JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

CONSTITUTIONAL JUSTICE AND DEMOCRATIC PRINCIPLE

Jorge Miranda¹

RESUMO: A legitimidade do tribunal constitucional advém da Constituição. Tendo isso em vista, o presente trabalho busca analisar questões, tais como a possibilidade de um tribunal declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo Parlamento ou pelo próprio povo, perpassando por autores como John Rawls, Bruce Ackermann, Robert Alexy, entre outros.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional. Democracia. Constituição. Poder.

ABSTRACT: The legitimacy of the constitutional court stems from the Constitution. With this in mind, the present work seeks to analyze issues, such as the possibility of a court declaring the unconstitutionality of laws voted by Parliament or by the people themselves, running through authors like John Rawls, Bruce Ackermann, Robert Alexy, among others.

Keywords: Constitutional Court. Democracy. Constitution. Power.

Sumário: 1. Introdução. 2. John Rawls. 3. Bruce Ackermann. 4. Jürgen Habermas. 5. Peter Häberle. 6. Robert Alexy. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do tribunal constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática. (RAWLS, 1996, p. 225)

Perspetiva diferente abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação pela coletividade, da legitimação pelo consentimento. Como justificar

¹ Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Universidade de Lisboa. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9781-6951>

o poder de um tribunal constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo Parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de inconstitucionalidade) mas também positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico? Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdicional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio de soberania do povo? (ACKERMAN, 2006, p. 366-369)

Vale a pena reter as posições de alguns Autores.

2. JOHN RAWLS

Segundo John Rawls (1996, p. 366) em sistema de governo constitucional, o poder último, ou fundamental não pode ser atribuído ou deixado à Assembleia Legislativa ou mesmo ao Supremo Tribunal de Justiça, que é apenas o intérprete judicial mais elevado da Constituição. O poder último ou fundamental é detido pelos três poderes numa relação devidamente especificada entre eles, sendo cada um responsável perante o povo. [...]

Ao aplicar a razão pública, o Supremo Tribunal evita que a lei seja corroída pela legislação de maiorias passageiras ou, com maior probabilidade, por interesses parciais, organizados e influentes, que se mostrem particularmente capazes de levar a sua avante. Se o Supremo assumir este papel e o desempenhar com eficácia, será incorreto dizer que é manifestamente antidemocrático. É, com efeito, antimaioritário no que respeita à legislação corrente, dado que um Supremo Tribunal, com a sua prerrogativa de revisão de juízo, pode considerar e declarar qualquer lei ordinária inconstitucional. No entanto, a autoridade superior do povo apoia essa competência.

O Supremo Tribunal não é antimaioritário em relação à lei fundamental quando as decisões da maioria concorrem razoavelmente com a própria Constituição e com as suas emendas e interpretações politicamente mandatadas.

O papel do Supremo não é meramente defensivo. Com efeito, ao servir como paradigma instrucional da razão pública, o seu papel é o de a realizar e assegurar o seu contínuo efeito. Isto significa, em primeiro lugar, que a razão pública é a única razão que o Supremo exerce. E o único Órgão do Estado em que visivelmente se manifesta a razão pública e apenas ela. Os cidadãos e os legisladores podem votar apropriadamente as suas mais abrangentes perspectivas quando os elementos constitucionais essenciais e a justiça básica não estão em jogo; não necessitam de justificar o sentido do seu voto através da razão pública ou tornar consistentes os fundamentos desse voto e articulá-los dentro de uma perspectiva constitucional coerente que cubra o conjunto completo das suas decisões.

3. BRUCE ACKERMANN

Para Bruce Ackermann (2006, p. 369) o Supremo Tribunal dos Estados Unidos funciona como garante do legado constitucional do passado nos períodos de estabilidade política, tempos normais de governo, e como depositário desse legado em relação ao futuro nos momentos de mutação políticoconstitucional.

Por um lado, “rejeitando um dispositivo de lei normal, a Corte busca um objetivo menor do que a democracia em si. Ela questiona o mandato popular de políticos e estadistas na capital federal. Embora todos esses representantes tenham sido eleitos, eles o foram com base na votação da maioria dos cidadãos que reconhecem não terem delegado a resolução de questões essenciais que merecem atenção especial. O Presidente e o Congresso normalmente não dispõem de apoio efetivo do povo norteamericano para atacar os princípios estabelecidos pelo sucesso conquistado no passado no âmbito da política constitucional. Se a Corte [...] achar que esses políticos e estadistas foram além do seu mandato, ela estará ampliando a democracia, e não a frustrando, ao revelar nossos representantes como meros “portavozes” do povo, cuja palavra não deve ser confundida com o julgamento

coletivo do povo em si mesmo.” [...]. (HABERMAS, 1992, p. 261)

Mas, por outro lado, “a Suprema Corte, no seu exercício interpretativo, tornase um aspeto fundamental de empreendimento da soberania popular voltado para o futuro. Buscando representar as implicações concretas dos princípios passados estabelecidos em nome do povo, a Corte convida o grupo dominante de políticos e estadistas, bem como o público em geral, para um diálogo crítico sobre o futuro: e se houver algum erro grave no legado constitucional herdado do passado, como o identificaríamos precisamente?”. (HABERMAS, 1992, p. 298)

4. JÜRGEN HABERMAS

Para Jürgen Habermas (1992, p. 303-304), a concepção republicana da política lembra que existe um nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. O Tribunal Constitucional, nesta ótica, deve, no âmbito das suas competências, agir de tal maneira que o processo de emanção do Direito seja posto em prática em condições legitimantes de *política deliberativa*. Ora, esta achase ligada às condições comunicacionais muito exigentes das arenas políticas que não coincidem com a formação da vontade institucionalizada nos corpos parlamentares e se estendem ao espaço público político, ao seu contexto cultural e à sua base social. (HÄBERLE, 2012, p. 147)

A questão de saber se o Tribunal Constitucional está chamado a desempenhar um papel ativista ou modesto não se discute em abstrato. Se se compreender a Constituição como a interpretação e o desenvolvimento de um sistema de direitos em que se faz valer aquele nexo interno entre autonomia privada e autonomia público, um exercício ofensivo do Direito constitucional, longe de prejudicial, é mesmo normativamente requerido em todos os casos respeitantes à realização do procedimento democrático e do modo deliberativo da formação da opinião e da vontade política. (HÄBERLE, 2012, 150)

5. PETER HÄBERLE

Segundo a síntese de Peter Häberle, o Tribunal Constitucional é o regulador do processo contínuo de garantia e atualização da Constituição enquanto contrato social. (ALEXY, 2011, p. 163)

A função de jurisdição constitucional consiste na restrição, na racionalização e no controlo do poder estatal e social; e é a cooperação material no consenso básico. (ALEXY, 2011, p. 163-164)

6. ROBERT ALEXY

Por seu turno, para Robert Alexy (2011, p. 165), a democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o Parlamento precisa de ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo Parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista, argumentativa ou discursiva.

A representação do povo por um Tribunal Constitucional é, pelo contrário, puramente argumentativa. O facto de que a representação pelo Parlamento é tanto volitiva como argumentativa mostra que representação e argumentação não são incompatíveis. (MIRANDA, 2007, p. 92; CANOTILHO, 2004, p. 1409)²

A existência de argumentos bons ou plausíveis basta para deliberação ou reflexão, mas não para representação. Para isso, é necessário que o Tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, de aceitar esses argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade. Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou

² A bibliografia é imensa. V. o resumo em: MIRANDA, 2007, p. 92 e segs.; ou, doutra ótica, em: CANOTILHO, 2004, p. 1409 e segs.

corretos e (2) a existência de pessoas racionais que sejam capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos. (MIRANDA, 2007, p. 85)

7. CONCLUSÃO

Está aqui em jogo, não qualquer concepção de democracia (das muitas que têm sido propostas e das muitas que diferentes regimes invocaram no século XX), e tão só a concepção de democracia pluralista e representativa de matriz ocidental (em que nasceu o Tribunal Constitucional).

Ora, se democracia postula maioria – com as múltiplas interpretações e reelaborações filosóficas e teóricas de que tem sido alvo (ARAÚJO; MAGALHÃES, 2000, p. 207) – não menos, naturalmente, ela postula o respeito das minorias e, através ou para além dele, o respeito dos direitos fundamentais. Critério de decisão, a regra da maioria não se reconduz a simples convenção, instrumento técnico ou presunção puramente negativa de que ninguém conta mais do que outrem; reconduz-se à afirmação positiva da igual dignidade de todos os cidadãos, e reconduz-se ao reconhecimento de que a vontade soberana se forma no contraditório e na alternância.³

Assim sendo, a fiscalização, mesmo quando de carácter objetivista, em último termo visa a salvaguarda dos valores de igualdade e liberdade. Tomaos como pontos de referência básicos quando dirigida ao conteúdo dos atos, à inconstitucionalidade material. E tão pouco deixa de se lhes reportar, quando voltada para a inconstitucionalidade orgânica e formal, na medida em que não se concebe maioria sem observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos. Ela só é contramaioritária ao inviabilizar ou infringir esta ou aquela

³ É por isso também que um sistema do Tribunal Constitucional é muito mais transparente do que um sistema de Supremo Tribunal de Justiça de modelo continental, pois nele conhecem-se, à partida, as origens dos seus juízes, eleitos ou nomeados.

pretensão de maioria não consistente no contexto global do sistema. (ARAÚJO; MAGALHÃES, 1998, p. 18)⁴

Os Tribunais Constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Paramentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os Supremos Tribunais no modelo judicialista norteamericano).

Ora, perguntase como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicar os atos daqueles órgãos; como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente. Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dirseia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar atos com a força de lei. É por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazerse acatar. (CHEVALIER, 2007, p. 83)

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados, são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio,

⁴ Salientando, designadamente, o direito de veto de cada um dos partidos proponentes a candidatos propostos pelo outro partido.

insuscetíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requeira maioria qualificada (o que obriga a compromissos e evita escolhas fora do arco constitucional). (RAMOS, 2010, s.p.; RIBEIRO; COUTINHO, 2004, s.p.; NOVAIS, 2014, s.p.)

Num Tribunal Constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídicopolíticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas (porque, quer se queira quer não, a democracia atual é uma democracia *de* partidos ou *com* partidos), essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica e, sobretudo, em virtude do fenômeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão. (BARROSO, 2012, p. 320)

Nisto tudo (insistase) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma *legitimidade de título* assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma *legitimidade de exercício* equiparável à dos juízes dos tribunais comuns; uma legitimidade de título, inerente ao Estado democrático, uma legitimidade de exercício, expressão de Estado de Direito – donde, mais uma vez, *Estado de Direito democrático* (art. 2.º da Constituição portuguesa) ou *Estado democrático de Direito* (art. 1.º da Constituição brasileira).

Os trabalhos com que se defrontam os Tribunais Constitucionais e os Supremos Tribunais homólogos afiguram-se extremamente árduo, sobretudo na fiscalização abstrata, em que eles não podem deixar de ter presentes os parâmetros políticos das leis. Não raro, são esses os casos em que eles, com ou sem razão, são acusados de ativismo jurídico. (NEVES, 2009, p. 101; MAUS, 2009, s.p.; BOTELHO, 2011, s.p.; TAVARES, 2012, s.p.; LOLLINI, 2012, s.p.; VENICE COMMISSION, 2014, s.p.; RAMIRES, 2016, s.p.; RIBEIRO, 2019, s.p.)

De resto, tal como a respeito dos juízes dos tribunais em geral, importa não esquecer que qualquer juiz – mesmo desprendendo-se o mais possível deles – possui

preocupações e sensibilidades próprias (o que não pode é levá-las para a fundamentação das suas decisões). Parafraseando como fazia Ortega y Gasset, dir-se-á que qualquer juiz é ele próprio e a sua circunstância.

Entretanto, ao longo dos anos, a jurisprudência constitucional vaise sedimentando e tornou-se assaz frequente o aproveitamento dos acórdãos de outros Tribunais Constitucionais perante problemas similares e até de acórdãos de tribunais internacionais como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

8. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**: Fundamentos de Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

ARAÚJO, António de.; MAGALHÃES, Pedro Coutinho. A Justiça Constitucional: uma instituição contra a maioria? **Análise Social**, v. 35, n. 154-155, pp. 207-246, 2000.

ARAÚJO, António de.; MAGALHÃES, Pedro Coutinho. A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial do Tribunal Constitucional português. **Análise Social**, v. 33, n. 145, pp. 7-53, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BOTELHO, Catarina Santos. Lost in translation - A crescente importância do Direito Constitucional Comparado. In: CRISTAS, Assunção; FREITAS, José Lebre de; ALMEIDA, Marta Tavares de; DUARTE, Rui Pinto (Orgs.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**, v. I. Coimbra: Almedina, pp. 49-101, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CHEVALIER, Jacques. Le juge constitutionnel et l'effet Becket. In: FAVOREU, Louis. **Renouveau du droit constitutionnel**: Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Paris: Dalloz, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Fäkzität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts Und Demokratischen Rechtsstaats. Francfort: Suhrkamp Verlag, 1992.

LOLLINI, Andrea. Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi "forte" e "debole" a confronto. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 4, pp. 973-1017, 2012.

MAUS, Didier. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. **Revue Française de Droit Constitutionnel**, v. 4, n. 80, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VII. Estrutura Constitucional da Democracia. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2014.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. 1993. Tradução portuguesa: O liberalismo político. Lisboa: Editora Presença, 1996.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira. **O Tribunal Constitucional e a crise** – Ensaio crítico. Coimbra: Almedina, 2004.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Encontros e desencontros entre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a jurisprudência nacional. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, a. 148, n. 4014, pp. 146-178, Jan./Fev., 2019.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso de jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. *In*: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, v. 1: Direito constitucional e justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 261-291, 2012.

VENICE COMMISSION. **La coopération entre les cours constitutionnelles en Europe**: situation actuelle et perspectives: rapport général: première séance du XVIe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Viena, 2014.

Data da submissão: 01/02/2019
Data da aprovação: 01/06/2020