DO (DES)CONTROLE POLÍTICO À GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO: UMA REFLEXÃO ACERCA DO MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DESENHO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

BETWEEN POLITICAL (UN)CONTROL AND SECURITY OF CONSTITUTION: A REFLECTION ON THE JUDICIAL MODEL ABOUT CONTROL OF CONSTITUTIONAL LAW IN THE CURRENT INSTITUTIONAL ARRANGEMENT OF THE DEMOCRATIC POWERS

Cristiane Schwanka[1]

Sumário: Introdução – **1** A regra contramajoritária como proteção das minorias e da moral privada: o controle de constitucionalidade na abordagem de Roberto Gargarella – **2** As exceções ao controle judicial de constitucionalidade e a democracia deliberativa: a abordagem de Carlos Santiago Nino – **3** O controle judicial de constitucionalidade e o limite estrutural do arranjo democrático: a abordagem de conrado hübner mendes a partir do confronto entre as proposições de Dworkin e Waldron – **4** A ausência de vias institucionais de contestação: a arena pública como *lócus* para resolução dos desacordos sobre direitos – Conclusões – Referências.

Resumo: O debate acerca do modelo de controle de constitucionalidade das leis faz despertar tanto objeções, quanto posições favoráveis à limitação da vontade majoritária no regime democrático. Fato é que a temática está muito além dos limites definidos pelo atual arranjo institucional dos poderes constituídos. No caso brasileiro, a última palavra para a resolução de questões de desacordo entre direitos na sociedade está entregue ao Poder Judiciário, por força de ditame constitucional. Em determinados aspectos é possível visualizar que a via jurisdicional pode estar mais vulnerável às deficiências da democracia do que uma instituição com maior densidade democrática. Salutar para a democracia, entretanto, é fomentar o debate público visando uma decisão coletiva mais deliberativa e entre iguais. Todavia, importante não desconsiderar que nos países periféricos, como o Brasil, a democracia ainda requer amadurecimento, para então ser possível pensar em reformar a Carta e conferir ao povo a última palavra em questões de desacordo entre direitos.

Palavras-chave: Democracia. Controle de Constitucionalidade. Arena Pública. Arranjo Institucional. Última Palavra. Democracia Deliberativa.

Abstract: The discussion about the judicial model of control of constitutional law leads to objections and favorable positions concerning the limitation of the majority will in a democratic regime. This issue is, though, far beyond the limits defined by the current institutional arrangement of the established powers. In Brazil, the last word to resolve issues regarding the disagreement between rights in society is given to the judiciary, by virtue of the constitutional ruling. In some aspects, it is possible to visualize that the jurisdictional process may be more vulnerable to the deficiencies of democracy than an institution with a higher density of democracy. Healthy for democracy is to foster public debate in order to find a more collective and deliberative decision among equals. However, democracy in peripheral countries still requires maturity so that amendments to the Constitution are possible, in order to give the people the final say in matters of disagreement between rights.

Keywords: Democracy. Control of constitutional law. Public Arena. Institutional arrangement. Last order to say. Deliberative democracy.

Introdução

Hodiernamente, o formato do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, construído a partir do modelo norte-americano, faz surgir complexas discussões doutrinárias as quais refletem a existência de uma constante tensão entre a garantia jurisdicional da Constituição e a limitação do Parlamento delimitado pelo modelo político democrático representativo.

[1] Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia, Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental, Gerente da Auditoria Interna da Companhia de Saneamento do Paraná - Sanepar

Não sem razão, o debate se situa, dentre outros pontos controversos, no confronto entre o valor da supremacia da Constituição e a sobrevivência da própria democracia.
Trata-se, em poucas palavras, da temática do poder de interpretar e salvaguardar a Constituição quando a legislação construída a partir de uma decisão política majoritária é substituída pela decisão tomada pelo Poder Judiciário, poder esse não legitimado democraticamente. Repise-se que esse cenário ainda é agravado em face do fenômeno da constitucionalização dos direitos, o qual demanda intensa atuação da jurisdição constitucional, notadamente para a concretização dos direitos fundamentais e para a preservação dos limites materiais esculpidos na Carta.
No atual contexto histórico, procura-se desnudar se a jurisdição constitucional seria antidemocrática ou compatível com a soberania popular. Se a atuação do Poder Judiciário, quando decide contrariamente àquilo que fora estabelecido pelo Poder legislativo, ou ainda quando inova em questões não decididas por esse último poder que fora eleito pelo povo e representa a maioria democrática eventual, seria ou não legítima.
Em síntese, pretende-se fomentar a reflexão se a existência de uma postura contramajoritária do Poder Judicial colocaria, ou não, em risco o sistema político democrático, notadamente quando se compreende a democracia como a prevalência da regra da maioria.
Adota-se como pressuposto a compreensão de que a democracia no Estado contemporâneo é muito mais do que plural, é heterogênea, inclusive no modo de vida que cada qual, dentro do limite se sua autônima privada deseja ter para si. Para tanto, faz-se necessário compreender a liberdade democrática como não dominação – tal qual proposto pelo republicanismo na vertente de Philip Pettit (PETTIT, 1997) - o qual requer que as minorias não sejam oprimidas.
O ponto de partida para a presente proposta de reflexão consiste no fato de que a democracia constitucionalizada não deveria se esgotar no governo da maioria, mas deveria manter intrínseco ao seu conceito a proteção de determinadas pré-condições estabelecidas pela Carta, dentre as quais se situam os Direitos Fundamentais qualificados como indisponíveis. Ademais, acredita-se não ser necessário repisar que a própria história nos tem demonstrado que a maioria, sem limites, não é desejável (SARTORI, 1994, p. 52).
A constituição determina procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos, ao assumir seu direito de autodeterminação orientados pelo bem comum, na condição de cidadãos que se compreendem como membros livres e iguais de uma sociedade, podem perseguir o projeto de produzir condições justas de vida.
Ao revisitar o atual modelo político institucional brasileiro evidencia-se que é chegado o momento de reflexão acerca de um novo ponto de equilíbrio para além daquele calcado na clássica separação de poderes, que torne possível o diálogo entre as instituições e, como conseqüência, a modernização do próprio modelo democrático.

1 A regra contramajoritária como proteção das minorias e da moral privada: o controle de constitucionalidade na abordagem de Roberto Gargarella

Roberto Gargarella apresenta uma análise da teoria proposta por John Hart Ely acerca do controle de constitucionalidade norte americano e afirma que se trata de um trabalho que procura apresentar respostas para uma melhor solução do problema de revisão das leis. Para Gargarella a teoria de Ely apresenta um grave problema que é o de possuir como ponto de partida uma concepção implausível de democracia: uma visão pluralista da democracia (GARGARELLA, 1996, p.148).
O entendimento de Gargarella enfatiza que a teoria proposta por Ely parte de uma teoria de democracia que coloca no centro do esquema a vontade majoritária, segundo a qual, deveria ser a maioria, por meio de seus representantes e não um grupo de juízes, que deveria decidir de que modo querem responder as questões valorativas que se apresentam na sociedade.
Segundo Gargarella a visão pluralista da democracia não é satisfatória porque se preocupa menos de assegurar o predomínio das idéias mais justas ou mais valiosas, que impedir o predomínio de um grupo sobre o outro. Nesse cenário o grupo majoritário poderia sustentar, inclusive, de que não estaria sendo tratado de modo igualitário porque suas preferências estariam sendo preteridas em face daquelas dos grupos minoritários (GARGARELLA, 1996, p.156).
Segundo Gargarella a falibilidade da teoria de Ely está no fato de que os representantes da maioria tratem indevidamente dos interesses dos menos favorecidos da sociedade. Desse modo, a radicalidade da teoria de Ely apontada por Gargarella diz respeito à defesa excessiva da regra da maioria, sem propor eventuais correções,

notadamente, acerca de desvios entre a vontade dos representantes e representados (GARGARELLA, 1996, p.153).
A objeção de Gargarella à teoria de Ely reside no fato de que a teoria de Ely, de raiz pluralista, está mais preocupada na expressão das diversas preferências existentes na sociedade do que analisar o conteúdo de tais preferências
Para desenvolver o enfrentamento à postura de Ely, Gargarella destaca uma nota apontada pela Suprema Corte Americana no julgamento *United States v. Caroline Products Co*, no qual a Corte sustentou dois principais argumentos:

a) é correto que a Corte intervenha para proteger o bom funcionamento do sistema democrático, sobretudo para manter aberto os canais de comunicação e participação políticas; e b) é correto que a Corte se preocupe com o modo como a maioria trata as minorias de todo tipo (raciais, religiosas, etc) e, especialmente, como tratam as minorias contra as quais existem extensos prejuízos. (GARGARELLA, 1996, p.148).

Gargarella registra que a concepção deliberativa de democracia se mostra mais adequada, uma vez que parte da idéia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, que não resultam qualificadas indevidamente em beneficio de alguma pessoa ou grupo, senão que trata a todos com igual consideração. Nessa concepção a democracia resta fortalecida pela tomada de decisões imparciais, uma vez que promove a discussão pública e valoriza o processo de reflexão coletiva (GARGARELLA, 1996, p.158).
Para o autor a deliberação pública, núcleo da democracia deliberativa, passa a funcionar como filtro externo ao permitir ampliar o panorama de informação e eliminar prejuízos que possam prejudicar as decisões. Ao escutar vários pontos de vistas e interesses, essa concepção democrática torna possível modificar argumentos e contribuir para a imparcialidade das decisões (GARGARELLA, 1996, p.159).
Aduz o autor que a democracia apoiada na discussão coletiva representa uma tradição não populista, na qual todos necessitam colocar a prova e revisar suas convicções antes da tomada de decisão que vá impactar na pluralidade de indivíduos (GARGARELLA, 1996, p.159).
Gargarella assevera que muito embora existam algumas coincidências entre as concepções em matéria de controle de constitucionalidade, o fundamental é que devem ser os cidadãos e não os juízes, os encarregados de se pronunciar acerca das questões substantivas. Resta evidenciado que tanto na concepção da democracia pluralista quanto na democracia e deliberativa há a necessidade de se contar com um órgão destinado ao controle dos procedimentos democráticos. Qualquer restrição à liberdade de expressão, a discriminação de alguma minoria, ou a violação dos procedimentos eleitorais, implica em obstáculos para o desenvolvimento de um diálogo público significativo (GARGARELLA, 1996, p.162).
Gargarella destaca que a concepção deliberativa presta mais atenção com os grupos que não somente possuem peso político senão que se mostram débis em relação aos demais, retratando a idéia da possibilidade de expor suas petições frente aos de maior peso (GARGARELLA, 1996, p.162).
No que se refere às tomadas de decisão pública, Gargarella defende a necessidade da efetiva distinção entre duas esferas da moral: a moral pessoal e a moral intersubjetiva. Segundo Gargarella, a moral pessoal é aquela que permite ou proíbe certas condutas pelos seus efeitos sobre o próprio individuo, nas quais o sujeito atingido é soberano, enquanto que a moral intersubjetiva diz respeito aos efeitos da decisão sobre terceiros, ou coletivo de indivíduos (GARGARELLA, 1996, p.166-167).
Nesse sentido, para o autor, quando a temática das questões diz respeito à moral privada, nem as autoridades políticas nem os juizes possuem poder de interferência. Tais autoridades somente podem intervir nas questões relacionadas com a moral pública. Todavia, o problema se manifesta quando a distinção entre uma e outra área da moral é difusa de tal forma a impossibilitar a distinção entre ambas. De qualquer forma, aduz que a vontade majoritária não deve interferir em questões relativas à moral privada (GARGARELLA, 1996, p.168-172).
Gargarella reconhece a necessidade de estreitar a vinculação entre as minorias sociais e o poder judicial, de tal forma a sedimentar a idéia de que o poder judicial deva orientar sua tarefa, primordialmente, na proteção das minorias (GARGARELLA, 1996, p.172).
Esse mecanismo corrige o sistema político que fortalece a voz das maiorias, tendo em conta o fato de que o parlamento possui incapacidade estrutural para representar a diversidade das minorias existentes na sociedade. Para Gargarella se faz necessário apelar para mecanismos como esse que permite que o parlamento decida, a

partir de informação relevante que emana dos potencialmente afetados pela decisão, ou seja, das minorias (GARGARELLA, 1996, p.172).

Enfatiza que, habitualmente, as decisões parlamentares não resultam de opiniões confrontáveis em debates e contra-debates públicos e que, não raro, muitas vezes os parlamentares tomam decisões a portas fechadas sob a influencia de grandes grupos de interesses, no lugar de argumentação aberta ao público(GARGARELLA, 1996, p.189).

Registra que quando os parlamentares atuam de modo contrário ao que haviam prometido a seus eleitores, a cidadania não possui ferramentas capazes de atuar institucionalmente, uma vez que desde a origem do sistema representativo foram suprimidas as instituições destinadas a incrementar a responsabilidade dos representantes face aos seus eleitores. A opção adotada pelo modelo democrático atual foi a de implementar eleições periódicas para se fazer o juízo retrospectivo dos eleitores. Assim, apenas o voto outorga ao eleitor a capacidade de discernir entre os atos plausíveis e reprováveis de seus representantes, ainda que tal sistema seja efetivamente débil, em face de sua intempestividade na maioria das situações apresentadas (GARGARELLA, 1996, p.191).

Gargarella aponta que a ausência de foros para o debate coletivo induz à carência de discussão pública, com discussões pouco eqüitativas na qual não ocorre persuasão senão manipulação do auditório, sem a prestação de informações adequadas. Nesse sentido, não se promove a discussão de questões de interesse público, tampouco se organizam as discussões para a confrontação de interesses díspares (GARGARELLA, 1996, p.193).

Destaca que a tradição radical não populista considera que se deve atentar para a prática de políticas extraparlamentárias que permitam transladar a tomada de decisões públicas do âmbito parlamentário aos cidadãos. Para Gargarella, o radicalismo não populista reconhece que o valor de uma decisão tomada diretamente pela cidadania é maior do que uma decisão adotada por seus representantes. “A decisão majoritária é alentada em tanto quanto é precedida por um equitativo debate em que todos os potencialmente afetados possam expressar e confrontar seus pontos de vista com outros cidadãos” (GARGARELLA, 1996, p.208).

Nesse sentido, na medida em que se reconhece que a discussão política se estende para além das campanhas eleitorais, Gargarella afirma que é necessário o exame dos âmbitos em que se podem expressar tais opiniões e nos limites que podem chegar a se impor às mesmas (GARGARELLA, 1996, p.211).

Aduz que a partir do exame dos âmbitos de expressão da cidadania se vislumbra a necessidade de que os legisladores e juízes, prioritariamente, comecem a delinear formas de um direito de acesso aos foros sociais de expressão, notadamente, nos casos em que a discussão pública resulta restringida, pelo fato de se constituírem em propriedade privada de alguns indivíduos, como no caso da radiodifusão, por exemplo, que tem a ver com meios orientados mais diretamente para a difusão de idéias, bem como a respeito de propriedades públicas (parques, praça, estações de metro, etc) que podem ser utilizadas para debates de assuntos de interesse público (GARGARELLA, 1996, p.212).

Repisa que os temas vinculados à moral privada de cada indivíduo, é o próprio sujeito e não os legisladores, tampouco os juízes ou alguma maioria ocasional, que deve decidir o que se prefere fazer (GARGARELLA, 1996, p.214).

Segundo o autor, a justiça deve mostrar deferência e respeito aos atos dos legisladores em questão de moral pública, porém deve estar muito atenta e vigilante frente a decisões políticas que possam afetar a vida privada dos indivíduos, e nas opções individuais por certos modos de vida, como por exemplo, na questão da homossexualidade, uniões de fatos, dentre outros (GARGARELLA, 1996, p.231).

Para Gargarella a imprópria identificação entre a vontade da cidadania e os órgãos políticos é a origem do problema, uma vez que usualmente não se toma em conta a desconexão entre a vontade dos cidadãos e as decisões de seus representantes. Somente quando aceita a existência dessa ruptura entre eleitores e eleitos é possível distinguir com clareza uma situação que qualquer cidadão comum reconhece: que o poder judicial pode contradizer a vontade da maioria e ao mesmo tempo estar a favor do que decidem os órgãos políticos (GARGARELLA, 1996, p.233-234).

Gargarella registra que é importante um poder judicial independente de pressões políticas e travas burocráticas, porém também o é que esse poder não decida, com caráter último, em todo tipo de questão. Sua função deve ser restringida a uma série limitada de casos, como a defesa de minorias e a proteção das condições do diálogo democrático, por exemplo, bem como estar orientada para atuar conforme certos critérios, também específicos de impedir e não ampliar as discriminações ilegítimas (GARGARELLA, 1996, p.237).

Nesse sentido, o órgão de controle democrático proposto por Gargarella, além de observar a organização e discussão dos cidadãos, deve se mostrar ativo na proteção e integração das minorias mais débeis no sistema político, de tal forma a evitar a imposição da vontade de um grupo mais poderoso por sobre os demais (GARGARELLA, 1996, p.252).

Gargarella defende que é desnecessário e incorreto se recorrer ao sistema democrático para conhecer qual é o estilo de vida que qualquer um deve ter, muito embora cada sociedade possua suas características culturais predominantes (GARGARELLA, 1996, p.253). Dito de outro modo, os casos concernentes a defesa da autonomia individual, são vinculados ao respeito à livre escolha do modo de vida cuja discussão encontra-se reservada a cada cidadão.

Descreve o autor que o intervencionismo estatal em matérias de moralidade tem sido usualmente fundamentado com base na idéia de bem comum. Afirma ser inaceitável a imposição a alguém de alguns valores em nome da democracia, uma vez que tais decisões refletem dogmatismo religioso ou um determinado autoritarismo elitista, e que *"*...a justiça não tem autoridade para falar em nome da democracia quando a cidadania não tenha se expressado**...***"* (GARGARELLA, 1996, p.255-256).

Gargarella propõe a organização de um sistema de controle de leis concentrado em duas tarefas principais (GARGARELLA, 1996, p.263): *(i)* de um lado, enfocado a assegurar as condições para um debate democrático, o que implica em autorizar os juizes a intervir frente a legislação dirigida a: discriminar qualquer grupo minoritário; impedir a reunião ou discussão entre distintos indivíduos; fechar as vias de expressão cidadã; distorcer a vontade das maiorias; distorcer o processo decisório; e desvirtuar os controles destinados a fiscalizar suas ações; e, *(ii)* de outro, o controle de constitucionalidade deverá orienta-se para assegurar uma esfera de inviolável autonomia dos indivíduos, de modo que esses possam ser soberanos em relação ao modelo de vida que preferem para si, e o poder judicial deve erigir uma muralha de proteção dotando-os de garantias adequadas para a escolha e desenvolvimento dos diferentes ideais de virtude pessoal.

Em síntese, o que sugere Gargarella é a criação de meios e instrumentos capazes de vincular, mais estritamente, o órgão de controle democrático com as vozes mais vulneráveis da sociedade. Para isso propõe o desenho de mecanismos institucionais dedicados a reconhecer, quando seja necessário, a opinião dos setores minoritários afetados, bem como a abrir canais mais diretos para que os grupos que se sintam prejudicados injustamente por uma determinada norma possam ser escutados apesar de seu escasso número de poder de pressão (GARGARELLA, 1996, p.264).

A exposição das idéias de Gargarella evidencia que o autor reconhece a necessidade de intervenção da jurisdição para a preservação dos procedimentos democráticos, no que concerne ao acesso efetivo das minorias ao sistema democrático, ao mesmo tempo em que se mostra favorável à existência da regra contramajoritária autorizativa da interferência do Poder Judiciário para a proteção da própria democracia.

2 As exceções ao controle judicial de constitucionalidade e a democracia deliberativa: a abordagem de Carlos Santiago Nino

Carlos Santiago Nino enfrenta a temática do poder dos tribunais em rever a constitucionalidade das normas jurídicas sancionadas por órgãos democráticos, o que sutilmente denomina de "justificação misteriosa do controle de constitucionalidade" e afirma que o problema está centrado no fato dos Juízes não serem eleitos, não estarem sujeitos à renovação periódica de seus mandatos e não serem responsáveis diretos perante a opinião pública (NINO, 1997, p.258).

Na América Latina, os juízes são escolhidos pelo Presidente, com extensos mandatos, enquanto que nos Tribunais Europeus os juízes são designados pelos parlamentos, com mandatos de tempo determinado, porém igualmente extensos. Nesse cenário, para o autor o Poder Judicial representa muito mais um órgão aristocrático e cabe questionar porque então deveria ter esse órgão a última palavra em determinar o alcance dos direitos individuais e interpretar as regras referidas ao processo democrático Para Nino essa situação desafia a tradicional divisão de poderes e representa o que Alexander Bickel denominou de "a dificuldade contramajoritária*"* (NINO, 1997, p.260).

De acordo com o entendimento de Nino, a democracia deliberativa representa o melhor procedimento para entender e atribuir a real vivência dos direitos individuais, na busca de uma organização ideal de Poder que possa garantir a real prática constitucional. Pondera que no modelo de democracia representativa as decisões

dos juízes não gozam do valor epistêmico do processo democrático e, desse modo, não é possível alcançar a imparcialidade quando o que está em jogo são os interesses de uma multidão de indivíduos cujas experiências são muito diferentes da do juiz (NINO, 1997, p.260).

Para Nino, essa situação induz ao que denomina de "Elitismo Epistemológico" e representa a perspectiva usual de que os juízes estariam em melhor situação do que o parlamento ou outras pessoas eleitas pelo povo para resolver questões a respeito de direitos. O Elitismo Epistemológico faria pressupor que para alcançar conclusões morais corretas, a destreza intelectual dos juízes seria mais importante do que a capacidade de representar-se e equilibrar imparcialmente o interesse de todos os afetados pela decisão (NINO, 1997, p.260).

Nino se refere também ao que denomina de "Bondades do controle judicial de constitucionalidade" para representar as situações nas quais os juristas se sintam mais identificados com os juízes do que com os políticos, na medida em que sustentam que decisões corretas seriam mais facilmente descobertas pelos juízes do que pelos políticos (NINO, 1997, p.260).

Nesse cenário, freqüentemente se afirma que o processo democrático não tem sido o ultimo lócus de proteção dos direitos individuais, uma vez que a principal função do Direito seria conter as decisões majoritárias e proteger o interesse de indivíduos isolados e grupos minoritários (NINO, 1997, p.260).

Para Nino, certos direitos não devem ser violados, ainda que por decisões da maioria e devem ser protegidos por mecanismos – como o *judicial review* – que é externo ao processo político (NINO, 1997, p.260).

Segundo Nino, tal situação induz à compreensão de que o processo democrático não pode satisfazer todos os requerimentos da constituição ideal e é forte que o controle de constitucionalidade não pode despontar senão como conseqüência de invocar os méritos da democracia deliberativa (NINO, 1997, p.260).

Nino aborda a teoria de Ronald Dworkin, principalmente no que se refere à distinção entre políticas e princípios, segundo a qual as políticas se aplicam aos objetivos coletivos, tais como defesa Nacional e meio ambiente, por exemplo, incorporando um estado de coisas cujo valor é julgado de modo coletivo e não individualizado. Por outro lado, os princípios estabelecem direitos que protegem o estado das coisas cujo valor considera a distribuição e a individualização de bens protegidos, constituindo, desse modo, um limite contra a realização de interesses coletivos (NINO, 1997, p.270).

Nesse cenário, o argumento para tomar certas decisões por meio do processo democrático deve estar relacionado com políticas, uma vez que se refere à necessidade de equilibrar interesses diversos. Por outro lado, esse mesmo processo não deve se aplicado às decisões tomadas com base em princípios, dado que esses não se apóiam em um equilíbrio de interesses e, com efeito, tem validade atemporal. Assim, de acordo com Dworkin, os juízes deveriam decidir apenas os casos sobre a base de princípios e não sobre a base de políticas (NINO, 1997, p.270).

Como conseqüência, Nino afirma que a visão dos direitos como limites à democracia – em um sentido lógico – não seria plausível, dado que do ponto de vista conceitual os direitos protegem explicitamente interesses individuais, colocando barreiras contra as considerações baseadas sobre os interesses de outros, ou da sociedade como um todo. É certo que se alguém tem um direito a *"x"*, esse direito, por definição, não poder ser desprezado pelo fato de que o direito da maioria se encontra protegido se essa pessoa foi privada de *"x"*. Igualmente com base nessa proposição não seria possível inferir que os direitos representem barreiras contra todas as decisões majoritárias. (NINO, 1997, p.271).

Para Nino, não seria uma inconsistência lógica sustentar que a única autoridade competente para reconhecer e por em vigência os direitos seria a autoridade baseada na sua origem majoritária, ainda que se possa argüir que as decisões majoritárias beneficiam os interesses da maioria. Trata-se de uma questão fática e moral, porém não vinculada à lógica do conceito de direito (NINO, 1997, p.271).

Nino argumenta que se poderia pensar que o controle judicial de constitucionalidade é plenamente compatível com o reconhecimento do valor epistêmico da democracia, uma vez que os juízes, quando colocam em vigor a constituição, afirmam respeitar a soberania popular expressada na mesma constituição.

Esse argumento, de forma recorrente, identificaria a constituição histórica como a expressão da mais alta vontade do povo e, desse modo, o controle judicial de constitucionalidade decorre logicamente da legitimidade democrática. Tal argumento, segundo Nino, é errôneo, uma vez que a maioria das constituições históricas vigentes nos diferentes países não têm sido sancionadas por um procedimento democrático genuíno.

Aduz Nino que mesmo nos casos em que a constituição tenha sido sancionada democraticamente, como na Espanha, por exemplo, sua vigência é afetada devido ao fato de que a legitimidade democrática se dilui com o

tempo, uma vez que a constituição não pode expressar um consenso de forma permanente acerca de como o povo resolveria os conflitos sociais atuais (NINO, 1997, p.272).

Aponta Nino que uma teoria alternativa para estabelecer uma conexão apropriada entre o valor da democracia e o controle judicial de constitucionalidade argumentaria que o primeiro requer certas pré-condições. Quando os juízes interpretam a constituição e essa prevalece sobre a legislação ordinária, está em realidade protegendo essas pré-condições. Essa teoria teria duas versões, sendo uma claramente deficiente e a outra muito mais promissora (NINO, 1997, p.272).

Nino leciona que a versão que não resulta convincente é a menos sofisticada e recorre a qualquer aplicação da constituição histórica para anular a legislação ordinária como forma de preservar as pré-condições da democracia. Para Nino, é obvio que muitas disposições da constituição histórica parecem ser irrelevantes para o valor epistêmico do processo democrático e que, inclusive quando sejam relevantes representam a menor maneira de preservar essas pré-condições. Nesse sentido, aponta que não conduz a resposta de uma dimensão histórica de uma constituição, senão a da ideal que pode ou não coincidir com a primeira (NINO, 1997, p.272).

Nino afirma que a versão sofisticada do argumento a favor do controle judicial de constitucionalidade baseada sobre as condições da democracia considera que os pré-requisitos ideais do processo democrático gozam de valor epistêmico. A superioridade epistêmica não seria algo que surge do processo democrático somente pelo fato de chamar-se democrático, mas por outro lado, dependeria de certas condições positivas e negativas que o processo deveria cumprir (NINO, 1997, p.272).

Nino argumenta que ainda que o controle judicial de constitucionalidade estivesse associado com as situações nas quais essas condições não são satisfeitas seria possível aduzir que o político – chamado democrático ou não – igualmente não é epistemicamente superior ao processo judicial. Seria desejável que houvesse uma subclasse dessas situações nas quais os juízes poderiam estabelecer as condições que conferissem ao processo democrático um valor epistêmico (NINO, 1997, p.272).

Nesse sentido, Nino esclarece que a teoria epistêmica da democracia põe em questão o controle judicial de constitucionalidade e leciona que existem três exceções a negativa do controle de constitucionalidade, sendo que duas delas estão baseadas nas condições que fazem que as decisões democráticas sejam epistemicamente confiáveis, enquanto que a terceira está fundamentada na condição que faz com que essas decisões democráticas, que são epistemicamente confiáveis, sejam ainda mais eficazes (NINO, 1997, p.273).

A primeira das exceções diz respeito ao procedimento democrático o qual não representa uma atividade espontânea, senão que um produto de regras, que não são arbitrárias, mas que estão desenhadas para maximizar o valor epistêmico daquele processo (NINO, 1997, p.273).

Para Nino, esse valor depende de vários fatores, incluindo a amplitude de participação na discussão daqueles potencialmente afetados pela decisão a ser tomada; a liberdade dos participantes de poderem se expressar por si mesmos em uma deliberação; a igualdade de condições sobre as quais a participação se leva a termo; a satisfação do requerimento de que as propostas sejam apropriadamente justificadas; o grau no qual o debate é fundado em princípios no lugar de se constituir numa mera apresentação de interesses; evitar as maiorias congeladas; a extensão em que a maioria apóia as decisões; a distancia entre o tempo desde que o consenso seja alcançado e a reversibilidade da decisão (NINO, 1997, p.274).

De acordo com Nino, as regras do processo democrático tratam de assegurar que essas condições sejam alcançadas no máximo grau possível com o objetivo de que as leis que se sancionem resultem ser guias confiáveis para conduzir a princípios morais (NINO, 1997, p.274).

Todavia, Nino pondera que desponta a questão de saber quem deve assegurar que as regras do processo democrático sejam adequadamente cumpridas. Para Nino, essa responsabilidade não pode ser delegada ao mesmo processo democrático, uma vez que a função de monitoramento seria simplesmente influenciada pelo não cumprimento das regras e condições nas que se baseia o valor epistêmico. Seria essa a razão, segundo o autor, pela qual juristas como John Hart Ely, que levam muito seriamente a dificuldade contramajoritária, concebem o poder judicial como uma espécie de árbitro do processo democrático, na qual sua missão principal é velar para que as regras do procedimento e as condições da discussão e decisão democráticas sejam satisfeitas (NINO, 1997, p.274).

Para Nino, a segunda exceção ao controle judicial de constitucionalidade surgiria a partir de sua relação com o valor epistêmico da democracia, uma vez que inexistira base epistêmica que justificasse a imposição de decisões coletivas que afetem a autonomia pessoal – moralidade privada-, a qual consiste no livre arbítrio de

escolher para si próprio o seu plano de vida de acordo com as convicções pessoais de cada um. De acordo com Nino, o Direito ao não ser objeto de coerção sobre a base de modelos de excelência pessoal, passa a ser parte de um grupo de direito *a priori* que representam pressupostos do processo democrático (NINO, 1997, p.276-280).

No que se refere à terceira exceção ao controle judicial de constitucionalidade, Nino leciona que essa consiste no fato de buscar que as decisões democráticas que possuam valor epistêmico sejam mais eficazes. Assim, o propósito do controle judicial de constitucionalidade é o preservar a prática social, ou convenção, dentro da qual se opera essa decisão, notadamente no que se refere à constituição histórica (NINO, 1997, p.281). Para Nino, a prática coletiva representa a constituição histórica, que se justifica à luz das constituições ideais dos direitos e do poder e serve para justificar ações e decisões individuais. Nesse cenário, os juízes estariam obrigados a respeitar as convenções e enfrentar esse tipo de tensão nas situações em que sejam obrigados a intervir, de forma justificada para invalidar a lei democrática a fim de proteger a convenção constitucional que garante a eficácia das mesmas decisões democráticas. O juiz, dessa forma, estaria promovendo a constituição ideal, por meio de conferir vigência às dimensões ideais da constituição completa (NINO, 1997, p.296).

De acordo com Nino, a constituição entendida como convenção social adquire relevância do ponto de vista interno ao assumir que as decisões dos agentes políticos não representam ações individuais isoladas, senão que sua eficácia deriva de um sistema de ações, atitudes e expectativas mutuamente interligadas. A decisão do juiz não é mais do que uma contribuição a uma prática social em constante evolução e é operada somente se convertida como parte de uma rede de condutas e atitudes que compreendem essa prática (NINO, 1997, p.297).

Nessa concepção proposta por Nino, a constituição ideal do poder está baseada numa democracia apoiada na transformação dos interesses das pessoas por meio de um processo de discussão participativa e de decisão majoritária, conferindo qualidade epistêmica à democracia, desde que superados os problemas de dispersão da soberania, da pobreza do debate público, da apatia política e da mediação imperfeita. “Essa constituição ideal do poder – na medida em que esteja materializada na constituição histórica- conduz ao que deveria ser a constituição ideal dos direitos (NINO, 1997, p.298).”

Todavia, sob esse enfoque a democracia demanda a necessidade de modificações nos desenhos institucionais, uma vez que parece sugerir a forma de governo parlamentarista ao invés de presidencialista, a descentralização do poder, para evitar que se quebre o consenso, aliada à participação política dos cidadãos e a democratização dos canais de comunicação pública.

3 O controle judicial de constitucionalidade e o limite estrutural do arranjo democrático: a abordagem de conrado hübner mendes a partir do confronto entre as proposições de Dworkin e Waldron

Conrado Hübner Mendes destaca que Ronald Dworkin não admite uma cultura segundo a qual o Direito é questão de força e autoridade, uma vez que é possível perseguir o melhor argumento, a melhor resposta, a partir de um debate institucionalizado, ainda que não essas sejam demonstráveis. Para Dworkin, numa democracia genuína, a Corte teria a responsabilidade de perseguir as respostas certas por meio de procedimentos majoritários realizados em uma comunidade de iguais. Nessa concepção, o juiz seria alçado à posição de protetor de princípios, com a responsabilidade de inserir a dimensão de principio na esfera pública no espaço democrático, conferindo densidade moral às decisões políticas (MENDES, 2008, p.72).

Para Dworkin, a Corte é o fórum do princípio submetido ao império do Direito, dotada de dignidade e estatura diferenciadas e que decide sobre os pressupostos materiais da democracia e as diferentes concepções de bem comum. Nesse contexto, a Corte se converte em instância comunal que age em nome de um ente coletivo supra-individual denominado povo. “Há uma representatividade comunal, não estatística” (MENDES, 2008, p.74).

A concepção comunal de democracia proposta por Dworkin pressupõe a filiação moral, o que não se alcança apenas com a regra da maioria democrática. “A leitura moral nutre a democracia comunal. Nesta concepção, democracia e constrangimentos constitucionais à maioria não são antagonistas, mas parceiros” (MENDES, 2008, p.75).

Hübner afirma que discorrer acerca de caráter antidemocrático da revisão judicial é inaceitável para Dworkin, uma vez que para ele a democracia não se esgota na vontade da maioria, tampouco somente na representação. Democracia para Dworkin é o ‘governo pelo povo’ no sentido comunal, na qual cada membro se sente parte de uma comunidade e se responsabiliza por suas decisões coletivas, mesmo que discorde delas

(MENDES, 2008, p.76).

Hübner assevera ainda que Dworkin pretende combater a concepção pobre de democracia, a partir da compreensão de que democracia é um ideal que não se esgota em instituições, mas deve possibilitar decisões de política *(policy)* que se legitimam pelo critério majoritário, bem como decisões de princípios, para a qual Dworkin aduz que não é possível definir *a priori* qual instituição que assegurará as condições democráticas. "Na dimensão de princípio, não interessa o procedimento (*input)*, mas a decisão *(output)*. (...) Quem decide sobre princípio extrai legitimidade do bom argumento, não da representação" (MENDES, 2008, p.76).

No que se refere ao plano de política *(policy)*, Hübner aduz que para Dworkin o procedimento majoritário é o mais justo, pois não estão em jogo os direitos morais dos indivíduos, mas apenas preferências ou opções para o bem-estar geral. "Essa distinção entre princípios e *policies*, crucial para sua teoria do direito e da decisão judicial, é também básica para sua teoria democrática" (MENDES, 2008, p.77)

Hübner enfatiza que para Dworkin a revisão judicial está sujeita à condição de que a Corte deve encontrar o melhor argumento, que desafia e vence todos os demais, e não o consenso sobre a decisão verdadeira. Dworkin não ignora que existe a possibilidade de erro, porém, argumenta que "a possibilidade do erro tanto pelo juiz quanto pelo legislador, é simétrica" (MENDES, 2008, p.79). Assim, na concepção de democracia proposta por Dworkin a última palavra está com uma instituição independente e imparcial, como um Tribunal.

Hübner afirma que Jeremy Waldron se opõe a essa forma de descrever a revisão judicial como sendo protetora dos direitos ou como asseguradora do conteúdo de justiça da democracia. Tal entendimento tem origem no fato de que para Waldron a questão nuclear da discussão parte do procedimento, não da substância. Para Waldron, "não há arranjo político que necessariamente produza decisões justas. O melhor procedimento produz decisões injustas (MENDES, 2008, p.99). Os seja, segundo Waldron nenhum procedimento de decisão será perfeito, quer esse esteja alocado no processo legislativo não revisável ou se trate de revisão judicial (WALDRON, 2011).

Para Hübner, muito embora Waldron seja um defensor de direitos ele deixa claro que não é favorável à superposição entre direitos e revisão judicial, utilizada de forma recorrente pela teoria constitucional contemporânea. Para Waldron, a distinção entre teoria da justiça e teoria da autoridade é fundamental para a compreensão de que a participação deve ser defendida acima de qualquer outra forma de escolha prévia de algum outro direito substantivo (MENDES, 2008, p.107).

Hübner introduz que a necessidade de autoridade na área dos direitos é simplesmente uma resposta ao fato de que pessoas discordam, demandando a necessidade de complementar a teoria dos direitos com uma teoria da autoridade, todavia, sem substituição de uma teoria pela outra. Nesse cenário, importa saber quem decide a questão e qual direito deva prevalecer sem que, no entanto, os direitos desapareçam. A teoria da autoridade precisa resolver o desacordo a partir da identificação de uma visão que prevaleça a partir de um critério diferente do originário. Porém, para Hübner anunciar qual concepção de direito deve triunfar sobre a decisão majoritária, implica em fazer isso em nome de toda a sociedade, o que significa fazer uma petição de principio sobre a própria questão que está em jogo (MENDES, 2008, p.108).

Para Waldron o argumento de que o procedimento democrático majoritário pode acarretar decisões injustas ou tirânicas não serve, por sis só, para defender que a revisão judicial baseada em direitos está livre de atingir esses mesmos resultados, tampouco para afirmar que a teoria da autoridade deve ser seguida em detrimento da teoria substantiva do dos direitos (WALDRON, 2011).

Hübner esclarece que Waldron expõe que o fenômeno da constitucionalização dos direitos desconfia do indivíduo enquanto ator jurídico responsável, uma vez que retira dos atores a possibilidade de discordar sobre o que determinado direito exige, tarefa essa atribuída à revisão judicial (WALDRON, 2011). Ainda, waldron se posiciona por não delimitar os direitos aprisionados por fórmulas lingüísticas constitucionais, o que supostamente seria feito por uma carta de direitos e traria prejuízos para o debate sobre direitos, o qual seria contaminado por técnicas de juristas. Essa constitucionalização, segundo Waldron, poderia transformar os debates morais mais profundos em questões semânticas (MENDES, 2008, p.110).

É possível observar que o posicionamento de Waldron quando discorre acerca da não adequação do argumento (*non-core* case), evidencia que a revisão judicial é uma resposta à falha percepção democrática das instituições ou ainda ao fato de que muitas pessoas não levariam seus direitos a sério. Uma participação mais ativa dos cidadãos no debate sobre as discordâncias sobre direitos deveria ser fomentado.

Waldron não pretende demonstrar que a revisão judicial é inadequada em todas as circunstâncias, porém afirma que é inadequada para uma sociedade qualificada como razoavelmente democrática. Nesse contexto, o principal problema é a discordância de seus membros sobre direitos e para a resolução das divergências devem ser adotados procedimentos responsáveis e participativos hábeis. A revisão judicial não deve ser adotada como meio de resolução de divergência entre direitos em uma sociedade democrática moderna (WALDRON, 2011).

4 A ausência de vias institucionais de contestação: a arena pública como *lócus* para resolução dos desacordos sobre direitos

Repise-se apenas que a compreensão de que a democracia representa a prevalência da regra da maioria e que o constitucionalismo é antidemocrático por retirar da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias representa um perigoso reducionismo, notadamente porque a existência do Estado Democrático de Direito e sua permanência somente se torna possível a partir de um processo político constitucionalmente regulado.

Todavia, imprescindível destacar que as decisões jurídicas emanadas pela Corte no atual modelo institucional político democrático não estão sujeitas a qualquer espécie de controle democrático *a posteriori*, o que faz que surjam questionamentos acerca do caráter contramajoritário da jurisdição no âmbito do Estado Democrático. Inúmeras vezes a Corte se posiciona contrariamente à legislação criada pelos representantes eleitos pelo povo, ou ainda, decide questões com força de lei fazendo com que o Poder Legislativo, democraticamente eleito se submeta a elas. Situa-se aqui a questão da existência ou não da legitimidade democrática das Cortes Constitucionais nos processos de revisão judicial, o que Dieter Grimm determinou de *"*risco democrático (BINENBOJM, 2004, p.50).*"*

Há de se destacar que até mesmo Friedrich Müeller reconhece, ainda que de forma indireta, que o povo deve delegar o exercício do controle da constitucionalidade dos atos governamentais a outros agentes políticos mais competentes para tanto (MALUSKE, 2006, p.353).

Ademais, se é possível argüir a existência de alguma contraposição essa deve estar entre a democracia majoritária e a democracia constitucional, uma vez que a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que objetivam a função de se colocar como freios e limites às maiorias eventuais.

Carlos Santiago Nino, por seu turno, afirma que os conceitos de democracia e constitucionalismo se combinam para a formação da democracia constitucional, na qual sobrevêm tensões quando a expansão da democracia conduz a uma redução do constitucionalismo, ou, pelo contrário quando o fortalecimento do ideal constitucional se converte em um freio para o processo democrático. Para o autor, há uma permanente tensão fática e contingente, real e importante, entre as derivações institucionais do valor da democracia e aquelas vinculadas ao ideal do constitucionalismo, que são extremamente dependentes da interpretação que se tenha desse último (NINO, 1996, p.168).

É nesse contexto que as Cartas Constitucionais democráticas foram criadas, para garantir ao mesmo tempo, o exercício de minorias e maiorias, de tal forma a impedir que o sistema democrático seja corroído por regras que as próprias Cartas estabeleceram.

Ao dispor sobre a organização e funcionamento do Estado, estabelece a Lei Maior que o processo legislativo foi concebido para externalizar, de um lado, a vontade majoritária e, por outro lado a jurisdição como monopólio para dizer o direito, quando em situação de conflito ou desacordo. Assim, a jurisdição inserida em um modelo político-institucional democrático passa a ser constitucionalmente entendida como a responsável para colocar freios nessa mesma vontade majoritária, permanecendo ambas – legislação e jurisdição- em constante tensão no Estado Democrático de Direito, sobretudo, em razão do forte imbricamento entre Constituição e política.

Nesse sentido, a regra contramajoritária representa muito mais do que apenas estabelecer esses limites, ela representa a garantia da materialidade do núcleo político duro da Constituição, tendo em vista que uma vontade popular majoritária permanente poderia se revelar em uma ditadura permanente.

O modelo de jurisdição constitucional brasileiro, escolhido pelo constituinte de 1988, segue, com algumas alterações, o modelo do *judicial review* de inspiração norte-americana, o que representa uma abertura à participação da justiça constitucional que deixa marcas profundas no constitucionalismo contemporâneo e incita ao debate e a difícil convivência entre os poderes eleitos –executivo e legislativo- por maiorias nem sempre alinhadas com os ditames constitucionais.

Nítido é, todavia, que a Constituição brasileira não prevê saídas institucionais para possibilitar que a última palavra acerca de desacordo sobre direitos seja do povo, "a Constituição não lhe reserva a última palavra" (MENDES, 2008, p.185).

O Poder Judiciário, ao desconstituir atos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis aprovadas pelo processo legislativo, poderes esses eleitos democraticamente pelo povo, atua como justiça constitucional a realizar os direitos substantivos previstos na Constituição, especificamente na defesa material dos direitos fundamentais e na defesa jurisdicional da própria Constituição.

Nesse contexto, os juízes, por meio da jurisdição constitucional, atuam com o papel de proteger o funcionamento da democracia constitucional, num engendrado mecanismo de assegurar a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral que representem afronta ao texto constitucional.

Ainda que a legitimidade democrática dos juízes possa ser questionada, necessário se faz repisar que uma parte importante da história constitucional que é a idéia da supremacia da Constituição, na qual os direitos fundamentais ocupam o centro do debate e a Carta passa a ser o instrumento pelo qual a vontade geral se autolimita.

Trata-se de um argumento recorrente utilizado para justificar, dentro da lógica do sistema de separação de poderes, a atuação da jurisdição constitucional sob o prisma de sua legitimidade. É a própria Constituição, como norma jurídica superior que institui o Estado, que organiza o sistema de freios e contrapesos, que confere aos juízes constitucionais a competência para anular ou deixar de aplicar as leis inconstitucionais. "A idéia é a de que a vontade da maioria governante da cada momento não pode prevalecer sobre a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental" (BINENBOJM, 2004, p.60).

Nesse sentido, o poder constituinte é considerado como o poder de direito que controla a legalidade dos atos governamentais que, numa ótica constitucional, identifica-se como legitimidade (MALUSKE, 2006, p.352). Retrata, nas palavras de Waldron, a supremacia da Teoria da Autoridade sobre a Teoria da Justiça.

Maurízio Fioravanti, a partir do estudo do que denomina de *doutrinas da soberania,* aduz que ao longo da tradição moderna sempre se tem obrigado a todos a se posicionarem ou ao lado do povo soberano – e assim contra uma idéia de uma lei vinculante para o futuro- ou à idéia da Constituição como limite, como ideal de estabilidade e de equilíbrio e, por isso mesmo, contra a desmedida e amenizante idéia do povo soberano (FIORAVANTE, 2001, p.163). Tal situação representa o marco da busca de *instrumentos institucionais* necessários para a realização dos princípios fundamentais, dentre os quais ganham relevo o principio da inviolabilidade dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade (FIORAVANTE, 2001, p.150).

A Constituição democrática é aquela que é vista como mecanismo de garantia dirigido contra toda a intenção de romper o equilíbrio entre as forças políticas e sociais e de reduzir à lei a pura vontade da maioria (FIORAVANTE, 2001, p.163). Tal característica distingue a constituição moderna das constituições revolucionárias fundadas sobre o poder constituinte do povo soberano, ao mesmo tempo em que permite visualizar uma tendência de estender de maneira considerável o papel da jurisdição constitucional, em matéria de controle de constitucionalidade (FIORAVANTE, 2001, p.164).

Sem embargo, em debate com Barry Friedman acerca do constitucionalismo popular mediado Gargarella traz a tona que em matéria de interpretação constitucional o que deve sempre prevalecer é a vontade consistente e deliberada povo, como algo diferente, senão diretamente oposto, das preferências das maiorias em um dado momento. Segundo o autor, em uma concepção deliberativa de democracia os juizes participam de uma forma muito especial procurando sustentar e expandir a discussão pública e não apenas com o poder da última palavra (GARGARELLA, 2005, p.161-167).

Dentro desse marco, Gargarella registra que as decisões públicas devem ser o resultado de um processo de deliberação coletiva em que se pode reservar a última palavra em matéria de interpretação constitucional à cidadania, sendo que aos juízes caberia contribuir com o enriquecimento do processo deliberativo por meio da provisão de novos argumentos, eventualmente esquecidos ou ignorados no processo de tomada de decisão, ou mesmo por meio de impugnação de outros já dados, indevidamente resultantes da falta de informação, de prejuízos ou de índoles elitistas ou meramente perfeccionistas.

Claramente, na proposta desse novo arranjo institucional democrático não haveria espaço para objeções ao controle judicial de constitucionalidade pela invocação do argumento da dificuldade contramajoritária (GARGARELLA, 2005, p.165). Para a sobrevivência da democracia é imprescindível um judiciário independente e com o poder de controlar a constitucionalidade das leis.

Por oportuno, no sistema institucional vigente em nossa democracia, ainda um pouco distante da proposta de democracia deliberativa aludida por Gargarella, o Poder Judicial ao impor sua vontade sobre a cidadania – ou seja, ao dizer a última palavra-, tem o dever de desvendar a sua argumentação. Nesse sentido, no modelo político-institucional democrático vigente, a argumentação da jurisdição constitucional representa o próprio sistema de freio e contrapeso do poder institucional estatal, com a pretensão de conferir-lhe a legitimidade de atuação.

A teoria da argumentação se mostra a mais adequada em um Estado Constitucional para o enquadramento de questões sobre direitos, na tarefa de coordenar múltiplas visões sobre determinadas matérias. A Constituição objetiva, dentre outros fatores, a uniformização de questões sobre as quais existe desacordo na sociedade, de tal forma que as questões sobre as quais o povo tenha visões substantivas diferentes e prioridades pessoais, não devem permanecer exclusivamente à mercê da variação dos poderes políticos.

Não é sem razão que Luis Prieto Sanchìs assevera que falar de argumentação jurídica é falar em força limitadora da discricionariedade judicial a qual se constitui em uma exigência de legitimidade. Motivar equivale a justificar o porquê de uma decisão ao mesmo tempo em que é um chamamento a sua aceitação pelos demais (SANCHIS, 1999, p.42-43).

Conforme aduz Nino, no tocante à autonomia pessoal, a livre adoção de ideais de excelência pessoal e de planos de vida escolhidos não devem ser objeto de deliberação pública. Tais escolhas e decisões se submetem apenas ao juízo dos próprios indivíduos. Nem as autoridades políticas nem os juízes possuem poder de interferência nas questões inerentes à moral privada (NINO, 1995, p.170).

A expectativa de desejo em termos de democracia constitucional contemporânea é que sejam ampliados os espaços públicos de discussão sobre os desacordos da sociedade democrática, para que a cidadania possa efetivamente, dizer a última palavra sobre a interpretação constitucional. Para isso denota-se necessário um novo arranjo institucional, apto a permitir o diálogo não apenas entre os poderes constituídos, mas também a permitir que a cidadania possa se expressar livremente e com igual peso, notadamente àquela que se apresenta minoritária em face de determinado desacordo concreto.

Conclusões

O fenômeno de democratização do Estado e a permanente evolução dos modelos de democracia ao longo da história convergiram para a consagração do Estado Democrático de Direito, com a finalidade de impor limites ao exercício do poder estatal e a criar uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos.

Posteriormente, a constitucionalização dos direitos veio para sedimentar a compreensão de que um dos principais papéis do constitucionalismo é buscar o ponto ótimo de equilíbrio e harmonia institucional entre dois dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito: de um lado o princípio democrático que reconhece a soberania do povo, e o de outro lado, o princípio da legalidade que equivale à juridicização do poder e ao respeito aos direitos fundamentais. São princípios que não podem ser vistos em posições antagônicas, senão em posições de complementariedade.

Foi assim que nessa complexa estrutura institucional o funcionamento do sistema de divisão de poderes entre os órgãos políticos e jurisdicionais passou a ser delineado pelas Constituições contemporâneas. Todavia, nos países que adotam o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, dentre os quais se situa o Brasil, eventuais conflitos de ordem política e institucional não são passíveis de serem solucionados, em caráter definitivo, pela regra da maioria democrática, notadamente as questões relacionadas aos Direitos Fundamentais. Nessas questões, conforme delineado pela Carta brasileira, compete ao Tribunal Constitucional dizer a última palavra para a resolução do desacordo entre direitos, de tal forma a velar que os limites substanciais estabelecidos pela Constituição sejam respeitados.

A Constituição assume assim, a feição de uma *Constituição-garantia*, que está em conformidade com a idéia de governo democrático ao mesmo tempo em que abre espaço para a revisão judicial. Com efeito, compreende-se que a jurisdição constitucional não pode ser taxada de antidemocrática, tendo em vista que sua autoridade é conferida pela vontade superior do povo, sedimentada na própria Carta.

O ponto de partida situa-se na compreensão de que as constituições democráticas, no plano histórico, assumem o princípio da igualdade entre todos os membros da sociedade como indicador normativo de direção para o futuro, representando assim a intenção de recompor a grande separação entre democracia e constitucionalismo.

Assim, no âmbito dessas constituições é possível asseverar que o que se denomina de democracia constitucional nada mais é do que a busca de um justo equilíbrio entre o princípio democrático e a idéia dos limites da política por meio da força normativa da Constituição.

Nesse cenário, à Jurisdição Constitucional, em razão do compromisso existente entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição e o conceito substantivo de democracia, cabe o papel de resguardar o controle do processo democrático, uma vez que os direitos consagrados constitucionalmente se revelam como pré-condições para a preservação da democracia.

Ainda que seja possível afirmar que no presente arranjo democrático não há vias institucionais de contestação, conquanto seja legítimo o temor por maiorias ocasionais, tem-se percebido forte tendência na doutrina contemporânea pela necessidade de se ampliar a qualidade do debate público sobre direitos.

Visto desse modo, deduz-se que no atual modelo institucional, notadamente em países periféricos como Brasil, ainda se mostra inevitável a passagem pela dificuldade contramajoritária para a proteção dos direitos fundamentais e da própria democracia. Todavia, conforme proposto por Gargarella à Jurisdição Constitucional pertence o papel de buscar o alargamento do debate público para que a última palavra possa, efetivamente, ser do povo após um sistemático amadurecimento democrático.

Referências

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

FIORAVANTI, Maurízio. **De la antiguidad a nuestros dias***.* Madrid, Editorial Trotta, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el caracter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

_____. Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado". In: **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo***.* Buenos Aires, ano 6, n. 1, p. 161-167, out. 2005.

MALUSKE, Günter. Democracia e governo responsável. In: **Democracia, direito e política***:* estudos em homenagem a Friedrich Mueller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia***.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **La constituicion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (orgs.) **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PETTIT, Philip. **Republicanism**: a theory of freedom and government. Oxford: Oxford Press, 1997. (Trad. Republicanismo. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno. Trad. Toni Doménech. Barcelona: Padiós, 1999.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo e positivismo***.* 2. ed. México: Fontamara, 1999.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. v. 1. São Paulo: editora Ática, 1994.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. Disponível em: http://www.law.harvad.edu/news/spotiligt/links/waçdron.pdf. Acesso em: 02 nov 2011.