

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DA POLÍTICA: FUNDAMENTO E (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Jânio Pereira da Cunha*

“Aquele que detém a autoridade absoluta de interpretar qualquer lei escrita ou falada; este é, em todo caso, o verdadeiro legislador, e não aquela pessoa que escreveu ou falou tais leis” (Bispo Benjamin Hoadly).¹

1 Introdução. 2 Fundamento Ideológico. 3 Ilegitimidade Democrática. 4 Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo trata da jurisdição constitucional da política, com foco no fundamento ideológico e na (i)legitimidade da atuação do Poder Judiciário sobre os assuntos políticos. Observa-se que o fundamento ideológico do controle judicial é a filosofia política liberal, com a finalidade de conter os eventuais riscos para os direitos e garantias individuais levados a cabo pelo Parlamento. Por outro lado, tem-se por ilegítima a revisão judicial das deliberações políticas, já que, no plano da teoria da democracia, parece não ser razoável admitir que o legítimo representante da soberania popular – o Parlamento – tenha suas deliberações invalidadas por um Poder carente de legitimidade e responsabilidade democráticas, como é o caso do Judiciário. Portanto, conclui-se que a intervenção judicial na política exorbita do âmbito de legitimidade constitucional e democrática.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle da política. Fundamento ideológico. (I)legitimidade democrática.

1 INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais debatidos no âmbito do direito constitucional e da teoria política na atualidade é concernente à jurisdição constitucional. Nada obstante, a maior parte dos trabalhos cinge-se a analisar os aspectos

* Professor de Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e Ciência Política da Faculdade Christus. Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre e Doutorando em Direito Constitucional (Unifor). E-mail: janiopcunha@ig.com.br

dogmáticos do controle de constitucionalidade, particularmente as questões procedimentais desse instituto, como, por exemplo, as espécies e formas de nulidade judicial dos atos e matérias advindos dos poderes políticos propriamente ditos - Legislativo e Executivo; sem, contudo, perquirir os temas de fundo do controle jurisdicional, quais sejam, o fundamento e a (i) legitimidade da jurisdição constitucional.²

É verdade que tais assuntos não são inéditos na discussão que se propõe desenvolver neste artigo, já que a problemática dos limites, fundamento e legitimidade da revisão judicial desenvolveu-se concomitantemente com a evolução histórica do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América.

Tanto isso é verdade que já foi o centro de um dos mais profundos e acalorados embates teóricos na Europa, notadamente o que envolveu os pensadores Hans Kelsen e Carl Schmitt, acerca de qual órgão deveria ser o protetor da constituição, se o chefe do Executivo ou uma Corte Constitucional.

Nessa perspectiva, o presente trabalho discorre sobre o fundamento ideológico que há por trás do controle jurisdicional da política, defendendo-se a idéia de que a supervisão judicial trata-se de um mecanismo de controle da soberania popular, idealizado para conter os eventuais riscos do Poder Legislativo para os direitos individuais. De outro turno, analisa-se a (i) legitimidade da revisão judicial das deliberações do legislativo, ante a carência de legitimidade e responsabilidade democráticas do Poder Judiciário para invalidar deliberações advindas do representante por excelência da soberania do povo: o parlamento.

Adite-se, para finalizar este intróito, que a abordagem do presente artigo mostra-se salutar, na medida em que se verifica que o Judiciário passa a ostentar papel de destaque no cenário nacional, dado que esse órgão expande, a cada decisão atinente a assuntos primordialmente políticos, sua esfera de atuação institucional, num processo conhecido mundialmente por judicialização da política.

2 FUNDAMENTO IDEOLÓGICO

O movimento de expansão progressiva do controle judicial sobre a seara política parece ter como justificação ideológica o liberalismo.³

O liberalismo, correndo o risco da generalização, trata-se de uma corrente do pensamento político⁴ que, se assentada na idéia de liberdade⁵, teorizava o estabelecimento de limites ao poder do Estado por intermédio da separação das suas principais funções - legislativa, executiva e judiciária⁶ -, com o objetivo de proteger os direitos de liberdade do indivíduo.

Com efeito, as primeiras constituições escritas são a concretização, no plano jurídico, dessa idéia liberal de proteção de direitos e divisão e organização de Poderes. A proteção de direitos do liberalismo resumia-se, entretanto, exclusivamente, aos direitos hoje denominados de primeira geração (direitos

negativos), que têm a função de evitar a interferência do poder na liberdade e na propriedade individuais. São direitos e garantias privadas, exclusivamente, em face do poder do Estado.

A princípio, pode-se dizer que a teorização levada a cabo pelo liberalismo foi imprescindível para romper-se com a ideologia do Estado absoluto, a qual estava impregnada por um viés de domínio ilimitado do Estado, leia-se, monarca absoluto, sobre a totalidade da vida social e política.

De fato, no Absolutismo, o poder soberano do Estado pertencia ao monarca, em quem se concentravam praticamente todas as funções estatais, pois não havia ainda se manifestado a divisão tripartite dos poderes.⁷

No Estado constitucional de direito, o centro do sistema político passa a gravitar ao redor do Parlamento; mas o Legislativo, sob a perspectiva da tradição liberal, deveria ser imune à participação e influência política do povo.

Tanto é assim que as constituições do século XIX, decorrentes, no plano teórico, dessa corrente de pensamento, “embora liberais [...], não serão, ainda, democráticas”.⁸

Dito de outro modo, o Estado constitucional nasceu liberal, mas não era democrático, pois, para o liberalismo, a democracia permitiria o arbítrio das massas.⁹ Lembre-se de que, na tradição liberal, o vocábulo povo tem conotação excessivamente preconceituosa, tanto é assim que é sinônimo de “ralé”, “choldra”, “infantil”, “imbecil”, “ignorante”, “inferior”, entre outros epítetos pejorativos.

Destaque-se, por oportuno, que os principais teóricos do liberalismo, mesmo advogando a limitação jurídica do Poder do Estado, sempre permaneceram fiéis à tese de que o povo não deveria – por incapacidade – participar ativamente das decisões políticas gerais e fundamentais da vida pública.

Assim sendo, a idéia de sufrágio universal igualitário foi sempre combatida pelo pensamento liberal por intermédio de teorização que excluía o povo do âmbito dos direitos de cidadania, isto é, direitos políticos de votar e ser votado. De fato, o credo liberal pregava um sufrágio excessivamente restrito a uma ínfima parte da população.¹⁰

Destarte, pode-se dizer que o Parlamento, na concepção liberal, jamais teve o escopo de ser o local da representação popular, mas sim o espaço dos atores “cultos”, “competentes”, “afortunados”, “de boa estirpe” etc.

Nesse sentido, além de livre da “massa imbecil”, o sistema social e político vigente, no Estado de Direito liberal, precisava de maior segurança, certeza e estabilidade para a conservação dos direitos e liberdades individuais, já que, nada obstante o povo não participar diretamente do exercício do poder político, poderia influenciar - ante a possibilidade de ampliação do sufrágio universal - o Parlamento, e este, por via de conseqüência, colocar em risco os bens jurídicos liberais por excelência: a propriedade privada e a liberdade individual, em es-

pecial a liberdade contratual do mercado.¹¹

De fato, como bem asseverou Domenico Losurdo, “o que importa é a preocupação com os graves riscos que um poder legislativo fortemente influenciado pelas massas populares faz correr a propriedade e as relações econômicas existentes”.¹²

E, em verdade, a soberania popular tem ínsita a potencialidade de risco para as condições sociopolíticas e econômicas vigentes. Isso é uma verdade histórica certamente inquestionável.

Assim, para fazer frente aos perigos do Parlamento, o liberalismo, entenda-se, o constitucionalismo liberal burguês, idealizou a possibilidade de controle jurisdicional do Legislativo, isto é, da política, de sorte que o Judiciário passaria a atuar como “terceira câmara” do sistema dominante para contenção dos riscos para os direitos e liberdades individuais, notadamente, os direitos de propriedade – bens, herança - e liberdade dos indivíduos, em especial a econômico-contratual, que fossem levados a efeito pelo Parlamento, por intermédio de edição de atos e aprovação de leis.¹³

Essa parece ser a idéia fundante da jurisdição constitucional.¹⁴ Veja-se que, com o objetivo de controlar as decisões da maioria parlamentar, é institucionalizada a Corte Suprema norte-americana, símbolo por excelência da jurisdição constitucional (judicial review). A esse respeito, ponderou com muita propriedade Aliomar Baleeiro:

[...] a Corte Suprema foi concebida como instituição da classe poderosa e abastada, para defesa da Constituição e da propriedade contra os apetites e reivindicações da massa, que, pelo voto popular, poderia dominar o Poder Legislativo e, mercê de maiorias ocasionais, elaborar leis perigosas e demagógicas. Seria, pois, um órgão conservador dos objetivos e dos interesses econômicos das classes dominantes, para deter avanços temerários, que os líderes admitiam pudesse provir da elevação das massas por meio de processos democráticos de Governo, sobretudo a probabilidade futura do sufrágio universal. Nasceu, pois, a Corte Suprema com endereço pragmático, o da manutenção da propriedade, garantida pela Constituição mais do que a da própria liberdade, contra os atentados, caso maioria eventual viesse a desvairar, como se receava, o Congresso. Se contra este falhasse o veto do Executivo, haveria o controle da Corte. [...] ‘a Corte Suprema foi concebida à maneira de freio e amortecedor dos previstos desvarios do Congresso’.¹⁵

Assim sendo, percebe-se que a judicialização da política, a despeito de justificada formal e publicamente pela necessidade de proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, em face das denominadas “maiorias eventuais” ou “ocasionais” do Parlamento¹⁶, trata-se, na verdade, da manifestação mais evidente da ideologia liberal de exclusão do povo para decidir sobre as questões políticas fundamentais do Estado - como as relacionadas à

propriedade e à liberdade individuais -, objetivando infirmar qualquer “excesso” ou “desvio” indesejado decorrente da atuação do Legislativo.¹⁷

Talvez por isso se possa compreender a maneira preconceituosa dispensada ao Parlamento e aos seus agentes pela teoria constitucional e pela jurisprudência, ambas fortemente influenciadas historicamente, pela ideologia liberal.

A esse respeito, jamais se poderia se furtrar de colacionar a observação de Jeremy Waldron, um dos principais críticos no mundo da judicialização da política, que, pela clarividência, dispensa qualquer comentário extraordinário:

[...] a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitorais – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à idéia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou ‘contramajoritárias’ que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica¹⁸ (grifou-se).

E completa o autor:

Em outras palavras, tenho certeza de que a má reputação da legislação na teoria jurídica e política está intimamente relacionada com o entusiasmo (especialmente o entusiasmo da elite) por essa mudança. As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.¹⁹

Adite-se, no caso específico do Brasil, o fato de que a judicialização da política, ou, nas palavras de Canotilho, a jurisdição sobre a “constitucionalidade do político”²⁰, é aplaudida, grosso modo, pela imprensa a cada manifestação de juízes e tribunais em temas essencialmente políticos, sem nenhuma preocupação maior a respeito das conseqüências dessa atuação para autonomia e independência dos poderes públicos, para Constituição e, sobretudo, para a democracia brasileira.

Ainda pior é o fato de que a apreciação dos “parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político”²¹ pela via judiciária é acolhida pela teoria constitucional brasileira como fenômeno natural, necessário e inevitável.²² Não se poderia esperar, entretanto, uma conduta diferente da doutrina constitucional pátria, uma vez que a sua origem e a sua natureza são de feição extremamente “liberal-conservadora-autoritária”, fato esse que levou e leva os

seus doutrinadores a teorizar, sob a perspectiva liberal²³, no sentido da exclusão do povo, direta ou indiretamente, como agente principal dos processos decisórios sobre questões fundamentais do Estado brasileiro.

Essa posição liberal-conservadora e antidemocrática do constitucionalismo nacional foi bem detectada por Antonio Carlos Wolkmer e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, quando assinalam, respectivamente, que:

A ausência de uma prática autenticamente democrática nos parâmetros do que se convencionou chamar de liberalismo burguês clássico, faz com que inexista, na evolução das instituições do País, a linearidade de um constitucionalismo de base popular-burguesa, pois, quer seja o político, quer seja o social, ambos foram sempre construção momentâneas e inacabada das elites oligárquicas. O constitucionalismo brasileiro tem sido, até hoje, o contínuo produto da 'conciliação-compromisso' entre o autoritarismo social modernizante e o liberalismo burguês conservador.²⁴

A vocação conservadora do constitucionalismo brasileiro iniciou com a independência do país [...]. No constitucionalismo brasileiro enxerga-se muito pouco a esperança de que a força dos atores sociais possa funcionar como motor da atualização constitucional. Conseqüentemente, a certeza de que dos órgãos do Estado depende a aferição da força da Constituição Federal de 1988 conduziu a maior parte da produção constitucionalista a legitimar a judicialização da política. [...] No Brasil de hoje, o constitucionalismo que defende o ativismo judicial e vê nele a redenção de nossos pecados não realizadores da efetivação constitucional possui uma tradição liberal, cuja origem moderna muito herda da tradição americana de common law.²⁵

Adite-se, de outro turno, o fato de que, em vários países que albergam a separação dos poderes estatais, inclusive, muitos deles com tradição democrática consolidada, como, por exemplo, Finlândia, Holanda, Dinamarca, Suíça, Reino Unido, Israel, Luxemburgo, Nova Zelândia e Suíça, não é permitida a revisão judicial de leis e atos do Parlamento. Com isto, parece correto afirmar que a jurisdição constitucional não é elemento essencial aos sistemas constitucionais democráticos, pois nem todos os países reconhecidamente democráticos prevêm o direito de revisão dos atos do Parlamento pelo Judiciário.²⁶ Por isso é que Javier Perez Royo afirma que "A justiça constitucional não é, pois, um indicador de saúde democrática".²⁷

Em conclusão, é possível dizer que, por trás da idéia de controle jurisdicional da política, tem-se um arcabouço teórico de fundo liberal, cuja ideologia busca "neutralizar politicamente as massas populares"²⁸, de maneira a contrapor-se a qualquer expectativa perigosa de radicalidade democrática das condições sociais e políticas vigentes na sociedade.

De fato, como asseverou Domenico Losurdo, a tradição de pensamento liberal não apenas fala com frieza e hostilidade, mas também com evidente desprezo para com a democracia²⁹, de tal sorte poder-se inferir

que a democracia – fundada na idéia e práxis da soberania popular - não é, notadamente porque nunca o foi, e talvez nunca o será, um valor caro ao pensamento liberal.³⁰

Em última análise, a jurisdição constitucional da política parece não ser outra coisa senão a maneira contemporânea de controle da soberania popular. E isso tem uma racionalidade patente, na medida em que, se antes a política era controlada soberanamente pelo monarca, e, no ápice do liberalismo, por um Parlamento não representativo da vontade popular – que não levava perigo para o status quo vigente – hoje, após a ampliação do sufrágio universal, era preciso um novo agente para exercer o papel de limitador da vontade política e soberana do povo. E ninguém mais apto – porquanto tecnicamente preparado – e mais confiável historicamente, do que o Judiciário para exercer tal mister.³¹

3 ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Do ponto de vista da teoria política de matriz francesa, a jurisdição constitucional representa fenômeno altamente antidemocrático.

Veja-se que a teoria do poder manifestada em França durante a Revolução Francesa, e com base em Rousseau, pautou-se pela radicalidade política, na medida em que a soberania popular, fundada na idéia de “vontade geral”, é a única forma de legitimação do poder, em contraposição ao ideário de justificação do poder do liberalismo burguês, vinculado apenas à limitação e controle do Estado por meio da separação de poderes e declaração de direitos individuais.³² Daí que o poder político supremo, na melhor leitura do iluminismo democrático francês, pertence ao povo soberano, não sendo esse poder “subordinado a nenhum outro e ilimitado em sua competência”³³ na ordem interna.

Veja-se, a esse respeito, a observação de Rousseau, na obra *O Contrato Social*, ao destacar o fato de que, na democracia, a supremacia entre os poderes deve pertencer ao Legislativo:

O primado da vida política repousa na autoridade do soberano. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro, que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixa de funcionar, o animal morre. Não é pelas leis que o Estado subsiste, mas em virtude do poder legislativo.³⁴

Igualmente, ratifica a tese da soberania do Poder Legislativo numa democracia, outro teórico da tradição clássica, Immanuel Kant, na sua *Metafísica dos Costumes*, ao ponderar que:

Todo Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida consiste de três pessoas (trias políticas): o poder soberano (soberania), na pessoa do legislador; o poder executivo, na pessoa

do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário, (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei), na pessoa do juiz.³⁵

Na contemporaneidade, ninguém traduziu melhor o pensamento de Rousseau e Kant do que Norberto Bobbio, ao observar que o órgão de maior autoridade no Estado é o Parlamento:

“Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva”.³⁶

Assim sendo, à luz da teoria política de base iluminista, o controle da política pelo Judiciário constitui evento sem legitimidade democrática, uma vez que importa em transferir o poder supremo na sociedade de um órgão diretamente vinculado à soberania popular – o Parlamento – para órgão destituído de autoridade advinda da “vontade soberana”, isto é, para órgão do Poder Judiciário, no caso, do Supremo Tribunal Federal, ou corte constitucional nos moldes europeus.³⁷

De fato, a jurisdição da soberania popular traz em si o defeito congênito de ilegitimidade democrática. E essa questão do controle judicial do espaço político, ou melhor, da ilegitimidade do controle judicial das decisões do povo soberano, foi bem detectada por John Ely, para quem, “o problema central da revisão judicial é este: um órgão que não é eleito, nem politicamente responsável de nenhuma outra forma importante, diz aos representantes eleitos do povo que eles não podem governar como gostariam”.³⁸

A jurisdição constitucional não é ilegítima apenas porque os agentes responsáveis pelo controle da política não passam pelo crivo popular.³⁹ É anti-democrática também em razão de que uma elite – entendida como um pequeno grupo de técnicos (juízes, juristas), ou na expressão de Aliomar Baleeiro, uma “oligarquia judiciária”⁴⁰ – passa a supervisionar, inclusive podendo anular⁴¹, as decisões advindas de parcela significativa de representantes da soberania popular, tomadas com base num dos princípios fundamentais da democracia: a regra ou vontade da maioria.

Ademais, não se pode deixar de acrescentar a noção de que, por ser um poder sem tradição cultural democrática, o Poder Judiciário exerce papel conservador na sociedade, dado que passa a domesticar – restringindo ou bloqueando – a potencialidade, ou o espaço, da política, e, por via de consequência, sendo importante instrumento de segurança das relações sociais e “de manutenção de um dado status quo político”.⁴²

É verdade que o argumento levantado pelos defensores do judicial review para justificar a judicialização da política é sobretudo sedutor, mas ainda assim, de todo, objetável.

Sedutor, porquanto alguns de seus adeptos partem da analogia “Ulisses e as Sereias”, na obra *Odisseia*, de Homero, segundo a qual aquele, para não sucumbir ao canto irresistível e mortal das sereias, pede aos companheiros de embarcação que o amarrem por cordas ao mastro do navio quando passarem pela ilha habitada por sereias, e não o soltassem, ainda que diante de sua ordem. E assim poderia escutar o belo canto das sereias sem entregar-se, mortalmente, a elas.⁴³

Transpondo a mística de Ulisses para o campo do Direito Constitucional, a Constituição seria um “pré-compromisso” que auto-restringiria o povo no sentido de impedi-lo, em momentos excepcionais, de destruir a si mesmo. Um pré-compromisso de “autopreservação e auto-sacrifício”⁴⁴. Nas palavras de Daniel Sarmento, “o pré-compromisso de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele que se sujeita o povo, quando dá a si uma constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima de suas paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco o seu destino coletivo”.⁴⁵

Com efeito, o controle jurisdicional da constitucionalidade seria legitimado pela necessidade de se garantir esse pré-compromisso, isto é, assegurar a vontade do povo manifesta em momento de “sobriedade democrática”.⁴⁶

Noutras palavras, decorreria a justificação do controle judicial dos atos do Parlamento da imprescindibilidade de proteção da Constituição e do próprio povo – leia-se, dos direitos fundamentais do indivíduo, inclusive das minorias - contra as maiorias transitórias e eventualmente tentadas pelo autoritarismo e arbítrio.⁴⁷

A esse respeito, a primeira objeção que se pode declinar é no sentido de que não há nenhuma garantia ou segurança de que a jurisdição constitucional atuará em consonância com a Constituição, respeitando as regras do jogo, direitos e liberdades fundamentais.

Destarte, é procedente a ponderação dos críticos da judicialização da política (judicial self-restraint), de que o poder dos juízes fundar-se-ia em um mito, isto é:

[...] na vitoriosa idéia que foi inculcada em corações e mentes mais crédulas. Tal mito expressa a crença de que os juízes, ao atuarem, estão agindo conforme lhes foi determinado pela Constituição. Os magistrados afirmam que as escolhas políticas que realizam não são deles, mas daqueles que elaboraram a Carta Magna.⁴⁸

Efetivamente, não há como sustentar a idéia de que os tribunais constitucionais, entenda-se, no Brasil, Supremo Tribunal Federal, sendo antimajoritários, ou seja, controlando as decisões (leis, atos) das maiorias “transitórias” no Parlamento, estejam, ao agir assim, corrigindo os abusos eventuais dessas maiorias e protegendo, necessariamente, os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos plasmados no Texto Constitucional. Isso em virtude da impossibilidade talvez de se demonstrar concretamente que a atividade da justiça

constitucional é mais positiva do que negativa para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, e por que não dizer da própria democracia.

Tanto isso é assim que é reconhecido inclusive por um dos teóricos do liberalismo contemporâneo, Robert Dahl, para quem “não se pode comprovar empiricamente a capacidade efetiva de bloqueio das decisões majoritárias pela Suprema Corte americana, mas apenas a sua capacidade de retardar mudanças”.⁴⁹

E a experiência histórica confirma, de alguma maneira, esta observação. É que, de fato, há inúmeros exemplos na jurisprudência americana (EUA) de que a atuação da Suprema Corte, no lugar de favorecer os direitos do indivíduo, prejudicou-os, na medida em que, por intermédio do controle judicial, anulou, por inconstitucionalidade, várias leis aprovadas pelo Parlamento que protegem direitos fundamentais.⁵⁰

Anota Samuel Freeman que a Suprema Corte americana, durante parcela significativa de sua existência “[...] tendeu, contra as tentativas de reformas legislativas, a consagrar constitucionalmente as leis, as convenções e os privilégios vigentes relativos à propriedade privada que favoreciam especialmente aqueles que controlavam legalmente a massa maior de riqueza”.⁵¹ Assim, a referida Corte “[...] impugnou leis estaduais que, de sua perspectiva, ofendiam o direito de propriedade e a liberdade contratual”⁵², assim como leis federais que infringiam a competência dos Estados.

A título ilustrativo, pode-se mencionar a invalidação, pela Corte Suprema, de lei do Congresso que dificultava o trabalho infantil (crianças menores de 14 anos) nas indústrias e minas, por considerar tal matéria de competência exclusiva estadual.⁵³

Igualmente, tem-se o caso *Dred Scott versus Sandford*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou, em 1857⁵⁴, a inconstitucionalidade de uma lei federal que proibia a escravidão em determinados Estados, sob a fundamentação de que o Congresso não tinha competência para proibi-la. “Desta forma, retirou do Congresso norte-americano – conseqüentemente, da decisão da maioria – qualquer possibilidade de abolir ou, ao menos, enfraquecer a instituição da escravidão”.⁵⁵ Ademais, assentou a decisão que *Dred Scott*, por ser escravo, não ostentava a condição (direitos e privilégios) de cidadão, de tal forma que não tinha o direito de se fazer representar perante os tribunais federais.⁵⁶

Acresça-se, ainda, o caso *Lochner versus New York*, em que a Suprema Corte declarou inconstitucional lei que estabelecia o tempo de trabalho nas padarias em 10 (dez) horas por dia, com fundamento no princípio da liberdade contratual.⁵⁷

Os exemplos citados, no entanto, não são exclusivos da Corte Suprema americana, pois, em verdade, quem se der ao trabalho de consultar a jurisprudência de qualquer país que permita a revisão judicial dos atos e decisões políticas não terá quiçá muita dificuldade de selecionar assuntos e

casos julgados pelos juízes e tribunais nos quais se poderá vislumbrar violação de direitos e garantias fundamentais.

De fato, a jurisdição constitucional “não está livre de converter uma vantagem democrática num eventual risco para democracia”⁵⁸, inclusive bloqueando o desenvolvimento constitucional do país.⁵⁹ Dito de outro modo, a revisão judicial pode muito bem se transmudar em um perigo em vez de uma garantia.⁶⁰

É por isso que observa Martonio Mont’Alverne Barreto Lima que “[...] em muitas das questões políticas resolvidas pelo STF [...] o limite constitucional foi ultrapassado – esse é um fenômeno que não ocorre somente com o STF, mas com todas as cortes controladoras da constitucionalidade das leis que se tem notícia”.⁶¹

Acresça-se, por oportuno, a crítica de Ingeborg Maus, bem resumida por Sérgio Pompeu de Freitas Campos, no sentido de que a ampliação do poder judicial, à sombra de proteger os direitos fundamentais, pode implicar risco de restrição arbitrária da soberania popular, da própria idéia de Estado Democrático de Direito⁶², fncada no pressuposto teórico do respeito à vontade da maioria e da separação dos Poderes Públicos.

Por outro lado, uma coisa é certa: o receio e a desconfiança levantados por parte da doutrina política e jurídica⁶³ e da jurisprudência de que as autoridades políticas estão mais sujeitas a ofender os direitos e garantias individuais - visto que a arena política é uma instância mais sujeita a exageros, excessos, aventuras, paixões de momento e sem compromisso com a fundamentação jurídica⁶⁴ - não têm razão de ser.⁶⁵

O fato de se partir, a priori, da tese do menor compromisso das autoridades políticas para com a legalidade constitucional não se sustenta. É que não há base jurídica, muito menos científica, para se creditar um grau mais elevado de confiabilidade às autoridades judiciais do que às políticas.

Jurídica, porquanto a ordem constitucional não estabelece dispositivo normativo outorgando maior credibilidade aos atores jurídicos.

Ao contrário, infere-se da Constituição que os Poderes Públicos são harmônicos e independentes e, por via de consequência, gozam do mesmo teor de dignidade constitucional, de tal forma que as autoridades públicas detêm, ou pelo menos devem deter, a mesma deferência e respeito institucionais.

Certamente, é preconceituosa e ilógica a idéia de que somente as autoridades judiciais são aptas e imparciais para assegurar as liberdades públicas, pois, a se aceitar essa idéia, ter-se-ia também de reconhecer, forçosa e necessariamente, a noção de que as autoridades parlamentares e executivas se encontram em plano político-institucional inferior às autoridades judiciais, deixando o Poder Judiciário em posição de prevalência sobre os demais poderes, fato esse que comprometeria a relação de harmonia e interdependência deles.

Em verdade, a desconfiança nas esferas políticas não passa de um preconceito, que traz em si uma contradição nos termos, já que a desconfiança na

política e nos políticos⁶⁶ implica, obrigatoriamente, despreço à própria democracia, uma vez que as autoridades políticas são atores caríssimos a qualquer regime político digno desse nome. Em termos mais refinados, pode-se dizer que a democracia é produto direto da política, de sorte que esse regime requer, ao menos idealmente falando, o respeito à política e aos seus agentes.⁶⁷ Enfim, sem um grau razoável de confiabilidade e apreço nos atores públicos não há democracia, ao menos a democracia possível, real, factível, aduzida por Rousseau.

A propósito do assunto, é taxativo Martonio Mont'Alverne Barreto Lima:

O Poder Judiciário entende-se como último árbitro das questões que se discutem no Poder Legislativo pela razão de, preconceitivamente, não aceitar que a política possa ser realizada a partir de parâmetros legais. A incongruência deste pensamento não poderia ser maior. A domesticação da política pelo direito consiste precisamente no cerne do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a política somente será realizada nos limites determinados pelo Direito, pelas leis.⁶⁸

Não há, também, substrato científico, porque não existem razões abstratas para se enaltecer e glorificar mais as autoridades jurisdicionais, em detrimento das legislativas e executivas. Ora, se fosse lúdica a concessão de supremacia a um dos poderes, decerto deveria ser ao Parlamento e aos seus membros, pois, com base na história e na melhor tradição da filosofia política democrática, pode-se garantir que o Legislativo, como poder soberano, deve ostentar o mais alto grau de confiança entre os poderes do Estado.

A esse respeito, colacionam-se indagações fundamentais - e que não foram respondidas pelos adeptos da tese do controle jurisdicional da política - atinentes à substituição do Poder Legislativo, eleito por intermédio da soberania popular, pelo governo dos juízes constitucionais: "Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?"⁶⁹ (grifou-se).

Em sentido similar, são as palavras de Roberto Gargarella, ao tecer as seguintes ponderações:

Nossos oponentes terão de nos convencer, por exemplo, de que é desejável que juízes não eleitos pela cidadania, nem sujeitos a uma responsabilidade eleitoral imediata, sigam decidindo questões substantivas (por exemplo, decidindo se regula o aborto, decidindo se é bom ou ruim consumir estupefacientes, distribuindo como se podem distribuir os recursos sociais e como não etc.). Nossos oponentes deverão nos dar razões para outorgar ao poder judicial a última palavra em matéria constitucional quando sabemos (particularmente na América Latina) o quanto a magistratura é permeável à pressão dos grupos de poder. Nossos oponentes deverão persuadir-nos de que a reflexão individual e isolada dos juízes nos garante a imparcialidade de um modo certo que a própria reflexão coletiva. Nossos oponentes terão que nos fazer entender

que é desejável que o bom exercício judicial siga dependendo do azar de contar com “bons juízes”. Nossos oponentes deverão aclarar estas dúvidas a menos que – como tantas vezes – prefiram simplesmente negar-se ou impor as suas razões.⁷⁰

Enquanto os defensores do controle judicial da política não respondem a essas indagações basilares, ressalta-se que se está convencido que entre os dois riscos de eventual prática de abuso e arbitrariedade – por desvio ou excesso de poder - pelo Legislativo e Judiciário, fica-se com o risco representado pelo Parlamento. É que, pela tradição democrática, aberta e pluralista que tem esse poder, é possível presumir, racional e abstratamente, que este se comportará, com maior acatamento aos direitos, liberdades e garantias constitucionais e às regras do procedimento democrático ou, em termos mais amplos, à normatividade constitucional, do que o Judiciário.

E, sob a óptica da teoria constitucional democrática, o risco que o Parlamento leva à Constituição e aos direitos fundamentais da pessoa humana trata-se de risco da democracia que deve ser resolvido a favor do Parlamento.

É que, tendo um órgão que decidir em último lugar e de forma incontestável, o mais compatível com os parâmetros da radicalidade democrática é conceder a palavra final sobre determinada questão político-constitucional ao representante direto da soberania do povo: o Legislativo. Notadamente, pelo fato de que, ainda que o Parlamento eventualmente incorra em erro, arbitrariedade ou excesso, ao decidir determinada contenda, tem-se que o equívoco ou arbítrio por ele cometido reveste-se de menos ilegitimidade do que se fosse perpetrado pelo Judiciário. Com efeito, “Não é a mesma coisa, no sentido democrático, se um tribunal erra acerca das condições democráticas (ou de associação moral) ou se o erro é cometido por um corpo legislativo. O segundo está, pelo menos, dotado de legitimidade democrática”.⁷¹

Talvez por isso Dicey, citado por Pinto Ferreira, afirmava sem tergiversar que “Invasões do Parlamento na Constituição constituem perigo menor do que a participação dos juízes nos conflitos políticos”.⁷²

Assim sendo, quando aqui se defende a posição de que o maior apreço a um dos poderes, numa democracia, deve ser para o Legislativo, com todas as implicações e desdobramentos que daí advêm⁷³, faz-se isso sustentado em razões de filosofia política.

Razões históricas, no entanto, com peso igualmente significativo, leva a que se permaneça fiel ao apelo democrático da radicalidade iluminista (soberania popular). É que o Poder Judiciário tradicionalmente não tem uma cultura de índole democrática, seja aqui ou alhures.

Pelo contrário, a análise histórica revela que o Judiciário, especificamente o brasileiro, ainda se encontra maculado por um viés conservador⁷⁴, patrimonialista, autoritário e pela falta de transparência de suas atividades⁷⁵, o que leva tal poder a permanecer acometido por um alto déficit de legitimidade e democracia⁷⁶, principalmente pelo fato de seus

membros não passarem pelo controle da soberania popular, assim como não são objeto de controle periódico por parte da sociedade, já que, regra geral, são vitalícios.⁷⁷

Calha, ademais, aduzir que a jurisdição constitucional apresenta um potencial de risco paternalista, na medida em que os juízes e tribunais constitucionais “desempenharia ainda a função de ‘pais da sociedade’, no sentido da condição tradicional da paternidade provedora de todos os bens – materiais e imateriais – da família”,⁷⁸ com o perigo de “redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial”.⁷⁹

Em sede ainda de objeções à tese da jurisdição constitucional, não há como fugir de se aditar a idéia de que a interpretação constitucional não é, e não pode ser, monopólio do Judiciário, como amiúde afirmam os tribunais e o constitucionalismo de natureza liberal.

Em verdade, “[...] O direito constitucional e a interpretação são frutos de uma coordenação entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais”.⁸⁰

Importa ainda anotar a preocupação lançada por Pedro de Verdú García, e lembrada por Gilberto Bercovici, de que o problema europeu – e que também é do Brasil – é que “[...] os tribunais constitucionais, de defensores da Constituição, tornaram-se os donos da Constituição; para eles só é Constitucional aquilo que o tribunal constitucional diz que é”.⁸¹

Em face disto, adverte Gilberto Bercovici, “[...] acaba havendo um processo de formalização excessiva, em que se discutem os acórdãos do tribunal, não se discute a democracia, não se discute a questão política e este é o problema fundamental”⁸². Afinal, diz o autor:

[...] não só para o Professor Canotilho, mas para qualquer grande constitucionalista, como Konrad Hesse, Böckenförde, Hans-Peter Schneider, Mortati, Häberle, O Direito Constitucional é o direito do político, é a ligação do político com o jurídico. Não dá para ficarmos limitados à decisão de um tribunal constitucional, em qualquer uma das suas formas, seja um tribunal constitucional propriamente dito, seja nosso órgão máximo do Poder Judiciário, por mais correta ou culta que essa decisão possa ser. Este é um ponto que tem que ser pensado: não podemos achar que as soluções serão alcançadas pelo Judiciário, limitando o Direito Constitucional às decisões judiciais. Não será deixando que o tribunal resolva, já que o Executivo não quis, ou o Legislativo não quis, que eu acredito que nós vamos resolver ou refletir melhor sobre as questões constitucionais.⁸³

4 CONCLUSÃO

A título conclusivo é possível fincar a idéia de que o fundamento ideológico da jurisdição constitucional é a filosofia política do liberalismo.

De fato, tem-se que a tradição liberal, ao defender a separação dos poderes e direitos individuais, necessitava de um órgão do Estado para fazer frente aos riscos, porventura advindos de um Parlamento fortemente influenciado pela vontade popular, para os bens jurídicos por excelência dessa corrente de pensamento: a propriedade privada e a liberdade individual.

Assim, pode-se sustentar a tese de que o controle da política pelo Judiciário apresenta uma racionalidade evidente, qual seja, domesticar judicialmente a vontade soberana do povo possivelmente plasmada no Legislativo, restringindo e controlando o espaço da política, a fim de levar segurança e certeza jurídicas para as relações dominantes, de tal sorte a não submeter a perigo os direitos de liberdade e propriedades individuais em face das denominadas maiorias parlamentares eventuais e momentâneas.

Destaque-se também que o controle jurisdicional de constitucionalidade do comportamento do Parlamento, além de exorbitante dos limites constitucionais, não se compatibiliza com o princípio da teoria da democracia de matriz radical, fundada na soberania popular, na qual a vontade do povo, direta ou indiretamente, é superior à vontade dos outros poderes.

Assim sendo, quando o Judiciário atua sobre o Legislativo, restringindo-lhes os poderes e invalidando-lhes os atos e deliberações, tal comportamento implica vilipêndio da soberania popular, uma vez que a vontade ou decisão política do povo passa a ser controlada ou anulada por um órgão sem qualquer legitimidade e responsabilidade popular. E tal estado de coisas provoca uma perda democrática, pela diminuição ou restrição do espaço político de participação do povo ou pelos resultados das decisões dos juízes, que podem, como a história jurisprudencial de qualquer país parece provar, atentar contra os direitos e garantias da pessoa humana positivados constitucionalmente.

Noutras palavras, o controle jurisdicional é evidentemente antidemocrático, uma vez que constitui fenômeno no qual um Poder do Estado não eleito diretamente e sem controle periódico de responsabilidade política – o Judiciário – passa a controlar, restringir, anular a vontade do órgão por excelência da representação popular: o Parlamento. Portanto, reveste-se de menos legitimidade democrática uma decisão política tomada pelo Judiciário do que oriunda do Parlamento, eis que aquele não se encontra autorizado, constitucional e politicamente, para decidir matérias políticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In: HECH, Luís Afonso (Trad.). **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARENDDT, Hannah. In: GUARANY, Reinaldo (Trad.). **O que é política?** 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BALEIRO, Aliomar **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**.

Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. Comissões parlamentares de inquérito: limite de sua competência, sentido da expressão constitucional “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” e inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 12, n. 12, dez. 1996.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; MORAES FILHO, Jose Filomeno de; LIMA, Martonio Mont` Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Constituição e política: uma relação difícil, **Revista Lua Nova**, n. 61, p. 5-24, 2004.

_____. 2ª Parte - Mesa Redonda (síntese) In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. In: NOGUEIRA, Marco Aurélio (Trad.). **Liberalismo e democracia**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BRANDÃO, Rodrigo: As culturas liberal e democrática de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 175, jun./set., 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº. 21.689. Tribunal Pleno. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Senado Federal. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, 16 de dezembro de 1993. **Impeachment: jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Comissões parlamentares de inquérito: técnica e prática**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação de poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Livraria Almeida: Coimbra, 1993.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 11, n. 42, p. 167-180, jan./mar., 2003.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COOLEY, Thomas M. In: GAMA, Ricardo Rodrigues (Trad.). **Princípios gerais do**

- direito Constitucional nos Estados unidos da América.** Campinas/SP: Russell, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 198, out./dez. 1994.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FREEDMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. **Lua Nova, Revista de Cultura e Política**, n. 32, 1994.
- GARCIA, Emerson Garcia. **Jurisdição constitucional e legitimidade democrática.** Leituras complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador (BA): Podivm, 2007.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- KANT, Immanuel. In: BINI, Edson (Trad.). **A metafísica dos costumes.** Série Clássicos Edipro. Bauru (SP): Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans. In: CUNHA, Sérgio Sérulo (Int. e Rev.) **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LIBÂNIO Carlos Alberto (o Frei Betto). “E Agora José”. **Folha de São Paulo**, 25 jul. 2005.
- LIMA, Martonio Mont` Alverne Barreto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, Jose Filomeno de; LIMA, Martonio Mont` Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. A constitucionalização dos procedimentos parlamentares: Legislativo e Judiciário no jogo político democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações especiais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. A jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira da; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont` Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. Justiça constitucional e democracia: perspectiva para o poder judiciário. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, São Paulo: RT, jan./jun.,

n. 08, 1996.

_____. **Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito: um problema da teoria constitucional da democracia.** Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.

_____. O constitucionalismo brasileiro ou de como a crítica deficiente ignora a consolidação da democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 01, n.º. 02, 2004.

_____. Justiça constitucional e democracia: perspectiva para o poder judiciário. **Revista da Procuradoria-Geral de República**, São Paulo: RT, jan./jun., n. 08, 1996.

LIJPHART, Arend. In: FRANCO, Roberto (Trad.). **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOSURDO, Domenico. In: SEMERARO, Giovanni (Trad.). **Contra-História do liberalismo.** Aparecida (SP): Idéias e Letras, 2006.

_____. In: HENRIQUE, Luiz Sérgio (Trad.). **Democracia e bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal.** Rio de Janeiro: UFRJ/UNESP, 2004.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Trad.). **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito.** Recife-PE, Separata, n. 11, 2000.

MELO, Manuel Palácios Cunha. A suprema corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMU, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio à obra de TAVARES, André Ramos. **Jurisdição e tribunais constitucionais.** São Paulo: Celso Bastos editor, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REPA, Luis Sérgio. A crise da teoria crítica: razão instrumental e declínio do indivíduo. **Revista Mente e Cérebro.** Especial: Mente, Cérebro e Filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique, São Paulo: Ediouro, 7. ed., 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

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

ROCHA JÚNIOR, José Jardim. Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. **Revista de Informação Legislativa,**

a. 38, n. 151, jul./set. 2001.

RODRIGUES, Leda Boechat. **Direito e política**. Os direitos humanos no Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre Coleção AJURIS/8, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. In: DANESI, Antonio de Pádua (Trad.). **O contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval Sampaio Júnior. **Nova concepção de jurisdição**. Dissertação (Mestrado em Direito)-. Fortaleza: Unifor, 2007.

SCHMITT, Carl. In: CARVALHO, Geraldo (Trad.); MOREIRA, Luiz (Coord.). **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUTO, Paulo. **Síntese do Relatório da CPI sobre o Poder Judiciário**. Relator Senador Paulo Souto. Brasília: Senado Federal, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de constitucionalidade (legitimidade política). In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Império da lei ou da corte? Dossiê, *Revista da USP*, n. 21, p. 70-77, mar./maio 1989.

VIEIRA, Renato Stanzola Vieira. **Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. A origem liberal-conservadora do constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 87, p. 167-174, jun./set. 1985.

_____. **Ideologia, Estado e Direito**. *Revista dos Tribunais*, 2003.

- 1 Professor de Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e Ciência Política da Faculdade Christus. Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre e Doutorando em Direito Constitucional (Unifor).
Apud Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Súmula vinculante e constituição dirigente: uma questão de soberania. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de [et. al] (org.). Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 286.
- 2 “As produções teóricas sobre controle de constitucionalidade no Brasil bem demonstram uma preocupação exclusiva com pontos que envolvem (...) somente a articulação jurídica-dogmática (...) entre os dispositivos constitucionais para o resultado daquilo que é constitucional ou inconstitucional” (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto: A jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira da; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 200-201, nota de rodapé n.º. 03.).
- 3 José de Sousa e Brito diz ser um dos possíveis “fundamentos da legitimidade do Tribunal Constitucional a tradição liberal de proteção dos direitos do Homem”. BRITO, José de Sousa apud TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998. p. 73.
- 4 Emprega-se neste texto o termo liberalismo no significado político moderno, isto é, na acepção de Estado (de direito) com “poderes e funções limitadas”, em contraposição ao Estado absoluto. Ver: BOBBIO, Norberto. In: NOGUEIRA, Marco Aurélio (Trad.). Liberalismo e democracia. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 08, 17 e 29.
- 5 MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, p. 47, 2003.
- 6 As diversas funções do Estado, inicialmente descritas por Aristóteles, tiveram sistematização teórica mais sofisticada e desenvolvida em John Locke e, mais ainda, em Montesquieu. Esses autores clássicos do liberalismo político partiram da premissa de que haveria necessidade de repartição das funções entre órgãos estatais diversos a fim de evitar-se a concentração abusiva do poder e, por conseguinte, garantir a liberdade individual.
- 7 Para Jorge Miranda, Estado absoluto é “aquele em que se opera a máxima concentração do poder no rei (sozinho ou com seus ministros) e em que, portanto: 1º) a vontade do rei (mas sob forma determinadas) é lei; 2º) as regras jurídicas definidoras do poder são exíguas, vagas, parcelares e quase todas não reduzidas a escrito”. MIRANDA, op. cit., 2003. p. 42.
- 8 BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; MORAES FILHO, Jose Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 79. Segundo Fioravanti, não havia na Europa do início do século XX nenhuma Constituição Democrática. FIORAVANTI apud CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas, op. cit., 2007. p. 33.
- 9 VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 43. No mesmo sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto: “Não poucas vezes, tanto no mundo dos fatos quanto no plano teórico, a soberania popular foi vista como uma ameaça à liberdade individual”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 19.
- 10 A história da tradição liberal, anota Domenico Losurdo, confunde-se, de certa forma, com a restrição ao sufrágio universal por meio de discriminações censitárias, pelas quais as pessoas eram excluídas da cidadania em razão da raça, honra, sexo, quantidade de bens, nível de escolaridade etc. LOSURDO, Domenico. In: HENRIQUE, Luiz Sérgio (Trad.). Democracia e bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal. Rio de Janeiro: UFRJ/UNESP, 2004, p. 15-60. Particularmente o capítulo I, denominado “A luta pelo sufrágio: uma história atormentada e ainda não concluída”.
- 11 Segundo Roy C. Magrdis, o núcleo do liberalismo econômico é “o direito de propriedade, o direito de herança, o direito de acumular riqueza e capital, a liberdade de produzir, de comprar e de vender”. MAGRDIS, Roy C. apud WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. Revista dos Tribunais, 2003. p. 122.
- 12 LOSURDO, 2004, op. cit., p. 117.
- 13 Renato Stanzola Vieira assevera que “o constitucionalismo trouxe o primeiro argumento favorável à jurisdição constitucional” (Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática. Rio

- de Janeiro: Renovar, 2008. p. 48). Gustavo Binenbojm lembra que um dos formuladores da idéia de jurisdição constitucional foi o ideólogo da burguesia Emmanuel Joseph Sieyès, para quem caberia a um tribunal “conter os excessos cometidos por maiorias legislativas irresponsáveis, cuja vontade não se poderia sobrepor à vontade superior do povo expressa na Constituição” (BINENBOJM, Gustavo: *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24).
- 14 Nesse sentido, confira: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira da; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 229: “A jurisdição constitucional funcionando como a instância moderadora dos eventuais abusos do poder legislativo e de sua maioria parlamentar assegurava a estabilidade desejada pelos liberais”. Além da teoria liberal para justificar o controle de constitucionalidade pelo Judiciário ou cortes constitucionais, há o argumento procedimentalista e a doutrina substancialista. Na tese procedimentalista, a atribuição do Judiciário para anular as decisões do Parlamento explica-se pela necessidade de garantir as condições ou regras procedimentais do processo democrático, atuando estritamente apenas como árbitro da tomada de decisão política. Já na tese substancialista, a legitimidade do Judiciário decorre da necessidade de proteção dos princípios e valores fundamentais, inclusive dos valores morais, em face da vontade legislativa das maiorias políticas eventuais. Na corrente procedimentalista, alinha-se o nome de John Hart Ely, e, no grupo substancialista, Ronald Dworkin. Sobre o assunto, ver: STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 103-104 e 159-161; TAVARES, André Ramos. *Jurisdição constitucional*. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Jurisdição constitucional*. Dicionário brasileiro de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 205. Para uma visão ampliada dos argumentos favoráveis à jurisdição constitucional, confira: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio, op. cit., 2002. p. 60-101; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 02.
- 15 BALEEIRO, Aliomar O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido, Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 31 e 35. Nesse diapasão, acrescente-se a ponderação de Domenico Losurdo: “[...] nos Estados Unidos, a Corte Suprema funciona na prática como uma Terceira Câmara chamada a ser ‘a guardiã da propriedade contra o poder do número’; e é justamente desta forma que ela, no século XIX, obstaculiza fortemente o desenvolvimento da democracia, o associativismo sindical, o imposto de renda progressivo, a proibição de trabalho infantil, etc.”. LOSURDO, Domenico, op. cit., 2004. p. 25.
- 16 Cláudio Pereira de Souza Neto pondera: “O argumento liberal sustenta que a função da jurisdição constitucional é garantir a liberdade e os direitos das minorias contra as maiorias eventuais. Para esse ponto de vista, o poder do Estado só é legítimo quando exercido de maneira moderada, pelo que, se a maioria atua imoderadamente, cabe a uma instituição politicamente neutra, como seria o caso das cortes constitucionais, invalidar a sua ação. Esse argumento [...] enfatiza a proteção das liberdades não-políticas [...]” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Controle de constitucionalidade (legitimidade política)*. In: TAVARES, op. cit., p. 90.
- 17 Aqui urge salientar diferença substancial entre o fundamento do controle de constitucional nos Estados Unidos e na França. Veja-se que nos Estados Unidos o judicial review tem como justificativa a desconfiança no Parlamento, já que este é visto como potencial ameaça aos direitos e liberdades individuais, de modo que compete ao Poder Judiciário atuar ativamente para salvaguarda desses direitos. Já na França, a desconfiança dá-se em relação ao Judiciário, já que os membros da magistratura francesa sempre estiveram atrelados ao Antigo Regime, atuando na defesa e conservação intransigente dos direitos e privilégios dos agentes do regime absolutista. Ver. LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23, 25 e 27-28; ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 93; HORTA, Raul

- Machado. Direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 176. A esse respeito, observa Mônica Clarissa Hennig Leal: “se a desconfiança com relação aos juízes levou, na França, à radicalidade do controle de constitucionalidade – onde o mesmo é feito em caráter preventivo, por um tribunal de natureza política – essa mesma desconfiança levou, em outro nível, à exclusão dos juízes ordinários na maioria dos países da Europa, através do estabelecimento de Tribunais Constitucionais que se localizam fora da estrutura do Poder Judiciário”. LEAL, Mônica Clarissa Hennig, op. cit., 2007. p. 46.
- 18 WALDRON, Jeremy. In: BORGES, Luís Carlos (Trad.). A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 02.
 - 19 Ibid., 2003. p. 05.
 - 20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993. p. 1111.
 - 21 Ibid., 1993. p. 1111.
 - 22 Nesse sentido é a idéia de José Herval Sampaio Júnior, para quem a judicialização da política é “uma conseqüência lógica e natural da nova concepção de jurisdição no Estado Constitucional Democrático de Direito”, segundo a qual o ativismo judicial seria indispensável para proteção e efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Nova concepção de jurisdição. Fortaleza: Unifor, 2007. p. 136. Dissertação de Mestrado. No Brasil, um dos principais trabalhos sobre a judicialização da política decorre de pesquisa realizada por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, intitulado de “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”. Nesse trabalho, a judicialização do espaço político é vista como importante meio de democratização do Estado brasileiro, eis que o Judiciário seria agente essencial da proteção e concretização dos direitos constitucionais fundamentais. Ver: VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
 - 23 Cláudio Pereira de Souza Neto anota que a teoria constitucional brasileira, embora eclética, se caracteriza pela considerável predominância do argumento liberal para legitimar o controle judicial de constitucionalidade. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de constitucionalidade (legitimidade política). In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.
 - 24 WOLKMER, Antônio Carlos. A origem liberal-conservadora do constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 22, n. 87, p. 167-174, jun./set. 1985. p. 174.
 - 25 LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O constitucionalismo brasileiro ou de como a crítica deficiente ignora a consolidação da democracia. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 01, nº. 02, 2004. p. 331, 333 e 336.
 - 26 Ver. LIJPHART, Arend. In: FRANCO, Roberto (Trad.). Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 254 e 257; LEAL, Mônica Clarissa Hennig, op. cit., 2007. p. 98-99.
 - 27 Apud Lima, Martonio Mont’Alverne Barreto: Justiça constitucional e democracia: perspectiva para o poder judiciário. Revista da Procuradoria-Geral da República, São Paulo: RT, jan./jun., n. 08, 1996. p. 81-101.
 - 28 LOSURDO, 2004, op. cit., p. 31.
 - 29 LOSURDO, Domenico. In: SEMERARO, Giovanni (Trad.). Contra-História do liberalismo. Aparecida (SP): Idéias e Letras, 2006. p. 357.
 - 30 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, op. cit., 2007. p. 108. Para Augusto Lanzoni, o liberalismo está repleto de ambigüidades: “Se ele prega a liberdade, como bem supremo do homem, de um lado, de outro ele limita a ação daqueles que não possuem dinheiro. Se ele se apresentou como revolucionário e progressista, em relação ao Antigo Regime, ele é, no entanto, conservador em relação às reivindicações populares. Portanto, ele é revolucionário e ao mesmo tempo conservador. Se no início do século XIX ele luta contra a monarquia absolutista e no século XX contra as ditaduras e regimes totalitário, de um lado, de outro ele vai contra as autoridades populares e sobretudo contra a democracia e contra o socialismo”. LANZONI, Augusto apud WOLKMER, op. cit., 2003. p. 122.
 - 31 Na Europa, um debate rico e célebre sobre quem deveria ser o guardião da Constituição foi travado, na década de 1920, entre Carl Smitt e Hans Kelsen. O primeiro defendendo a posição de que a autoridade mais legitimada para exercer a jurisdição constitucional seria o chefe do Estado e o segundo sustentando

- que a proteção da Constituição deve realizar-se por intermédio de uma corte constitucional. Confira: SCHMITT, Carl. In: CARVALHO, Geraldo (Trad.); MOREIRA, Luiz (Coord.). O guardião da constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 e Kelsen, Hans. Jurisdição constitucional. Introdução e revisão técnica Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298. cap. "Quem deve ser o guardião da constituição?"
- 32 Anota Bianca Stamato que os liberais defendem a primazia dos direitos humanos sobre as decisões públicas, ainda que fruto da vontade da maioria. STAMATO, 2005, op. cit., p. 37-38. Já Cláudio Pereira de Souza Neto aduz que liberalismo e democracia têm escopos diferentes: "O liberalismo quer limitar o poder do estado, não importando se é exercido por uma assembléia eleita pelo povo. A democracia, por seu turno, vincula a legitimidade do poder do estado necessariamente à vontade popular: se o povo não exerce o poder, este é ilegítimo". SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55.
- 33 COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 638. Destaque-se que se, na vertente liberal, a garantia da liberdade requer a separação e limitação dos poderes, na matriz democrática, o meio ideal para assegurar a liberdade e os direitos do indivíduo é o exercício do poder diretamente pelo povo, isto é, o autogoverno democrático por intermédio da soberania popular. Ver: MIRANDA, 2003, op. cit., 2003. p. 98. STAMATO, 2005, op. cit., p. 26. nota nº. 08. Anote-se que grande parte dos teóricos da Ciência Política e Jurídica enxerga um dilema fundamental na relação entre democracia – como questão política, relacionada à vontade soberana da maioria -, e constitucionalismo, como questão jurídica, atinente a direitos. A despeito disso, assevera Martonio Mont'Alverne Barreto Lima que as decisões políticas não significam a superposição do político frente ao Direito, uma vez que isso se traduziria numa inversão do Estado Democrático de Direito. LIMA. Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria política da democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira da; MORAES FILHO, José Filomeno de. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 208.
- 34 ROUSSEAU, Jean-Jacques. In: DANESI, Antonio de Pádua (Trad.). O contrato social: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 107.
- 35 KANT, Immanuel. In: BINI, Edson (Trad.). A metafísica dos costumes. Série Clássicos Edipro. Bauri (SP): Edipro, 2003, p. 155.
- 36 BOBBIO, Norberto apud LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito: um problema da teoria constitucional da democracia. Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003. p. 222.
- 37 Anota Gilberto Bercovici: "O constitucionalismo foi utilizado, de um lado, para contrapor-se ao contratualismo e à idéia de soberania popular idéias chaves da Revolução Francesa (...)" (apud Renato Stanzola Vieira: Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 48).
- 38 ELY, John apud FREEDMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. Lua Nova, Revista de Cultura e Política, nº. 32, 1994. p. 182.
- 39 Ressalte-se que o fato de os membros das cortes constitucionais, e, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal, passarem pela apreciação do Parlamento, não desnatura a crítica de ilegitimidade democrática da jurisdição constitucional, visto que a escolha de seus integrantes, em última análise, é feita indiretamente, isto é, sem deliberação direta da sociedade por meio do voto popular.
- 40 BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal: Esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 44.
- 41 STAMATO, Bianca, op. cit., 2005. p. 96.
- 42 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, Jose Filomeno

- de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 218. Acerca do caráter conservador e antidemocrático do controle de constitucionalidade pela jurisdição constitucional, ver, por todos, Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto: Justiça constitucional e democracia: perspectiva para o poder judiciário. Revista da Procuradoria-Geral de República, São Paulo: RT, jan./jun., n. 08, 1996. p. 81-101.
- 43 "Ulisses pretende ouvir o canto irresistível das sereias, que enlouquece os homens a ponto de eles se jogarem ao mar. Então ordena a seus comandados que tapem os ouvidos com cera e o amarrem ao mastro. Tomado pelo desejo ao ouvir o canto, ele grita desesperadamente para que o desamarrem, mas seus companheiros não podem escutá-lo" (REPA, Luis Sérgio. A crise da teoria crítica: razão instrumental e declínio do indivíduo. Revista Mente e Cérebro. Especial: Mente, Cérebro e Filosofia – fundamentos para a compreensão contemporânea da psique, São Paulo: Ediouro, 7 ed., 2008, p. 21.).
- 44 REPA, Luis Sérgio. A crise da teoria crítica: razão instrumental e declínio do indivíduo. Revista Mente e Cérebro. Especial: Mente, Cérebro e Filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique, São Paulo: Ediouro, 7 ed., 2008, p. 21.
- 45 Daniel Sarmento apud Rodrigo Brandão: As culturas liberal e democrática de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, jun./set., 2007. p. 257.
- 46 SOUZA NETO, 2007, op. cit., p. 90.
- 47 VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 19,20 e 227; STAMATO, Bianca, op. cit., 2005. p. 180.
- 48 CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. Revista de Direito Constitucional e Internacional, a. 11, n. 42, p. 167-180, jan./mar., 2003. p. 175.
- 49 VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? Dossiê, Revista da USP, n. 21, p. 70-77, mar./maio 1989. p. 73. nota nº. 06.
- 50 José Albuquerque Rocha adverte que "o judiciário viola também os direitos fundamentais quando de sua interpretação, seja limitando-lhes o conteúdo normativo essencial, seja negando-lhes aplicação. Então, sendo as coisas assim, coloca-se a necessidade de proteger os direitos fundamentais contra as violações oriundas do judiciário". ROCHA, José Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário, São Paulo: Malheiros, 1995. p. 6.
- 51 FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. Lua Nova, Revista de Cultura Política, nº32, p. 181-199, 1994.
- 52 MELO, Manuel Palácios Cunha. A suprema corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMU, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 75.
- 53 ROCHA JÚNIOR, José Jardim. Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. Revista de Informação Legislativa, ano 38, n. 151, jul./set. 2001. p. 264.
- 54 MELO, Manuel Palácios Cunha. A Suprema Corte dos EUA. In: Vianna. Luiz Werneck (org.). A democracia brasileira e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMU, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 70.
- 55 VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., 1999. p. 70-71.
- 56 Ver: COOLEY, Thomas M. Princípios gerais do direito Constitucional nos Estados unidos da América. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: Russell, 2002. p. 213. Frise-se que, nada obstante a jurisprudência norte-americana haver modificado vários entendimentos judiciais atentatórios aos direitos fundamentais, não há razões para sustentar a tese da capacidade, permanente, do Judiciário de autocorriger os erros, como defende Leda Boechat Rodrigues. RODRIGUES, 1977, op. cit., p. 62-63 e 133-134. Para Domenico Losurdo "Os méritos do liberalismo são importantes e evidentes demais para que haja necessidade de atribuir-lhe outros, totalmente imaginários. Faz parte desses últimos a presumida capacidade espontânea de auto-correção". LOSURDO, 2006, op. cit., p. 361.
- 57 STAMATO, 2005, op. cit., p. 156.
- 58 MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio à obra de TAVARES, André Ramos. Jurisdição e tribunais constitucional. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998, p. XIV.
- 59 GRIMM, Dieter apud MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio à obra de TAVARES, André Ramos. Jurisdição e tribunais constitucional. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998, p. XIV.
- 60 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang apud LEAL, Mônia Clarissa Hennig, op. cit., 2007. p. 102.
- 61 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A jurisdição constitucional: um problema da teoria da demo-

- cracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira da; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 239-240.
- 62 CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. Separação de poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2007. p. 242. Ingeborg Maus, ainda, observa: "Quando a justiça ascende ela própria a condição de mais alta instância da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização político-democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito 'superior', dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social". MAUS, op. cit., p. 129.
- 63 Confira-se, por oportuno, transcrição de artigo de autoria de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "[...] o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes 'políticos' Legislativo e Executivo perderam. Estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, alimentada pelos meios de comunicação de massa. A presunção de que os atos destes dois Poderes sejam legítimos e visem ao interesse geral mantêm-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São compostos de 'políticos' e estes são objeto de escárnio, pois, todos duvidam, trabalham para o interesse geral. [...] Este descrédito não colhe o juiz. No fundo, é este uma personalidade mais próxima dos bens pensantes que fazem a opinião pública. É mais aceitável para essa burguesia 'esclarecida'. É formado em nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso - entendem essa faixa da sociedade - é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes - como as grandes decisões políticas - do que aos 'políticos' - vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos [...]". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 198, out./dez. 1994. p. 15-16.
- 64 São autores que comungam com esta visão preconceituosa do Poder Legislativo, entre outros, Luis Roberto Barroso. BARROSO, Luis Roberto. Comissões parlamentares de inquérito: limite de sua competência, sentido da expressão constitucional "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" e inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano 12, n. 12, dez. 1996. p. 807; TAVARES, André Ramos, op. cit., 1998. p. 62; BULOS, Uadi Lammêgo. Comissões parlamentares de inquérito: técnica e prática. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 203; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº. 21.689. Tribunal Pleno. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Senado Federal. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, 16 de dezembro de 1993. Impeachment: jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1996. p. 38. No plano internacional, tem-se, com entendimento similar, o autor Robert Alexy: "O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves". ALEXY, Robert: Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Hech. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54.
- 65 No tocante, especificamente, à crítica do Judiciário em termos de que seria um poder mais apto para decidir fundamentadamente os casos concretos, inclusive, melhor aferindo as decisões advindas dos outros Poderes do Estado, quer parecer a este autor que tal entendimento não passa de prepotência e arrogância da magistratura togada, já que, assim procedendo, arroga para si o monopólio - único, exclusivo e final - de dizer o que é certo ou errado, justo ou injusto, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno, no sistema jurídico brasileiro. Esta observação parafraseou, em certo sentido, o posicionamento esposado por Guilherme de Souza Nucci, na sua tese de doutorado, na qual dissertou sobre a ilegitimidade dos tribunais para anular as decisões judiciais proferidas por jurados (juízes leigos) nos crimes de competência do Tribunal do Júri, uma vez que tal interferência consistiria, para esse autor, em desrespeito à instituição do Júri e, por via de consequência, em violação da soberania (supremacia e independência) dos veredictos e da competência constitucional do povo de julgar seus pares. Ver.: NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 119 e 186, e outras.
- 66 Martonio Mont'Alverne Barreto Lima aduz que há, no Brasil, uma cultura da desconfiança e do preconceito contra a política e os políticos. Ver: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A constitucionalização dos procedimentos parlamentares: Legislativo e Judiciário no jogo político democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações especiais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 652. Sobre o preconceito contra a política, ver: ARENDT, Hannah. O que é política?. Tradução de Reinaldo Guarany. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 25-37.
- 67 No Brasil atual, constata-se um fato curioso: muitos intelectuais (jornalistas, juristas, formadores de

- opinião em geral) dizem-se democratas e defensores da democracia, mas repetem lugares-comuns que não condizem com a filosofia democrática, tais como: “todo político é ladrão”; “no Brasil não tem democracia”, “nepotismo não é incompatível com democracia”, “o povo não sabe votar”. A esse respeito, é importante transcrever a advertência de Carlos Alberto Libânio, o Frei Betto: “Quando admitimos que todos os partidos são ‘farinhas do mesmo saco’, fazemos o jogo dos corruptos, pois quem tem nojo de política é governado por quem não tem. Se todos se enojarem, será o fim da democracia e da esperança de que, no futuro, venha a predominar a política regida por fortes parâmetros éticos” (“E Agora José”. Folha de São Paulo, 25. jul. 2005).
- 68 LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito – um problema da teoria constitucional da democracia. Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003. p. 237.
- 69 BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Coord.). Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 125. Sobre a preservação da garantia das liberdades constitucionais pelo Judiciário, é interessante registrar o pensamento do ministro da Suprema Corte Americana Robert Jackson, em conferência na Universidade de Harvard: “Não sei de nenhum exemplo moderno, em que qualquer Judiciário tenha salvo um povo inteiro das grandes correntes de intolerância, paixão, usurpação e tirania ameaçadora da liberdade e das instituições livres. Não constitui especulação ociosa indagar a precedência, no tempo ou em importância, de um judiciário independente e ilustrado ou de uma sociedade livre e tolerante”. RODRIGUES, Leda Boechat. Direito e política. Os direitos humanos no Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre Coleção AJURIS/8, 1977. p. 95.
- 70 Roberto Gargarella apud Emerson Garcia. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática. Leituras complementares de Constitucional – controle de constitucionalidade. Salvador (BA): Podivm, 2007. p. 44. Nota de rodapé nº. 56.
- 71 WALDRON, Jeremy apud STAMATO, Bianca, op.cit., p. 157. Entende-se que os equívocos e arbitrariedades que se imputam comumente ao Parlamento apenas podem ser aferidos de forma legítima pela própria sociedade, jamais por autoridades não escolhidas pela vontade popular, como o são os membros do Judiciário.
- 72 DICEY apud FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 430.
- 73 Notadamente no campo jurídico-político, no qual, havendo dúvida sobre a possibilidade ou não de controle judicial dos atos do Legislativo, isto é, se a questão é ou não política, tal problema deve ser resolvido a favor do Parlamento.
- 74 “Tradicionalmente, os juízes formam uma corporação de espírito conservador”. COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., 2006. p. 675. Corroborava tal assertiva, Lenio Luiz Streck: “O Judiciário ainda possui um alto grau de comprometimento com a manutenção do status quo [...]”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 126.
- 75 De fato, o Poder Judiciário brasileiro é “[...] sem dúvida nenhuma o mais impenetrável dos Poderes da República”. SOUTO Paulo. Síntese do Relatório da CPI sobre o Poder Judiciário. Relator Senador Paulo Souto. Brasília: Senado Federal, 2000. p. 37.
- 76 A respeito dessa problemática, confira-se a obra de CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. A democratização do Poder Judiciário. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998. p. 120-121. Diz o autor citado: “O Judiciário brasileiro foi o primeiro a aderir ao malsinado golpe de 64, pior, o Poder Judiciário absorveu boa parte da estrutura autoritária da ditadura. Ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo que, na chamada Nova República se tornaram mais liberais, o Judiciário mantém estas estruturas até hoje. Está fechado em si mesmo e acha que não pode ser fiscalizado pela sociedade brasileira. É fiscal de si mesmo. Os outros dois poderes buscam sua legitimidade na verdadeira origem do poder, o povo, enquanto o Judiciário usa outra mecânica”. E acrescenta o autor: “o Poder Judiciário, é o patrimonialista, em decorrência da cultura tradicionalista que ainda permeia a maior parte das suas atividades”. CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de, op. cit., 1998. p. 124. Finalizando, arremata o precitado professor: “A crise do Judiciário que, no caso, decorre do exacerbado corporativismo que norteou as suas atividades, principalmente no período militar, quando seus membros, com poucas exceções, aplicaram os dispositivos legais sem que houvesse o menor questionamento sobre a origem da sua ‘legitimidade’ disposta nos textos constitucionais elaborados pelos juristas subservientes aos militares. Assim, grande parte destes magistrados ainda faz parte da magistratura, gerando, ainda, uma cultura jurídica dogmática e distante das necessidades da sociedade civil [...]”. Ibid., 1998. p. 139.

- 77 José Albuquerque Rocha adverte que “o judiciário, justamente por sua origem não representativa, é o órgão menos indicado para o papel de intérprete da vontade do povo, consubstanciada na Constituição e, por conseguinte, de censor do Legislativo. Efetivamente, é inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significação a esta vontade. Certamente, aqui, temos uma das explicações para a não aplicação das regras consagradas dos valores democráticos e sociais da Constituição: a origem não democrática do judiciário a transformá-lo em uma instituição distante do povo e próxima das elites”. ROCHA, José Albuquerque, op. cit., 1995. p. 80.
- 78 LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira da; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 206. Ver. MAUS, Ingeborg, op. cit., 2000, p. 125-156.
- 79 VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.
- 80 FISHER, Louis apud BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política – uma relação difícil, Revista Lua Nova, nº 61, p. 5-24, 2004. p. 21.
- 81 BERCOVICI, Gilberto. 2ª Parte - Mesa Redonda (síntese) In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Canotilho e a constituição dirigente. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 77.
- 82 Ibid., 2005. p. 77.
- 83 Ibid., 2005. p. 77.

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE CONTROL OF POLITICS: JUSTIFICATION AND DEMOCRATIC (IL)LEGITIMACY

ABSTRACT

This paper approaches the theme of constitutional jurisdiction of politics, focusing on the ideological foundation and on the (il)legitimacy of the Judiciary authority over political issues. It is observed that the ideological foundation of judicial control is the liberal philosophical policy, in order to avoid the possible risks to individual rights and guarantees carried out by Parliament. On the other hand, it is considered illegitimate for the judicial authority to review political deliberations, since, in terms of the democratic theory, it does not seem reasonable to acknowledge that the legitimate representative of popular sovereignty – Parliament – could have its deliberations invalidated by an authority lacking democratic legitimacy and accountability, such as the Judiciary. Therefore, we conclude that judicial intervention in politics extrapolates constitutional and democratic legitimacy.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Control of politics. Ideological foundation. Democratic (il) legitimacy.