

DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRAMAJORITÁRIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Cristian Patric de Sousa Santos *

RESUMO

O presente artigo visa avaliar a compatibilidade entre o exercício da jurisdição constitucional como atividade contramajoritária e o regime democrático. Para o reconhecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, parte-se da análise de uma concepção constitucional de democracia, superando eventual reducionismo a uma concepção meramente formal, na qual haveria estrita vinculação ao princípio majoritário. Recorrendo-se ao substancialismo e ao procedimentalismo como correntes da filosofia constitucional contemporânea, verifica-se que, ao se tratar da defesa da democracia constitucional, a jurisdição constitucional exerce papel indispensável tendo como meta a efetivação de direitos fundamentais. Ao final, demonstra-se que, mesmo sendo contramajoritária, a jurisdição constitucional não é antidemocrática. Como técnica de abordagem, serão utilizados os métodos dedutivo e indutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Democracia Constitucional. Jurisdição Constitucional. Legitimidade Democrática. Contramajoritarismo.

ABSTRACT

The present article aims to evaluate the compatibility between the exercise of constitutional jurisdiction as countermajoritarian activity and the democratic regime. For the recognition of the democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction, we start with the analysis of a constitutional conception of democracy, overcoming eventual reductionism to a purely formal conception, in which there would be strict connection with the majority principle.

* Servidor do TRE-BA. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Aluno Especial do Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Constitucional do Instituto Baiano de Ensino Superior – IBES e da Faculdade Salvador – FACSAL.

Recourse to substantialism and proceduralism as currents of contemporary constitutional philosophy, it turns out that, when it comes to the defense of constitutional democracy, constitutional jurisdiction plays an indispensable role with the goal of the realization of fundamental rights. In the end, it is shown that, even though it is countermajoritarian, constitutional jurisdiction is not undemocratic. As a technique of approach, the deductive and inductive methods will be used, based on a bibliographical research.

Keywords: Constitutional Democracy. Constitutional Jurisdiction. Democratic Legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a compatibilidade entre o exercício da jurisdição constitucional contramajoritária e o regime democrático. Sem a pretensão de exaurir o tema proposto, será investigado como o Poder Judiciário, o qual não é investido por meio do voto popular, pode controlar decisões políticas majoritárias encampadas pelo Poder Legislativo, legítimo representante da vontade popular.

Para o alcance dos fins pretendidos, deve-se partir da análise da concepção constitucional de democracia, superando-se a estrita vinculação desta ao princípio majoritário. Reconhecendo-se a inquestionável importância da contribuição da obra de Rousseau ao transferir o centro do exercício do poder ao povo, depura-se da ideia de soberania popular o apego exagerado ao totalitarismo da vontade da maioria, para reconhecer a defesa da minoria como elemento valorativo que atribui legitimidade democrática à jurisdição constitucional.

A sustentação da concepção constitucional de democracia será realizada em tópico inicial, com base na doutrina de Friedrich Müller² (e as concepções de “povo” por ele apresentada), Robert Dahl³ (e seu reconhecimento da importância do princípio da igualdade política) e Ronald Dworkin⁴ (e o destaque aos membros de uma comunidade como agentes morais). A

2 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

4 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

conjugação dos três autores firmará as bases para o modelo de democracia reconhecido no presente artigo.

Posteriormente, serão utilizados discursos de defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional com base em duas correntes principais reconhecidas na filosofia constitucional contemporânea: o procedimentalismo, com base na obra de John Hart Ely;⁵ e o substancialismo, que possibilita ao Poder Judiciário a construção de decisões com base em valorações substanciais em prol da defesa dos direitos fundamentais.

Como elemento de reforço à atuação da jurisdição constitucional contramajoritária e sua legitimidade democrática, será tratada, ao fim, a crise de representatividade vivenciada nas democracias modernas, com base em Mauro Cappelletti.⁶ A crise de representatividade será vista como atributo que reforça a atuação judicial no controle dos processos democráticos, destituindo a vontade de parlamentares que apenas se apropriam do discurso de representação da vontade popular sem atender, de fato, aos anseios dos cidadãos.

A relevância temática do presente estudo, bem como a sua atualidade, são verificadas no cenário nacional diante da constante atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como de todo o Poder Judiciário, no controle de atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo ao longo desta década, especialmente nos últimos três anos da história política brasileira.

2 O RECONHECIMENTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Talvez não haja um termo tão festejado no campo da Ciência Política e tão impregnado no cotidiano das sociedades modernas – ao menos ocidentais – quanto “democracia”. Ainda que determinados governantes não fundem sua relação de poder em bases democráticas, haverá a sustentação em seu discurso, afinal se trata de regime político de melhor aceitação pela carga valorativa que o acompanha.

Ocorre que até mesmo o termo “democracia” não tem significado unívoco, podendo assumir distintas feições ante a sua polissemia. E por

5 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

6 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

isso, mesmo se tratando de um conceito histórico,⁷ ainda hoje se proliferam discussões acerca do seu real sentido e alcance.

Todavia, a intenção no momento não é investigar as várias formas de democracia, nem mesmo exaurir o processo de sua progressiva afirmação ao longo da história, mas sim expor as ideias que permeiam o sentido de democracia aqui empregado para, a partir de então, firmar o argumento favorável à legitimidade da jurisdição constitucional no exercício de seu papel contramajoritário.

O recorte epistemológico necessário para o tratamento da democracia que ora se propõe deve ocorrer na análise da doutrina da soberania popular (Rousseau),⁸ bem como de eventuais críticas a ela formuladas, para posterior consagração da proteção das minorias como elemento essencial ao conceito de democracia aqui utilizado.

A partir das concepções desenvolvidas na Modernidade, a democracia passa a ser reconhecida como governo da maioria, ou governo do povo. Tal associação, bem como as formulações para a base do Estado Moderno, se deve a Jean Jacques Rousseau, teórico político fundamental nas inspirações revolucionárias liberais do século XVIII, mais precisamente a Revolução Francesa. Rousseau passa a conceber o Estado fundado na vontade geral (*volonté générale*), afirmando que “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”.⁹

Pode-se afirmar que o pensamento rousseauiano inaugura as bases da democracia moderna, deslocando o eixo de titularidade do poder para as mãos do povo, quando se consagra, então, a soberania popular. Concebe-se o Estado baseado na vontade geral.

7 “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*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43. (Estudos sobre a Constituição)].

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

9 *Ibidem*, p. 39.

Rousseau defende a manifestação da soberania popular por ato de manifestação da vontade geral expressada pelos próprios cidadãos, inadmitindo, assim, a representação. Afirma o filósofo:

Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa, ou ela é a mesma, ou outra, e nisso não há meio termo; logo os deputados do povo não são, nem podem ser, representantes seus; são comissários dele, e nada podem concluir decisivamente. É nula, nem é lei, aquela que o povo em peso não retifica. Julga-se livre o povo inglês, e muito se engana, que o é só durante a eleição dos membros do parlamento, finda a qual, hei-lo na escravidão, hei-lo nada; e como ele emprega os breves momentos de sua liberdade, merece bem que a perca.¹⁰

Inegável a importância de Rousseau no desenvolvimento da democracia a partir da Modernidade. Há, contudo, inúmeras críticas à sua doutrina, que depuram a soberania popular do potencial totalitário consubstanciado no excessivo apego à vontade da maioria, como fonte última e incontestável do poder político,¹¹ bem como aquelas que demonstram a impossibilidade de nulificação do sistema democrático representativo.

Acerca da democracia representativa, acredita-se que o não reconhecimento da representação da vontade geral nos termos propostos por Rousseau, não obstante ganhar relevância especial em países nos quais se reconhece uma verdadeira crise de representatividade,¹² dificilmente lograria êxito nos Estados Modernos, diante mesmo da dificuldade prática de valer-se da democracia direta tal como vivenciada na antiga democracia grega, pela sociedade ateniense.

10 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 91-92.

11 VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 37

12 A ideia de crise de representatividade será retomada posteriormente, com base na obra do jurista italiano Mauro Cappelletti, denominada "Juizes Legisladores?". (CAPPELLETI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993). Pode-se registrar de antemão, contudo, breve passagem do Professor Dirley da Cunha Jr.: "A crise de representação política e, conseqüentemente, 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 JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 40).

Tal dificuldade prática, inclusive, foi reconhecida por Emmanuel Joseph Sieyès¹³ quando, ao teorizar a formação de um poder constituinte como unidade legítima de organização do Estado por meio de uma Constituição, apresentou como base para formação da sociedade política a necessidade de consagração de um corpo de representantes para definição do tratamento de interesses comuns de uma determinada nação, uma vez que a existência de grande quantidade de indivíduos isolados e sua ampla dispersão pelo território inviabilizariam o exercício direto da vontade geral.

Além de a representação ser considerada condição essencial para a manifestação da vontade da maioria – diante das dificuldades práticas e mesmo reconhecendo-se a existência de uma crise de representatividade –, torna-se necessária uma definição precisa quanto ao significado de “povo” aqui adotado. E para melhor compreensão da democracia como “governo do povo”, Peter Häberle traz importante contribuição doutrinária:

Povo enquanto uma dimensão determinada (*verfasste Größe*) atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o ‘domínio do cidadão’ (*Herrschaft des Bürgers*), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular.¹⁴

44

Friedrich Müller,¹⁵ ao identificar a definição de povo como questão fundamental na democracia, apresenta quatro distintas acepções: o “povo” como povo ativo, que seriam os sujeitos titulares de direitos de nacionalidade conforme as prescrições normativas da Constituição do país; o “povo” como instância global de atribuição de legitimidade (o povo legitimante), que elege o corpo de representantes responsáveis pela elaboração das normas que o vincula e “justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revol-

13 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa = Qu’est-ce que le tiers état?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 45-58.

14 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 38.

15 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *passim*.

tando contra o mesmo”; o “povo” como ícone, abstração geralmente invocada como critério de justificação para atos espúrios de uma minoria detentora do poder;¹⁶ e o “povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado (povo participante), perspectiva que imprime nota essencial na definição de cidadania.¹⁷

Deve-se perceber na obra de Müller que a preocupação específica não está adstrita a uma mera conceituação jurídica ou política de “povo”, mas sobretudo à sua consagração como elemento central e propulsor do regime político denominado “democracia”. O autor realça a necessidade de compreender o termo povo, quando aparece em textos normativos, especialmente em documentos constitucionais, como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), devendo ser levado a sério como conceito jurídico e ser interpretado *lege artis*.¹⁸

Assim, ao tratar da democracia como governo do povo, deve-se empregar ao termo “povo” toda a carga axiológica emprestada por Müller, encarando-o como o destinatário final das normas constitucionais e como atributo de legitimação de todo o ordenamento jurídico. Para isso, a participação popular nas decisões políticas do Estado deve ser a mais ampla possível.

É importante frisar, para a identificação da ideia de democracia aqui utilizada, que todo e qualquer reducionismo à mera vontade da maioria – ou seja, a concepção meramente formal de democracia – deverá ser afastada. Decantar tal reducionismo formal da concepção aqui proposta é contributo essencial para a defesa do contramajoritarismo – e, conforme será exposto adiante, ser contramajoritário não é ser antidemocrático – da jurisdição constitucional do tópico a seguir.

Essencial para considerar a participação do “povo”, na integridade do quanto formulado por Müller (excepcionando-se, apenas, eventual mau uso da acepção “povo ícone”), a democracia como valor substancial apoia-se em

16 “O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudossacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência” (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63).

17 “A democracia é dispositivo de normas especialmente exigente, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de ‘demos’ de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo-destinatário) e graus distintos.” (*Ibidem*, p. 70).

18 *Ibidem*, p. 79.

um princípio fundamental: a igualdade política.

O princípio da igualdade política foi sustentado por Robert Dahl sob a ideia de que todos os membros de uma determinada comunidade devem ser tratados como se estivessem igualmente qualificados para o processo de tomada de decisões sobre as políticas a serem seguidas. Ao tratar dos critérios de um processo democrático, Dahl inicia sua explanação com um questionamento ao qual o próprio autor trata de responder:

No espaço matagal das ideias sobre a democracia, às vezes impene-trável, 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 [...].¹⁹

46

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.²⁰

Dahl esclarece que todos os critérios são valiosos para considerar os membros da associação como politicamente iguais, sendo 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”.²¹

Adota-se, mais uma vez, a efetiva participação popular no processo

19 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 49.

20 *Ibidem*, p. 49-50.

21 *Ibidem*, p. 51.

de tomada de decisões políticas de um determinado Estado. O que imprime o atributo de qualificação máxima a essa participação, contudo, é a observância do princípio da igualdade política. Explica-se: não basta a igualdade formal na participação, que poderia ser consubstanciada na fórmula “*one man, one vote*”, por exemplo. Deve-se assegurar aos membros participantes iguais e efetivas oportunidades para fazer outros membros conhecerem suas opiniões (participação efetiva), além de iguais e efetivas oportunidades de aprender sobre as políticas possíveis e prováveis consequências (entendimento esclarecido).

Corroborando com os argumentos até então propostos, consagram-se os elementos a serem valorados no reconhecimento da democracia trabalhado no presente artigo com a noção de democracia apresentada por Ronald Dworkin.²² A superação do reconhecimento de democracia como mera representação da vontade da maioria, enaltecendo-se a chamada “democracia constitucional”, é amplamente divulgada na doutrina da Ciência Política e ponto essencial para a ideia central exposta no presente artigo.

A democracia constitucional, distintamente da chamada democracia majoritária (fundada na observância do princípio da maioria), é consagrada na ideia de um governo submetido a “condições democráticas” de igual *status* para todos os cidadãos.²³ A democracia pressupõe, assim, que todos sejam tratados como cidadãos livres e iguais, preenchendo um dos critérios estabelecidos por Robert Dahl.²⁴

A síntese da democracia constitucional trabalhada por Dworkin pode ser apresentada em trecho do Professor Gustavo Binbenojm:

[...] uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade da maioria se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração. As ‘condições democráticas’ são, assim, os direitos fundamentais, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo.²⁵

22 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

23 *Ibidem*, p. 17.

24 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

25 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 91-92.

Assim, com base em Dworkin, só é possível afirmar a prevalência do princípio majoritário quando todos os membros de uma determinada comunidade são concebidos e respeitados igualmente como agentes morais.

A concepção constitucional de democracia apresentada pelo autor rechaça, destarte, a tomada de decisões coletivas por uma maioria como elemento de identidade única da democracia. Espera-se que as “decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade a mesma consideração e o mesmo respeito”.²⁶

3 O CONTRAMAJORITARISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Um dos maiores óbices reconhecidos para o exercício da jurisdição constitucional refere-se a uma eventual ausência de legitimidade democrática. Questiona-se se o decisionismo judicial seria o campo de deliberação valorativa acerca de questões políticas definidas no âmbito do Parlamento, órgão de legitimação inicial para a representação popular. O risco de atuação de juízes e tribunais quando do exercício da jurisdição constitucional é doutrinariamente reconhecido, sendo tal reflexão reproduzida, por exemplo, por Gilmar Mendes:

[...] as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação *reprogramada* a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual *correção* da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda. (Grifos no original).²⁷

No âmbito da filosofia constitucional contemporânea, diversos argumentos são apresentados em defesa da legitimidade democrática da

26 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

27 MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 503.

jurisdição constitucional, sendo as linhas discursivas polarizadas em duas correntes principais: o procedimentalismo e o substancialismo.

Sob a ótica do discurso procedimentalista, a jurisdição constitucional deve ser compreendida 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 a vida boa ou o bem”.²⁸

O procedimentalismo, no âmbito da doutrina constitucional e da hermenêutica jurídica contemporânea, é verificado no estudo de John Hart Ely,²⁹ para quem a jurisdição constitucional teria como função principal a garantia do correto funcionamento do processo político, sob a tese de que ao juiz constitucional não cabe a fixação de respostas dotadas de valores substantivos ante os casos concretos a ele apresentados, mas apenas observar a lisura do processo político deliberativo. Para Ely, o problema central no exercício do controle judicial de constitucionalidade consiste no fato de que um órgão não 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. O autor prega a incompatibilidade de tal atividade com a teoria democrática.

Para o controle do processo democrático só seria admissível uma linha de decisão judicial interventiva, no procedimentalismo de Ely, quando se identificassem falhas no mercado político, tendo o autor trabalhado com essa ideia realizando analogia 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.

Ocorre que a identificação do mau funcionamento do mercado político é verificada quando se observa eventual ofensa aos preceitos fixados na democracia constitucional, nos moldes do quanto exposto por Ronald Dworkin e Robert Dahl, mencionados anteriormente. Nas palavras de Ely, o procedimento democrático merece desconfiança quando:

(1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para

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

29 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 8.

assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.³⁰

Assim, diante da leitura do trecho exposto, observa-se que assumir uma linha de defesa em prol das minorias é medida imprescindível para a garantia do bom funcionamento do processo democrático, segundo a corrente procedimentalista defendida por Ely. E aqui reside um traço comum entre o procedimentalismo e a concepção constitucional de democracia, a qual prega que os cidadãos devem ser tratados como agentes morais autônomos.

A concepção constitucional de democracia é, sem dúvida, ainda mais bem defendida quando se assume uma postura substancialista acerca da jurisdição constitucional.

A teoria substancialista adere explicitamente a valores como justiça, liberdade e igualdade, aceitando controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contrariem.³¹ De acordo com Sampaio,³² os substancialistas defendem a existência (implícita ou declarada) de valores substanciais nas Constituições que impõem, não apenas ao legislador ordinário, mas também ao próprio juiz, deveres e tarefas de realização, cabendo avaliação quanto à correção de decisões tomadas.

O tratamento dos cidadãos como agentes morais autônomos, na linha de Dworkin, ou como agentes detentores de igualdade política real, como frisa Robert Dahl, é compatível com a atuação substancialista da jurisdição constitucional. A atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais através de uma pauta valorativa legítima o exercício do controle de atos emanados pelo Poder Legislativo. Fala-se de Poder Legislativo apenas a título exemplificativo, uma vez que já é reconhecido, por exemplo, o controle jurisdicional de políticas públicas no âmbito do Poder Executivo.³³

30 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 137.

31 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.

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

33 Nessa linha, vide, por exemplo, decisão do Ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito

Requer-se, em síntese, a efetivação judicial de valores substanciais de uma dada coletividade.

Barroso assim sintetiza a dicotomia entre as correntes substancialista e procedimentalista:

Substancialistas e procedimentalistas têm visões diferentes acerca do papel da Constituição e da jurisdição constitucional. No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juízes 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.³⁴

Entretanto, ao se observar os elementos defendidos pela corrente procedimentalista proposta por Ely, verifica-se, em verdade, a identidade substantiva de tais elementos. Isso porque, em sua obra, a defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional preza pela abertura dos canais de participação política, mencionando-se como exemplos os direitos à liberdade de associação e de expressão – eminentemente fundamentais –, assegurando-se direitos e garantias contra a atuação de eventuais maiorias ocasionais, reforçando-se o princípio democrático. Quaisquer bloqueios nos canais de participação política implicam prejuízo ao bom funcionamento dos procedimentos democráticos.

Assim, defende-se que, sob a formulação de uma concepção constitucional de democracia, torna-se necessária a utilização de pautas valorativas como liberdade e igualdade, resguardando o convívio harmônico de grupos sociais componentes de determinada Sociedade, garantindo às minorias, inclusive, efetiva proteção contra maiorias eventuais.

Os mecanismos de contenção da política majoritária são utilizados pela jurisdição constitucional. Reduzir-se a compreensão da democracia

Fundamental n° 45, na qual se admitiu a intervenção do Poder Judiciário em questões inicialmente pertinentes às zonas de deliberação política dos Poderes Legislativo e Executivo quando configurada hipótese de abusividade governamental, reconhecida através da omissão desses poderes públicos. Acerca do controle judicial das omissões dos poderes públicos, veja-se, inclusive, tese de doutoramento do Professor Dirley da Cunha Jr., de ampla recepção e repercussão pela comunidade jurídica nacional.

34 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

como mera prevalência da regra da maioria implicaria na afirmação de que o próprio constitucionalismo seria antidemocrático, uma vez que se subtrai dessa maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias.³⁵

Há, contudo, larga diferença entre o contramajoritarismo da jurisdição constitucional e eventual afirmação de que se trataria de atividade antidemocrática.

A jurisdição constitucional desempenha um papel contramajoritário na medida em que, em nome da Constituição e da proteção dos direitos fundamentais, bem como das regras do jogo democrático, exerce a atividade de declaração de inconstitucionalidade de leis, que são decisões majoritárias adotadas pelo Poder Legislativo, e de atos do Poder Executivo, cujo chefe auferir legitimidade popular mediante o voto da maioria absoluta dos cidadãos. O contramajoritarismo é reconhecido, ainda, como defesa das minorias cujos interesses são, eventualmente, subjugados por eventuais majorias.

Mas o exercício de tal atividade contramajoritária não significa estar em desacordo com o regime democrático. Tem-se, em verdade, plena compatibilidade quando se adota uma concepção constitucional de democracia. Nesse sentido, aponta Dirley da Cunha Júnior:

Não obstante *contramajoritária* em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático. Portanto, quando se manifesta *contrária à maioria parlamentar*, a jurisdição constitucional visa a *atender a vontade soberana do povo*. (Grifos no original).³⁶

O reforço argumentativo da legitimidade democrática da jurisdição constitucional no exercício do controle dos atos emanados do Poder Legislativo pode ser buscado quando se trata da crise de representatividade atualmente vivenciada nas democracias modernas, especialmente em países considerados de modernidade tardia, como o Brasil.

Mauro Cappelletti,³⁷ realizando análise acerca do Direito Jurisprudencial

35 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18.

36 CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 57.

37 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto

(ou criatividade judicial do Direito) e partindo em defesa da sua legitimidade democrática, afirma já haver dissipado em grande parte a utopia ocidental acerca da perfeita capacidade dos poderes políticos de alcançar o consenso dos governados. O autor afirma que já restou demonstrado pelos cientistas políticos que “mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa”.

A democracia representativa enfrenta questionamentos quanto a sua real efetividade, estando a representação política distante de atender aos anseios populares. Contrariando, portanto, as teses que supervalorizam uma pretensa representatividade popular e pregando tal representação como elemento insuperável do princípio majoritário, Cappelletti apresenta mais um argumento em defesa da compatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional, afirmando que “os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema”. A exposição da ideia do jurista italiano se baseia, aqui, na lição do professor Martin Shapiro, cujos estudos se referiam à Suprema Corte americana, mas de aplicação aos tribunais superiores de outros países: “Eles, efetivamente, podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”.³⁸ Esclarecedoras as palavras de Martin Shapiro:³⁹

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’ que a Corte pode melhor servir [...] Enquanto, efetivamente, são essencialmente *políticos* os *poderes* da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os *procedimentos* da Corte, pelo contrário, são *judiciários*. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (‘adversary’) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável por parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.⁴⁰ (Grifos no original).

Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 94.

38 CAPPELLETI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 99.

39 Martin Shapiro *Apud* CAPPELLETI, 1993, p. 99

40 CAPPELLETI, *loc cit.* p. 99.

Outro argumento apresentado pelo autor italiano se refere à acessibilidade popular ao Poder Judiciário. Sustenta Cappelletti: “não há dúvidas de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis”. E continua declarando ser essa uma característica substancial da jurisdição, qual seja, “desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas”.⁴¹

Apesar do discurso de legitimação democrática do exercício da jurisdição constitucional, Cappelletti admite a possibilidade de juizes em processo de isolamento social, enaltecendo, contudo, o sistema de controle recíproco, onde a criação judiciária constitucionalmente inadequada sofreria correção pela via legislativa ou mediante revisão da Constituição.

O argumento de legitimação do substancialismo mostra que a figura do juiz contemporâneo, e de acordo com o posicionamento aqui tratado, não está adstrita ao modelo clássico-positivista de decisionismo judicial. O Poder Judiciário é convocado para o cumprimento das promessas constitucionais veiculadas, assegurando a primazia da Constituição e a concretização dos direitos fundamentais.

Resta evidenciado, então, que o exercício da jurisdição constitucional, ainda que contramajoritária, não pode ser considerada antidemocrática.

Partindo-se da adoção de uma concepção constitucional de democracia, para enaltecer a igualdade política entre os cidadãos e o seu reconhecimento como agente moral autônomo, e negando-se de uma vez por todas o reducionismo da democracia à mera observância do princípio majoritário, defende-se que o Poder Judiciário é mais um elemento de propulsão do regime democrático. A jurisdição constitucional deverá agir em prol da defesa das condições democráticas, observando os direitos das minorias contra eventuais maiorias legislativas, e realizando, em seu decisionismo judicial, opções valorativas reconhecidas – expressa ou implicitamente – na Constituição Federal.

41 *Ibidem*, p. 100.

4 CONCLUSÃO

O reconhecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, mesmo quando no exercício de uma função contramajoritária, parte da defesa da concepção constitucional da democracia.

Para além de sua concepção meramente formal, a qual adotaria uma estrita vinculação com a observância do princípio majoritário, deve-se encarar como elemento de identidade democrática o reconhecimento da proteção das minorias (formal e substancialmente), bem como dos critérios essenciais ao processo democrático, dentre os quais, a participação efetiva e o entendimento esclarecido por parte de todos os membros de uma coletividade. Assim, deve-se realizar a depuração da soberania popular do potencial totalitário consubstanciado no excessivo apego à vontade da maioria, afastando-se, nesse particular, da concepção rousseuniana.

Mais do que o reconhecimento da democracia como governo do povo, deve-se encarar tal regime como a composição de cidadãos, dotados de igualdade política e reconhecidos como agentes morais autônomos.

A jurisdição constitucional é dita contramajoritária na medida em que, para a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais nela permeados, exerce o controle das decisões dos Parlamentos, representantes da maioria. Ocorre que, diante da crise de representatividade observada nas sociedades modernas, não se verifica estreita vinculação entre a vontade popular e a vontade manifestada pelos representantes, assumindo o eventual contramajoritarismo a função de mecanismo de reforço à democracia. Especialmente quando se adota a concepção de povo “ícone”, quando representantes (de uma minoria no poder) se utilizam de falsos argumentos para atribuir legitimidade a atos espúrios adotados nos Parlamentos.

A jurisdição constitucional contramajoritária ganha feição democrática ainda quando se utiliza dos argumentos trazidos por duas correntes consagradas da filosofia constitucional contemporânea: o procedimentalismo e o substancialismo.

O procedimentalismo afirma ser papel da jurisdição constitucional a defesa do processo democrático, permitindo a sua atuação tão somente para resguardar o seu bom funcionamento. Na fundamentação do discurso proce-

dimentalista, reconhece-se, contudo, a existência de elementos substantivos, tais como a liberdade de expressão e a liberdade de opinião. Defende-se, portanto, que os procedimentalistas adotam elementos de identidade do próprio substancialismo.

Os substancialistas, por sua vez, defendem uma postura mais ativa da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais, cuja competência é haurida da própria Constituição, devendo integrar eventuais lacunas normativas a partir de valores encontrados dentro e fora do texto constitucional.

Independentemente da filiação que se adote em prol da defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, reconhece-se que tanto os procedimentalistas quanto os substancialistas estão voltados para a defesa dos direitos fundamentais. E o contramajoritarismo, sob a ótica da concepção constitucional de democracia, não pode ser considerado óbice ao exercício do controle judicial de atos emanados do Poder Legislativo (ou Executivo), mas, antes de tudo, como elemento de observação dos valores adotados na própria Constituição.

A jurisdição constitucional contramajoritária é, então, elemento essencial à defesa da democracia. É elemento de conciliação entre o princípio majoritário e a tão almejada defesa da cidadania.

REFERÊNCIAS

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.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

_____. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança. uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa = Qu'est-ce que le tiers état?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009.