A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE PELO ASPECTO MATERIAL DA DEMOCRACIA

THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE MATERIAL ASPECT OF DEMOCRACY

Luís Fernando de Souza Pastana[1]

DATA DE RECEBIMENTO: 05/05/2019
DATA DE APROVAÇÃO: 30/07/2019

Resumo: A guarda da Constituição realizada por um Tribunal Constitucional (não eleito) pode levar a questionamentos sobre sua legitimidade democrática. A democracia, no entanto, não se reduz a um simples procedimento (aspecto formal), possuindo um aspecto material que também deve ser levado em conta na análise da legitimidade democrática do Tribunal.

Abstract: The custody of the Constitution by a Constitutional Court (not elected) may lead to questions about its democratic legitimacy. Democracy, however, is not reduced to a simple procedure (formal aspect), having a material aspect that must also be taken into account in the analysis of the democratic legitimacy of the Court.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Democracia; Tribunal Constitucional; Legitimidade democrática.

Keywords: Constitutionalism; Democracy; Constitutional Court; Democratic legitimacy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional, não sob o olhar da composição do órgão, se formado ou não por membros eleitos pelo voto popular, mas sim sob a perspectiva material da democracia.

[1] Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. E-mail: lufernando00@hotmail.com.

Quer-se com isso apontar que a legitimidade democrática não se reduz à representação popular ou à decisão com base na vontade majoritária e, portanto, a análise da legitimidade democrática da Corte deve adotar outro parâmetro de avaliação.

O artigo irá analisar a relação existente entre o Estado e o direito dentro do constitucionalismo e o papel de uma jurisdição constitucional frente aos desafios desse Estado para, ao fim, realizar uma análise da legitimidade democrática da Corte Constitucional, tomando como parâmetro a democracia em seu aspecto material (e explicando porque tal parâmetro é mais adequado que o parâmetro oferecido pelo aspecto procedimental da democracia).

Antes de adentrar no tema propriamente dito, alerta-se que os termos "Justiça Constitucional", Tribunal Constitucional" e "Corte Constitucional" serão tomados como sinônimos, referindo-se ao órgão jurisdicional competente para determinar a interpretação da Constituição (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal).

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o fim dos regimes absolutistas e o advento do Estado de Direito[2], a sociedade e o próprio poder estatal se submetem à observação de normas jurídicas. O Estado, portanto, não se encontra acima das leis, mas sim abaixo de suas ordens.

Com o advento do constitucionalismo[3], a Constituição passou a ser a norma superior de todo o sistema jurídico, sendo fundamento de validade para todas as normas, conformando o poder estatal e garantindo direitos fundamentais.

---

[2] Afirma Ingo Wolfgang Sarlet: "Com efeito, em que pese o constitucionalismo tenha se consolidado a partir das grandes revoluções dos séculos XVII e XVIII, formando três modelos que, ressalvadas as diferenças entre si, asseguraram as bases das experiências constitucionais posteriores, no caso, os modelos inglês, norte-americano e francês (os dois últimos definidores do assim designado constitucionalismo moderno), foi no período medieval, por meio da afirmação dos costumes e tradições (portanto, pelo direito costumeiro), que foram estabelecidas regras gerais de organização política, já a partir do século V. O próprio termo constituição (que já aparecia na obra de Aristóteles) era relacionado, na época, a uma noção empírica, não normativa, que resultou da simples transposição da descrição natural do processo de dominação dos territórios e de seus habitantes e do desenvolvimento histórico das relações de poder para a linguagem jurídica e política, onde passou a constituir um conceito também normativo, do dever ser. Ademais, a utilização do termo constituição nos escritos políticos da Antiguidade e mesmo na fase seguinte, do Medievo, costumava – em muitos casos – designar um modo de organização política ideal da sociedade, como dão conta as obras do próprio Aristóteles (ao identificar e propor uma tipologia das formas de governo), mas especialmente a ficção da República, de Platão, a Cidade de Deus, de Agostinho, entre outras". (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**.4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39).

Aponta LUÍS ROBERTO BARROSO que

> Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, r*ule of the law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira[4].

A Constituição, neste momento da história, é a norma superior do ordenamento, possuindo um conteúdo material (ou substantivo) que informa e determina todo o sistema jurídico de acordo com os valores democraticamente estabelecidos pela sociedade.

Aponta INGO WOLFGANG SARLET que

> O Estado Constitucional que merece ostentar tal qualificação é sempre, como já frisado, um Estado Democrático de Direito, razão pela qual aqui tomaremos as expressões como equivalentes. Cuida-se, portanto, de um Estado onde o poder (seja na sua origem, seja quanto ao seu modo de exercício) deve ser legitimamente adquirido e exercido, legitimação que deve poder ser reconduzida a uma justificação e fundamentação democrática do poder e a um exercício democrático das diversas formas de sua manifestação e exercício[5].

Todas as normas jurídicas, portanto, devem guardar compatibilidade com a Constituição, guardando compatibilidade com os elementos conformadores do poder e com os direitos e princípios fundamentais estabelecidos frente aos valores democráticos.

Dentre os meios de se limitar o poder estatal, encontra-se a fórmula da separação de poderes, em que, de modo geral, divide-se o poder a fim de limitá-lo: ao Executivo cabe a administração do Estado e execução das leis, ao Legislativo

---

[3] Afirma Inocêncio Mártires Coelho: "Deixando de lado essa controvérsia e retornando à conceituação básica de Estado de Direito da velha doutrina alemã, observamos, novamente com Böckenförde, que ela contém os seguintes aspectos fundamentais:

a) está afastada, desde logo, qualquer idéia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra-sensíveis dos homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competências do Estado de Direito;

b) os objetivos e as tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos;

c) a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64).

[4] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

[5] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**.4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 263.

cabem a edição de normas e a função fiscalizatória e ao Judiciário cabe dizer o direito observando a compatibilidade entre atos e normas jurídicas.

Questiona-se, no entanto, a quem caberia a guarda da Constituição? Em outras palavras, pergunta-se se a Constituição, por ser norma jurídica que espelha grande conteúdo e decisões políticas, seria protegida pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário (ou, ainda, por um quarto poder).

Muitos debates doutrinários e jurisprudenciais já ocorreram a respeito, bastando, por exemplo, lembrar das discussões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen ou do caso Marbury *versus* Madison.

Apenas para exemplificação, observa-se a seguir o âmago da discussão entre Kelsen e Schmitt.

Em 1929, Schmitt estabeleceu a tese de que o chefe do Reich deveria ser o defensor da Constituição, contrariando a tese de Kelsen que, em 1928, defendeu que o defensor da Constituição deveria ser um Tribunal.

Enquanto um aponta para o Poder Executivo como o guardião da Constituição, o outro aponta para o Poder Judiciário.

Schmitt tinha como base a Constituição Alemã de Weimar, a qual prescrevia ao presidente a função de "*salvaguardar a Constituição e as leis do Reich*". Assim, na visão de Schmitt, a defesa da Constituição deveria ser exercida pelo chefe do Executivo, pois somente ele, atuando de forma independente aos partidos políticos, poderia garantir a unidade do País.

Na visão do citado autor, deixar ao Parlamento a proteção da Constituição não garantiria uma proteção constitucional eficaz, pois o Legislativo é composto por diversas forças políticas diferentes e, por conta de tal divisão, não seria capaz de garantir a unidade constitucional que um País precisa.

Além disso, somente o presidente foi votado pela totalidade do povo, razão pela qual também se afastaria a ideia de se deixar a proteção da Constituição nas mãos dos juízes.

Kelsen, por sua vez, entende que a proteção da Constituição, em última análise, deve pertencer a um Tribunal Constitucional, órgão especializado e técnico capaz de reconhecer o caráter jurídico (não obstante a força política) que existe na Constituição.

Kelsen, adepto da ideia de uma teoria pura do direito, pretende que toda e qualquer influência política seja afastada das razões de decidir sobre a

constitucionalidade de algo e, assim, afasta de órgãos nitidamente políticos, como o Executivo e o Legislativo, a tarefa de ser o guardião da Constituição.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 102, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. Portanto, o sistema constitucional brasileiro adota a jurisdição constitucional, conferindo a um órgão do Poder Judiciário o dever de guardar a Constituição, realizando sua proteção e implementação através das ações de controle.

A chamada jurisdição constitucional[6] é o exercício da verificação da compatibilidade entre atos (em sentido genérico) e a Constituição.

Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, temos que

> A jurisdição constitucional, assim, consiste na entrega aos órgãos do Poder Judiciário da missão de solucionar os conflitos entre os atos, procedimentos e órgãos públicos e a constituição. Ou, em sentido mais abrangente: entrega ao Poder Judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais[7].

Nestes termos, caberia ao Tribunal Constitucional[8] controlar normas editadas pelo Parlamento, observando se guardam compatibilidade com a Constituição e, caso ofendam a norma maior, afastá-la do ordenamento[9].

---

[6] Afirma José Afonso da Silva: "Nela é que se realiza, com mais eficácia, o princípio da constitucionalidade. Embora tenha seu fulcro essencial no processo de *verificação da conformidade de um ato público à constituição*, nele não se esgota seu objeto, porquanto compreende toda a ação dos tribunais judiciários destinada a assegurar a observância das normas constitucionais, envolvendo os seguintes pontos: (a) controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público; (b) conflitos entre o Estado e indivíduos ou grupos, desde que reclamem ter havido violação de direitos fundamentais; (c) conflitos entre órgãos do governo; (d) conflitos entre entidades intraestatais autônomas. É verdade que tudo isso poderia entrar no conceito de "controle de constitucionalidade" em sentido amplo". (SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 276).

[7] SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 276.

[8] Este artigo não pretende traçar as diferenças entre um verdadeiro Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, mas alerta que, por conta das múltiplas funções que possui, como a recursal, o Supremo Tribunal Federal não seria, propriamente dito, um Tribunal Constitucional.

[9] Afirma Inocêncio Mártires Coelho: "Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defende-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobrimos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça. (...) Relembrando palavras de Radbruch – de total pertinência para esta exposição -, diríamos que no âmbito da sociedade política, se ninguém pode dizer o que é justo, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é jurídico, até porque, a esta altura da História, parece incogitável abandonar o Estado de Direito e retornar à lei do mais forte. Quem decide, afinal, pouco importa, porque essa é uma questão de escolha nos diferentes ordenamentos jurídicos; o importante, sim, é que alguém decida por último e que essa decisão seja acatada por todos". (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155).

2 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E UM CONCEITO COMPLEXO DE DEMOCRACIA

Para aqueles que concluem que cabe ao Tribunal Constitucional realizar a proteção da Constituição e, nestes termos, afastar leis editadas pelo Parlamento e contrárias à Constituição, resta a discussão sobre a legitimidade democrática da Justiça Constitucional.

Em princípio, a discussão se dá pela constatação de que os juízes da Corte não foram eleitos pela população e, no entanto, estão por anular ou afastar a aplicação de uma norma ou ato produzido por um representante do povo, sujeito que foi eleito pela população através de um processo democrático.

Poderia, sob o ponto de vista da democracia, um agente sem representação popular afastar uma norma editada por um agente com representação popular?

Esta é uma pergunta complexa e não pode ser respondida de maneira simplista, tendo em vista que a democracia é um processo complexo, e não simplista.

Já observou MARCELO FIGUEIREDO que no Brasil, tendo em vista o plano normativo do país, não faz sentido questionar a atuação da Corte Constitucional pelo prisma da legitimidade democrática se esta for tomada de forma reduzida ao voto (ou com foco na origem dos componentes do órgão).

Afirma o referido autor que

> Não obstante todas as objeções apresentadas ao papel do Poder Judiciário e seu natural déficit democrático, entendemos que esse debate se apresenta mais fortemente na realidade norte-americana. No Brasil, por exemplo, excetuando algumas manifestações da doutrina especializada, tanto dos constitucionalistas, como dos cientistas políticos, não percebemos essa crítica pelo viés original norte-americano[10].

E continua, citando RENATO STANZIOLA VIEIRA:

> Defendeu-se, enfim, que o Brasil não passou pela mesma problemática dos Estados Unidos da América, no qual a Jurisdição Constitucional surgiu a partir de auto-assunção desse importante papel institucional. Aqui, a previsão de Jurisdição Constitucional datou sempre de textos constitucionais escritos que se sucederam um ao outro.

---

[10] SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O caráter contra majoritário do poder judicial- O caso Marbury vs. Madison –Uma preocupação sobretudo norte americana?*

> Por essa razão, a pergunta acerca da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional brasileira não se dirige à sua origem, mas propriamente, a seu desenvolvimento, à sua conformação atual e atuação.

Como se percebe, em regimes em que a própria Constituição conferiu ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, não se mostra frutífera a discussão da legitimidade democrática se a democracia for reduzida à verificação do processo de escolha dos membros do Tribunal (democracia tomada somente pelo aspecto formal), sendo mais produtivo, com maior razão, a discussão da legitimidade sob o prisma dos limites da atuação do órgão (democracia tomada pelo aspecto material) – é questionar não se o órgão que atuou era composto por representantes do povo, mas sim se atuou com respaldo normativo para implementar as normas constitucionais.

Assim aponta ANDRÉ RAMOS TAVARES:

> [...] Nessa medida, todos os "poderes" são democráticos, já que procedem de um mesmo ato de soberania popular, que é a aprovação de uma específica ordem constitucional, e isso independentemente da estrutura final que se crie entre esses "poderes"[11].

Não há que se questionar, em Estados como o brasileiro, portanto, se a Corte Constitucional possui legitimidade democrática (procedimental) para anular uma norma do Parlamento, tendo em vista que a própria Constituição, elaborada democraticamente, aponta para a Corte este poder/dever.

Poderia ser afirmado, neste momento, que a Corte Constitucional recebeu, com a promulgação da Constituição, autorização popular para afastar atos do Parlamento e do Executivo contrários à Constituição.

Caso tais observações sejam superadas, ou seja, caso reste qualquer dúvida sobre a legitimidade democrática da atuação da Corte Constitucional, a questão desta legitimidade poderia ser resolvida por uma outra abordagem.

A democracia não se resumo ao voto ou à representação majoritária, havendo um aspecto material e conteudista.

Com isso se quer dizer que, mesmo que a legitimidade democrática seja analisada pontualmente, ou seja, especificamente sobre o ato da Corte que afasta um ato do Parlamento, em outras palavras, um agente não eleito afastando um ato

---

[11] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, 499.

de um agente eleito, não se poderá afirmar que o Tribunal agiu sem legitimidade democrática, tendo em vista que a democracia não se reduz ao voto ou a um procedimento, possuindo um aspecto substantivo que deve ser considerado na análise da legitimidade.

Portanto, o tema sobre a legitimidade democrática será pertinente, como se verá, se a verificação da democracia for realizada pelo viés material.

O tema "legitimidade democrática da Justiça Constitucional" não se reduz ao velho debate sobre a formação da composição da Corte (não eleita) e a sua legitimidade para derrubar leis do Parlamento (eleito), portanto.

Aponta ANDRÉ RAMOS TAVARES que

> Realmente, não aflora no discurso constitucional da atualidade a preocupação em discutir e demarcar a forma de atuação da Justiça Constitucional e, além dela, sua forma de composição. Nessa teorização prepondera uma vertente de preocupação legitimadora, que procura indicar os elementos da Justiça Constitucional a partir de uma abordagem que lhe assegure caráter democrático.
>
> HELMUT SIMON (1985, apud Moreira, 1995: 180) afirmava, quanto à jurisdição constitucional alemã, que a questão de sua legitimidade havia deixado de estar na primeira linha das preocupações, sendo substituída pela questão de se saber onde se situam os limites dessa jurisdição constitucional, já consolidada e em si reconhecida[12].

Em complementação à ideia exposta, aponta INGO WOLFGANG SARLET o seguinte:

> Mas a democracia não se reduz apenas em um conjunto de princípios e regras de cunho organizatório e procedimental, guardando, na sua dimensão material, íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais em geral, com destaque para os direitos políticos e os direitos de liberdade (designadamente as liberdades de expressão, reunião e manifestação), para além dos direitos políticos e de nacionalidade. Consoante bem sintetiza Hartmut Maurer, do respeito e proteção da dignidade humana decorre que os seres humanos (portanto, o povo) formam o elemento dominante do (e no) Estado, ao passo que liberdade e igualdade (e os direitos fundamentais correlatos) exigem que todos possam, em condições de igualdade, influir na vida estatal. Assim, também o princípio democrático, na condição de princípio normativo estruturante, apresenta uma dimensão material e uma dimensão organizatória e procedimental, que se conjugam, complementam e retroalimentam assegurando uma legitimidade simultaneamente procedimental e substancial da ordem jurídico-política estatal[13].

---

[12] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, 492.

[13] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**.4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 264.

A democracia possui, portanto, um aspecto material que deve ser considerado quando se analisa a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional, ou seja, a legitimidade não se reduz a uma democracia formal diminuída ao estrito ato do voto.

A Corte Constitucional, assim, não obstante não receber votos para a sua composição, atuaria com legitimidade democrática se for pautada na implementação da democracia material, encontrando-se dentro desta materialidade toda a proteção que a Constituição confere aos direitos fundamentais.

Aponta LUÍS ROBERTO BARROSO que

> A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia.
>
> [...]
>
> Já no tocante à democracia, é possível considera-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas – como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção -, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. A democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais -, mas também os grupos de menos expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.
>
> O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio[14].

Ao se estabelecer que é o povo o responsável pelas normas que irão lhe submeter (ideia, por exemplo, de Rousseau sobre a vontade geral), então o próprio

---

[14] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

povo e seu representante eleito devem observar limites, que são normas criadas pelo povo como necessárias para a manutenção da sociedade que se pretende.

A democracia, portanto, além de um governo da maioria, pretende o respeito às normas fundamentais criadas pela sociedade. Em um Estado Democrático de Direito, em que se respeita a vontade popular e o próprio Estado se submete às normas jurídicas, a sociedade não caminha sem rumo ou ao desejo de maiorias eventuais, pois existem normas que apontam para a manutenção de uma qualidade social que se pretendeu no passado.

Nessa medida, todos os poderes, para que a democracia seja respeitada, devem observar a Constituição e, a Corte Constitucional, por ordem da própria Constituição, tem a função de interpretar e garantir a eficácia constitucional.

O sentido completo da democracia de um Estado se faz segundo os parâmetros de suas normas constitucionais. O Estado democrático que se pretende no Brasil é aquele que observe os termos da Constituição Federal.

O Poder Legislativo, por exemplo, formado por representantes do povo através de eleições, não age democraticamente (sob o aspecto material) quando produz uma lei que desrespeita uma norma constitucional.

Portanto, se uma maioria, não obstante maioria, decidir pela edição de uma lei que desrespeite a Constituição, então esta maioria estará atuando em desacordo com as regras democraticamente estabelecidas na Constituição e, em consequência, estará atuando sem legitimidade democrática.

Quando o Judiciário atua para a implementação da própria Constituição, atua com legitimidade democrática, observada esta no seu sentido material, mesmo que seus componentes não tenham sido democraticamente eleitos (observada a democracia pelo aspecto procedimental).

Aponta ANDRÉ RAMOS TAVARES que

> O pressuposto da pesquisa que se implementa aqui é a existência de diversas formas de legitimação democrática (Häberle, 1975: 39). Assim, pode-se iniciar o debate sobre a legitimidade da Justiça Constitucional rejeitando o axioma da necessidade de decisões provenientes de instâncias eletivas (Perry, 1982: 9) ou representativas (Brewer-Carias, 1997: 557 ss.)[15].

[15] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005, 497.

O Tribunal Constitucional, nestes termos, atua com legitimidade democrática quando protege e implementa a democracia como acima observada.

A questão que se propõe, mas que não será analisada pelos estreitos limites deste artigo, é saber quando a Corte Constitucional atua para implementar as ordens e valores constitucionais e, neste sentido, procede com legitimidade democrática, e quando o Tribunal, no intuito de cumprir a Constituição, ultrapassa seus limites e ingressa no campo de atuação que somente um representante do povo poderia ingressar e, neste sentido, procede sem qualquer legitimidade democrática.

Em conclusão, a legitimidade democrática da Corte Constitucional existirá se a Corte afastar atos e normas emanados de poderes eleitos quando for para implementar as normas constitucionais, tendo em vista o aspecto material da democracia. Com isso se quer dizer que a atuação da Corte vai além, inclusive, da autorização expressa da Constituição para proceder neste sentido (de afastamento da norma), encontrando respaldo no próprio corpo social democraticamente composto.

CONCLUSÃO

O artigo demonstrou que no Constitucionalismo o Estado se submete à Constituição, e no período histórico atual (pós-segunda grande guerra), o Constitucionalismo guarda um aspecto democrático no qual é observado não somente em seu aspecto procedimental, mas também em seu conteúdo material.

Ser guardião da Constituição é, portanto, zelar pela forma (procedimento) e pelo conteúdo (materialidade).

No sistema constitucional existente em um Estado Democrático de Direito, os valores materiais constantes na Constituição guardam estreita relação com a democracia, a qual não se reduz ao voto ou decisão da maioria (aspecto procedimental), alcançando a proteção dos direitos fundamentais.

Vale relembrar, aqui, a fala de LUÍS ROBERTO BARROSO, já reproduzida neste artigo, no seguinte sentido: "*A democracia em sentido material, contudo, que*

dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos"[16].

Cabendo à Corte Constitucional a guarda da Constituição, ela deverá realizar a proteção constitucional em todos os seus aspectos, inclusive contra maiorias eventuais que, através de representantes eleitos, editam normas e atos que, porventura, podem ser contrários à Constituição.

Assim, a legitimidade democrática do Tribunal não deve ser observada pela simplicidade de uma democracia procedimental, devendo também se proceder à análise da legitimidade sob um prisma material da democracia.

A Corte Constitucional atuará com legitimidade democrática, mesmo que seus componentes não tenham sido eleitos por voto popular, sempre que sua atuação tiver direta conexão com a norma constitucional, ainda que com isso afaste norma ou ato editado por órgão de representação popular.

Afirma-se, para concluir, que atuando neste sentido, a Corte procede não somente com lastro no procedimento permitido pela Constituição (controle de constitucionalidade), mas com lastro direto na vontade popular, não aquela expressa pela maioria momentânea, mas aquela que guarda parâmetros com a democracia material disposta nas normas constitucionais protetivas da dignidade humana e dos direitos fundamentais em geral.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BICKEL, Alexander. ***The least dangerous branch****: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BLACK JR., Charles L. ***The people and the Court****. Judicial Review in a democracy*. New York: Macmillan, 1960.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

[16] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

KELSEN, Hans. ***Quién debe ser el defensor de la Constitución?***. Traducción: Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. Tradução de : Wer sol der hüter der Verfassung sein?, 1931 (tradução: editora Martins Fontes: Jurisdição Constitucional).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. . **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. O caráter contra majoritário do poder judicial. O caso Marbury vs. Madison. Uma preocupação sobretudo norte americana? *In:* FIGUEIREDO, Marcelo. **Direito constitucional.** Estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e administração pública. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2019.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2014.

SCHMITT, Carl. ***La defensa de la Constitución***. 2ª Ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: originalidades históricas e tipicidade latino-americana. *In*: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, mai./ago. 2014, ano 8, n. 30, pp. 245-62.

_____. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *In*: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.