

# LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UM DIÁLOGO ENTRE AS CORRENTES SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA

## DEMOCRATIC LEGITIMACY OF CONSTITUCIONAL JURISDICTION: A DIALOGUE BETWEEN THE SUBSTANTIAL AND PROCEDURALIST CHAINS

Cristian Patric de Sousa Santos \*

### RESUMO

O presente artigo tem como objeto a investigação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, partindo da análise de duas correntes da filosofia constitucional contemporânea: o procedimentalismo, através da análise do discurso de John Hart Ely, e o substancialismo, sob a ótica de Mauro Cappelletti. Superando a dicotomia dos discursos de legitimidade democrática, será apresentada a relação harmoniosa entre as duas correntes, defendendo-se, ao fim, que o alcance da ideia procedimentalista pressupõe uma atuação substancialista da jurisdição constitucional, em busca de um objetivo comum: defesa de direitos fundamentais. Como método de abordagem, serão utilizados os métodos dedutivo e indutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Legitimidade Democrática. Substancialismo. Procedimentalismo.

### ABSTRACT

The present article has as its object the investigation of the democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction, starting from the analysis of two currents of the contemporary constitutional philosophy: proceduralism, through the analysis of the discourse of John Hart Ely, and the substantialism, from the perspective of Mauro Cappelletti. Overcoming the dichotomy of the discourses of democratic legitimacy, the harmonious relationship between the two currents will be presented, defending, in the end, that the reach of the procedimentalist idea presupposes a substantialist action of the constitutional jurisdiction, in search of a common objective: defense of rights Fundamental principles. As a method of approach, the deductive and inductive methods will be used, based on a bibliographical research.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Democratic Legitimacy. Substantialism. Procedimentalism.

\* Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Salvador (FACSAL) e do Centro Universitário Salvador (UNICEUSA). Servidor Público Federal do TRE-BA.

## 1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é apresentar um diálogo entre duas correntes da filosofia constitucional contemporânea no que concerne à legitimidade democrática da jurisdição constitucional: o substancialismo e o procedimentalismo.

Pretende-se demonstrar que a teoria da separação dos poderes, antes calçada em dogmas rígidos oriundos do contexto revolucionário francês, atualmente se articula em um sistema de freios e contrapesos, através do qual um poder limita a atuação de outro.

Neste contexto, a jurisdição constitucional exerce papel fundamental nas democracias modernas, atribuindo-se a um órgão específico – o Tribunal Constitucional – a função de controlar a constitucionalidade de leis e atos emanados pelo Poder Público. Os comportamentos estatais eivados de inconstitucionalidade serão, após o mecanismo de controle, rechaçados do ordenamento jurídico a fim de garantir a incolumidade das normas constitucionais, as quais são dotadas de superioridade e imperatividade.

É nesse ponto, de convivência harmônica entre os poderes, que se percebe que a atuação do Poder Judiciário sobre questões eminentemente afetas ao âmbito de atuação política dos Poderes Legislativo e Executivo encontra-se em consonância com o regime democrático.

O presente artigo objetiva tratar do papel da jurisdição constitucional contemporânea, buscando avaliar argumentos doutrinários para fins de demonstração de compatibilidade entre a *judicial review* e o Estado Democrático de Direito. Para tanto, o próximo tópico analisará os ideais do constitucionalismo e da democracia, contornando, posteriormente e sem pretensão de exaurimento do tema ante a sua extensa complexidade, o argumento de risco democrático do exercício do controle judicial sobre as atividades dos poderes eleitos.

Serão analisadas, ainda, as linhas de argumentação desenvolvidas acerca do procedimentalismo, com base em John Hart Ely, e do substancialismo, com base em Mauro Cappelletti, como teorias de atributo de legitimação democrática ao exercício da jurisdição constitucional. Por fim, superando eventual dicotomia entre as correntes substancialista e procedimentalista, será trabalhada a hipótese de confluência das ideais nelas permeadas, buscando a complementaridade (e não contrariedade) entre os discursos apresentados. Será defendida, então, a conciliação das duas correntes de pensamento para compatibilizar o exercício da jurisdição constitucional com a democracia.

## 2 A CONSTITUIÇÃO E A RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Compreender o conceito de Constituição implica, necessariamente, explorar a sua semântica a partir de uma perspectiva histórico-evolutiva, uma vez que as

definições demandam uma extensa análise por parte de quem pretenda realizar uma investigação científica. Assim, a doutrina constitucional que investe na compreensão da Constituição retrocede na linha do tempo para identificar normas de natureza constitucional desde a Antiguidade Clássica, muito antes, portanto, da primeira Constituição moderna<sup>2</sup>, fruto da revolução americana que culminou na independência das treze colônias dos Estados Unidos, datada de 1787.

O conceito de Constituição não é unívoco, apresentando-se diversas acepções na doutrina constitucional, uma vez que depende da própria formação – histórica, política, social – de quem a analisa. Isso porque, deve-se reconhecer que o enfrentamento do tema demanda digressão que parte de pré-compreensões do estudioso acerca do objeto estudado, a qual, não necessariamente, adere ao quanto adotado pelo leitor<sup>3</sup>.

Decantando-se, contudo, as distintas concepções fruto do termo multifacetado, bem como todo o percurso histórico de movimentos constitucionais diversos até a formatação da doutrina contemporânea, não se pode deixar de apresentar uma definição minimamente estruturante da Constituição, utilizando-se, para tanto, do conceito ideal apresentado por J. J. Gomes Canotilho, entendendo-a como uma norma jurídica fundamental consubstanciada em um documento escrito, que abarque um conjunto de direitos e garantias fundamentais e que sirva como instrumento de organização e disciplina do poder político.

A Constituição compreende, portanto, um sistema de proteção de direitos e garantias fundamentais, além de normas estruturantes do poder político. Aqui reside a essência de um documento político-normativo que se proponha a estabelecer as bases de convivência de uma sociedade.

Nessa perspectiva, observa-se um entrelaçamento entre o constitucionalismo – como teoria que realça a ideia de limitação do poder político – e outro tema de extrema relevância para a Ciência Política, cuja semântica extrapola os limites de uma mera verificação de significado de termo: democracia.

A Constituição Federal de 1988 enaltece o princípio do Estado Democrático de Direito como orientação do modelo instaurado na República Federativa do Brasil, o qual, nas lições dos Professores Luís Roberto Barroso<sup>4</sup> e Gustavo Binbenojm<sup>5</sup>,

2 A ideia de Constituição Moderna advém da inauguração da fase do constitucionalismo moderno. Segundo Dirley da Cunha Jr., o constitucionalismo moderno “surge vinculado à ideia de Constituição escrita, chegando a seu ápice político com as constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 32.

3 “Conceitos, definições, classificações não surgem do nada! O cientista do direito, como qualquer outro cientista, seja de qual ciência for, não é, como se pensava outrora (iluministicamente), um ser neutro e indiferente ao seu contexto (descontextualizado) e ao seu tempo (a-histórico), que produz com o fruto de sua neutralidade e distanciamento, de suas digressões puras, inquestionáveis e absolutas. Pois bem, o século passado (século XX) nos ensinou que as verdades produzidas na ciência só são realmente científicas se passíveis de refutação (falibilismo) e que, portanto, são verdades datadas, históricas e eminentemente contingenciais. Ou seja, apreendemos com H. G. Gadamer (entre outros autores pós-giro hermenêutico e linguístico) que o nosso olhar é sempre socialmente condicionado, pois nunca temos acesso direto a um objeto (seja ele qual for, incluindo as normas jurídicas), que é sempre mediado por nossas vivências e tradições (pré-compreensões), às quais, querendo ou não, estamos imersos”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 28.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112.

5 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

representa a síntese histórica de dois conceitos que, apesar de próximos, são distintos: o constitucionalismo e a democracia. A compatibilização desses dois princípios, certamente, tem sede na harmonização das funções estatais veiculadas no próprio texto constitucional.

A democracia, em primeira análise, corresponderia a um governo da maioria, ocupando-se da participação de cidadãos no processo de tomada de decisões políticas de um determinado Estado. Ao se estabelecer os critérios definidores de um regime democrático<sup>6</sup>, menciona-se justamente a participação efetiva, que estabelece que todos os membros devem ter iguais e efetivas oportunidades para fazer com que outros membros conheçam suas opiniões na adoção de determinadas políticas<sup>7</sup>.

A concepção da democracia como governo da maioria remonta ao teórico político Jean Jacques Rousseau, que concebeu o Estado fundado na vontade geral (*volonté générale*)<sup>8</sup>, gerando o deslocamento do poder das mãos de um soberano, como antes defendido por teóricos da linha de Thomas Hobbes, em sua obra “O Leviatã”, para as mãos do povo, consagrando-se a soberania popular. Para Rousseau, só se torna legítimo falar em soberania popular se esta tiver como base a vontade geral, e a concreta participação do povo seria mecanismo garantidor do bem comum e dos direitos de cada cidadão. E é essa superação da ideia do poder residente na figura de um único soberano aliada ao seu deslocamento para o povo que consagra a noção de soberania popular, inaugurando-se as bases da democracia moderna.

Sabe-se que o processo de afirmação histórica da democracia conheceu momentos significativos, remetendo-se, muito antes das inspirações revolucionárias liberais do século XVIII, à Antiguidade Clássica Grega, onde se observava, mais precisamente em Atenas, a participação direta dos cidadãos. Atualmente, tem-se a democracia representativa, na qual a vontade da maioria é manifestada através de um corpo de representantes eleitos pelo povo, e a democracia semidireta, como aquela veiculada no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que reúne a democracia direta e a representativa em um só modelo.

Não se pretende, contudo, recorrer ao processo de afirmação e reconhecimento da democracia, nem analisar eventuais retrocessos em seu percurso por governos autoritários firmados em épocas e locais específicos, nem mesmo inves-

6 Robert Dahl, em sua obra “Sobre a Democracia”, estabelece cinco critérios para o processo democrático: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos. (DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2016. p. 49). Tais critérios serão posteriormente mencionados, como embasamento teórico para justificativa de conciliação entre o substancialismo e o procedimentalismo, tendo com base o princípio da igualdade política.

7 Ibidem.

8 O filósofo Jean-Jacques Rousseau, em sua obra “Do Contrato Social”, em seu capítulo I, Livro II, assim discorre: “[...] só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum, pois, se a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou. Eis o que há de comum nos diversos interesses que formam o laço social, e não existiria sociedade alguma a não haver ponto em que os interesses concordem. Ora, é somente nesse comum interesse que deve ser governada a sociedade”. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 39.

tigar pormenorizadamente os modelos atualmente consagrados<sup>9</sup>. O que se busca, no momento, é estabelecer uma relação de diálogo entre o constitucionalismo e a democracia, para fins de construção teórica dos argumentos de legitimação democrática da jurisdição constitucional.

O constitucionalismo surge como técnica de limitação do poder com fins garantísticos<sup>10</sup>, a qual é atribuída ampla historicidade em seu movimento. Isso porque, assim como a democracia<sup>11</sup>, o constitucionalismo também é um conceito histórico, debruçando-se a doutrina constitucional acerca dos movimentos constitucionais ao longo dos séculos – desde o constitucionalismo antigo até o constitucionalismo contemporâneo – podendo-se condensar tais etapas em duas grandes fases, de acordo com o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, o constitucionalismo antigo, quando se realça a existência de princípios escritos ou consuetudinários que enaltecem direitos estamentais perante o poder absoluto da monarquia, que se estende desde os fins da Idade Média até o século XVIII; e o constitucionalismo moderno, movimento que questionou, nos planos políticos, filosófico e jurídico, a dominação política a partir de meados do século XVIII, sugerindo a invenção de uma forma de ordenação e fundação de tal poder<sup>12</sup>.

O constitucionalismo apresenta como traço fundamental, portanto, a limitação do poder político, bem como o seu controle, e a consagração de um amplo rol de direitos fundamentais oponíveis aos governantes, com o intuito de evitar arbitrariedades no exercício da função estatal.

O ideal constitucional que antes permeava as sociedades passou a ser condensado em um texto normativo único, como técnica de proteção de liberdades fundamentais, através da previsão, não apenas de um rol de direitos e garantias, mas também da separação dos poderes. Aqui reside, aliás, a consagração de dois pontos fundamentais para se considerar a existência da Constituição em uma determinada sociedade, sobre os quais também irá se desenhar a justificativa teórica da legitimação democrática do exercício da jurisdição constitucional. E é nessa lógica de garantia das liberdades fundamentais através da teoria da separação dos poderes que surge a tensão dialética entre o exercício da jurisdição constitucional e a democracia.

Pode-se afirmar, com base na doutrina constitucional e na teoria política contemporânea, que o conflito entre constitucionalismo e democracia é um problema de natureza aporética<sup>13</sup>, por alguns representada na expressão de “paradoxo da

9 Tal intento merece, por si só, uma produção acadêmica a parte, haja vista a importância e extensão da temática.

10 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 47.

11 “*Democracia* é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do Homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva também na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*: (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 48.

13 Transcreve-se o trecho da obra de Jânio Nunes Vidal: “[...] inegável a natureza aporética da questão da atuação da jurisdição constitucional em face do princípio democrático. E aporias, por definição, não podem ser solucionadas, permanecendo em aberto. Tal constatação, todavia, não impede que se busque uma maneira de resolvê-las, apresentando de forma consistente os fundamentos das opções escolhida”. VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea*: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 99.

democracia”, expresso, por exemplo, na passagem registrada por Miguel Gualano de Godoy<sup>14</sup>:

Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da Constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então, alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária e das deliberações democráticas.

Quando se transporta o problema para a investigação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, questiona-se: o Poder Judiciário, quando do exercício do controle jurisdicional dos atos estatais emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo (*judicial review*), carece de legitimidade democrática? O que autorizaria o exercício do controle judicial de atos oriundos de Poderes eleitos popularmente e, portanto, legitimados à condução da vida política estatal?

O argumento da falta de legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional se baseia no fato de que os juízes não são eleitos pelo voto popular, bem como na inexistência de mecanismos que submetam suas atuações às avaliações periódicas de legitimidade, como ocorre, em regra, com os membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

O discurso da legitimidade democrática da jurisdição constitucional será demonstrado no tópico a seguir, recorrendo-se às correntes substancialista e procedimentalista como teorias constitucionais contemporâneas que corroboram a linha de entendimento defendida no presente artigo, distinguindo-se as diversas perspectivas existentes em torno da Constituição, em relação ao seu conteúdo e aos agentes que devem efetivá-las<sup>15</sup>.

### 3 LINHAS ARGUMENTATIVAS EM PROL DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Exposto o “paradoxo da democracia” como problema da teoria constitucional contemporânea, ressalte-se o reconhecimento, por parte da doutrina, dos riscos de atuação de juízes e tribunais quando do exercício da jurisdição constitucional, sendo tal reflexão sinteticamente reproduzida por Gilmar Mendes, quando menciona que “as decisões das cortes constitucionais estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático”<sup>16</sup>.

Todavia, deve-se assumir uma postura de reavaliação do funcionamento do sistema de separação dos poderes, antes rigidamente estabelecido por conta

14 GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma Leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

15 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 177.

16 MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 503.

de herança histórica da Revolução Francesa, época em que predominava o ideal liberal de necessidade premente de frenagem do poder absoluto do monarca, hoje encarada sob a ótica da convivência harmônica pautada no mecanismo de freios e contrapesos, no qual um poder constituído exerce o controle sobre outro poder igualmente constituído.

Assim, com base em John Hart Ely (procedimentalista) e Mauro Cappelletti (substancialista), cada qual com uma determinada linha discursiva, serão apresentadas as ideias da compatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia.

### 3.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE GARANTIA DO PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO: O PROCEDIMENTALISMO EM JOHN HART ELY

O discurso acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional ganha assento, sob a ótica da corrente procedimentalista, a partir da sua compreensão como instrumento de defesa do procedimento democrático, encarando-se a Constituição como “um processo deliberativo que possibilite, segundo pautas formais e discursivas ou pelo uso da razão pública, a obtenção de consensos materiais notadamente sobre vida boa ou o bem”<sup>17</sup>.

O procedimentalismo é verificado no estudo de John Hart Ely<sup>18</sup>, um dos autores de representatividade da mencionada corrente, para quem a função precípua do Poder Judiciário seria garantir o correto funcionamento do processo político, sob a tese de que o juiz constitucional, ao invés de fixar respostas dotadas de valores substantivos ante os casos concretos a ele apresentados, deve, tão-somente, observar a lisura do processo político deliberativo<sup>19</sup>.

O autor, tratando do debate constitucional contemporâneo e com o intuito de superação do embate, inicialmente apresenta distintas concepções sobre o papel do juiz constitucional: o interpretacionismo (interpretativistas), que “afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita”<sup>20</sup>, remanescendo para o Poder Judiciário, assim, o preenchimento de eventuais lacunas normativas deixadas pelo texto constitucional, através da extração de significados claros; e, em sentido diametralmente oposto, o não interpretacionismo (não interpretativistas), afirmando que “os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do do-

17 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 177.

18 ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

19 Ely, na parte inicial de sua obra, já antecipa a problemática, nos seguintes termos: “[...] eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia. Seria interessante saber se existe uma alternativa melhor, mas a corrente mais comum do não interpretacionismo, que faz apelo a noções que não podem ser encontradas nem na Constituição nem, obviamente, nas decisões dos poderes políticos, parece particularmente vulnerável à pecha de incompatibilidade com a teoria democrática” (Ibidem, p. 8). Esse trecho acaba por antecipar a apresentação da corrente não-interpretacionista em contraponto à corrente interpretacionista, que será tratada no parágrafo seguinte.

20 ELY, op. cit., p. 3.

cumento”<sup>21</sup>, cabendo aos juízes, assim, recorrer a outros valores não localizáveis no texto constitucional, tais como valores da tradição, da razão comum ou a carga axiológica empregada pessoalmente pelo magistrado. Segundo o autor<sup>22</sup>:

O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo.

Para Ely, e aqui reside a proposta de superação da dicotomia<sup>23</sup>, ambas as concepções carecem de compatibilidade com o regime democrático, apresentando as seguintes críticas: os interpretativistas subordinariam todas as gerações futuras aos ideais e valores do constituinte<sup>24</sup>, provocando um verdadeiro engessamento no processo de atualização constitucional de acordo com releituras de preceitos fundamentais exigidos pela evolução dos fatos sociais; já os não interpretativistas pregam o preenchimento de normas constitucionais abertas por um corpo de juízes que não são dotados de legitimidade popular<sup>25</sup>, atribuindo-se a tal corpo de juízes uma função prioritária do Poder Legislativo no processo de elaboração das leis.

Apoiado nas críticas formuladas às duas correntes, Ely desconfia da atividade atribuída ao Poder Judiciário de preencher eventuais lacunas normativas deixadas pelo texto constitucional, independentemente de tal atividade assentar-se na extração de significados implícitos do próprio texto constitucional (como propõe a corrente interpretativista) ou na integração normativa da lacuna do texto constitucional através dos valores do próprio juiz ou da chamada razão comum (ideia propalada pela corrente não interpretativista).

O autor defende que o controle judicial de constitucionalidade deve ter como função principal a eliminação de obstruções ao correto funcionamento do processo democrático. Segundo Ely, a Suprema Corte – e, ampliando-se a análise, os

21 ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 3.

22 *Ibidem*, p. 13.

23 Ao se falar em proposta de superação da dicotomia, não se está afirmando a compatibilidade expressa entre as duas abordagens tratadas, mas sim na afirmação de uma terceira via para o tratamento do controle judicial de constitucionalidade, expressado na seguinte passagem da obra: “Tudo isso parece nos deixar num impasse. Uma abordagem interpretacionista – pelo menos uma abordagem interpretacionista que aborde as disposições da Constituição como unidades contidas em si mesmas – mostra-se, quando submetida à análise, incapaz de manter-se fiel ao espírito evidente de certas disposições. Entretanto, quando buscamos uma fonte externa de valores para preencher a textura aberta da Constituição – uma fonte que não transforme a Corte num simples conselho de controle legislativo –, nada encontramos. Apesar da suposição comum de que essas são as únicas opções, elas não são, pois a imposição de valores não é a única resposta possível à nossa consciência de que a Constituição precisa ser preenchida”. ELY, *op. cit.*, p. 97.

24 Deve-se frisar que a obra do referido autor, “*Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*”, realiza a abordagem acerca da Constituição Norte-Americana, debruçando-se, inclusive, sobre as emendas constitucionais produzidas.

25 Acerca de eventual ausência de legitimidade popular aos juízes, será tratado, quando da análise da corrente substancialista, o posicionamento de Mauro Cappelletti e argumentos contrários a tal objeção.



tribunais constitucionais – não deve se utilizar de carga valorativa própria para o preenchimento de lacunas constitucionais, sob pena de substituição da vontade popular manifestada através dos Parlamentos por um governo de juízes, mas sim a desobstrução de canais de mudança política e a correção de certos tipos de discriminação contra minorias, sugerindo ser esse o processo de controle dos processos de representação<sup>26</sup>.

Para o controle do processo democrático, sugere-se uma “linha de decisão judicial” interventiva quando se identificasse as falhas do mercado político, tendo Ely apresentado a ideia trabalhando analogicamente com o papel do “antitruste” no mercado econômico ou com a intervenção do árbitro de futebol, legítima apenas quando um time obtivesse uma injusta vantagem. A identificação de falhas no mercado político e a correção do mau funcionamento seria, então, o papel primordial da jurisdição constitucional. Para o autor, verifica-se o mau funcionamento quando há uma obstrução dos canais da mudança política ou quando representantes de uma pretensa maioria põem em situação de desvantagem alguma minoria<sup>27</sup>.

As críticas e análises apresentadas por Ely são, sem dúvida, sedutoras, chegando-se à afirmação formulada por Oscar Vilhena Vieira<sup>28</sup> de que “apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade, atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia”.

Gustavo Binenbojm<sup>29</sup>, em excelente síntese acerca do posicionamento de Ely na afirmação da natureza procedimental da Constituição, expõe:

Na visão de Ely, a Constituição é um documento cuja finalidade precípua é de natureza *procedimental*, destinada a viabilizar que cada geração se autogoverne, consoante as decisões da maioria. Não contém ela, assim, um quadro de valores a ser *descoberto*; ao contrário, estabelece apenas os meios de chegar a tais valores. A essência da Constituição seria, portanto, a disciplina do procedimento democrático. O regime democrático, no entanto, pressupõe que todo cidadão deva ser tratado com igual respeito e que as minorias tenham assegurada a sua subsistência. No pensamento do autor norte-americano, a missão da jurisdição constitucional consistiria em velar por tais pressupostos procedimentais da democracia.

26 Em passagem específica da obra, Ely, analisando o papel das Cortes em processos deliberativos componentes do processo legislativo, faz menção à Corte de Warren como a primeira a identificar questões referentes ao funcionamento correto do processo democrático e seu vínculo com atividade política: “[...] a Corte de Warren foi a primeira a agir seriamente de acordo com essa percepção. Foi a primeira a tocar no assunto da qualificação dos eleitores e da má distribuição proporcional do número de representantes (e, uma vez tocando nesse assunto, tratou-o com seriedade). É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade”. ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 98.

27 *Ibidem*, p. 137.

28 VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 215.

29 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 102-103, grifo do autor.

Deve-se frisar, então, que a legitimação democrática da jurisdição constitucional na teoria desenvolvida por Ely defende a abertura dos canais de participação política (liberdade de associação e de expressão, por exemplo), assegurando-se, inclusive, direitos e garantias contra a atuação de eventuais maiorias ocasionais, reforçando-se o princípio democrático, e quaisquer bloqueios nos canais de participação política representa prejuízo ao bom funcionamento do jogo da democracia.

### 3.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SUBSTANCIAIS: O SUBSTANCIALISMO EM MAURO CAPPELLETTI

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional ganha reforço argumentativo com as ideias apresentadas pela teoria substancialista, corrente que manifesta explícita adesão a valores como justiça, liberdade e igualdade, admitindo controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham<sup>30</sup>.

Ao estabelecer a distinção entre o procedimentalismo e o substancialismo, Sampaio<sup>31</sup> adverte:

Os substancialistas, por sua vez, advogam a existência implícita ou declarada de valores substanciais nas Constituições que impõem ao legislador ordinário e ao juiz deveres e tarefas de realização. Significativamente, não veem a Constituição como mero fórum de discussão que leve a decisões cujos conteúdos se validam pelo devido processo deliberativo por ele regrado, mas como núcleo de sentido que, além de disciplinar os meios e formas de tomadas de decisões, servem de parâmetro substancial para avaliar a correção da decisão tomada. As teses fortes e fracas de Constituição dirigente estão bem catalogadas entre eles.

Assim, verifica-se que o Poder Judiciário, sob a ótica substancialista, exerce papel essencial na efetivação dos direitos fundamentais, através de uma pauta valorativa que legitima o exercício do controle de atos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Pode-se até mesmo questionar, como feito anteriormente, a legitimidade democrática do viés substancialista da jurisdição constitucional, contudo, diversos argumentos são apresentados para demonstrar a compatibilidade entre a democracia e o exercício do *judicial review*, sendo tratados, nesse artigo, os argumentos trabalhados pelo doutrinador italiano Mauro Cappelletti.

A leitura da obra de Cappelletti<sup>32</sup> deve ser realizada em um contexto de crescimento do papel do Poder Judiciário e de valorização da figura do juiz como ator social de integração do Direito, sob a ótica do funcionamento do sistema de *checks*

30 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

31 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 178.

32 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 19.

*and balances* da doutrina norte-americana, como preconizado pelo próprio autor. Ou seja, para além de mero intérprete-aplicador, o juiz participa da própria criação do Direito, ideia cunhada na expressão “criatividade da função jurisdicional”<sup>33</sup>. Tal processo de criação decorre, justamente, da necessidade do preenchimento das lacunas normativas oriundas do processo legislativo, garantido pelo processo de interpretação judicial. Deve-se perquirir, contudo, o processo de depuração adequado para a criatividade judicial.

A atividade judicial de aplicação do Direito deve, necessariamente, suportar algum grau de vinculação, uma vez que a atuação do Poder Judiciário – ou de qualquer outro Poder Constituído – sem quaisquer limites poderá incorrer no cometimento de excessos indesejáveis. E o grau de vinculação da atividade judicial irá aparar a aresta da decisão. O juiz poderá estar vinculado a uma lei editada pelo Estado, a um precedente judicial anteriormente firmado, a valores de conteúdos semânticos abertos (tais como noções de justiça, bom senso e equidade) e, certamente, à própria Constituição. Por certo, a criatividade judicial será tão maior quanto maior for a abertura semântica do objeto que o vincula. Explica-se: diante de uma lei estritamente fechada, o juiz possui certo grau de liberdade na atividade de interpretação em seu processo decisório menor do que quando diante de cláusulas abertas, a exemplo da equidade e bom senso. Independente do grau de abertura ou fechamento do objeto vinculante, tal vinculação jamais poderá se operar de forma absoluta, remanescendo sempre a possibilidade de criatividade judicial<sup>34</sup>.

O autor fala na “função supletiva dos juizes”<sup>35</sup>, na medida em que complementa a atividade dos legisladores integrando as lacunas normativas, bem como utiliza a expressão do filósofo Morton G. White, “a revolta contra o formalismo”<sup>36</sup>, formalismo esse que imperava nos Estados Liberais. Tal revolta, ensina Cappelletti, visou alvos diversos em diferentes partes do mundo: nos Estados Unidos e em outros ordenamentos do *Common Law*, cuidou-se da revolta contra o formalismo do *case method*; na França e nas áreas de influência francesa dirigiu-se contra o positivismo jurídico; na Alemanha e nas áreas de influência alemã insurgiu-se contra o formalismo “científico” e conceitual<sup>37</sup>.

Uma das razões da revolta seria a transformação do papel do Direito e do Estado na sociedade do bem-estar social. Os problemas oriundos das áreas sociais e econômicas exigiram um perfil mais participativo dos juizes. Para Cappelletti, “o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção dos direitos como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua

33 O autor, ao apresentar os temas desenvolvidos no trabalho, expõe: “O primeiro, que será o objeto específico deste trabalho, concerne ao problema da ‘criatividade’ da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juizes. Com terminologia um pouco envelhecida, trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito”. *Ibidem*, p. 13.

34 Aliás, no direito brasileiro, inclusive, não obstante a expansividade da Constituição Federal de 1988 (uma vez que veicula diversas matérias que extrapolam as decisões políticas fundamentais do Estado), o juiz possui liberdade interpretativa, diante da diversidade de cláusulas de abertura material presentes no Texto Magno.

35 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 13.

36 *Ibidem*, p. 31.

37 *Ibidem*, p. 31-32.

decisão de forma ‘neutra’<sup>38</sup>. Os juízes atribuiriam às suas decisões/declarações a sua valoração pessoal, de modo que as decisões tornaram-se mais humanas, com a utilização de um arcabouço principiológico então incipiente, com a utilização de princípios como o da razoabilidade e proporcionalidade.

A crítica mais grave à ideia de criação judicial do Direito volta-se justamente para a ausência de legitimidade democrática. Retoma-se, assim, um questionamento: a atuação do Poder Judiciário sobre questões eminentemente afetas ao âmbito de atuação política dos Poderes Legislativo e Executivo encontra-se em consonância com o regime democrático?

O enfrentamento da questão central deve perpassar pela análise da crise de representatividade em todo o mundo, especialmente no Brasil. Conforme notícia Cappelletti, “mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constituiu, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa”<sup>39</sup>. A democracia representativa encontra-se prejudicada na medida em que o interesse da maioria não representa o centro dos debates políticos, esquecendo-se a vontade popular.

Ainda que decantado eventual ideia salvacionista de correção democrática por via judicial<sup>40</sup>, a crise de representatividade<sup>41</sup> consiste, de fato, em importante aspecto de legitimação democrática do exercício da jurisdição constitucional. É possível afirmar que o sistema representativo apresenta suas falhas, uma vez que o núcleo de decisões políticas encontra-se, muitas vezes, além do conhecimento e participações populares. Assim, os juízes recebem, como figuras integrantes do Terceiro Poder, a responsabilidade de fazer valer a democracia, concretizando direitos fundamentais através de modelos de decisões garantidoras, por exemplo, de implementação de políticas públicas.

Outro argumento que serve de embasamento para atribuir legitimidade democrática à jurisdição constitucional é a que afirma que o Poder Judiciário não é inteiramente privado de representatividade. Cappelletti, ao discorrer sobre o argumento apresentado pelo Professor Robert Dahl – aplicável ao sistema dos Estados Unidos, onde os juízes são eleitos e/ou nomeador – informou que o mesmo se aplica em países do “Civil Law”, sistema no qual se verifica que os juízes dos tribunais constitucionais são, em grande parte, nomeados politicamente<sup>42</sup>. No sistema jurídico brasileiro, maturando a ideia representada pelo sistema de freios e contrapesos,

38 Ibidem, p. 33.

39 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 94.

40 A crítica aqui formulada se faz necessário tão-somente pelo fato de atribuir ao Poder Judiciário a qualidade de perfeito paradigma de democracia representativa, uma vez que tal sistema, acredita-se, também incorre em erros. Mas reconhece-se, sem dúvida, que o Poder Judiciário é importante via de resguardo de direitos fundamentais.

41 O Professor Dirlley da Cunha Jr., ao discorrer sobre a crise de representatividade, afirma: “A crise de representação política e, consequentemente, da democracia representativa calcada na ideia da representação popular sintetiza a compreensão de que a lei, outrora expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição”. CUNHA JÚNIOR, Dirlley da. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 40.

42 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 96-97.

os ministros do Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário, são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, de acordo com regra expressa no artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Sendo nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, cuja investidura no cargo pressupõe aprovação popular, e aprovados pelo Senado Federal, cujos membros são democraticamente eleitos, a investidura dos juizes da Corte Constitucional ganha fundamentação democrática.

A figura do juiz contemporâneo não está adstrita ao modelo clássico-positivista de decisionismo judicial, especialmente quando o Poder Judiciário é instado a agir em prol da concretização dos direitos fundamentais e da observância da força normativa da Constituição.

#### **4 PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA SUBSTANCIALISMO *VERSUS* PROCEDIMENTALISMO<sup>43</sup>**

A proliferação de correntes e ideias antagônicas sobre os mais variados assuntos, especialmente no campo das ciências sociais, é fenômeno comum. Afinal, diante da vasta produção científica, em locais e tempos distintos e de formações culturais, sociais e econômicas diversas, o dissenso integra a própria natureza humana.

Comumente, a Ciência Jurídica, também como ciência social aplicada, costuma apresentar posições antagônicas sobre distintos temas, percebendo-se, no próprio Direito, uma envolvente dialética dos fenômenos, através do qual, como todo processo dialético, desenvolve-se uma tese e uma antítese, culminando em uma síntese.

No presente artigo, assume-se uma posição de conciliação dos argumentos trabalhados anteriormente.

A argumentação sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, como se verificou, apresenta duas concepções dominantes na filosofia constitucional contemporânea – substancialismo e procedimentalismo –, como ideias aparentemente contrapostas, mas que são, em verdade, complementares.

Ao se verificar os argumentos apresentados pelo procedimentalismo de John Hart Ely, nega-se a tomada de decisões valorativas fundamentais pelo Poder Judiciário, devendo tais decisões, em uma sociedade democrática, ser encampadas pelo Poder Legislativo, como órgão representante do povo. Aos juizes não seria legítimo a realização de escolhas substantivas, mas apenas a garantia do funcionamento

<sup>43</sup> A dicotomia entre as correntes substancialista e procedimentalista foi bem sintetizada por Luís Roberto Barroso, que ora se transcreve pela clareza na explanação: “Substancialistas e procedimentalistas tem visões diferentes acerca do papel da Constituição e da jurisdição constitucional. No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juizes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Já os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

e da lisura do procedimento democrático, devendo a jurisdição constitucional preocupar-se, fundamentalmente, com a preservação das liberdades através da desobstrução dos canais de participação política (liberdade de expressão, de consciência, de associação, de voto, etc.).

Ocorre que, para a defesa dos procedimentos democráticos, surge como pressuposto a realização da justiça substantiva. Para a melhor compreensão do que aqui se expõe, torna-se necessário uma breve digressão.

Robert Dahl<sup>44</sup>, ao tratar dos critérios de um processo democrático, inicia sua explanação com um pertinente questionamento, ao qual o próprio autor trata de responder:

No espaço matagal das ideias sobre a democracia, às vezes impenetrável, é possível identificar alguns critérios a que um processo para o governo de uma associação teria de corresponder, para satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente capacitados a participar nas decisões da associação sobre sua política?

Acredito que existam pelo menos cinco critérios: *participação efetiva* – antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser essa política; *igualdade de voto* – quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; *entendimento esclarecido* – dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências [...].

Os outros critérios formulados pelo autor são: controle do programa de planejamento, através do qual os membros devem ter oportunidade exclusiva para decidir como e quais as questões devem permear o planejamento; e inclusão dos adultos, defendendo a ampliação da cidadania<sup>45</sup>.

Dahl esclarece que todos os critérios são valiosos para considerar os membros da associação como politicamente iguais, e é pressuposto do princípio da igualdade política a ideia de que “os membros estejam todos igualmente qualificados para participar das decisões, desde que tenham iguais oportunidades de aprender sobre as questões da associação pela investigação, pela discussão e pela deliberação”<sup>46</sup>.

Ocorre que, a garantia do princípio da igualdade política propalada por Dahl, para ser garantido em seus termos finais, pressupõe uma atuação do Poder Judiciário no resguardo de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, tais como

44 DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2016. p. 49.

45 Ibidem, p. 49-50.

46 DAHL, op. cit., p. 51.

direito à saúde e à educação, apenas para mencionar dois exemplos. Não há que se falar em igualdade política sem acesso à educação à totalidade dos membros de uma comunidade, pois sua ausência implicará, muito possivelmente, falha na participação efetiva de tais membros nas decisões acerca das políticas estatais. O direito à saúde também deve ser totalizado, pois a sua ausência certamente acarreta mazelas ao desenvolvimento da cidadania ativa.

Assim, para a efetividade dos direitos sociais, por exemplo, torna-se necessária a participação ativa do Poder Judiciário, uma vez que ajuda a promover a igualdade política, elemento essencial para a lisura do processo democrático, diante dos critérios formulados por Dahl. E a efetividade de direitos fundamentais pela participação ativa do Poder Judiciário é medida defendida pelo substancialismo.

A jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais, pelo substancialismo, seria pressuposto fundamental para que fosse atingida a ideia de defesa do processo democrático.

Nesse sentido, em defesa da superação da dicotomia entre as correntes procedimentalista e substancialista do discurso de legitimação democrática da jurisdição constitucional, pode-se mencionar o constitucionalista Manoel Jorge e Silva Neto<sup>47</sup>:

O Procedimentalismo se propõe a assegurar a manutenção das regras do jogo democrático, deixando o cidadão livre para, dentro do espaço da política, realizar os valores substanciais da coletividade. O Substancialismo não repugna a possibilidade de ditos valores serem efetivados no plano judicial. Logo, um dado comum a procedimentalistas e substancialistas é a preocupação com a efetividade dos direitos, e também que a solução se dará obrigatoriamente no plano institucional (respectivamente, pelo Poder Judiciário e pelo processo político). *De nossa parte, parece-nos que a visão substancialista de condução ao Poder Judiciário de interesses sociais relevantes, outorgando-lhe legitimidade para a decisão, representa muito mais uma etapa para alcançar a ideia procedimentalista de cidadania ativa e destinada a realizar, no plano da política, os valores substanciais da coletividade.*

Toda e qualquer medida de defesa dos direitos fundamentais será, certamente, pauta de discussão no âmbito do exercício da jurisdição constitucional, seja através da fixação de valores substanciais por parte dos juízes (primeira etapa), seja através da desobstrução dos canais de participação política e defesa dos procedimentos democráticos (segunda etapa).

A defesa do discurso de conciliação entre as correntes substancialista e procedimentalista também foi realizada por Ana Paula de Barcellos<sup>48</sup>:

47 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296, grifo nosso.

48 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 92, abr./jun. 2005. grifo nosso. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

É bem de ver que o conflito substancialismo *versus* procedimentalismo não opõe realmente duas ideias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania. Em outras palavras, *o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados.*

Não se está a defender, contudo, que a fixação de valores substanciais deva partir de meros subjetivismos por parte do magistrado, de valores pessoais desarticulados com aqueles estabelecidos na Constituição Federal. O papel que a Constituição exerce na vida política de uma determinada nação, frise-se, escapa ao mero estabelecimento de regras para que o Poder Judiciário seja o árbitro do jogo democrático, como propugnava Ely em seu discurso procedimentalista. Deve, certamente, ir além, para estabelecer um rol de pautas substanciais vinculativas dos Poderes Públicos, cabendo à jurisdição constitucional, conforme estabelecido pelo legislador constituinte, exercer a guarda da Constituição, leia-se, a guarda dos valores nela pautados.

Os atores sociais dos Poderes Legislativos e Executivo, sem dúvida, são dotados de legitimidade popular a partir do momento em que passam por um processo de escolha da sociedade, através do voto livre, universal, secreto e periódico. Deve-se trabalhar com a ideia, contudo, de que tais poderes se encontram em constante processo de legitimação, devendo editar e executar atos normativos em consonância com os ditames constitucionais, sob pena de encontrar-se em processo de perda de legitimidade. E nesses casos – quando os outros dois Poderes iniciam o processo de perda de legitimidade por atos contrários à Constituição – cabe ao Poder Judiciário, conforme competência haurida do próprio Poder Constituinte Originário, agir para manter a incolumidade das normas constitucionais.

A defesa da Constituição e a observância de sua força normativa<sup>49</sup>, por ter sido tarefa conferida ao Poder Judiciário pelo próprio povo – afinal, é este o titular do Poder Constituinte Originário – já começa a derruir o argumento de ausência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional. E mais: já impõe a necessidade de reflexão e superação da sua concepção meramente procedimental.

Todas as normas constitucionais, e isso é ponto passivo no Direito Constitucional, merecem proteção dos Poderes Públicos e tais normas são dotadas de

49 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.



eficácia jurídica, mesmo aquelas de carga axiológica menor. Se até mesmo as normas formalmente constitucionais são dotadas de proteção no ordenamento jurídico, mais ainda quando se depara com as normas de elevada carga axiológica, como aquelas que fixam o princípio republicano, democrático, da cidadania, e, norma vetor de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

Assim, os direitos fundamentais possuem dimensão objetiva, irradiando seus valores para todos os poderes constituídos. Sempre que os Poderes Executivo e Legislativo atuarem em inobservância dos direitos fundamentais, caberá ao Poder Judiciário exercer o controle, seja fazendo valer os valores substantivos da Constituição, seja assegurando o bom funcionamento do processo democrático.

O que se defende, portanto, é que o alcance da ideia procedimentalista tal como proposta por John Hart Ely pressupõe uma atuação substancialista da jurisdição constitucional, haja vista que os valores elencados na defesa do procedimento democrático (liberdade de expressão, de consciência, de associação, de voto, etc.), tomando-se por base os critérios de democracia propostos por Robert Dahl, necessitam de uma postura ativa do Poder Judiciário na defesa do amplo rol de direitos fundamentais assegurados na Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

A análise do argumento favorável à legitimidade democrática da jurisdição constitucional perpassa, necessariamente, pela avaliação da compatibilidade entre o constitucionalismo e a democracia.

Na democracia, costuma-se realizar sua estrita identificação com a soberania popular, observando-se que o povo decide as questões politicamente relevantes da sua comunidade, decisões políticas fundamentais que são condensadas, ao fim, na Constituição. E tal documento exerce, dentre outros papéis, a limitação aos poderes públicos, limitando, inclusive, a própria soberania popular. Alguns conteúdos alçados à categoria de norma constitucional estão, assim, afastados da ingerência das decisões majoritárias e das próprias deliberações democráticas. E aqui reside o chamado “paradoxo da democracia”.

Mas as linhas de argumentação da teoria constitucional contemporânea avaliam a legitimidade democrática sob os discursos procedimentalista e substancialista, correntes que apresentam distintas visões acerca do papel desempenhado pela Constituição e, conseqüentemente, da jurisdição constitucional.

Para os procedimentalistas, a jurisdição constitucional deve estar adstrita à verificação do correto funcionamento do processo político deliberativo, não cabendo ao Poder Judiciário realizar avaliações substantivas acerca dos valores prestigiados pela Constituição. A tutela dos direitos de livre participação política e a proteção das minorias seria a tarefa permitida à jurisdição constitucional.

Os substancialistas, contudo, defendem uma postura ativa do Poder Judiciário, cabendo aos juízes, como verdadeiros intérpretes constitucionais, valer-se

de princípios de justiça e de valores substanciais hauridos da própria Constituição, além de valores gerais de bom senso, equidade e justiça, para o preenchimento de lacunas normativas, sempre em prol da preservação máxima dos direitos fundamentais.

As linhas de argumentação do procedimentalismo e do substancialismo, contudo, não são contraditórias, mas sim complementares. Isso porque o correto funcionamento do processo político deliberativo, fim almejado pelos procedimentalistas, pressupõe o resguardo do princípio da igualdade política. Mas para atingir tal igualdade política, torna-se necessária a adoção de valores substanciais pela jurisdição constitucional, quando da chamada criação judicial do direito, por exemplo.

A completude das normas constitucionais e dos valores máximos do ordenamento jurídico exige atuação efetiva do Poder Judiciário, assegurando direitos fundamentais como núcleo de apoio ao alcance da igualdade política, tendo os cidadãos de uma determinada sociedade igual chance de exercer sua participação ativa na tomada de decisões fundamentais na condução da vida estatal. Participação efetiva e entendimento esclarecido, como dois dos critérios essenciais da democracia, implicam prévio acesso à informação, educação, cultura, etc. Caso tal acesso seja impossibilitado por inoperância do Estado – inércia legislativa ou insucesso do Poder Executivo, por exemplo –, cabe ao Poder Judiciário corrigir tal falha através de um controle. A jurisdição constitucional seria, assim, o meio hábil para o resguardo dos fins constitucionais, atuando sempre em casos de omissão do Poder Público ou corrigindo ações mal direcionadas.

O alcance da ideia procedimentalista, portanto, pressupõe uma atuação da jurisdição constitucional pautada em valores substanciais para a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ou seja, deve o Poder Judiciário assumir uma postura substancialista como primeira etapa para a consecução dos fins almejados pelo procedimentalismo.

Assim, a conjugação da teoria procedimentalista com a teoria substancialista é o caminho mais adequado para fins de comprovação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Não há que se falar em dicotomia ou embate entre as correntes de pensamento tratados, mas sim em complementaridade das ideias esposadas. Superam-se eventuais embates. Adota-se o caminho da conciliação!

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2016.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma Leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.