

O AMPARO DA REVISÃO JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

LA REVISIÓN JUDICIAL DE AMPARO EN LA CONSTITUCIÓN DE BRASIL

Katya Kozicki¹

Lissandra Espinosa de Mello Aguirre²

“Do rio que tudo arrasta se diz que é violento. Mas ninguém diz violentas as margens que o comprime”. Bertold Brecht.

RESUMO: O amparo constitucional da revisão judicial no Brasil parte da análise da superação do estado moderno para a adoção de um estado contemporâneo alicerçado na realização dos direitos fundamentais. Com vista a origem da revisão judicial, a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade pautado pela tradição da *common law* como pela tradição romano-germânica, a revisão judicial representa uma garantia constitucional na busca da realização dos direitos fundamentais. O fato social mutante, em face da era da informação, da globalização, da velocidade, impõe desafios, um novo olhar para institutos jurídicos insertos na história do Direito Constitucional, como o controle de constitucionalidade das leis. A análise pressupõe a compreensão da Corte Constitucional na proteção dos direitos fundamentais, no conteúdo de justiça, de democracia, na tutela das minorias e na exigência do Estado de Direito.

PALAVRAS CHAVES: Revisão judicial; Controle de Constitucionalidade; Democracia; Direitos e Garantias Fundamentais; Proteção das minorias; Estado de Direito

RESUMEN: La protección constitucional de la revisión judicial en Brasil, parte del análisis de la superación del estado moderno de adoptar un Estado fundado en la comprensión contemporánea de los derechos fundamentales. Con vistas a la procedencia de la revisión judicial, la adopción de un sistema de judicial guiada por la tradición del derecho común como la tradición romano-germánica, la revisión judicial es una garantía constitucional en la búsqueda de la realización de los derechos fundamentales. El hecho de que social, mutante, de cara a la era de la información, la globalización, la velocidad, impone retos, una nueva mirada a las instituciones legales insertos en la historia del derecho constitucional, tales como el control de constitucionalidad de las leyes. El análisis supone una comprensión de la Corte Constitucional en la protección de los derechos fundamentales en el contenido de la justicia, la democracia, la protección de las minorías y la obligación del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Revisión Judicial; Democracia; Derechos Fundamentales y Garantías; Protección de las minorías; El Estado de derecho

¹ Doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora dos Cursos de Graduação e Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Aluna do Programa de Pós-Graduação, Doutorado da Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Novas Tendências do Direito Contemporâneo da UNIOESTE, Campus Foz do Iguaçu/PR. Professora da Universidade do Oeste do Paraná e da Faculdade Dinâmica das Cataratas de Foz do Iguaçu.

I. INTRODUÇÃO

O descortinar da contemporaneidade traz a importante tarefa de repensar alguns institutos tradicionais do Direito, em especial do Direito Constitucional, eis que ligado à figura do Estado e da Sociedade assume feições do real, da ação de fazer-se constituição. A realidade mutante, propagada pela era da informação, da globalização, da velocidade, impõe desafios, um novo olhar para institutos jurídicos insertos na história do Direito Constitucional.

Com o discurso da necessária imbricação entre o político e jurídico, suas críticas e relativizações, um debate está na pauta do dia, qual seja, o amparo constitucional da revisão judicial diante desta Constituição adequada à realidade social.

A análise da revisão judicial no Brasil parte do estudo do sistema de controle de constitucionalidade a partir da Constituição Federal de 1988, adotando a ideia de estado contemporâneo alicerçado na realização dos direitos fundamentais. Assim, a proposta inaugural será tratar do controle de constitucionalidade no Brasil e a origem da técnica do *judicial review*. Vencido tal momento, após a inserção do tema, abordar-se-ão três argumentos favoráveis à revisão judicial: a ideia de que a Corte atua na proteção dos direitos fundamentais, no conteúdo de justiça e democracia, que a Corte protege as minorias oprimidas e, por fim, a análise da supremacia judicial e do Estado de Direito.

1. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Estado é consagradamente conceituado, na teoria constitucional, como nação política e juridicamente organizada. A organização jurídica da Nação dá-se através da Constituição, que, inclusive, etimologicamente guarda o sentido de estrutura, de constituir. Em sendo assim, as duas ideias estão umbilicalmente associadas, sendo lícito afirmar que não há Estado sem a existência de uma Constituição, bem como não há Constituição que não se refira a um Estado, tal pensar é consequência inexorável dos sentidos da modernidade.

Entretanto, faz parte do conteúdo trazido pelo cotidiano a insuficiência do conceito tradicional do Estado, bem como a necessidade de tratar-se o Estado como ente com soberania mitigada, diante da era da globalização, da era informação e de uma sociedade pluralista.

Assim, transcendendo a idade moderna, já na fase contemporânea, tem-se o deslocamento da função prioritária de organização estatal imposta à Constituição, para a

revelação e máxima valorização dos Direitos Fundamentais³. Se a ideia de Constituição com os ventos da modernidade imbricava-se na de Estado, hodiernamente, ambas, atrelam-se à valorização dos direitos fundamentais. A ideia de Constituição é também de realização, é dialógica e dinâmica.

De acordo com Bonavides (2012), na evolução do constitucionalismo no Brasil, identificam-se três fases históricas distintas, acerca de valores históricos, políticos e ideológicos, quais sejam: a primeira vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX, a segunda, trazendo dada ruptura, ligada ao modelo norte-americano, e a terceira com traços do constitucionalismo alemão.

À luz do modelo constitucional inglês e norte americano é que se situa a discussão acerca da revisão judicial, seu alcance, limites e legitimidade, a jurisdição constitucional é a entrega aos órgãos do Poder Judiciário da missão de solucionar conflitos entre normas jurídicas ordinárias e complementares e, a Constituição, no sentido estrito, (SILVA, 2011).

Existem várias formas de controle de constitucionalidade, tal controle pode ser classificado quanto ao momento em preventivo e repressivo. O preventivo diz respeito aos projetos de lei e o repressivo às leis e atos normativos. Quanto à natureza do órgão competente para conhecer a inconstitucionalidade, pode ser judiciário ou político. O controle judiciário comete aos órgãos integrantes do Poder Judiciário a competência para declarar a inconstitucionalidade. O controle político dá a órgão não investido de jurisdição tal controle⁴.

No Brasil, o controle preventivo é realizado pelo Poder Executivo, através do veto presidencial pautado em inconstitucionalidade e, pelo Poder Legislativo, através das Comissões de Constituição e Justiça e Cidadania, de cada Casa do Congresso Nacional⁵. Outrossim, a revisão judicial situa-se no controle de constitucionalidade repressivo, realizado pelo Poder Judiciário. (FACHIN, 2008).

³ A valorização dos direitos fundamentais é presente na Constituição Federal brasileira desde a opção topográfica da inserção destes direitos. Antes mesmo de organizar o Estado Federal, tecendo a competência da União, Estado, Municípios e Distrito Federal, ou mesmo, antes de organizar os poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário, o Poder Constituinte originário decidiu antever os direitos fundamentais, garantias e remédios constitucionais. Nas Constituições e Cartas anteriores os direitos fundamentais eram relegados ao último capítulo e título da constituição, assim, a modificação topográfica destes direitos imprime não só a sua maior valorização como induz a percepção que tais direitos devem fazer-se fundamentais, inclusive à *judicial review*.

⁴ No sistema político o controle de constitucionalidade é exercido por um órgão de natureza política, ou seja pelo próprio poder legislativo ou por um órgão especial, no sistema jurisdicional outorga-se ao poder judiciário declarar a inconstitucionalidade, já no sistema misto conjugam-se os sistemas jurisdicional e político.

⁵ Excepcionalmente o Poder Judiciário poderá realizar o controle de constitucionalidade preventivo, por exemplo, através de mandado de segurança impetrado por parlamentar, desde que as questões ventiladas no *mandamus* sejam questões formais, relacionadas ao processo legislativo, pois o parlamentar tem direito subjetivo a participar do processo legislativo conforme o previsto na Constituição Federal.

O controle preventivo opera-se antes que o ato normativo se aperfeiçoe, identificando-se a inconstitucionalidade na norma antes de seu nascedouro, impedindo-se que venha a existir. O controle repressivo, tradicionalmente, confiado ao Judiciário, age após a existência da norma, que, embora, seja inconstitucional necessita de um órgão que a declare, ou seja, reconheça o vício existente. (FRIEDE, 2006)

Verifica-se, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, na Constituição Federal de 1988, tem regime orientado tanto pela tradição romano-germânica, como pela *common law*, através da técnica do *judicial review*, ao se adotar o sistema de controle abstrato e o sistema de controle difuso, do caso concreto, no controle das leis e atos normativos.

O controle judiciário é difuso quando a qualquer órgão do Poder Judiciário é possível apreciar as alegações acerca da inconstitucionalidades dos atos normativos⁶. No entanto, quando a questão da inconstitucionalidade é reservada a um único órgão está-se diante do controle concentrado.

Quando a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo é pura e simplesmente o objeto da questão levada ao conhecimento do órgão jurisdicional tem-se o controle principal, também chamado de controle por ação, onde o que se requer é a própria declaração da inconstitucionalidade em tese⁷.

Feitas tais considerações inaugurais, como lembra Gargarella (1997), a dificuldade de defender o controle judicial das leis vincula-se a tensão existente entre democracia e constitucionalismo, sendo que, o controle das leis como defesa da vontade popular assenta-se em críticas dentre as quais se destacam: um argumento histórico, que diante do caso Hamilton-Marshall, nega-se sua premissa central, de que a Constituição reflete a vontade do povo, como segundo argumento, cita-se o argumento intertemporal, uma vez que podem surgir novos consensos sociais na elaboração de determinada lei tão importantes quanto o consenso constitucional e, como terceiro argumento, o autor revela que sobre o argumento da interpretação os juízes extrapolam a simples leitura da Constituição.

Outra crítica vertente da revisão judicial dos atos do poder público assenta-se no caráter contramajoritário da decisão judicial. Assim, a incompatibilidade vertical da lei

⁶ Neste sentido o Artigo 97 da Constituição Federal estabelece a cláusula de reserva de plenário ao prever que somente pela maioria dos seus membros ou dos membros do órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. A Súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal refere que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Fonte de Publicação DJ nº 117 de 27/6/2008.

⁷ Artigo 102, I, “a” e Art. 103 da Constituição Federal.

infraconstitucional para com a Constituição tem na inconstitucionalidade material seu maior alvo de críticas quanto à legitimidade diante dos argumentos vertidos, como refere Streck (2002).

Mesmo diante dos argumentos contrários e favoráveis à revisão judicial, o presente artigo pretende analisar os seguintes argumentos em prol desta prática, já lecionados por Mendes (2011), a propósito: que a Corte protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da Democracia, que protege o direito das minorias e que a supremacia judicial é exigência do Estado de Direito.

2. A ORIGEM DA REVISÃO JURISDICIONAL

A técnica do *judicial review* teve como baluarte o caso *Marbury versus Madison*, entretanto, como antecedente histórico necessário, cita-se também o *Bonham's case*, em que se discutiam os poderes atribuídos ao Colégio dos Médicos na concessão de licenças para os médicos na prática da medicina, bem como o poder de expulsão e prisão dos sócios ou daqueles que praticavam medicina sem licença do colégio. Em 1605, o médico Thomas Bonham solicita ao Colégio o direito de administrar medicamentos, o que lhe é negado. Entretanto, Bonham exerceu medicina sem a licença do Colégio o que implicou multas culminando com sua prisão, por desacato. (MATTEUCCI, 2010)

A controvérsia foi instaurada no *Common Pleas* cujo presidente era Edward Coke, Bonham arguia a seu favor o espírito da lei que previa a possibilidade do Colégio de Médicos impor multas, realizar prisões, aduzindo que a lei tinha como intenção evitar práticas médicas incorretas bem como o mau uso da medicina, e que os médicos formados em universidades estariam distantes da jurisdição do Colégio dos Médicos.

O Tribunal acabou por decidir a favor do médico Bonham, prevalecendo a orientação ditada por Edward Coke, para que a autoridade do Colégio dos Médicos concedida pelo Rei baseava-se em duas cláusulas, a primeira era a prática ilícita da medicina sem a devida licença, que possibilitaria multa, e a outra era referente a má prática médica, que permitiria prisão, assim, Coke teria antecedido a ideia central da revisão judicial, uma vez que o colégio dos Médicos era parte e julgador, sendo que, basilar a *common law* é a ideia de que não se pode ser parte e juiz ao mesmo tempo, num processo que seja devido, concebendo a limitação da legislação vigente em face de preceitos na *common law*. (MATTEUCCI, 2010)

Tem-se que o vício da inconstitucionalidade faz a norma tornar-se nula, ineficaz, sequer podendo classificar-se como norma. Entendimento este baseado, na doutrina

americana da inconstitucionalidade, que teve seu precedente máximo o *case*, julgado pelo Juiz Marshall, *Marbury versus Madison*. Concluiu o magistrado que se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contrariassem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. O voto de Marshall, apesar dele ter dado causa aos fatos que originaram a demanda, estabelece a competência do Poder Judiciário para rever atos dos poderes Executivo e Legislativo diante dos preceitos da Constituição.

Sob outro aspecto, à luz do federalismo americano, formado de maneira centrípeta através da unificação das Treze Colônias, a Suprema Corte posicionou-se não apenas pela possibilidade de revisão de atos do executivo e legislativo da federação como determinou a competência para o controle dos atos e leis estaduais diante da Constituição e das leis federais. Neste sentido esclarece Fachin, ao referir-se a obra “O Federalista” de Alexander Hamilton:

A questão da supremacia da Constituição é um tema comum ao constitucionalismo moderno. Os norte-americanos, por exemplo, desde o rompimento das Treze Colônias com a Inglaterra, procuraram evitar o arbítrio do soberano e do corpo legislativo ordinário. Atribuir, então, supremacia à Constituição foi o caminho encontrado. Para os federalistas nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria o mesmo que afirmar que o constituído é superior ao constituinte, o criado superior ao amo, os representantes do povo superiores ao próprio povo em que os homens que obram em virtude de determinados poderes podem fazer não somente o que estes o permitem, mas também o que proíbem. (FACHIN, 2008, p. 142)

A corrente propagada por John Marshall, que foi seguida por Rui Barbosa no Brasil, ensina que o ato inconstitucional é nulo, írrito. Ferreira Filho (1992) menciona que o nulo não obriga, não devendo ser aplicado, porém, se aplicado, nula é esta aplicação. Nesta esteira, o efeito da declaração é retroativo, “*ex tunc*”, não sendo válidos os atos praticados sob a regulamentação da lei nula.

Por outro lado, a corrente positivista, sustenta que o ato inconstitucional não é nulo ou írrito. Kelsen (1999) preleciona que não pode existir nulidade dentro da ordem jurídica e que as normas jurídicas podem sim ser anuláveis, e, esta anulabilidade pode ser auferida em graus, possuindo, então, tanto efeitos para o futuro, “*ex nunc*”, como efeitos retroativos, “*ex*

tunc”. Não adentrando na discussão acerca dos efeitos da inconstitucionalidade, a origem da revisão judicial demonstra seu comprometimento com os direitos fundamentais.

3. A CORTE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO CONTEÚDO DE JUSTIÇA DA DEMOCRACIA

A jurisdição constitucional encontra óbice quanto à legitimidade democrática sob o argumento da dificuldade contramajoritária, eis que a legitimidade de origem atribuída aos membros do Poder Legislativo e Executivo não alcançam o Poder Judiciário. Entretanto reduzir a democracia apenas ao princípio majoritário seria desmerecer outros objetivos democráticos, como a realização de valores substantivos e a realização dos direitos fundamentais.

A jurisdição constitucional, como refere Habermas (2010), que parte do caso concreto, está limitada à aplicação da norma constitucional válida, assim, a distinção entre discurso de aplicação de normas e de fundamentação de normas traz um critério lógico argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação. Afirma, outrossim, que o poder político não pode legitimar-se apenas pelo direito que ele mesmo normatizou, sendo que o legislador legitima-se pela observância das normas processuais da constituição seja pela vontade popular precedente, apenas as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo direito. Desta forma é preciso saber se a delegação constitucional aos juízes constitucionais é suficiente para legitimar a prática de controle, Habermas esclarece:

Na Alemanha e nos Estado Unidos, na medida em que esse controle de normas é feito no quadro da instância da prova judicial, levando a rejeição de normas e não a mandatos para o legislador argumentos pragmáticos e político-jurídico podem falar em prol da distribuição institucional de competências”(HABERMAS, 2010, p.325)

Constata-se que para o autor, somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito, sendo que a compreensão procedimentalista da Constituição demonstra uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da Constituição.

A realização dos direitos fundamentais atribui grau de legitimidade democrática às decisões da revisão judicial, parecendo, tal instituto, como verdadeira garantia trazida por uma

Constituição, revela-se instrumento posto à realização do direito constitucional constituinte, ou seja, pautado na soberania popular.

Ademais, se a liberdade do parlamento, assim, como a liberdade dos demais poderes, assume pressuposto lógico ao regime democrático, ao revés, não se pode atribuir espécie de soberania parlamentar sob o argumento de legitimidade, a autonomia de um poder do Estado não se confunde com soberania, sob pena de subverter-se o regime democrático em ditatorial.

Até porque em países, ditos de modernidade tardia, cujas promessas de igualdade de acesso aos bens da vida, de liberdade e de solidariedade sequer se concretizaram, reflexo da baixa experiência democrática e federal, como se legitima, a ideia contrária, qual seja, de que o parlamento é a vontade do povo e está apto a dar a última palavra, mesmo que contrária à Constituição. (STRECK, 2002)

Talvez a questão não esteja posta na última palavra, como critério democrático, mas em que matérias, quais as questões que devem ser propostas à análise judicial. Parece não ser suficiente uma percepção procedimentalista da democracia, longe de não ser importante, porém insuficiente.

A democracia pressupõe educação política, mas só isto também não basta, precisa-se de políticos eticamente educados, cientes da função pública, eis que o abandono ético dos políticos pode minuar a democracia, como manifestado por Kersting (2003) ao tratar de democracia lembra que se os ocupantes do poder não forem orientados pelo suave regime de padrões costumeiros da decência, se faltar com a força ética, se quedarem pelo oportunismo os fundamentos da democracia liberal cai por terra, assim, o resgate ou a criação democrática passa pela educação política e ética dos cidadão e do políticos.

Outra percepção importante, ao contrapor o preceito majoritário inserido na ideia democrática e no conteúdo material dos direitos fundamentais como instrumento de legitimação é ensinada por Conrado Mendes ao analisar o preceito Dworkiano de que a democracia é um esquema procedimental incompleto que busca um ideal de tamanha consideração e respeito, ensina que a busca de tal ideal precede o procedimento majoritário, a propósito:

Em outras palavras, o procedimento não tem valor algum se, ao ser posto em marcha, não estiverem presente as exigências daquele ideal. A dimensão quantitativa e a estatística da democracia só goza da legitimidade, portanto, se não produzir decisões que desrespeitem suas próprias condições de legitimidade. ... O método de mensuração de legitimidade é, portanto, consequencialista e instrumental. (MENDES, 2011, p.72-73)

Os direitos e as garantias fundamentais implícitos, explícitos, versados na Constituição, em tratados internacionais, ou os direitos abrangidos pelo bloco de constitucionalidade de um direito fundamental, são argumentos e razões de decidir que traduzem a fragilidade do argumento contramajoritário do controle de constitucionalidade. Não apenas por tratar-se de manifestação do poder constituinte originário, a declaração e a proteção dos direitos fundamentais, mas por ser, também, manifestação deste poder as garantias de tutela de tais direitos, permeando a revisão judicial não apenas de caráter democrático, mas também demonstrando sua alçada, a verdadeira garantia constitucional para o cumprimento dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais básicos, insculpidos no caput do Art. 5º da Constituição Federal, vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade são direitos que reafirmam a vida digna, seu descumprimento e desrespeito ou não-garantia por parte do Estado, significa negação de vida, negação de oportunidade, negação de participação do jogo democrático.

Nesse sentido, a afirmação da vida afasta-se da ética discursiva Habermasiana, pois as orientações de conteúdo são fundamentais para afirmação dos direitos fundamentais e de suas garantias, como a revisão judicial. Ao criticar a ética formal, Dussel (2012) sustenta que a vida tratada sob esta percepção é apenas a vida biológica, vegetativo-animal, não se tratando de vida humana como condição absoluta de possibilidade e conteúdo, vertente produzida na ética da libertação.

Wolfgang (2003) demonstra que toda a ação individual e institucional que conflite com interesses existenciais básicos das pessoas, que lhes tire a vida, lhes cause deliberadamente dor ou as mantenha encarceradas ou as deposite de forma violenta, está proscrita em termos de direitos humanos, sendo necessário assegurar a subsistência implicando existência de deveres distributivos fundamentais. Não se trata de questionar uma vida boa, como Ronald Dworkin,

Uma modificação. Eu disse que viver bem inclui lutar por uma vida boa, mas esta não é necessariamente uma questão de minimizar as chances de uma vida ruim. De fato, muitos traços de caráter que valorizamos não são mais bem calculados para produzir o que independentemente julgamos ser a melhor vida disponível. Valorizamos espontaneidade, estilo, autenticidade e ousadia: escolher uma só dificulta ou mesmo impossibilita projetos. Podemos ser tentados a ruir as duas ideias dizendo que desenvolver e exercer esses traços e virtudes são parte daquilo que torna uma vida boa. (Dworkin, 2012, p. 7)

Sem olvidar da importância de uma vida boa, a preocupação é com a viabilidade da vida, com a afirmação da vida, da vida digna. Neste novo jogo democrático, instaurado pela Constituição Federal de 1988, a revisão judicial parece um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, sendo que, travado o dilema entre os valores insertos na constituição e os ditames da legislação infraconstitucional, a revisão se impõe como instrumento de defesa dos direitos fundamentais.

O conceito de Democracia apresenta-se com múltiplos significados representando um conceito aberto e plural. Na concepção formal pode-se inferir que a Democracia atrela-se à legalidade, marcando a subordinação do poder ao Direito. De outra sorte, no prisma material a Democracia transcende a legalidade, ou seja, além da instauração do Estado de Direito e das instituições democráticas, requer-se a democracia do cotidiano, como aduz Piovesan (2005) através do exercício da cidadania e apropriação dos direitos humanos. Conforme Held (1997), a democracia relaciona-se com a autonomia, que se expressa em duas ideias: de que os povos devem se autodeterminar e que o governo democrático deve ser limitado, acrescenta acerca do princípio da autonomia:

Las personas deben gozar de los mismos derechos y, por consiguiente, cargar con los mismos deberes, en el momento de especificar el marco político que genera y limita las oportunidades a su disposición, es decir, deben ser libres e iguales en la determinación de las condiciones de sus propias vidas, siempre y cuando no dispongan de este marco para negar los derechos de los demás⁸. (HELD, 1997, p. 183)

Ainda, quanto à Democracia, traz-se à colação a compreensão da contestabilidade, de acordo com Pettit (2003) no instante que se exige que as decisões públicas sejam contestáveis e que possam partir de qualquer segmento da sociedade exige-se que a decisão coadune-se com um perfil democrático, eis que vinculado ao consentimento.

A jurisdição constitucional vincula-se ao movimento constitucionalista vez que a função própria do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, implica afastar e coibir os excessos dos poder público, ideia que permeia as origens do constitucionalismo, sendo a

⁸ As pessoas devem gozar dos mesmos direitos e, portanto, ter os mesmos deveres no momento de especificar o quadro político que gera e limita as oportunidades disponíveis para eles, ou seja, deveriam ser livres e iguais na determinação das condições de suas próprias vidas, desde que eles não tem essa estrutura para negar os direitos dos outros.

Constituição o instrumento de limitação e de domesticação do poder público, primando pela harmonia e equilíbrio entre os poderes.

3. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Na proteção dos direitos fundamentais está a tutela dos direitos da igualdade, material, de acesso aos bens da vida, e formal. A percepção do outro como desigual ou hipossuficiente escapa do linear das eleições e da representação democrática, impescinde de proteção, de zelo por parte do Estado, e em espécie do Poder Judiciário na análise do caso concreto, sem cair em uma visão utilitarista dos direitos fundamentais, mas de acesso aos bens da vida, de realização da igualdade material.

Neste caminho entoar a proteção das minorias passa ser um desafio da revisão judicial, principalmente num País de traços desiguais, pautado por um quadro de exclusão, primado do regime capitalista. Verifica-se, o capitalismo não permanece estático e influi na mudança contemporânea, porém sua lógica continua sendo a acumulação do capital e a ampliação do mercado. Até que ponto a situação pós-moderna deve ser explicada pela mecânica do desenvolvimento capitalista. Sob este prisma, distinguem-se duas variáveis principais de pós-modernidade, a saber, um de reação e outro de resistência, um modernismo normal e convencional e um de oposição. Constata-se, há um pós-modernismo que se encaixa nos requisitos do capitalismo tardio, que cultua o consumismo e o comercialismo. (KUMAR, 1997).

A tirania da maioria, expressão antiga e ao mesmo tempo atual representa forte argumento a favor da revisão judicial, se o povo através do poder constituinte originário trouxe a garantia da revisão judicial, apresenta-se, portanto, sua validade democrática. A crítica à percepção moderna de democracia é revelada por Costa (2010), para quem, a democracia política é o cavalo de Tróia da ordem liberal parlamentar que entrega por vias legais o poder para uma maioria que, destruindo a liberdade e propriedade, arrasa os fundamentos da ordem civil, como refere, este é o recorrente pesadelo do liberalismo oitocentista, “a tirania da maioria”.

Neste viés, prossegue Costa (2010), o estado Constitucional não deveria se fundir com a democracia na busca de uma nova síntese, mas valer como instrumento para conter a democracia e impedi-la de derivações despóticas. O mecanismo democrático representativo é uma simulação de legitimidade, não atribui voz ao povo soberano, ao contrário, traz um método eficaz para a formação da classe dirigente, além de permitir sua troca de maneira

fácil. A democracia como pluralismo coincide com a multiplicidade de forças interagentes, é o traço característico do Estado constitucional, o *demos* é o resultado de uma soma de pessoas que exercitando os seus direitos participam da multiplicidade de grupos sociais e políticos.

A vontade da maioria não sustenta a tirania de uma minoria, o que denuncia um limite da maioria que elege, que vê seus interesses protegidos, até porque maiorias apartadas e isoladas não fazem parte dos interesses da maioria democrática, neste atribuição de interesse em jogo, na disputa por bens da vida, a revisão judicial põe em relevo os valores da constituição e em específico os direitos que podem ser de minorias, como negros, índios, quilombolas, idosos, enfim, “tribos” que por vezes não estão na pauta da discussão democrática. Entretanto, sentido adverso é trazido por John Hart Ely:

Sabemos que a Constituição, e em particular a Cláusula de Igual Proteção, não garante absolutamente a todos o direito a um tratamento igualitário sob todas as leis. Na verdade, muitas leis tem o objetivo de definir quais as pessoas devem receber um tratamento diferenciado, as vezes bastante diferenciado. igualitário sob todas as leis. A Constituição também não pode ser coerentemente interpretada como um documento que define um padrão “apropriado”, em face do qual a distribuição concreta das vantagens e desvantagens poderiam ser examinadas para verificarmos se é ou não constitucional. (ELY, 2010, p. 182)

O autor defende o controle abstrato das normas infraconstitucionais sem olvidar a origem democrática de seu processo de elaboração, sendo que neste processo estariam os interesses também da minoria, quando da elaboração da lei, alicerçando seu pensar puramente no processo democrático. Deve-se lembrar, mesmo diante de uma ética formal, que para Jürgen Habermas, ao criticar John Hart Ely, o conceito de procedimento democrático apoia-se em um princípio de justiça, no sentido de igual respeito a todos, porém isto não quer dizer que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade, não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e tenham de ser completados através de uma teoria substancial dos direitos. (ELY, 2010)

Kozicki (2012) ensina que a doutrina brasileira, como a europeia do pós-guerra, foi influenciada por teóricos da teoria substantiva norte-americana, na qual impera o *judicial review*, que permite um controle substantivo da Constituição por parte do Poder Judiciário, de modo a rever as leis emanadas pelo Legislativo e incompatíveis com os valores substantivos da Constituição.

O controle jurisdicional da compatibilidade das leis, atos normativos e atos do poder com os valores substanciais e preceitos da Constituição além de afirmarem conceitos democráticos de participação demonstram a tutela das minorias na busca da afirmação de direitos fundamentais.

4. A SUPREMACIA JUDICIAL COMO EXIGÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO

O ideário do Estado de direito reflete a limitação do poder político a regras gerais e abstratas, trata-se do governo das leis, a ponto de, com os anúncios da modernidade os primados do Estado de Direito confundem-se com os da Constituição. Assim, o limite do poder político é engendrado por mecanismos trazidos pela hierarquia da Constituição.

Bonavides (2012) ensina que o sistema de Constituições rígidas assenta-se numa distinção primacial entre poderes constituídos e poder constituinte. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela própria Constituição. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade” constitucional que faz da Constituição a lei das leis, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

A presunção da constitucionalidade das normas tem como ideia antecedente a hierarquia normativa, a superioridade da Constituição é consequência lógica da hierarquização das normas jurídicas, que corresponde sua organização hierárquica no próprio sistema normativo, formando o que se chama de pirâmide normativa. Ressalta-se que a norma constitucional ocupa o topo desta pirâmide, com grau máximo de hierarquia, dando sustentáculo e correspondendo ao fundamento de validade das demais normas jurídicas.

O Estado Democrático de Direito, conforme Streck e Moraes (2001), tem um conteúdo transformador da realidade, ultrapassando o aspecto material de apenas concretização de vida digna ao homem, mas fomentando a participação pública e irradiando seus efeitos sobre todos os seus elementos constitutivos, inclusive na ordem jurídica. Assim, supera-se a ideia plasmada pela modernidade, mas na busca da concretização da vida digna e da afirmação da vida, a revisão judicial é instrumento de realização do Estado de Direito. Entretanto, isto não quer dizer que apenas ao Poder Judiciário caiba a interpretação da Constituição, como refere Conrado Hubner Mendes. (MENDES, 2011)

No debate constitucional contemporâneo, em que o Estado deve pautar-se pela proteção à vida digna dos cidadãos, é certo que a prática constitucional consubstancia-se na concretização do texto constitucional, na medida em que a jurisdição constitucional legitima suas decisões pela vontade e soberania popular, não da maioria. Assim, o sistema normativo constitucional traça os parâmetros jurídicos do subsistema político constitucional, como ensina Pelayo:

Sin ánimo de desarrollar el tema in extenso, diremos simplemente que el subsistema normativo constitucional proporciona los parámetros jurídicos del subsistema político constitucional y cuyas determinaciones pueden tener decisiva importancia para su funcionamiento⁹. (PELAYO, 1985. p. 199).

Assim, como explicam Streck e Moraes (2001) são princípios do Estado Democrático de Direito: a constitucionalidade, a organização democrática da sociedade, um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão de poderes ou de funções, legalidade e segurança jurídica. Supera-se a noção conceitual(ista), da teoria tradicional constitucional, de Estado somente como nação política e juridicamente organizada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, acerca do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, tem regime orientado tanto pela tradição romano germânica, como pela *common law*, através da técnica do *judicial review*. A análise versou argumentos favoráveis à revisão judicial sendo a Corte instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do conteúdo de justiça da Democracia, tutelando, da mesma forma, direitos das minorias, representando o *judicial review* exigência do Estado de Direito. A própria origem da revisão judicial demonstra seu comprometimento com os direitos fundamentais.

A ação individual e institucional que conflite com interesses existenciais básicos das pessoas, que lhes tire a vida, lhes cause deliberadamente dor ou as mantenha encarceradas ofende de direitos humanos, sendo necessário assegurar a subsistência implicando existência de deveres distributivos fundamentais. Assim, o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional deve coibir excessos dos poder público, sendo a Constituição o instrumento de limitação do poder público e de refutação da tirania da maioria.

⁹Sem intenção de desenvolver o tema em extenso, diz-se simplesmente que o sistema normativo constitucional proporciona os parâmetros jurídicos do sistema político constitucional cujas determinações podem ter decisiva importância para seu funcionamento.

A compreensão do outro como desigual ou hipossuficiente escapa do linear das eleições e da representação democrática, requer a proteção Estado, e em espécie do Poder Judiciário, reitera-se, se o povo através do poder constituinte originário trouxe a garantia da revisão judicial, apresenta-se, para além da validade democrática, importante instrumento para a realização dos direitos fundamentais.

Portanto, poder-se-ia traçar um “novo começo”, pois a Constituição emerge como símbolo de transição na vida política de uma nação, sendo, pois, orientadora de todas as decisões judiciais, que deverão se pautar pela dignidade da pessoa humana, pela justiça social e pela democracia deliberativa, sob pena de serem ilegítimas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ªed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In COSTA Pietro. *Soberania, representação e democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação. Na idade da globalização e da exclusão*. 4ªed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O que é uma vida boa*. In www.scielo.br. Em 21 de novembro de 2012.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRIEDE, Reis. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Forense, 2006.

GARGARELA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. Isonomía nº6°. *Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, abril de 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010.

HELD, David. *La democracia y el orden global Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Tradução Sebastián Mazuca. Barcelona: Paidós, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERSTING, Wolfgang. Democracia e educação política. In *Direito e Legitimidade*. Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira, Organizadores. São Paulo: Landy, 2003.

KOZICKI, Katya. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In www.periodicos.ufsc.br/ Em 23 de novembro de 2012

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997,

MATTEUCCI, Nicola. *Breve storia del costituzionalismo*. Brescia: Morcelliana, 2010.

MENDES, Conrad Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In *Direito e Legitimidade*. Organizadores Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2003. p. 370 - 384

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, democracia e integração regional: os desafios da Globalização. In *a Democracia Global em Construção*. Org. Celso Campilongo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

PELAYO, Manuel García. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1985.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WOLFGANG, Kersting. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.