

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA
A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE

VINICIUS MARCOMINI FLORÊNCIO GARCIA

Rio de Janeiro

2023

VINICIUS MARCOMINI FLORÊNCIO GARCIA

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Rio de Janeiro

2023

CIP - Catalogação na Publicação

G216c Garcia, Vinicius Marcomini Florêncio
Constitucionalismo e Democracia. A legitimidade
democrática do controle judicial de
constitucionalidade / Vinicius Marcomini Florêncio
Garcia. -- Rio de Janeiro, 2023.
47 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves
Bolonha.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Depósito de trabalho de conclusão de curso. 2.
Biblioteca Carvalho de Mendonça. 3. Universidade
Federal do Rio de Janeiro. I. Bolonha, Carlos
Alberto Pereira das Neves, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família, sobretudo meus pais, Jane e Jair, maiores incentivadores para realização do presente trabalho e conclusão final de minha primeira jornada acadêmica. Forneceram todo apoio e escopo necessários para que pudesse escrever as linhas a seguintes por dias e horas.

Ao meu paciente orientador, professor Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha, devo toda a concepção de fundo que norteou a pesquisa, algo que pude, aos poucos, ir compreendendo e, assim, conferir um direcionamento mais preciso e consistente à análise do tema.

Não poderia deixar de agradecer, por fim, a todo corpo docente e discente da gloriosa Faculdade Nacional de Direito – UFRJ por promoverem, em mim, o desejo pelo aprimoramento do conhecimento jurídico-acadêmico, possibilitando a presente pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho fará uma análise da Jurisdição Constitucional como mecanismo de defesa das normas e princípios constitucionais para assegurar a manutenção do Estado Democrático de Direito. A pesquisa tem por objeto revisão literária das principais linhas teóricas e autores no estudo da legitimidade para exercício do controle de constitucionalidade da atividade legiferante dos Poderes Estatais.

No presente trabalho, propõe-se também analisar se estaria a Jurisdição Constitucional subvertendo o sistema jurídico, sobretudo o brasileiro, e violando a doutrina da tripartição dos poderes quando atua como legislador positivo e se sua atuação está legitimada democraticamente.

Assim, a dissertação parte da problemática central: há legitimidade democrática no controle judicial de constitucionalidade? Para assim responder, o texto será subdividido em capítulos que versarão sobre a relação democracia e constitucionalismo e as correntes teóricas que (des)aprovam a principalidade da jurisdição na determinação da constitucionalidade das normas principiológicas e positivadas. Por fim, teço considerações finais posicionando-me teoricamente no posicionamento entendido como mais eficaz no contexto social vigente ao presente estudo.

Palavras chave: Separação dos poderes. Poder Judiciário. Controle de constitucionalidade. Legitimidade democrática. Democracia.

ABSTRACT

This work will analyze Constitutional Jurisdiction as a mechanism for defending constitutional norms and principles to ensure the maintenance of the Democratic Rule of Law. The research aims to review the main theoretical lines and authors in the study of legitimacy for exercising constitutionality control over the legislative activity of State Powers.

In the present work, it is also proposed to analyze whether the Constitutional Jurisdiction is subverting the legal system, especially the Brazilian one, and violating the doctrine of tripartition of powers when it acts as a positive legislator and whether its action is democratically legitimized.

Thus, the dissertation starts from the central issue: is there democratic legitimacy in judicial control of constitutionality? To answer this, the text will be subdivided into chapters that will deal with the relationship between democracy and constitutionalism and the theoretical currents that (dis)approve the main role of jurisdiction in determining the constitutionality of principled and positive norms. Finally, I make final considerations, theoretically positioning myself in the position understood as most effective in the current social context of the present study.

Key-words: Separation of powers. Judiciary. Judicial review. Democratic Legitimacy. Democracy.

SUMÁRIO

▪ Introdução	1
▪ Capítulo I – Estudo prévio sobre democracia e constitucionalismo	11
1.1 Democracia e constitucionalismo	11
1.2 Modelo brasileiro de jurisdição constitucional	13
1.3 A atuação contramajoritária da jurisdição constitucional	14
▪ Capítulo II - A legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade	17
2.1 A supremacia judicial no controle de constitucionalidade	17
2.2 O constitucionalismo popular: as ideias de Waldron, Tushnet e Kramer	21
2.3 A corrente procedimentalista: John Hart Ely e Jürgen Habermas	27
2.4 A corrente substancialista: Ronald Dworkin e Luís Roberto Barroso	34
▪ Considerações finais	42
▪ Referências bibliográficas	45

Introdução

O tema que pretende ser estudado por esse trabalho é a tensão que se trava entre constitucionalismo e democracia, sobretudo na função contramajoritária em matéria constitucional das Cortes Superiores, no Brasil, representadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, será investigada a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade dos atos normativos realizada pelo Poder Judiciário.

A pesquisa limitará seu estudo pela busca da compreensão da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*), analisando posturas justificadoras sobre a supremacia judicial na interpretação constitucional e também os autores críticos (principalmente Ronald Dworkin e Jeremy Waldron).

Para tanto, a problemática que pretende ser pesquisada parte da pergunta-base: há legitimidade democrática no controle judicial de constitucionalidade?

O entendimento teórico e prático da democracia para além de uma abordagem numérica maioritária, ou seja, somada à compreensão de igualdade de respeito entre os membros da sociedade (democracia cooperativa ou substancial) corrobora para a legitimação do Poder Judiciário na realização do controle de constitucionalidade. A interpretação constitucional se torna ainda mais fina com o diálogo propiciado, sobretudo, entre as instituições dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O estudo comparado de modelos de controles de constitucionalidade, bem como a análise de abordagens teóricas e conceituais pode não ser o suficiente para se concluir e apontar uma solução para o problema pesquisado.

Além do mais, variáveis como a mudança da composição interna das instituições com poder interpretativo da Constituição e decisório, bem como a alteração legal da competência para a tomada dessas decisões podem interferir ou mesmo inutilizar o resultado desse trabalho.

Nesse contexto, este escrito tem por objetivo tecer breves reflexões acerca da estrutura constitucional do ordenamento jurídico brasileiro e a sua compatibilidade com os valores

democráticos, na medida em que tenta compreender a delimitação da competência para se determinar os limites constitucionais normativos e a representatividade democrática dos atores tomadores de decisão.

Com essa maior compreensão (do embate constitucionalismo *vs.* democracia), pretende-se estudar caminhos e abordagens teóricas que ampliam a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade.

Na justificativa de defesa, o presente tema possui relevância, sobretudo após a outorga da Constituição Federal de 1988, quando se firmou a supremacia constitucional do ordenamento jurídico pátrio e, por conseguinte, positivou-se a proteção dos direitos e garantias fundamentais como norte orientador de todos os atos normativos.

Nesse sentido, com a conjuntura social atual de grande disseminação de informação (dentre essas, de direitos constitucionais) e de maior judicialização de litígios, o Judiciário tem sido o refúgio para fazer valer a proteção e concreção de direitos fundamentais sociais, mormente, para questões sensíveis relativas a minorias sociais.

É nesse contexto, que muito se questiona a solução judicial dos conflitos, principalmente na revisão judicial de controle de constitucionalidade, vez que não só o dispositivo sentenciante, mas o teor das decisões, parecem figurar como atividades legislativas (finalidade atípica do Poder Judiciário), o que pode ser denominado de “ativismo judicial”. Portanto, discute-se a legitimidade democrática e o desequilíbrio/ofensa da cláusula pétrea e princípio norteador da separação dos poderes.

Em contrapartida, há o raso senso generalista que enxerga a Democracia como simples regra de decisão da maioria. Nesse embate, a atuação contramajoritária do Poder Judiciário e a falta de elegibilidade por voto direto dos operadores das instituições representativas desse Poder é questionada quanto à capacidade (aqui entendida como legitimidade) decisória quando se profere ditames distintos do senso comum.

Diante da contemporaneidade e embate teórico premente que circunda o tema que investiga a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade dos atos normativos

realizada pelo Poder Judiciário, justifica-se a relevância do tema a ser estudado na presente pesquisa.

Dando continuidade nos trabalhos, no que se refere à metodologia, pretende-se utilizar, essencialmente, a pesquisa bibliográfica e estudos de casos, com base na doutrina e nas normas (nacionais e estrangeiras) que tratam da estruturação do controle de constitucionalidade. Assim, objetiva-se aplicar a técnica de pesquisa descritiva e hipotética para melhor compreender o fenômeno abordado e propor caminhos e abordagens teóricas mais satisfatórias, ante as estruturas social e jurídica nacionais contemporâneas.

Capítulo I

Estudo prévio sobre democracia e constitucionalismo

1.1 Democracia e constitucionalismo

Tratando-se de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, não devemos esquecer que democracia e constitucionalismo são trilhas para a concretização dos direitos fundamentais e à justiça social, de modo que o Estado Democrático de Direito não é somente aquele em que há o predomínio da maioria, mas também o que assegura os direitos fundamentais, respeita os princípios civilizatórios e promove a causa da humanidade.

Em basilar entendimento, democracia equivale à soberania do povo ou à regra da maioria e ao respeito pelos direitos fundamentais. No entanto, perfilhar a possibilidade de o poder da maioria ser irrestrito implicaria subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos. É mister esclarecer, nesse aspecto, que a *vontade geral* ou *comum* responsável pela concretização do Estado de Direito não se confunde com os interesses particulares dos cidadãos, nem mesmo com a soma ou representação dos interesses majoritariamente proeminentes, mas sim a soma das diferenças das vontades particulares. Surge, portanto, a importante *ação contramjortária* do Estado.

Nesse sentido, é necessário evitar que haja uma asfixia da vontade popular mediante a cristalização de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de alicerces do Direito. Assim, incumbe ao constitucionalismo harmonizar esses ideais até um ‘ponto ótimo’ de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sendo tal ponto a medida de sucesso de uma Constituição. Miguel de Gualano de Godoy, portanto, escreve:

“Dessa forma, não somente se altera a ideia de soberania, que passa a ser popular, mas também a partir daí caberá ao povo a tarefa de se autolegislar e, então, fundar a ordem normativa que regerá a sociedade, qual seja, a Constituição. Vale dizer, se o povo se autoimpõe certas regras é porque deseja que essas regras sejam respeitadas, daí a necessidade de se preservar a Constituição, estabelecida como norma ordenadora da sociedade, pois é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando, assim, a ambos. Daí pensar que a conjugação

constitucionalismo e democracia remete a outra que está na sua base: soberania popular e poder constituinte.”¹

Nesse intento, embora consagrem a democracia e o princípio da soberania popular, as Constituições modernas estabelecem a *forma* que deve ser observada para a manifestação da vontade majoritária, bem como os *conteúdos mínimos* que devem ser respeitados pelos órgãos representativos dessa vontade, sem, no entanto, suprimi-la. Cotejando a democracia como um jogo, poder-se-ia dizer que a Constituição seria o *manual de regras* e, os *jogadores*, os agentes políticos representantes do povo, cabendo à jurisdição constitucional ser o *árbitro* do jogo democrático.

Bem pondera Gustavo Binbenbojm:

“O equilíbrio e a harmonização dos ideais do Estado democrático de direito se buscam através da complexa estrutura de funcionamento do sistema de divisão de poderes entre órgãos políticos e jurisdicionais, adredemente delineada na Constituição. Nos países que adotam o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, os eventuais conflitos políticos de índole constitucional não se resolvem, em caráter definitivo, pela decisão da maioria, mas, ao contrário, por uma decisão do Tribunal Constitucional. Realmente, como intérprete último da Constituição, compete-lhe ditar aos demais poderes os limites de sua autoridade, velando por que atuem pautados pelos procedimentos e dentro dos limites substanciais constitucionalmente previstos. Evita-se, com isso, que o poder da maioria se tire, suprimindo os direitos das minorias e pondo em risco o próprio funcionamento do regime democrático.”² (original sem grifo)

A tensão entre constitucionalismo e democracia, entre direitos fundamentais e regra da maioria está no cerne e acompanha a ideia de controle de constitucionalidade desde as suas origens. O problema se coloca no sentido de justificar ou conciliar o poder dos tribunais – instituições integradas por agentes não eleitos por votos populares diretos – perante a democracia, regime político fundado no ideal representatividade e de auto-governo dos cidadãos.

¹ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia; uma leiura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella** – São Paulo/SP: Saraiva, 2012. P. 37-38.

² BARROSO, Luís Roberto. Prefácio in: BINENBOJM, Gustavo, **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Nesse embate, surgem inúmeras perguntas: como assegurar o direito da maioria governar e realizar escolhas e, ao mesmo tempo, proteger as minorias de decisões tirânicas, que atingem seus direitos e/ou renegam sua condição de sujeitos dignos de igual consideração e respeito? As decisões judiciais podem envolver questões morais substantivas ou devem apenas assegurar a correção do procedimento democrático de formação da vontade majoritária ou, ainda, limitar-se a casos nos quais é possível realizar uma subsunção mecânica entre normas e fatos? Em que medida e sob quais condições podem ser considerada legítima a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pela maioria? A quem deve ser atribuído o papel de defensor da Constituição?

1.2 Modelo brasileiro de controle jurisdicional

No recorte específico do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) não exerce exclusivamente atribuições típicas de corte constitucional, diferentemente de outros modelos de tribunais constitucionais, o que, em tese, dificultaria a dedicação da alta Corte às questões estritamente constitucionais.

A competência do STF está disciplinada no artigo 102 da Constituição de 1988, e inclui incumbências que não estão ligadas à sua missão de intérprete máximo da Constituição, tanto originariamente quanto em grau recursal.

Assim, a Suprema Corte pátria atua no controle concentrado de constitucionalidade, exercendo papel de efetiva corte constitucional, mas também é corte recursal, no exercício do controle difuso, e corte ordinária, nos casos originários que não estão incluídos no controle concentrado.

A corte constitucional ocupa-se do controle concentrado, na apreciação da ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), mandado de injunção e proposta de súmula vinculante.

Como corte recursal, refere-se ao julgamento de ações que ingressam no tribunal como fruto do questionamento de decisões tomadas por outras instâncias judiciais em matéria constitucional, exercendo a corte o controle difuso (concreto e individualizado), que teria como principais categorias o Recurso Extraordinário (RE) e o Agravo de Instrumento (AI). A atuação do Supremo Tribunal Federal como corte ordinária, por fim, ocorreria quando este apreciasse feitos não incluídos nas categorias anteriores, especialmente quando exerce sua função jurisdicional como instância única, como nos processos movidos contra membros do Congresso ou em casos de extradição.

Nesse ponto, vale citar, ainda que com singeleza, a consideração de competências implícitas do Supremo, a qual escreve o decano Min. Gilmar Mendes:

“De igual modo, no que se refere à competência do STF – aqui, é quase inesgotável a pletora de exemplos –, adotou-se a interpretação extensiva ou compreensiva do texto constitucional (...).

Vê-se, portanto, que mesmo numa Constituição tão analítica como a brasileira, não há como adotar a interpretação compreensiva do texto constitucional.

O sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Afigura-se, pois, incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação, corrente em inúmeros manuais, segundo a qual a competência da Corte há de ser interpretada de forma restritiva.”³

1.3 A atuação contramajoritária da jurisdição constitucional

A cotramajorietariedade resultante de atuações imperativas do Judiciário em matérias constitucionais é um dos pontos focais da doutrina constitucionalista e também cerne deste presente trabalho. Como supracitado, pelo fato de a Corte Suprema deter o controle da constitucionalidade das normas, acaba, por vezes, atuando em searas nas quais, tipicamente, a atuação caberia às instâncias legislativas e executivas do Poder Estatal. Desse modo, surge a

³ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional – 12 ed. rev. atual.** – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1039 – (Série IDP)

tensão existente entre jurisdição constitucional e o princípio da maioria (uma das bases do regime democrático): *como ser possível que juízes não eleitos pelo voto popular possam controlar e anular leis elaboradas e aplicadas por poderes eleitos?*

Neste ponto, é necessário que se discorra acerca de outro conceito-chave para o presente trabalho: a *contramajoritariedade*. A chamada “dificuldade contramajoritária”, seria justamente o problema da atuação do Judiciário em contraposição aos atos do Executivo e do Legislativo, as instâncias majoritárias do Poder estatal, eleitas democraticamente, ao contrário do primeiro.

Por várias vezes a atuação contramajoritária dos tribunais é imprescindível à proteção de direitos fundamentais ignorados pela maioria de situação, como por exemplo, decisão em plenário do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, equiparando relações entre pessoas do mesmo sexo à uniões estáveis heterossexuais, reconhecendo, assim, a união homoafetiva como um núcleo familiar.⁴

Outras vezes, no entanto, a atuação do Judiciário pode servir de expressão do pensamento conservador, como ocorreu em 1857, nos Estados Unidos, no caso *Dred Scott vs. Sandford*, quando a Suprema Corte daquele país declarou que pessoas de origem africana que tivessem sido trazidas como escravas não eram cidadãos dos Estados Unidos e, portanto, não poderiam ingressar com demandas perante cortes federais. A decisão ainda declarou inconstitucional o chamado “Compromisso do Missouri”, de 1820, que proibia a escravidão em determinados estados do país, e determinou que o Congresso não tinha autoridade para proibir a escravidão.⁵

A instabilidade à sociedade democrática advindo de tais decisões é um dos principais argumentos utilizados pelos autores que se posicionam contra a revisão judicial, vez que decisões substantivas tomadas por um colegiado não eleito pela regra majoritária poderiam atentar contra

⁴ **Mês da Mulher: há 12 anos, STF reconheceu uniões estáveis homoafetivas.** Segundo o IBGE, na época da decisão, a maioria dos casais de pessoas do mesmo sexo era formada por mulheres. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504856&ori=1#:~:text=Em%20maio%20de%202011%2C%20o,homoafetiva%20como%20um%20n%C3%BAcleo%20familiar.>> Acesso realizado em 28 de setembro de 2023.

⁵ **ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Scott v. Sandford. 60 US 393. 1857.** Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>>. Acesso realizado em 25 de julho de 2023.

uma estrutura legiferante de constituição de normas. Em outras palavras, operadores não tradutores do contexto comum deteriam demasiado controle das rédeas sociais.

A procura de uma justificativa para a supremacia judicial é a grande questão que será tratada nas páginas seguintes, no qual serão ilustradas as principais discussões doutrinárias acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Capítulo II

A legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade

2.1 A supremacia judicial no controle de constitucionalidade

Ademais, antes mesmo de se debruçar na tensão representativa da atuação de juízes constitucionais, vale questionar: a Constituição precisa de um guardião? Em hipótese afirmativa, quem deve ser ele e qual a extensão de sua competência?

Quanto à primeira pergunta, não se pode negar que a resposta a ela é afirmativa. Diante do que já foi visto, é necessário que exista um defensor da Constituição, a fim de que sejam efetivados os mandamentos constitucionais, ainda que coercivamente. Caso contrário, a Constituição seria um documento meramente simbólico, uma folha de papel, sem qualquer força normativa.

Ainda que não seja o foco deste escrito, convém mencionar, *en passant*, o trabalho do Professor Konrad Hesse, quando explica que para além de questões meramente jurídicas, principiologias e normativas, questões constitucionais são *questões políticas*. A Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes, e esses fatores reais de poder formam a *Constituição real* do país. Em suma, há notória necessidade de guardar os dizeres constitucionais ditos pelo Poder Constituinte, expressão máxima da democracia popular.⁶

Conforme afirmam Gilmar Mendes e Paulo G. Branco⁷:

Nessa linha de entendimento, assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a existência

⁶ Hesse, Konrad. **A força normativa da Constituição** (*Die normative Kraft der Verfassung*) – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes – Sergio Antonio Fabris Editor. – Porto Alegre/RS, 1991.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2014. P. 1027

de um órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição. (original sem grifo)

O guardião da Constituição, assim, deve exercer o controle da constitucionalidade dos atos normativos, buscando extirpar do ordenamento jurídico todo e qualquer ato que esteja em desacordo com a Carta Magna.

A respeito do segundo questionamento, observe-se que, desde que surgiram as primeiras constituições, é debatida a questão de quem deveria ser o defensor da Lei Maior. Ao longo da história, as teorias sobre a guarda da Constituição atribuíram esse papel a um dos três seguintes atores: o Parlamento, o Chefe de Estado e o Judiciário.

O primeiro autor a defender que o Judiciário era o ramo do Poder mais adequado a defender a Constituição foi Alexander Hamilton, um dos autores da série de escritos políticos que ficou conhecida como “O Federalista”. Dizia Hamilton que o Judiciário era o ramo do poder mais apto a defender a Constituição porque, dentre os três, era o menos perigoso. Como afirma no capítulo 78 do Federalista⁸:

“(...) o Poder Judiciário, pela mesma natureza de suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.”

Apesar de discutível a ideia que Hamilton possui acerca da força do Judiciário, o que importa aqui é notar o pioneirismo do autor em atribuir àquele ramo do Poder estatal a defesa da Constituição.

Em mesma seara, existe um fato americano que transformou a maneira de enxergar o controle de constitucionalidade naquele país e no resto do mundo. Trata-se do famoso caso

⁸ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **O Federalista**. Belo Horizonte, Líder, 2003. P. 458.

Marbury vs. Madison,⁹ julgado em 1803, momento no qual foi instituído formalmente o controle de constitucionalidade pela Suprema Corte estadunidense, que passou então a ser detentora do *status* de guardião da Constituição daquele país.

A questão sobre quem deveria ser o guardião da Constituição ainda foi motivo de um célebre debate envolvendo dois dos maiores publicistas do século passado: o austríaco Hans Kelsen e o alemão Carl Schmitt, discussão que teve como pano de fundo a crise alemã que levaria ao poder o Partido Nazista na década de 1930.

Kelsen defendia que a instituição mais adequada à defesa da Constituição seria um Tribunal Constitucional inserido em uma democracia constitucional, enquanto Schmitt sustentava que tal defesa deveria ser realizada por uma instituição política, nesse caso, o presidente do Reich.

O debate se iniciou após uma conferência proferida por Kelsen na Associação dos Constitucionalistas Alemães¹⁰, ocasião na qual este falou a respeito da necessidade da existência de um Tribunal Constitucional. Em reação a tal conferência, Carl Schmitt publica um livro intitulado “O guardião da Constituição”. Na obra, Schmitt faz severas críticas ao modelo proposto por Kelsen, afirmando que o controle de constitucionalidade por parte do Judiciário seria contrário ao princípio democrático em decorrência de formar um governo de juízes. Para ele, dessa maneira a população seria governada por uma aristocracia magistral.

De acordo com Pablo Pacheco e Tatiana Viana, Schmitt fundamenta sua defesa do Presidente do Reich como guardião da Constituição sob três bases: uma legal, uma histórica e outra doutrinária. Quanto à fundamentação legal, Schmitt diz que o próprio preâmbulo da Constituição de Weimar, ao dispor sobre a unidade do povo alemão, autorizaria o Presidente do Reich a ser o defensor da Constituição, pelo fato de representar essa unidade. Além disso,

⁹ **ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury v. Madison. 5 US 137. 1803.** Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em 26 de julho de 2023.

¹⁰ PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. **Quem deve ser o guardião da constituição?**. Rio Grande, Revista **Âmbito Jurídico**, XVII, n. 129, 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15315>. Acesso em 26 de julho de 2023

o autor faz uma interpretação extensiva do texto constitucional, afim de legitimar concessão de poderes excepcionais ao Presidente do Reich, garantir o federalismo e preservar a ordem interna.¹¹

A respeito das bases histórica e doutrinária da argumentação de Schmitt, discorrem os autores retromencionados:

*“No segundo argumento, o histórico, Schmitt (1968) fundamenta-se na situação do Parlamento Weimar que, desestruturado pela luta de partidos e com maiorias instáveis, que neste momento histórico difícil, discute, mas é incapaz de decidir e, portanto, segundo ele, tornou-se incapaz de garantir a unidade do povo alemão, ao contrário do Presidente do Reich, que representa o povo em sua unidade. Nos argumentos históricos, Carl Schmitt também utiliza a teoria da evolução histórico-dialética do Estado absolutista ao Estado total (Ibid.). Por último, na argumentação doutrinária, fundamenta-se na teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur*, de Benjamin Constant (1767-1830), para a qual a defesa da Constituição caberia ao poder moderador, como previsto na Constituição do Império do Brasil, de 1824, a ser exercido pelo monarca constitucional, com a função de equilibrar e harmonizar a atuação dos demais poderes. Schmitt (1968) somente transferiu do monarca constitucional para o Presidente do Reich a incumbência de guarda da Constituição.”¹²(original sem grifo)*

Em resposta aos ataques de Schmitt, Hans Kelsen escreve um artigo intitulado “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. A ideia fundamental do texto é a de que o Parlamento e o Governo não poderiam ser os defensores da Constituição pelo fato de que são órgãos sobre cujas atividades é exercido um controle. Assim, a fim de evitar que o órgão incumbido da guarda da Constituição atuasse em causa própria quando suas atividades estivessem em desacordo com os ditames constitucionais, seria necessário atribuir tal guarda a uma instituição independente que não fosse submetida a controle pelos outros poderes. Caso fosse atribuída ao Executivo tal função, o caos estaria instaurado, pois a este seriam atribuídos mais poderes, e, sem um controle de suas atividades, ele tenderia a ser cada vez mais despótico, a violar sempre os preceitos constitucionais.

¹¹ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007. P. 33.

¹² PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. **Quem deve ser o guardião da constituição?** Rio Grande, Revista Âmbito Jurídico, XVII, n. 129, 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15315>. Acesso em 12 de outubro de 2015

A esse respeito, diz Kelsen:

Uma vez que nos casos mais importantes de violação constitucional, Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição dividiu essencialmente entre Parlamento e governo. Que essa mesma instância tenha, com isso, um certo poder, é inevitável. Porém há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes, ademais, o Controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do Poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.¹³(original sem grifo).

A solução de Kelsen, de concentrar o controle de constitucionalidade em um Tribunal Constitucional, e, portanto, levar a resolução de questões políticas ao âmbito da justiça, acabaria por promover uma politização da justiça muito mais do que uma judicialização da política.

Kelsen ainda termina por dizer que a posição de Schmitt é movida por interesses unicamente ideológicos, carecendo de rigor científico. O austríaco, fiel a sua teoria pura do Direito, afirma que o jurista deve buscar a separação “mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político”.¹⁴ A ideia de Kelsen, de criação de um Tribunal Constitucional, sagrou-se vitoriosa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

2.2 O constitucionalismo popular: as ideias de Waldron, Tushnet e Kramer

Neste ponto serão analisadas as ideias de autores que podem ser considerados adeptos do *constitucionalismo popular*. Os pensadores filiados a esta corrente de pensamento têm como ponto em comum a ideia de que o defensor da Constituição não deve ser unicamente o Judiciário, mas um órgão em que seus operadores são eleitos democraticamente pelo povo, ou controlado diretamente por ele. Os principais autores a sustentar essas ideias são Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Larry Kramer.

¹³ KELSSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Martins Fontes, 2003. p. 275-276.

¹⁴ *Ibidem*. p. 298.

Jeremy Waldron, professor neozelandês radicado nos Estados Unidos, é um dos maiores expoentes desse pensamento. Para o autor, a instituição mais adequada para resolver as controvérsias dentro de um regime democrático não é a Suprema Corte, mas o Congresso. Waldron protagonizou grande controvérsia com seu antigo professor Ronald Dworkin, que defendia a *judicial review* (revisão judicial – controle judicial de constitucionalidade).

Waldron inicia sua crítica à revisão judicial a partir de sua obra “*a dignidade da legislação*”, na qual procura recolocar a lei no centro do ordenamento jurídico, em detrimento da decisão judicial. O autor busca, como o título de seu trabalho deixa entrever, reafirmar a dignidade do Legislativo, vez que não raro pairam questionamentos populares sobre a atuação ilibada dos operadores legiferantes.

Nesse sentido, a fim de alçar o Legislativo à categoria de guardião da Constituição, o autor afirma que este órgão seria mais adequado a defendê-la porque a deliberação existente no processo de elaboração das leis, do qual participam representantes dos mais diversos setores da sociedade, permitiria que o maior número possível de cidadãos pudesse influenciar na criação dos novos atos normativos, o que seria mais condizente com os princípios democráticos. O Judiciário, por sua vez, não seria adequado pelo fato de seus representantes não serem eleitos diretamente por voto popular e por sua deliberação ficar restrita a discussões acadêmicas dentro de um pequeno colegiado.

De modo a alcançar o ideal de Legislativo como intérprete maior da Constituição, Waldron propõe a elaboração de uma teoria filosófica da legislação, não apenas para retirar do Judiciário as grandes decisões constitucionais, mas a fim de que se possam desenvolver conceitos robustos de interpretação legislativa e de autoridade legislativa. Dessa maneira, o autor acredita que é possível desenvolver uma concepção mais digna do papel do Legislativo.

Assim discorre Waldron:

“A pergunta que devemos fazer é esta: dado que o mundo jurídico, no qual os cidadãos e seus advogados deparam com as exigências do Estado, é, em boa parte, um mundo estatutário ou, na melhor das hipóteses, um mundo no

*qual o direito consuetudinário e os estatutos mesclam-se caótica e indiscriminadamente, por que, na filosofia jurídica, persistimos em formular estruturas conceituais que tornam o direito consuetudinário – o direito desenvolvido por juízes e tribunais – a questão central e interessante. Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam?*¹⁵ (original sem grifo)

A resposta a tais questionamentos está relacionada ao princípio majoritário. Waldron afirma que a ideia de que um órgão com muitos representantes, como as casas legislativas, não poder decidir adequadamente não está necessariamente correta.

Aduz ainda, após fazer uma análise do princípio majoritário, que tal princípio deve dominar as grandes decisões, pois “*a decisão majoritária apresenta-se como um método equitativo de decisão e como interpretação natural da agregação física das forças na física do consentimento*”¹⁶. Nesse sentido, Waldron afirma que as decisões do próprio Judiciário também estariam fundadas no princípio majoritário, mormente nos julgamentos dos tribunais constitucionais, em que as decisões são colegiadas. Qualquer decisão, ainda que envolvesse um número restrito de agentes com poder de voto, só é tomada caso seja atingida uma maioria.

No entanto, apesar de sua defesa da legislação, Waldron reconhece que o controle judicial de constitucionalidade pode se justificar em sociedades nas quais as instituições representativas sejam deficientes e quando a sociedade ainda não formou uma cultura de respeito aos direitos fundamentais.

Mark Tushnet, professor na Escola de Direito de Harvard, outro adepto do constitucionalismo popular, expressa suas ideias sob uma perspectiva ligeiramente diferente: para o autor, o principal problema de uma democracia baseada na supremacia judicial é o fato de que isso *incentiva a irresponsabilidade do legislador*, que passa a aproveitar a prerrogativa do Judiciário de tomar as grandes decisões para se isentar de enfrentar questões polêmicas cuja solução é atribuída ao próprio Poder Legislativo. Além disso, os legisladores também poderiam usar a Suprema Corte como laboratório para testar o ambiente político sem correr

¹⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 13.

¹⁶ Ibidem, p. 180-181.

maiores riscos.¹⁷ Sua principal obra a respeito do assunto é “*Taking the Constitution away from courts*” (Retirando a Constituição dos tribunais).

Tushnet inicia o primeiro capítulo da obra, intitulado *Against judicial supremacy* (Contra a supremacia judicial) com uma questão no mínimo polêmica. O autor cita⁵⁰ uma decisão tomada pela Suprema Corte estadunidense em 1982, quando esta considerou inconstitucional uma norma do estado do Texas que negava o direito a uma educação pública e gratuita a filhos de imigrantes ilegais (caso *Plyler v. Doe*). Em 1994 a Califórnia votou a Proposição 187, uma emenda à Constituição daquele estado que, em um de seus trechos, negava a educação pública nos mesmos termos que a citada norma texana. Uma corte federal logo declarou inconstitucional essa parte da emenda. Tushnet então pergunta se um diretor de uma escola estaria agindo necessariamente errado se fizesse objeção à matrícula de uma criança de um imigrante ilegal, ao que o próprio autor responde:

“Claro que não. Os legisladores juraram obedecer a Constituição – a Constituição, não a Suprema Corte. O que a Constituição significa não é necessariamente o que a Suprema Corte diz que significa. Se os legisladores considerarem que o Tribunal interpretou mal a Constituição, seu juramento os permite – de fato, pode obrigá-los – a desconsiderar o caso Plyler”
¹⁸(tradução livre)

Tushnet, então, passa a justificar sua polêmica resposta. O autor propõe uma nova teoria da interpretação constitucional. Inicialmente, Tushnet opta por dividir a Constituição em duas: uma parte seria a “*Constituição densa*”¹⁹, que corresponderia às normas dispostas sobre questões gerais de organização do Estado, separação dos poderes, por exemplo.

A segunda, “*Constituição leve*”²⁰, por sua vez, compreenderia as garantias fundamentais do cidadão, como liberdade e igualdade. Esta constituição é que deveria ser o objeto da interpretação popular, pois constituiria os cidadãos americanos como povo. Tushnet,

¹⁷ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from courts**. Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 149.

¹⁸ *Ibidem*, p. 06: “*Of course not. Legislators took an oath to support the Constitution – the constitution, not the Supreme Court. What the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means. If legislators think the Court misinterpreted the Constitution, their oath allows them – indeed, it may require them – to disregard Plyler.*”

¹⁹ *Ibidem*, p. 9.

²⁰ *Ibidem*, p. 11.

citando uma nota escrita por Abraham Lincoln, descreve a União e a Constituição como uma moldura de prata ao redor de uma maçã de ouro, que seriam os princípios da Declaração de Independência. A moldura havia sido feita para a maçã, e não a maçã para a moldura. Assim, os princípios fundamentais da Constituição não deveriam se sujeitar ao aparato burocrático do Estado. A interpretação constitucional não poderia restar concentrada nas mãos de um único órgão, ainda que colegiado, sem possibilidade de intervenção por parte dos cidadãos.

Assim, o autor busca trazer de volta ao Legislativo e ao Executivo a possibilidade de interpretarem a Constituição. Tushnet acredita que as instâncias majoritárias do Poder perdem muito de incentivo a cumprir as determinações constitucionais devido ao monopólio judicial interpretativo da Carta Magna. De tal maneira, acredita, uma vez retirada a Constituição do âmbito dos tribunais, Legislativo e Executivo teriam condições de fazer um trabalho mais representativo dos anseios sociais, resgatando assim a legitimidade popular e reabilitando e reconectando os operadores constitucionais perante à opinião pública. O povo, portanto, teria de volta sua soberania, e o constitucionalismo popular seria o único direito constitucional que existiria.²¹

Outro professor americano que pode ser considerado uma das maiores vozes do constitucionalismo popular é Larry D. Kramer. Kramer questiona a ideia de que o Judiciário deveria ser o último intérprete da Constituição a partir de uma análise histórica do sentido da interpretação constitucional. De acordo com o autor, nos primeiros anos da Constituição americana, na época dos pais fundadores (*founding fathers*), defendia-se que o poder de interpretar a Constituição pertencia ao povo.²² Não apenas de maneira abstrata: toda a comunidade deveria interpretar a Constituição, e não apenas o Judiciário ou outro ramo do poder. No entanto, segundo o autor, com o passar dos anos essa ideia de interpretação popular cedeu espaço para o prestígio da ideia de supremacia judicial. Para ele, caberia ao povo retomar a supremacia, com a prerrogativa de ser o guardião da Constituição.

Kramer afirma que a ideia de supremacia de um determinado órgão para defender a Constituição era representativa de uma relação de dominação dos aristocratas em relação ao

²¹ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from courts**. Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 167.

²² KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York, Oxford University Press, 2004, p. 8.

povo. Como afirma (em livre tradução)²³:

“A pergunta que os americanos devem fazer a si mesmos é se eles estão confortáveis entregando sua Constituição às forças da aristocracia: se eles compartilham essa falta de fé em si mesmos e em seus colegas cidadãos, ou se eles estão preparados para assumir novamente todas as responsabilidades de um auto-governo. E não há dúvidas: a escolha cabe a nós, necessária e inevitavelmente. A Constituição não faz isso por nós. Tampouco o fazem a história, a tradição ou a lei.”

O autor mantém essa rigidez teórica ao longo de sua obra, sempre reafirmando a ideia de que o povo tem a responsabilidade de readquirir o poder constitucional. Kramer diz ainda que os cidadãos deveriam poder rever as decisões judiciais, de forma que os próprios juízes sentissem a responsabilidade de poderem ter suas decisões invalidadas pelo crivo popular.²⁴

Apesar de insistir na soberania popular como intérprete final da Constituição, Larry Kramer não deixa claro quais seriam os mecanismos adequados para tornar efetiva essa forma de interpretação, motivo pelo qual suas ideias caem no vazio de uma utopia sem maior relevância prática.

Por fim, os autores adeptos do constitucionalismo popular, apesar de apresentarem pontos de vista importantes e introduzirem questões inovadoras no debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, acabam pecando por não conseguirem conceber mecanismos de sustentação dessa soberania popular que tanto pregam, o que acaba por praticamente anular a aplicabilidade prática de suas ideias. Contudo, vale ressaltar que, como dito, são pontos de relevante argumentação que equilibram a teoria constitucional do controle de constitucionalidade, além de afinar a discussão acadêmica ao passo que corroboram para uma apuração mais refinada da aplicabilidade da técnica da revisão constitucional.

²³ KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York, Oxford University Press, 2004, p. 247: *“The question Americans must ask themselves is whether they are comfortable handing their Constitution over to the forces of the aristocracy: whether they share this lack of faith in themselves and their fellow citizens, or whether they are prepared to assume once again the full responsibilities of self-government. And make no mistake: the choice is ours to make, necessarily and unavoidably. The Constitution does not make it for us. Neither does history or tradition or law.”*

²⁴ *Ibidem*, p. 253.

Outro problema da teoria do constitucionalismo popular seria a *idealização do processo político eleitoral contemporâneo*. Nesse sentido, e trazendo o debate para a realidade brasileira, afirmam os professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“As democracias representativas contemporâneas estão muito longe desse ideal, como se observa claramente no caso brasileiro. Não se deve imaginar o Poder Judiciário como instância virtuosa de defesa de direitos e princípios, como fazem alguns defensores do controle de constitucionalidade, tampouco se deve incidir no erro oposto, de glorificação do processo político majoritário, ignorando as suas deficiências reais, dentre os (sic) quais está a sua excessiva infiltração pelo poder econômico. Nesse erro incidiram os teóricos do constitucionalismo popular. Diante das instituições efetivamente existentes na maior parte das sociedades contemporâneas, inclusive o Brasil, não parece um bom conselho a abolição ou a minimização da jurisdição constitucional.”²⁵

Sarmiento e Neto ainda citam os nomes de alguns autores brasileiros, como Martônio Mont’Alverne Barreto Lima, Gilberto Bercovici e Luiz Moreira, cujas ideias estariam próximas das concepções do constitucionalismo popular. Ressaltam os primeiros autores, no entanto, que essa visão é minoritária na doutrina constitucionalista brasileira, que tem se posicionado em torno da defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.²⁶

2.3 A corrente procedimentalista: John Hart Ely e Jürgen Habermas

Talvez dentre as distinções doutrinárias mais relevantes para a teoria constitucional contemporânea é que se faz entre *procedimentalismo* e *substancialismo*. Essa distinção é realizada em dois contextos diferentes: (I) tanto para discutir o papel da própria Constituição na sociedade quanto (II) para debater qual seria o espaço adequado da jurisdição constitucional.

Utilizada no primeiro sentido (I), a corrente *procedimentalista* sustenta que o papel da

²⁵ SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo**. In: **Jurisdição constitucional e política**. SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015, pp. 88-89.

²⁶ *Ibidem*, p. 89.

Constituição seria definir as regras do jogo político para assegurar a democracia social, o que incluiria a defesa de direitos que seriam pressupostos democráticos, como o direito à liberdade de expressão e à livre associação. As decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral e econômico, por exemplo, não devem estar na Constituição e dever-se-iam serem decididas pelo próprio povo a seu tempo. O *substancialismo*, por sua vez, defende que a Constituição adote decisões substantivas, principalmente quanto aos direitos fundamentais, ainda que não forem pressupostos para o funcionamento social democrático.

Concernente à importância da distinção entre *procedimentalismo* e *substancialismo* no debate sobre o papel da jurisdição constitucional, os autores procedimentalistas sustentam que os juízes constitucionais devem adotar uma postura de *autocontenção* em todas as questões que não digam respeito a direitos que sejam *pressupostos de funcionamento da democracia*, podendo atuar de uma maneira mais direta para assegurar direitos de participação política. Já os substancialistas sustentam que, mesmo em casos que não envolvam os pressupostos do regime democrático, a jurisdição constitucional pode ter um papel mais ativo.²⁷

Desse modo, exemplificando com caso supradito, um adepto do substancialismo consideraria legítima a atuação da Corte Suprema na equiparação da união estável de pessoas do mesmo sexo à união estável heteroafetiva, enquanto um procedimentalista consideraria inadequada tal atuação, pois não envolveria um direito pressuposto do funcionamento social democrático.

Um procedimentalista que possuía uma concepção interessante acerca da questão da legitimidade da jurisdição constitucional era John Hart Ely, professor americano falecido em 2003. Sua principal obra é *Democracia e desconfiança*, livro no qual o autor busca conciliar o controle jurisdicional de constitucionalidade com os ideais democráticos.

O autor principia por atacar a dicotomia existente na teoria constitucional entre o que ele chama de *textualismo* e *interpretação livre*. A primeira concepção estaria ligada à ideia de que os juízes deveriam se limitar a aplicar as normas que estivessem escritas na Constituição ou claramente implícitas nela, enquanto que a interpretação livre autorizaria os juízes a ir além

²⁷ SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo.** In: *Jurisdição constitucional e política*. SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015, p.90.

do texto da Constituição, podendo realizar interpretações que não estivessem claramente implícitas nesta.²⁸ Ely considera insuficientes ambas as concepções.

Para o autor, o chamado textualismo teria dois atrativos. O *primeiro* seria que ele se adequaria melhor a nossas concepções sobre o conceito de Direito e sobre o funcionamento deste. Assim, ao interpretar uma disposição a fim de saber se esta autoriza determinado comportamento ou não, o juiz deveria se limitar a enunciar as proibições ou permissões explícitos na norma ou claramente implícitos nela. Caso o julgador, ao contrário, declarasse não estar satisfeito com as disposições legais e se propusesse, em tal caso, a aplicar em nome daquelas disposições os valores que em sua opinião fossem os mais adequados, poder-se-ia concluir que não estaria cumprindo com o seu dever, considerando Ely, ironicamente, que seria adequada a criação de uma comissão para apurar se o julgador haveria perdido o juízo perfeito.²⁹

O *segundo*, ainda mais relevante que o anterior para Ely, vez que sua importância derivaria da evidente dificuldade que enfrentariam os oponentes do textualismo de conciliar suas ideias com a teoria democrática. Neste ponto o autor faz referência à dificuldade contramajoritária. Aduz que o fato de os juízes não serem eleitos, e, portanto, “irresponsáveis” politicamente, contribuiria para dificultar a atuação destes além do texto da lei, sobretudo em situações de atuação contramajoritárias. No que concerne ao textualismo, o cerne problemático seria a ambiguidade linguagem do texto magno, o que obrigaria o intérprete a buscar na história constitucional e no sistema jurídico os instrumentos para a construção de um sentido aceitável, circunstância que impossibilitaria uma interpretação apegada ao texto ou a algum sentido claramente implícito neste.

Os defensores da interpretação livre, assim, teriam uma maior dificuldade de justificar suas concepções. Ely procura demonstrar tal assertiva realizando uma crítica ferrenha da interpretação livre. Para ele, as normas constitucionais cuja interpretação seria mais aberta, por sua natureza, levariam o intérprete a ir além do texto. O problema apareceria a partir do momento em que determinado operador jurisdicional adepto da interpretação livre julgasse a

²⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 19.

²⁹ *Ibidem*, p. 22

partir de valores não extraíveis diretamente do texto constitucional. Essa prática traria um prejuízo ao Estado Democrático, na medida em que as grandes questões seriam julgadas por uma minoria elitista que decidiria de acordo com suas próprias convicções.

Nesse aspecto, John Hart Ely escreve:

“Assim, os valores que os juízes tendem a ressaltar como fundamentais – na medida em que tais escolhas não refletem apenas as predisposições éticas e políticas dos indivíduos envolvidos – serão naturalmente suspeitos. Eles serão – e seria tolo esperar o contrário, se a tarefa for assim definida – os valores daqueles que Henry Hart, sem ironia, costumava chamar de “juristas de primeiro escalão”. A objeção à “razão” como fonte de valores fundamentais define-se melhor, portanto, quando formulada como uma alternativa: ou ela é tão vazia quanto os “princípios neutros” ou é tão elitista e antidemocrática que deveria ser desconsiderada imediatamente. Nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão.”³⁰

Ely procura escapar da referida dicotomia. Para ele, a Suprema Corte não deve impor seus valores, sejam estes quais forem, ao interpretar as cláusulas constitucionais de textura aberta, mas a interpretação constitucional tampouco pode ficar à mercê de um método fechado em si mesmo, sem nenhuma espécie de maleabilidade. A solução, portanto, seria uma terceira via: a Corte não poderia atuar de maneira a impedir excessos substanciais do Legislador, mas apenas agir para corrigir as distorções no que se refere a impedimentos ao regular funcionamento da democracia. A jurisdição constitucional atuaria, desse modo, nos dizeres do autor, como uma espécie de órgão *antitruste*, e não como um órgão *regulador do mercado político*, intervindo apenas quando tal “mercado” funcionasse aquém/além dos parâmetros sistêmicos, e não determinando resultados substantivos. Ely também faz uma analogia com um árbitro de futebol: este interfere apenas quando uma das equipes obtém uma vantagem injusta, e não quando a equipe “má” marca um gol.³¹

³⁰ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 19.

³¹ *Ibidem*, p. 136.

Habermas busca promover uma conciliação entre duas concepções bastante tradicionais da filosofia política: a tradição kantiana do constitucionalismo liberal, preocupado com as liberdades individuais e a autonomia privada do cidadão, e a tradição republicana, direcionada à defesa da soberania popular e a autonomia pública do cidadão.³² O objetivo é construir um sistema em que a autonomia pública e a autonomia privada se complementem e possam atuar mutuamente.

Para o autor alemão, existem falhas em ambos os sistemas, pois o simples respeito da autonomia privada não consegue assegurar que os processos dentro de uma sociedade serão democráticos, o mesmo podendo ser dito acerca da preocupação unicamente com a autonomia pública. De acordo com Habermas:

“As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública no cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a ideia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas na medida em que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles.”³³

De acordo com Marcos César Botelho, Habermas faz alusão à ideia manifestada por Kant ao elaborar seu princípio geral do Direito: uma ação será considerada equitativa quando sua máxima permitir que exista uma convivência entre a *liberdade de arbítrio de cada indivíduo com a liberdade de todos*, de acordo com a lei geral. De tal maneira, “na ótica habermasiana, a função estabilizadora das expectativas nas sociedades modernas só pode ser exercida pelo Direito enquanto houver a conservação de um nexos interno com a força integradora do agir comunicativo”.³⁴

Assim, ao tentar conjugar o conceito de liberdade democrática, autonomia pública proposta pelos republicanos, com o conceito de liberdade enquanto autonomia privada, Habermas afirma que existe uma relação interna entre a soberania popular e os direitos

³² BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 136

³³ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo, Edições Loyola, 2002, p. 290.

³⁴ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 137.

humanos.

O Direito, então, seria o instrumento adequado a realizar a ligação entre essas concepções diferentes de liberdade, conciliando-as. Importante ainda notar que uma liberdade pública está ligada necessariamente à autonomia privada. Como aduz Botelho, a mera leitura de alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal seria suficiente para que se pudesse observar o acerto dessa constatação. De acordo com o autor, a própria liberdade de consciência e de crença prevista no inciso VI desse artigo expressa a proteção a direitos de natureza eminentemente pessoal e, portanto, intimamente ligados à autonomia privada do cidadão. Por isso Habermas reafirma a necessidade de relação entre a liberdade de ação individual do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão, de maneira a firmarem uma completude.

Ainda quanto à relação entre soberania e direitos humanos, entende Habermas que esta não pode ser desigual e muito menos antagônica, mas complementar. Do contrário, haveria o perigo de ocorrer o desvirtuamento de uma construção racional e participativa de democracia. Assim, a proteção aos direitos humanos possibilitaria a afirmação da soberania popular, e vice-versa.

Nesse sentido, afim de que o ordenamento jurídico esteja de acordo com os princípios democráticos, se faz necessário que ocorra um processo de deliberação no que se refere às questões basilares da sociedade, de maneira que os cidadãos possam decidir seu próprio caminho. A legitimidade de um tal sistema político, na concepção habermasiana:

“(...)está fundamentada não pelo fato de que uma maioria da população decide e crê que assim o seja, mas porque subjazem à legitimidade argumentos significativos, fazendo surgir uma legitimidade fundamentada em consensos construídos mediante um diálogo ativo e um debate no espaço público.”³⁵

Para Habermas, a existência da própria democracia pressupõe que sejam disponibilizados aos cidadãos iguais direitos de comunicação. A autonomia política parece

³⁵ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010 p. 134.

afastar qualquer possibilidade de autolegitimação de qualquer órgão ou instituição política. De tal maneira, o próprio Judiciário não poderia legitimar isoladamente sua atuação, o mesmo valendo no que se refere ao Executivo e ao Legislativo.

Assim, de acordo com Botelho, para Habermas, o objetivo do Tribunal Constitucional seria tutelar o *procedimento democrático* e a *forma deliberativa* pela qual se formariam a opinião e a vontade públicas. Seria tarefa da Corte possibilitar a abertura de tais procedimentos a todos os interessados, permitindo o acesso à práxis deliberativa, por meio da conciliação da defesa dos direitos humanos com a soberania popular. A Corte não pode substituir os cidadãos nessa deliberação, mas deve, ao contrário, possibilitar a participação de todos.³⁶

Diante de todo o exposto, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, para Jürgen Habermas, residiria na *abertura de espaços no tribunal à deliberação pública*, permitindo a participação dos interessados no *processo de tomada de decisões públicas*, compensando a linguagem vaga e técnica inerente à atividade jurídica através de *procedimentos democráticos de discussão*. Assentada a atividade do Tribunal Constitucional sobre tais bases, o fato de a escolha dos membros do tribunal não ser realizada através do voto popular direto não constituiria obstáculo à legitimidade democrática da atividade da Corte, posto que os processos de decisão dentro do órgão respeitariam a soberania popular. A deliberação só poderia ser restringida caso essa limitação fosse realizada com objetivo de garantir a continuidade e integridade da própria deliberação.

Caso a deliberação majoritária violar direitos fundamentais, então o Judiciário poderia intervir para preservá-los por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade. Atuando de tal maneira, a Suprema Corte não estaria restringindo o poder de decisão dos cidadãos, mas apenas preservando os direitos fundamentais violados em determinada decisão, de maneira a assegurar a continuidade da participação de todos no processo deliberativo democrático.

Apesar de sua sofisticada teoria acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, Habermas não escapa das críticas formuladas pelos próprios defensores do controle jurisdicional da constitucionalidade. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza

³⁶ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo, Saraiva, 2010 p. 167.

Neto, que aduzem que a teoria de Habermas

“(...) não parece suficiente para assegurar garantia robusta a direitos fundamentais extremamente importantes, que não sejam diretamente ligados à deliberação democrática, como a privacidade ou o direito à saúde. Direitos fundamentais básicos, que representam imperativos éticos importantes, mais (sic) que não figurem como condições de funcionamento da democracia, ficam mais expostos à vontade das maiorias de ocasião.”³⁷

Sarmiento e Souza Neto também apontam outro problema para a concepção de Habermas, que seria a impossibilidade de escolher um modelo fixo de democracia, diante da pluralidade de concepções acerca desse conceito. E, no caso brasileiro, a adoção do procedimentalismo de Habermas resultaria em um paradoxo: uma das ideias centrais do autor alemão é justamente a limitação do ativismo judicial em nome da democracia. No entanto, sendo a Constituição de 1988 profundamente substantiva, os juízes constitucionais, a fim de abraçarem a teoria habermasiana, teriam que passar por cima da teoria substantiva adotada pelo próprio constituinte.³⁸

2.4 A corrente substancialista: Ronald Dworkin e Luís Roberto Barroso

O substancialismo designa uma corrente do pensamento constitucionalista caracterizada por atribuir à jurisdição constitucional um papel mais ativo nas decisões que a ela são apresentadas. Nesse sentido, o juiz constitucional estaria autorizado a agir além do texto positivo, de maneira a buscar a concretização dos mandamentos constitucionais, especialmente os que se referem à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Os substancialistas entendem que, além de promover a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes, o Judiciário teria o papel de colocar em evidência, ainda que contra maiorias eventuais (ou de situação), as vontades implícita e explícita do direito normativo, especialmente no tocante aos textos constitucionais e aos princípios selecionados como de valor permanente da cultura de origem.

³⁷ SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo.** In: **Jurisdição constitucional e política.** SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015. Pp. 94-95.

³⁸ *Ibidem*, p. 95.

Elucidarei nessa parte as ideias de dois autores que podem ser considerados adeptos do substancialismo: Ronald Dworkin, por ser tido como a maior referência teórica desta corrente de pensamento, e Min. Luís Roberto Barroso, por ser um dos autores nacionais que mais bem sistematizou o estudo acerca do tema.

Ronald Dworkin, antigo professor da Escola de Direito de Nova Iorque, questionava a afirmativa de que a jurisdição constitucional não teria legitimidade democrática para decidir determinadas questões de litígios de grupos representativos de fatias sociais, devendo estes empasses serem resolvidos por órgãos políticos. Para o autor norte-americano³⁹, essa ideia não se sustenta pelo fato de que é errônea a noção de que somente o Legislativo é responsável politicamente. Tal argumento pressupõe que o Legislativo, por ser um poder eleito pelo voto democrático direto ou proporcional, teria melhores condições de decidir as grandes questões, e essa conclusão é bastante perigosa, posto que passaria a permitir que uma maioria julgasse em causa própria, em detrimento dos direitos das minorias carentes de representatividade legislativa. Nesse sentido, faz uma crítica aos defensores inflexíveis do princípio majoritário como princípio maior da democracia, vez que mesmo esses rígidos autores admitem não ser o voto majoritário suficiente para assegurar igualdade política. A voz dos vencedores não necessariamente representa o bem-comum e/ou o interesse de todos.

Democracia pressupõe respeito e proteção aos direitos fundamentais, e não apenas decisões majoritárias. Os juízes, pelo fato de não serem eleitos, teriam melhores condições de decidir respeitando os direitos das minorias, pois sem o compromisso político-partidário, a jurisdição poderia atuar sempre que necessário para defender os direitos individuais contramajortários em detrimento da tirania de uma maioria eventual.

Dworkin entendia o direito enquanto um conjunto de regras e princípios, as primeiras são válidas ou não, já os princípios obtêm sua validade da praxe do tribunal ou de um conjunto de regras e tem sua validade declarada no caso concreto e somente nesta instância poderá ter seu peso avaliado. Assim, os princípios não surgem de uma decisão específica do Poder Legislativo ou Executivo, e sim de uma construção de entendimentos daquilo que é *“apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”*⁴⁰.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 221.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 64

A atuação do juiz constitucional, no entanto, não é atividade das mais fáceis. O juiz também possui responsabilidade política por suas decisões. Por isso, Dworkin trabalha com vistas a estabelecer parâmetros para essa atuação. A esse respeito, enuncia a teoria do direito como integridade. A teoria da integridade, de uma maneira geral, seria uma espécie de terceira virtude política, situando-se ao lado da justiça e da equidade, podendo ser definida como um compromisso prestado pelo operadores do Poder Público de agir de maneira coerente e fundamentada em princípios com todos os seus concidadãos, a fim de estender a cada um destes os padrões de justiça e equidade.

Mais à frente, respondendo a seu próprio questionamento sobre se a integridade é atraente, Dworkin afirma que a comunidade que aceita a integridade como virtude política se transforma em um tipo especial de comunidade, especial em um sentido que promoveria sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva.⁴¹ A integridade também contribuiria para a eficiência do Direito. A esse respeito:

“Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria.”⁴²

Quanto à aplicação da teoria da integridade, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e a atividade dos juízes constitucionais, Dworkin afirma que uma visão do

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 228

⁴² *Ibidem*, p. 229.

Direito como integridade nega que as manifestações do controle constitucional jurídico sejam meros relatos de fato do convencionalismo positivado, ou seja, que a atividade de aplicação do Direito seja uma deferência às convenções, ao passado, às concepções anteriores. Ao mesmo passo que rejeita a visão de que este seja mero instrumento do pragmatismo jurídico, voltado unicamente para o futuro. De acordo com a visão abraçada pelo autor, as afirmações jurídicas seriam exercícios de interpretação que combinariam elementos voltados tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a prática jurídica como um *processo em desenvolvimento*.

Dworkin compara a construção da prática jurídica à elaboração de um romance. O papel dos juízes, nesse caso, seria tanto o de autores como o de críticos do trabalho. Sendo este um romance em cadeia, se faz necessário que cada romancista elabore um único romance a partir do material que recebeu, dos elementos que ele mesmo acrescentou e daquilo que os seus sucessores poderão acrescentar. O juiz, então, deve ter uma visão de conjunto.⁴³

Diante das dificuldades que estariam relacionadas à responsabilidade de aplicar o Direito conforme a teoria da integridade, Dworkin se utiliza da famosa figura do então chamado juiz Hércules: um juiz que aceita o Direito como integridade, sendo dotado de paciência e capacidade sobre-humanas. Fugiria ao objeto do presente trabalho analisar o caso que Dworkin coloca para o julgamento do juiz Hércules, no entanto, é necessário que seja dito que esse perfil paciente e de grande capacidade, seria decorrência da aplicação do Direito como integridade. O juiz deve estar comprometido com os princípios que são importantes para a comunidade que se insere. Dworkin recorre à figura do juiz Hércules não para dizer que é impossível a um magistrado atuar de maneira justa em uma sociedade complexa, mas para ressaltar a importância e responsabilidade de sua atuação enquanto operador do Direito.

O Judiciário, assim, decidindo com base nos princípios fundadores da Constituinte, não estaria atuando de maneira ilegítima. Dworkin, de acordo com Rafael Simioni, responde a questão que aqui foi colocada sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional da seguinte maneira:

⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 229.

“Desse modo, com base em princípios de moralidade política, o problema da legitimidade democrática de uma decisão jurídica fica resolvido, já que os juízes que decidem com base em princípios não precisam ser eleitos democraticamente, como se fossem tomar decisões sobre objetivos políticos. A decisão jurídica é política, mas não no sentido de substituir o governo ou o legislador. A decisão jurídica é política no sentido de ela ultrapassar o texto escrito das leis para encontrar em princípios de moral política a interpretação adequada e justificada da resposta do direito para os casos.”⁴⁴
(original sem grifo)

Luís Roberto Barroso, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em suas exaustivas reflexões concernentes ao ativismo judicial, judicialização da vida e interpretação jurídica no mundo pós-moderno, afirma não encontrar entraves uma postura mais ativa do julgador, ao que passa referir como *discricionariiedade judicial*⁴⁵.

A discricionariiedade judicial estaria inserida em um novo cenário de interpretação jurídica, cenário no qual resta superada a crença na figura de um juiz limitado à subsunção mecânica do fato à norma (ideia abraçada pelo pensamento jurídico positivista clássico). Atualmente, a hermenêutica jurídica exige do julgador, sobretudo o constitucional, um papel mais proativo (iluminista). Portanto, A discricionariiedade judicial dita que o julgador não é meramente *boca da lei*, realizando apenas interpretações formais, pois existe subjetividade em sua atuação. A subjetividade, no entanto, não decorre de vontade política própria, mas da compreensão dos institutos jurídicos e da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

Em outra contribuição acadêmica, Luís Roberto Barroso, justifica a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. A respeito da crítica relacionada à escassa legitimidade democrática dos juízes, Barroso rebate com duas justificações uma de natureza normativa outra de natureza filosófica. Quanto à primeira, leciona:

⁴⁴ SIMIONI, Rafael. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais**. São Paulo, Revista de Direito Mackenzie, Vol. 5, n. 1, 2011, p. 216.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 14.

“O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de poderes, deve ser vista com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do direito.”⁴⁶(original sem grifo)

Quanto à legitimidade normativa é mister acrescentar ao arcabouço argumentativo acima o texto do caput artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988: *compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.*

Concernente à natureza filosófica, Barroso argui:

“A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de entender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro, Revista [Syn]thesys, Vol. 5, N. 1, 2012, p. 28

princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal.”⁴⁷(original sem grifo)

Dessa maneira, cabendo à Suprema Corte esse papel de intérprete final da Constituição é sua obrigação a defesa das minorias no exercício de sua atividade, ainda que contramajoritária, de controle constitucional. Estando estabelecidas constitucionalmente as regras para a dinâmica democrática e designado um órgão estatal para assegurar o cumprimento dessas regras, caberia a todo cidadão seguir tais ordenamentos, não podendo estes serem flexibilizados pela mera vontade de uma maioria circunstancial.

Tal circunstância, por óbvio, também não pode fazer sumir o espaço da política majoritária. A atuação do Judiciário não pode restringir em demasia o espaço do Legislativo nem do Executivo, impossibilitando o trabalho destes. Desde que cumpridos os mandamentos constitucionais, assegurados os valores expressos na Constituição, devem as leis, elaboradas pelo Parlamento e com sanção presidencial, exprimir as escolhas realizadas pelos cidadãos de determinada sociedade. Nas palavras literais do professor Barroso: “*Com exceção do que seja essencial para preservar a vida e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos*”.⁴⁸

Barroso destaca, portanto, a importância de manter a separação de poderes e evitar que o sistema de jurisdição assumira um papel abrangente na tomada de decisões políticas. Ademais, enfatiza que a função da jurisdição deve ser complementar à atuação dos órgãos eleitos, e não os substituir.

A ideia central é que a jurisdição desempenha um papel específico na sociedade ao lidar com questões de princípios constitucionais, sem se tornar um substituto para o processo político representativo. A ilação de um tribunal se transformado em governo seria enfrentar as mesmas

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro, Revista [Syn]thesis, Vol. 5, N. 1, 2012, p. 28

⁴⁸ *Ibidem*, p. 28.

complexidades da política majoritária, em suma ressalta-se a importância de manter a distinção entre o Judiciário e o Legislativo ou o Executivo.

A eficácia do sistema judicial está ligada ao desenho institucional, que permite os tribunais desempenharem um papel diferenciado em determinadas discussões, sem supor que os juízes sejam de uma natureza diferente dos cidadãos comuns. Em suma, ressalta-se importância de equilibrar o papel da jurisdição com o sistema democrático, mantendo a integridade do Estado de Direito.

Considerações finais

Quando uma determinada sociedade se organiza politicamente, haverá de surgir regras básicas ou estatutos fundamentais, que regulem o modelo orgânico dessa comunidade política. A lei, ainda que obra do legislador, deve expressar a real vontade do povo e respeitar os princípios e direitos fundamentais e basilares.

Neste contexto, seja pelo fortalecimento do poder político dos grupos de pressão, seja pela flagrante crise democrática representativa, natural que a Lei não necessariamente representa a vontade do povo, ou que surjam conflitos e embates políticos e de interpretação, que se não resolvidos, podem tornar inviável a convivência social dessa comunidade

Dentro dessa perspectiva, acentua-se a necessidade da existência de um órgão, dotado de independência e que possa instrumentalizar a proteção e a efetivação dos preceitos constitucionais, que determine o que é justo ou pelo menos o que é jurídico, que estabeleça o equilíbrio do sistema e o estado democrático de direito. A jurisdição constitucional se configura um instrumento indispensável para a resolução desses embates advindas da sociedade, ao mesmo tempo em que concretiza e aprimora o Estado Democrático de direito e as instituições democráticas, mostrando ser uma instituição plenamente detentora de legitimidade democrática .

No exercício da jurisdição constitucional, a corte é cobrada a prestar uma efetiva solução na concretização dos direitos constitucionais, que por sua vez, acabam por demandar um papel ativo do poder judiciário, consubstanciado em técnicas de decisão que, por vezes contraria a lógica clássica da separação de poderes, gerando uma grande tensão entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, representado pelos poderes Legislativo e Executivo.

legitimidade de um ato, é saber se o mesmo foi ato produzido em conformidade com o ordenamento jurídico ou se condiz efetivamente com a vontade da lei fundamental.

O direito é um instrumento de compulsória integração social e, por necessidade lógica, segurança jurídica e previsibilidade quanto ao desfecho dos conflitos, todo ordenamento deve ser duplamente finito, ou seja, deve haver um ponto de partida, no caso a norma fundamental,

e um ponto a feche o sistema, que cesse os conflitos de interpretação, que dite a última palavra. É imprescindível ter alguém que decida por último, o mais importante, que esta decisão seja acatada por todos, afinal, não se pode conceber que prevaleça a lei do mais forte.

Ao estabelecer-se a necessidade de escolha de quem falará por último, daquele que disporá de autoridade absoluta para interpretar e proteger a Constituição, surge a controvérsia acerca de que órgão deveria exercer tal papel e como seria realizado. Kelsen defendia que a instituição da jurisdição constitucional era o meio necessário e eficiente para assegurar o cumprimento das normas constitucionais por intermédio do controle dos atos estatais por órgão diverso daquele que elaborou as normas, de forma que haveria um legislador positivo e um negativo. O primeiro elabora a lei, e o segundo declara-a inconstitucional, de forma a gerar um hiato entre os dois legisladores.

Carl Schmitt, contradizendo Kelsen, defendia a idéia de que a Constituição, por seu conteúdo político, não se confunde com leis constitucionais, pois expressa valores que nela são inseridos por decisão política, motivo pelo qual não admite que a ofensa à Constituição seja reparada por uma Corte Constitucional com poderes para tanto, integrante do Poder Judiciário. O órgão político tem prevalência sobre o jurídico, de forma que os conflitos entre poderes e entre leis somente seriam revistos pelo órgão político sob pena de gerar a “politização da justiça.”

Por uma questão de bom senso, a escolha acabou recaindo sobre o judiciário, afinal de contas, ninguém é bom juiz em causa própria, o que retira do parlamento, essa tarefa de interpretação da Lei fundamental.

Não existe um déficit de legitimação democrática da jurisdição constitucional. O primeiro erro a ser corrigido é o argumento de que o Estado Democrático de Direito se reduz ou se confunde com a democracia representativa apenas. A legitimidade não se assenta tão somente, como já visto anteriormente, na soberania do voto popular ou com o princípio da maioria, mas no seu papel de guardiões da Constituição e dos direitos fundamentais.

Quanto aos ataques de afirmação de desrespeito ao pétreo princípio da separação dos poderes e surgimento de cortes enquanto órgãos legiferantes, a verdade é que, por trabalhar com enunciados abertos e indeterminados, somados a liberdade de interpretação, os julgadores

constitucionais, acabam por constitucionalizar sua própria concepção de justiça. Razão disso é que suas decisões podem acarretar consequências e debates políticos.

Defender a Constituição, promulgada pelo Poder Constituinte, poder primário e instituidor, é também defender os valores que ela reconhece e proclama, sendo que, acionar a jurisdição constitucional contra leis ou atos contrários aos ditames da lei fundamental, é muito mais fácil às minorias que utilizar outros métodos de alteração de coação social, por vezes, incapazes de inibir tais abusos.

Assim, o processo de expansão do controle de constitucionalidade no Brasil, marcado pela promulgação da Constituição Federal de 1988 e por emendas constitucionais subsequentes traduz a multiplicação de demandas delitíguas de controle constitucional perante o Supremo Tribunal Federal bem como a aceitação de suas decisões pelos demais Poderes e pela opinião pública, evidenciando a sua aprovação democrática e comprovando sua importância para o aprimoramento da democracia e manutenção da tranquilidade social.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Eduardo Borges; SALGADO, Eneida Desiree. Teorias da justiça e teorias da autoridade no contexto do controle de constitucionalidade: alguns apontamentos a partir de John Rawls e Jeremy Waldron, 2014. Revista de Ciências Jurídicas: Pensar, vol. 19, n. 1, 2014, p. 71. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2391>>. Acesso em: 01 de set de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 14.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, 2012. (SYN)THESIS: Caderno do Centro de Ciências Sociais, vol. 5 n. 1, 2012, UERJ. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 22 de out. de 2020.

BOTELHO, Marcos César. A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo, Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FONSECA, C Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas, [S. l.], v. 10, n. 16, 2015. Disponível

em: <<http://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/2026>>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia; uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella – São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo, Edições Loyola, 2002.

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. O Federalista. Belo Horizonte, Líder, 2003.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*) – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes – Sergio Antonio Fabris Editor. – Porto Alegre/RS, 1991.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

KRAMER, Larry D. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. New York, Oxford University Press, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional – 12 ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 1039 – (Série IDP)

PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. Quem deve ser o guardião da constituição?. Rio Grande, Revista Âmbito Jurídico, XVII, n. 129, 2014.

SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Jurisdição constitucional e política. SARMENTO, Daniel. (Org.). Rio de Janeiro, Forense, 2015.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from courts. Princeton, Princeton University Press, 1999.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre Supremo Tribunal federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/publico/Sergio_Antonio_Ferreira_Victor_Tese_2013.pdf>. Acesso em: 02 de set. de 2020.

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