na vida política pode, à primeira vista, aparentar risco a um dos preceitos basilares da democracia, que é o *consenso*, porquanto a tomada de decisão pública “deverá exibir uma forma que possamos aprovar e com a qual possamos nos identificar” (PETTIT, 2003, p. 370). Assim,

resta-nos analisar como a democracia pretende garantir estabilidade a suas instituições, se seus próprios mecanismos incentivam a contestação permanente do regime democrático.

Ocorre que esse espírito de contestação permanente, mais do que a aceitação emudecida de inacessíveis decisões políticas², reforça a *legitimidade* dos atos políticos, frequentemente colocados à prova ou questionados pelos governados.

Contudo, como já se vem defendendo ao longo deste estudo, tal legitimidade não é aferida apenas a partir da escolha eletiva dos governantes de um povo, malgrado Paulo Bonavides (apud GUERRA FILHO, 2000, p. 74) veja no sufrágio universal “verdadeira espinha dorsal do regime democrático”. Não há que se questionar a insofismável importância que representa o sufrágio para o desenvolvimento democrático de qualquer nação, mas seria simplificar em demasia pensar que a democracia se restringe a esse princípio, ou dele não logra se separar, quando há outros instrumentos que, até com maior eficiência, asseguram a feição democrática do ato político.

Por esse motivo é que Jellinek (apud SOUZA NETO, 2003, p. 55) defendia que o *status activus* “não mais se restringiria ao direito ao voto; deveria incluir também a prerrogativa de participar ativamente nos processos de tomada das decisões públicas”, reforçando a defesa da democracia *participativa*, inclusive para abrir caminho à responsabilização – política, social e jurídica – dos agentes públicos, nota indissociável da atribuição de poder no regime democrático (PASSOS, 2003, p. 91) e instrumento idôneo para arrefecer a pura arbitrariedade.

Precisamente por haver se limitado ao reconhecimento legal de determinadas regras do jogo democrático – o simples apego ao sufrágio universal, por exemplo – é que a democracia liberal ocasionou um interesse generalizado pela Política (SOUZA NETO, 2003, p. 4), razão por que a teoria da constituição dirigente estabeleceu um “critério não

meramente procedimental para se aferir a legitimidade da atividade estatal”, impondo-se, igualmente, a concretização de determinado conteúdo – o que se convencionou chamar de concepção material de legitimidade (SOUZA NETO, 2003, p. 19).

Outrossim, não mais se admite que o poder democrático resulte tão-só da vontade da maioria, como pretende Paulo Dourado de Gusmão (2001, p. 366). A democracia irrompeu como a mais perfeita forma de associação política justamente por reconhecer – e mesmo fomentar – a pluralidade, a negação da unanimidade que se verifica em toda sociedade complexa. Destarte, se dependesse a legitimação de todos os agentes políticos da expressão da vontade da maioria contingencial, conjuntural, à parcela minoritária da população não se defeririam direitos e respeito suficientes para a sobrevivência do pluralismo, cujo enfraquecimento fatalmente abrandaria o esplendor democrático. Daí por que Philip Pettit (2003, p. 371) refuta a identidade entre o apoio majoritário e a não-arbitrariedade, uma vez que “determinadas políticas podem atrair apoio majoritário, ao mesmo tempo em que representam a mais arbitrária interferência nas vidas de várias minorias”.

Desse modo, assiste razão a Paulo Bonavides (2004, p. 274) quando afirma que a moderna democracia ocidental tem por uma de suas bases principais “a soberania popular, como fonte de todo poder legítimo, que se traduz através da vontade geral”, mas não deve ser esta entendida como uma consciência coletiva, simplesmente extraída do sufrágio, nem encontrada nas decisões majoritárias – já que, “menos do que o número de votos, aquilo que generaliza a vontade é o interesse comum que os une”, tal como exposto por Rousseau (apud GUERRA FILHO, 2000, p. 95).

5. Poder Judiciário e democracia

Vimos afirmando que a legitimidade de determinada instituição não pode ser aferida, tão-somente, com arrimo no sufrágio

universal ou na vontade da maioria. Mas essa conclusão não basta para que se afirme, categoricamente, que o Poder Judiciário seja unguído pelo necessário verniz democrático, impondo-se perquirir de onde extrai sua legitimidade – imprescindível para o exercício do poder – em “usurpar” funções que, historicamente, vinham sendo atribuídas com exclusividade aos demais poderes.

As origens do Poder Judiciário moderno, desenhadas por Montesquieu em sua teoria da “separação das potências” do Estado, davam conta – e recomendavam – de uma postura de alheamento político e subjugação aos demais Poderes, sob o pretexto de que apenas caberia ao magistrado interpretar leis – como se tal atividade admitisse neutralidade absoluta.

Desse alheamento, evoluiu o Judiciário de alguns países, principalmente por influência da Suprema Corte norte-americana, para a posição extremamente oposta: a da sua supremacia, uma vez que aquela corte arrogava-se o dever-poder de valorar a conveniência das políticas públicas e dos atos normativos, no afã de resguardar a incolumidade do federalismo e da democracia recém-inaugurada naquele país, além, evidentemente, de impor balizas ao ardor dos “políticos” pelo Poder.

Transparece, daí, a importante missão do Judiciário em garantir certo controle da relação entre os Poderes, com vistas ao aperfeiçoamento do funcionamento do Estado. Não obstante, a relevância da busca pelo fundamento de sua legitimidade para assim agir decorre do fato de que, não raro, somos surpreendidos com o argumento de que falece legitimidade democrática ao Judiciário para desempenhar tais funções pelo só motivo de que seus membros, via de regra, não são eleitos diretamente pelo povo – em que repousa a fonte de todo o Poder do Estado – ao contrário do que ocorre com os membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

Todavia, consoante o que foi aduzido no capítulo anterior, a *democracia participativa* hoje exaltada exige a conjunção do princí-

pio do sufrágio universal com diversos outros, com vistas à instauração de diálogo entre governantes e governados sem macular, nesse processo, o respeito pela posição do outro. E, sendo a natureza do processo judicial altamente *participativa*, “uma vez que o papel dos juizes baseia-se em casos da vida real e somente pode ser exercido sobre e dentro de limites dos interesses e da controvérsia das partes” (CAPELLETTI, 2003, p. 146), vem se destacando o Judiciário como uma das instituições que possibilitam o desenvolvimento desse diálogo com o fito de melhor definir os rumos do Estado e mesmo de suas políticas públicas – terreno que permaneceu intocável por muito tempo.

O destaque que o Judiciário tem merecido por sua relevante contribuição para a consolidação do regime democrático decorre, primeiramente, de sua vinculação – hoje quase umbilical – com o Estado de Direito, vale dizer, de sua intrínseca necessidade de observar como parâmetros e limites normas jurídicas válidas e exigíveis de todos os atores sociais e políticos, ponto em que se distancia a argumentação prática geral da argumentação jurídica, que apresenta como limites a lei, o precedente, a dogmática e as leis procedimentais do processo (2003, p. 49). Tanto é assim que Calmon de Passos (2003, p. 69) vê no *devido processo constitucional jurisdicional*, por ele definido como “um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”, um relevante fator de fortalecimento da democracia.

Entretanto, como tal característica não vem se mostrando suficiente para o desenvolvimento democrático – e o fato de a barbárie nazista haver sido cuidadosamente fundamentada na *legalidade* dos atos de desumanidade perpetrados pelo *führer* e por seus comandados bem o demonstra –, é no alargamento do espaço público que o Judiciário vem colher as raízes de sua legitimidade democrática.

Deveras, de acordo com a teoria democrático-deliberativa, “as sociedades contem-

porâneas são plurais, complexas e multiculturais” (PASSOS, 2003, p. 29), tornando “inviável um consenso generalizado sobre os fins que devem ser perseguidos pelo Estado” (PASSOS, 2003, p. 30), e por isso se alicerça em concepções procedimentais de legitimidade, que permitem a construção de um “consenso sobre as premissas de processo de tomada das decisões públicas” (PASSOS, 2003, p. 30), a partir da justificação pública das decisões (contexto dialógico) que as sujeita à obediência de “determinados requisitos comunicativos tais quais, por exemplo, os da razoabilidade e da reciprocidade” (PASSOS, 2003, p. 34). Com efeito, a *equidade procedimental*, em torno da qual é conseguido tal consenso, é apontada como “mais importante que a favorabilidade de resultado” (PETTIT, 2003, p. 382) e como a fonte da legitimidade da Suprema Corte para os americanos.

Nesse particular, portanto, distanciam-se as formas de pressão ou contestação exercidas em face dos Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e do Poder Judiciário, de outro: nos primeiros, as decisões do governo geralmente são cunhadas por meio de barganha e da intervenção dos *lobbies*, e os participantes já apresentam “interesses e idéias predefinidos, seus corações e suas mentes estão fechados” (PETTIT, 2003, p. 373), enquanto as decisões judiciais, por seu turno, possibilitam um debate em que as preferências são formadas, e não dadas, a partir de uma abertura dialógica consideravelmente maior.

A importância da mencionada abertura decorre da própria matriz em que é cunhada a democracia contemporânea – *ap pluralidade*, já ressaltada no capítulo anterior, e em razão da qual também os interesses das minorias são dignos de salvaguarda e atenção por parte do Estado. E nesses prados vem se revelando o Judiciário grande garantidor da democracia, à medida em que afiança a tutela dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, fazendo incluir na repisada expressão “povo” parcelas historicamente

discriminadas, segregadas e oprimidas da sociedade, em virtude de não comporem o privilegiado grupo da maioria que determina, pelo sufrágio, seus governantes.

Nesse diapasão, quando “a deliberação majoritária chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais (...) se justifica o controle de tais decisões pelo judiciário” (SOUZA NETO, 2003, p. 38), reconhecido como verdadeiro guardião da democracia deliberativa, e não mais como mero fiscal da efetiva implementação do programa constitucional, como apresentado pela teoria da constituição dirigente.

É de ser ressaltado, nesse ponto da exposição, que a frequência com que foi mencionada a Constituição – ou as matérias a ela relativas – até as linhas presentes não constitui, obviamente, simples coincidência. Isso se observou em face de o regime democrático se manifestar primacialmente no sistema político e a Constituição avultar como o mecanismo de abertura cognitiva do Direito para a Política. Em outras palavras, os tribunais “estão acoplados estruturalmente, através da Constituição, ao sistema político” (CAMPILONGO, 2002, p. 126), para utilizarmos a nomenclatura manuseada por Niklas Luhmann em sua teoria dos sistemas.

Desse modo, se resta comprovada a relevância do Judiciário para a consolidação da democracia participativa, como acima descrito, referida relevância aparece com ainda maior pujança no seu trato com a Constituição, ou seja, no exercício da chamada jurisdição constitucional, considerando-se a importância da “Carta Política fundamental” historicamente desempenhada como freio à arbitrariedade dos governantes na condução do Estado. Não por acaso, portanto, identificou Capelletti (2003, p. 129), no que chamou de *Justiça Constitucional*, “uma das mais importantes e promissoras respostas que um crescente número de nações tem procurado dar ao problema da opressão governamental”, engendrado, precisamente, da ausência de controle do poder político.

Embora se reconheça que a jurisdição constitucional possa ser exercida por Juízes singulares e de maneira difusa – como na experiência brasileira, que confere ao juiz monocrático parcela de poder possivelmente sem equivalente em outros Estados democráticos –, centralizaremos o foco da análise seguinte nas *cortes constitucionais*, pelas abrangentes consequências de seus julgamentos e pela grave responsabilidade que se lhes incute nos destinos do próprio Estado.

Destarte, assiste razão a Alexandre de Moraes (2000, p. 23), quando afirma:

“O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que, para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre suas composição, competências e poderes”.

Atentos à advertência acima enunciada, procederemos à análise de como são compostas as cortes constitucionais, mesmo porque é na composição dos demais Poderes, geralmente realizada por meio do sufrágio, que, com mais frequência, aponta-se a fonte de sua legitimidade democrática para conduzir o Estado.

6. Designação dos membros das cortes constitucionais

Não poucos juristas e políticos têm se insurgido contra o processo de escolha dos membros das cortes constitucionais, apontando nele uma grave tendenciosidade favorável ao Governo, uma vez que, para mencionarmos a experiência brasileira, o parágrafo único do art. 101 de nossa atual Constituição da República (CR) preceitua que os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) “serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Na XII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por exemplo, entre as conclusões aprovadas por unanimidade após o painel aduzido por Roberto A. O. Santos (1988, p. 733), figurava a missão de, a longo prazo, “continuar lutando pela mudança da Constituição quanto à composição do Supremo Tribunal Federal e processo de preenchimento de suas vagas”, em evidente descrédito quanto à isenção dos Ministros do STF que são submetidos a referido processo político.

Esse fenômeno ocorre porque, por mais consistentes e vigorosos pareçam os argumentos até aqui mencionados favoráveis ao reconhecimento de legitimidade democrática ao Judiciário, as missões de que são incumbidas as cortes constitucionais ainda se mostram demasiadamente sérias para se conformarem facilmente àquelas justificativas.

Em razão disso, é exigida a presença de “três requisitos de observância obrigatória na composição política da Justiça constitucional para que reforcem sua legitimidade: *pluralismo, representatividade e complementaridade*”. (MORAES, 2000, p. 77).

As principais cortes constitucionais modernas encontram seus membros em pessoas não *eleitas* diretamente pelo povo – pelo menos não para o exercício desse múnus – por intermédio do “voto direto, secreto, universal e periódico”, consoante indicado como cláusula pétrea, *verbi gratia*, pelo art. 60, § 4º, II, da CR; em vez disso, recorrem às mais elevadas instituições políticas para indicarem seus componentes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, onde se buscou a inspiração para a geração de nosso STF, os membros da Suprema Corte são escolhidos pelo Presidente da República. Na Áustria, a escolha dos Juizes do Tribunal Constitucional é feita pelos Poderes Executivo e Legislativo federais, com o que se parece o modelo do Conselho Constitucional francês, cujos componentes são apontados pelo Executivo e pelo Parlamento, com a previsão de cadeiras cativas para os ex-Presidentes da República. Os Juizes do Tri-

bunal Constitucional Federal alemão, por sua vez, são eleitos pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, enquanto os do Tribunal Constitucional português são indicados, mediante eleição, pela Assembléia da República e, por cooptação, pelo próprio Tribunal.

Todavia, uma vez que às cortes constitucionais cabe a salvaguarda dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, indistintamente, com atenção especial aos direitos dos alijados de voz política considerável, pelas razões já aduzidas no capítulo 5, torna-se necessária, no afã de instaurar verdadeira democracia *inclusiva*, mais que simplesmente *deliberativa*, a constatação de sua “representatividade estatística” de grandes segmentos sociais, conforme expressão de Philip Pettit (2003, p. 376). Daí advém a importância simbólica que têm assumido as nomeações de mulheres e negros como *Justices* na Suprema Corte norte-americana e Ministros no STF brasileiro, ressaltando a exigência do *pluralismo* acima apontada.

Por outro lado, conquanto se reconheça que o processo de designação dos membros das cortes constitucionais possui incontestante natureza política, deve-se aquilatar em que extensão tal natureza incide na formação subjetiva de suas decisões, antes de atribuir àquelas cortes a pecha de políticas. Assim, o referido processo político não suscitará molesta desconfiança na imparcialidade inicial esperada de qualquer Juiz, desde que os membros das cortes constitucionais se imbuam de garantias bastantes para o exercício hígido da jurisdição constitucional³.

Vale, pois, trazer à colação a lição de André Ramos Tavares (1998, p. 36), para quem:

“se revestem de maior relevância a formação jurídica, a origem da magistratura, a exigência de boa formação e experiência profissional, a duração fixa e longa do mandato ou a vitaliciedade e a independência dos magistrados, do que propriamente a inter-

venção de órgãos políticos na designação destes”.

De fato, é precisamente nas garantias institucionais como a da vitaliciedade – ou longa duração do mandato, pelo menos (CAPPELLETTI, 2003, p. 146) – que lhe concede independência e certa perenidade a seus entendimentos, na definitividade de seus julgamentos, e no adequado supedâneo intelectual de seus membros, que a legitimidade democrática das cortes constitucionais encontra reforço para proferir suas decisões.

No que tange à formação jurídica do membro da corte constitucional, pensamos indispensável uma profunda e apurada experiência – aliada à compreensão teórica, é evidente – da Constituição, tão preciosa se afigura a missão institucional de protegê-la⁴. Ademais, a fim de ver observado o requisito da *complementaridade* na composição das cortes constitucionais, impõe-se a “multiplicidade e variação de experiências profissionais anteriores”, com o fito de incrementar sua legitimidade e afastá-las “tanto do tecnicismo exacerbado, quanto da política exagerada” (MORAES, 2000, p. 78).

Como, porém, seria verificada essa formação? Não receamos afirmar que a “sabatina” dos indicados pelo Presidente da República perante o Legislativo Federal ou as demais formas de controle desse Poder sobre a eleição dos membros das cortes constitucionais cumpriria não só esse papel (de verificação de seu notável saber jurídico e – por que não dizer? – mesmo da reputação ilibada), mas, principalmente, reforçaria ainda mais sua legitimidade como verdadeiro Poder de Estado, autônomo na medida em que não se enxergaria dependência ao chefe do Executivo nacional que os nomeou ou aos representantes dos partidos que ratificaram a escolha ou os elegeram, atendendo, assim, à exigência da *representatividade*.

Àqueles que não vêm a sabatina ou os procedimentos similares de controle com respeito, invocando o afastamento de seus objetivos observado em tempos atuais, retorquimos: moralize-se o processo de apro-

vação legislativa dos membros das cortes constitucionais! Nunca é despidendo lembrar que o jurista negro Thurgood Marshall, indicado para a Suprema Corte estadunidense, foi exaustivamente sabatinado pelos Senadores, “um dos quais lhe dirigiu sessenta perguntas sobre a Constituição” (BALEEIRO, 1968, p. 57). Outrossim, em solo pátrio há, igualmente, registro de rejeição aos nomes de dois indicados para compor o STF, os Ministros Barão de Lucena e Tristão Araripe, nos quais, “por circunstâncias e fatos notórios”, deixou de se reconhecer “a precisa idoneidade” (BALEEIRO, 1968, p. 22). Ademais, desempenhando elevada missão de consolidar, no país, a exigência de possuir o Ministro do STF notável saber *jurídico*, o Senado desaprovou a nomeação do médico Barata Ribeiro, bem como rejeitou a dos generais Inocêncio Galvão de Queirós e Raimundo Ewerton Quadros (BALEEIRO, 1968, p. 25). Por essa razão, não se pode menoscar o fim por deficiências contingenciais dos meios.

7. Papel das cortes constitucionais na consolidação do Estado democrático de Direito

De tudo o que foi defendido até aqui, considerando as peculiaridades das cortes constitucionais em sua composição e na competência fundamental que se lhes atribui, pode-se identificar nelas órgãos superpoderosos, imbuídos da faculdade de derribarem atos de Governos até mesmo sufragados pela maioria da população. Talvez daí advenha o pensamento de Konrad Hesse (1991, p. 28), de que a competência das cortes constitucionais seria quase ilimitada, autorizadas que são a proferir a última palavra sobre questões fundamentais da vida do Estado. Possuiriam elas, então, poderes absolutos e inexoráveis?

Já houvemos de constatar que a carência de um processo de eleição direta dos membros das cortes constitucionais não se mostra bastante para limitar seu poder, até por-

que lhes cumpre a guarda dos direitos fundamentais *de todo o povo* – e não apenas de sua facção majoritária ou mais influente –, o que assegura, como visto no capítulo 4, a *pluralidade* necessária para a consolidação de uma democracia verdadeiramente participativa, visto que, segundo o magistério de Raffaele De Giorgi (apud CAMPILONGO, 2002, p. 72), “democracia é manutenção da complexidade”. Eis por que Capelletti (2003, p. 130) atribui à *Justiça Constitucional* desenvolvida nos Estados Unidos a qualidade de “mais importante instrumento para a garantia de certos direitos civis básicos dos cidadãos e de grupos minoritários contra maiorias resistentes nos Estados e da inação de órgãos políticos no plano federal”.

Além disso, as cortes constitucionais, muito mais do que os órgãos jurisdicionais ordinários, pelas amplas conseqüências de suas decisões, permitem um alargamento do espaço de discussão pública e, conseqüentemente, de sua incidência no processo decisório, como tem demonstrado a experiência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao admitir a consulta a autoridades do Governo e a especialistas quando o julgamento sobre a constitucionalidade de determinados atos normativos o exigir.

No Brasil, com a promulgação da Lei nº 9.868/99⁶, abriu-se a admissibilidade de intervenção do chamado *amicus curiae* nos principais processos de controle concentrado de constitucionalidade, “possibilitando a manifestação no processo de outros órgãos e entidades, que não os próprios autores da ação” (SOUZA NETO, 2003, p. 56) (art. 7º, § 2º), e de “pronunciamento, no curso do processo, de perito ou comissão de peritos, bem como a realização de audiência pública e a solicitação de informações a outros tribunais” (SOUZA NETO, 2003). Desse modo, o processo permite um melhor controle dos efeitos políticos de tão significativas decisões, já que sua instrução toma o lugar do mero cotejo dos textos normativos, realizado no silêncio cômodo – porém estupidificante – dos gabinetes⁷.

Aliás, convém repisar o já afirmado em linhas anteriores, para destacar a necessária imputação de *responsabilidade política-social*⁸ aos membros das cortes constitucionais, como aos magistrados em geral, sem a qual correm estes o risco de serem deslegitimados democraticamente (PASSOS, 2003, p. 106); afinal, a interpretação constitucional, *a fortiori* a realizada em última instância, não pode colocar em risco a sobrevivência do Estado, no âmbito do qual é proferida a decisão.

Começa a ser notado, assim, que a resposta à indagação proposta no vestibulo deste capítulo pode ser encontrada na própria relação que as cortes constitucionais mantêm com a Constituição. Com propriedade, pois, Konrad Hesse (1991, p. 28) assevera: “Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo pertinência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular”. Com isso, ao que nos parece, indica o jurista alemão um deslocamento na origem da legitimidade democrática dos tribunais constitucionais, da limitação do princípio majoritário para a sujeição à Constituição emanada do povo, que não deixa de constituir uma maioria – porém pretérita e constituinte, atuante em um momento histórico de marcante mobilização e participação populares que caracterizam a assembléia constituinte⁹.

Nesse sentido, ressaltando a idéia de que nem as grandes maiorias devem ter o poder de dar cabo da própria democracia (SOUZA NETO, 2003, p. 53), vale registrar, por seu brilhantismo, a lição de André Ramos Tavares (1998, p. 84) de que

“o princípio majoritário não é absoluto e nem poderia sê-lo, caso contrário, a atuação do legislativo e do executivo – órgãos reconhecidamente eleitos segundo o princípio da maioria – estaria a salvo das eventuais violações à Constituição, com o que se produziria uma insuportável imunidade da atividade desses ‘poderes’ e a con-

seqüente ruína do sistema jurídico e, com ele, de qualquer segurança ou justiça possível”.

Ademais, as limitações ao processo de reforma da Constituição, típicas dessa fonte normativa e ainda mais veementes – ao menos em tese – nos sistemas constitucionais rígidos, protegem-na, na expressão de Capelletti (2003, p. 130), “dos caprichos de maiorias passageiras”, verdadeiro atentado ao *pluralismo*, conforme já denunciado no item 4.

A força da representatividade cede, como se vê, à pujança da Constituição, diploma que permite o enriquecimento do sistema político “garantindo a ‘grupos marginais’, destituídos de meios para acessar ‘os poderes políticos’, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas de direito no *judicial process*”. (CAPELLETTI apud VIANA, 1999, p. 34).

Assim, requer-se das cortes constitucionais, mais do que dos demais órgãos jurisdicionais, a missão de *regular* a interação democrática entre os cidadãos e, se “a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular”, e “o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal” (MORAES, 2000, p. 67), é fácil deduzir a missão dos tribunais constitucionais no acoplamento entre essas duas instituições políticas, auxiliando na consolidação de um duradouro *Estado democrático de Direito*.

8. Conclusões

As linhas aduzidas ao longo deste trabalho permitem construir um melhor entendimento do regime democrático – como foi em seu princípio, como é nos tempos atuais e como deverá ser no futuro. Nessa evolução, assistimos à ampliação do espaço de discussão pública a partir do enriquecimento do que se compreenda na expressão “povo”, para a livre escolha de seus repre-

sentantes para o exercício do Poder, constituindo a *vontade da maioria*, assim, o principal trunfo apresentado pela *democracia representativa*.

Contudo, como não foi ela capaz de propiciar ao povo efetivo envolvimento na definição dos rumos do Estado, principalmente porque se furtava aos cidadãos um sistema rigoroso de controle de tais rumos e da atuação dos representantes populares, apareceu a *democracia participativa* ou *deliberativa* como incremento dessa espécie de associação política, aliando o princípio do sufrágio universal a outros mecanismos de intervenção e contestação das decisões políticas.

Com a instauração desse permanente estado de vigilância, muito mais que na cega confiança a eleições pontuais, a legitimidade dos atos políticos é reforçada, ainda que tais atos não tenham sido praticados por agentes eleitos diretamente pelo povo. Nesse ponto é que sobressai o papel do Poder Judiciário no fortalecimento da democracia, garantidor que é do *pluralismo* constatado nas complexas sociedades contemporâneas – e, assim, não adstrito apenas ao clamor das maiorias – e instrumento de ampliação do espaço de discussão em torno das questões públicas, especialmente potencializado quando do exercício da jurisdição constitucional, haja vista o papel da Constituição como elemento de ligação entre os sistemas político e jurídico e como baliza intransponível aos desvios arbitrários dos governantes na condução do Estado.

Por essa razão, avulta a *corte constitucional* como *Ágora* do mundo contemporâneo, em nada sendo maculada tão nobre missão pelo fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelo povo, já que vai buscar sua legitimidade no pluralismo, na representatividade e na complementaridade observados em sua composição, procedendo ao controle da relação entre os Poderes do Estado e, longe de firmar o pensamento da *supremacia do Judiciário*, encarecendo o postulado de *supremacia da Constituição*, a que deve se sujeitar devota e incondicionalmente!

Notas

¹ Merece destaque, igualmente, o que dispõe o art. 48º, 1, da mesma Constituição, a reforçar a idéia da democracia participativa: “Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos”.

² Aqui entendida a expressão no mesmo sentido empregado no capítulo 2.

³ Nesse particular, merece atenção o depoimento de Peter Häberle (apud MORAES, 2000, p. 156) de que, apesar do forte ingrediente político na escolha dos juizes constitucionais na Alemanha, “uma vez eleitos, na história do Tribunal Constitucional federal, até agora, todos os juizes se têm mostrado incrivelmente independentes frente a seus partidos patrocinadores”.

⁴ À guisa de ilustração, cabe registrar que o Ministro José Celso de Mello Filho (apud ROCHA, 1997, p. 35), ex-Presidente do STF, conhece profundamente todas as Constituições pátrias, além de já haver estudado as Constituições de mais de oitenta países.

⁵ Mesmo no caso do Conselho Constitucional francês, no tocante à condição de membros natos conferida aos ex-Presidentes da República, não se tem por inteiramente maculada tal exigência, desde que tenham sido eles igualmente eleitos para exercerem o mister de chefe maior de um dos Poderes do Estado.

⁶ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

⁷ Há de ser ressaltado que, não obstante a abertura do diálogo das cortes constitucionais requerida pela democracia deliberativa, casos existem em que as decisões devem se basear em informações profissionais e estar “imunes ao brilho ofuscante e à pressão do debate público” (PETTIT, 2003, p. 381).

⁸ Ainda que Capelletti (2003, p. 146) admita certa irresponsabilidade *política e legal* dos juizes, mesmo assim apenas a curto e médio prazo e com importantes limitações no caso de abusos sérios, frisa esse jurista italiano que não se trata de uma irresponsabilidade *social*, cada vez mais sujeitos que estão os magistrados à crítica pública.

⁹ No Brasil, a atual CR, nesse particular, apresenta a mácula da participação, na assembléia nacional constituinte, dos cognominados “Senadores biônicos”, que não haviam sido eleitos pelo sufrágio popular.

Referências

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 21. ed. Porto Alegre: Globo, 1982.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonade, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu?: a expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Tradução de Fernando Sá. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política do direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Inícios da filosofia na Grécia. In: _____. *Introdução à história da filosofia*. 3. ed. Tradução de Antonio Pinto Carvalho. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 152-154.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 370-384.

ROCHA, Leonel. Uma voz indiscreta no STF. *Veja*, São Paulo, ed. 1518, n. 42, out. 1997.

SANTOS, Roberto A. O. Burocracia judiciária e democracia. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 12., 1988, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Conselho Federal da OAB, 1988.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: _____. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

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

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.