

# DE DIREITO E DEMOCRÁTICO: A LEGITIMAÇÃO DO EXERCÍCIO DO CONTROLE JURISDICIONAL

## LEGAL AND DEMOCRATIC: THE LEGITIMATION OF THE EXERCISE OF JUDICIAL CONTROL

Joelson Dias<sup>1</sup>  
Sarah Campos<sup>2</sup>

### RESUMO

Na óptica do constitucionalismo contemporâneo, o presente artigo propõe uma reflexão sobre como conferir, democraticamente, a adequada proteção ao Estado de Direito. Para tanto, parte da análise das diferentes teorias que discutem a legitimidade democrática da jurisdição constitucional no marco do Estado de Direito, com enfoque na usual divergência de pensamento entre os que defendem a necessidade de reforço do controle jurisdicional justificável pela ineficiência dos governos e do parlamento e, em contrapartida, os que confrontam o ativismo judicial. Discute, assim, a possibilidade de conciliação dessa aparente dicotomia existente entre a democracia e a exigência constitucional da juridicização do poder e do respeito a um núcleo essencial de direitos, para apontar, ao final, a necessidade de uma permanente legitimação das instituições, mediante a consolidação de mecanismos e procedimentos apropriados à criação e funcionamento de canais de participação dos cidadãos, em todas as esferas de poder.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de Direito; Separação dos Poderes; Democracia; Controle Jurisdicional; Participação; Cidadania.

### ABSTRACT

In the view of contemporary constitutionalism, this essay proposes a reflection on how to guarantee an adequate and democratic protection to the rule of law. For this purpose, it begins with the analysis of the different theories that discuss the democratic legitimacy of constitutional jurisdiction in the context of the rule of law, focusing on the current debate between the alleged need for strengthening judicial review due to the inefficiency of both the government and the parliament and, conversely, those who oppose the so-called judicial activism. The article thus discusses the possibility of reconciling that apparent dichotomy between democracy and the constitutional principles of judicial control and respect to an essential core of rights, pointing, at

---

<sup>1</sup> Advogado, sócio do escritório Barbosa e Dias Advogados Associados, Brasília-DF, Brasil. Ex-Ministro Substituto do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Professor em diversos cursos promovidos por Escolas Judiciárias da Justiça Eleitoral, Escolas Superiores da Advocacia e Institutos de Magistrados.

<sup>2</sup> Advogada, sócia do escritório Sarah Campos Sociedade de Advogados, Belo Horizonte-MG, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestranda em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenadora-Geral Discente do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça da UFMG (Prunart-UFMG). Integrante da Comissão de Direito Administrativo do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Integrante da Comissão de Direito Sindical da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Minas Gerais (OAB-MG).

the end, to the need of a permanent legitimation of institutions through the consolidation of appropriate mechanisms and proceedings to the establishment and functioning of channels of participation for citizens in all spheres of power.

**KEYWORDS:** Rule of law; Separation of Powers; Democracy; Judicial Control; Participation; Citizenship.

## **1. Introdução**

O presente artigo analisa a consolidação do Estado de Direito no constitucionalismo contemporâneo.

No contexto dos ordenamentos dotados de constituições rígidas, o grande dilema consiste em conciliar a aparente dicotomia existente entre a democracia e a exigência constitucional da juridicização do poder e do respeito a um núcleo essencial de direitos. Assim, faz-se uma análise sobre as diferentes teorias que discutem a legitimidade democrática da jurisdição constitucional no marco do Estado de Direito.

Aborda o debate, sempre atual, entre juízes e parlamento sobre a adequada proteção do Estado de Direito. Essa proteção é invocada pelos juízes, na forma de críticas ao parlamento e aos governos, e, pelos políticos, contra o ativismo judicial.

Após o balizamento das circunstâncias em que a jurisdição constitucional se legitima, caminha-se na avaliação de como a democracia, em sua acepção mais ampla, que assegura aos cidadãos a participação nas decisões que os afetem, pode incrementar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no marco do Estado de Direito.

Nesse sentido, se a premissa é a de um Estado de Direito Democrático, surge o grande desafio na atuação do Judiciário, enquanto Poder de Estado: assegurar cada vez maior participação popular e transparência nas suas decisões, buscando conferir maior legitimidade a sua função de administrar/concretizar a justiça.

Essas são algumas reflexões propostas no presente estudo.

## 2. A consolidação do Estado de Direito: o poder enquadrado e limitado

Embora em vários pontos divirjam os contratualistas, propomos que o Direito só surgiu em virtude da necessidade de limitação às vontades individuais. Isolado, o homem não precisa do Direito. Não existem concessões. A vontade é unicamente censurada pelos limites inerentes ao ambiente. Dessa forma, a vida em sociedade só faz sentido à medida que os limites impostos pelo ambiente possam ser estreitados, surgindo novos horizontes de possibilidades, e o custo individual não supere aquele do isolamento.

O Direito surge, assim, num contexto social, como mecanismo de freios aos impulsos individuais. De forma que aquilo que representa restrição ao direito de um indivíduo, imediatamente é compensado por uma proporcional ampliação da esfera de direitos de outro. Posteriormente, novos contornos lhe são concedidos/reconhecidos à medida que a crescente complexidade das relações exige novos limites/garantias.

O Estado de Direito apresenta-se em contraposição ao “Estado de não-Direito”. Neste, não existe propriamente Direito, existem regras que limitam a conduta dos indivíduos sem que exista a contrapartida que as justifiquem (contrapartida justa) – imediata e proporcional ampliação da esfera de Direitos de outro indivíduo ou grupo de indivíduos. Assim, o Direito é inseparável do conceito de justiça e esta só existe enquanto proporção.

Canotilho define o Estado de Direito como “um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja actividade é determinada e limitada pelo Direito”<sup>3</sup>. O Estado de Direito surge, então, no contexto liberal, em que as liberdades, em virtude das limitações impostas ao Estado, são negativas, atuando como um escudo protetor da autonomia individual.

O Estado de Direito do século XIX, de paradigma liberal, nasce lastreado da ideia de liberdade, e empenha-se em limitar o poder político, tanto internamente (pela separação dos poderes) como externamente, com a redução de suas funções perante a sociedade<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado do Direito*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>> Acesso em: 10 de novembro de 2013.

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 4ª edição, Coimbra Editora Coimbra, 1990, I, cit., p. 86

Segundo Jacques Chevallier, “o Estado de Direito traz em si um *simbolismo de poder*, que constitui um possante vetor de legitimação do seu exercício.”<sup>5</sup> Em uma primeira perspectiva, representa um “poder enquadrado e limitado pelo direito”.

No Estado de Direito, estruturado sobre princípios como a legalidade e a separação de poderes, não é mais a vontade soberana do monarca que governa, legisla e julga. O Estado passa a se submeter à lei e as funções estatais são desconcentradas, com o objetivo de limitar o exercício do poder:

“trazendo as autoridades públicas ‘ao mesmo nível que os outros cidadãos’, o princípio de legalidade mostra que os governantes ‘são eles mesmos suscetíveis de serem governados como governantes’ (P. Amselek, *L’évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, Reve du Droit Public*, 1982).”<sup>6</sup>

Segundo referido autor, a juridicização integral, que está no núcleo do Estado de Direito, acaba por acarretar, em nível simbólico, “o *apagamento do fenômeno do poder*, que tende a se transformar em uma *competência*, inteiramente regida pelo direito”<sup>7</sup>.

Esse “apagamento” é explícito no que se refere ao Poder Executivo, cuja função se vê reduzida à aplicação das leis. Concebe-se, assim, a ideia da Administração Pública, que exerce suas competências em função do interesse público e adstrita à lei, isto é, somente é-lhe permitido fazer o que a lei autoriza.

Mas o “apagamento” se exprime também em relação ao Poder Judiciário, que, no Estado de Direito, tem a função de garantir o respeito às leis. Entretanto, essa função, destaca-se, deve ser objetiva, sem qualquer margem de livre determinação, sob o risco de o controle jurisdicional se degenerar no “governo dos juizes”. Dessa forma, sendo o papel do juiz o de aplicar a lei, conforme a vontade do legislador, ele mesmo não exerce poder.

Por fim, a própria lei, de competência do Poder Legislativo, sobre a qual todo o ordenamento jurídico se apoia, também se encontra desprovida de poder, na medida em que “ato

---

<sup>5</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 55.

<sup>6</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 55.

<sup>7</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 55.

de razão, mais que de vontade, o seu verdadeiro autor é, de fato, a Nação, que se exprime por meio de seus representantes”<sup>8</sup>.

Certamente esse “apagamento de poder”, sobre o qual Chevallier discorre, somente pode ser analisado em uma estrutura ideal, em que os poderes sejam, na melhor medida possível, harmônicos. No entanto, tanto no processo de construção das normas (legislativo), quanto no de sua aplicação (executivo), ou mesmo de controle jurisdicional (judiciário), o exercício de todas essas funções está sujeito aos fenômenos de poder.

### **3. Seria o Constitucionalismo antidemocrático? Da “legitimidade da jurisdição” e da “legitimidade no exercício da jurisdição constitucional”**

É a Constituição que define essa estrutura de poder inteiramente regida pelo Direito ou, em outras palavras, que proclama a ordem de valores às quais uma determinada sociedade democraticamente decidiu se vincular, ou seja, o seu sistema normativo, voltado à repartição ou definição de competências, à garantia dos direitos individuais e coletivos, inclusive das minorias, e aos procedimentos balizadores da tomada de decisões.

Expressão histórica de seu tempo, a Constituição deve ser dotada de força normativa capaz de “imprimir ordem e conformação à realidade política e social”<sup>9</sup>, para que, como advertia Ferdinand Lassalle<sup>10</sup>, não seja apenas um instrumento formal de manifestação dos fatores reais de poder.

Tal força, segundo Konrad Hesse<sup>11</sup>, para que tenha alguma possibilidade de eficácia, necessita da “vontade de Constituição”, evidenciada em três elementos: (a) no reconhecimento da importância de uma ordem normativa superior às demais, que sirva de contrapeso às medidas arbitrárias do Estado; (b) no reconhecimento da ordem constituída como algo além da expressão dos fatos, sendo, para tanto, exigida a sua permanente legitimação; (c) consciência de que a vontade humana é elemento essencial para a eficácia da Constituição.

---

<sup>8</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 56.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Mendes, Gilmar Ferreira. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1991.

<sup>10</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998.

<sup>11</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998.

Ainda segundo Hesse<sup>12</sup>, o desenvolvimento da força normativa depende tanto do conteúdo da Constituição quanto da práxis constitucional.

O conteúdo deve levar em conta elementos sociais, políticos, econômicos e, principalmente, o estado espiritual dominante a seu tempo. Além disso, deve ser constituída de disposições técnico-organizatórias e alguns poucos princípios – de sorte a que possa adaptar-se a mudanças sensíveis de suas condicionantes – em uma visão não unilateral ou majoritária. A práxis constitucional deve ser informada pelo respeito à Constituição em detrimento de interesses momentâneos, mesmo que legítimos, pela estabilidade de seu texto e pela aplicação do princípio da “ótima concretização” em sua interpretação.

A Constituição seria, assim, um “sistema aberto”, de forma que as normas evoluem, e devem evoluir, para contemplar os ideais de verdade e de justiça<sup>13</sup>. Sendo um sistema aberto, comporta normas de dois tipos, regras e princípios. As regras apresentam-se como conceitos relativamente estáticos (já que mesmo as regras são textos interpretados), enquanto os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser interpretados e aplicados de forma a dar-lhes o maior alcance possível e à medida que for possível.

Nesse contexto, que papel cabe ao Judiciário?

Como demonstrado, a natureza aberta das normas é um requisito para que a Constituição seja dotada de força normativa perene. Sem tal abertura não haveria espaço para a mutação e os conflitos forçariam constantes rupturas que lhe tirariam toda a confiança necessária, bem como a legitimidade.

Ao Judiciário cabe a importante função de administrar/concretizar a Justiça, de avaliar, geralmente por último, considerados os demais Poderes do Estado, se os valores constitucionais ou positivados foram bem concretizados.

A questão é que no exercício dessa atividade o Judiciário acaba por cercear o alcance de normas ou alargar a interpretação de outras.

---

<sup>12</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

É nesse contexto, então, da administração da Justiça, que, por exemplo, Dworkin<sup>14</sup> instiga-nos a refletir se não seria antidemocrático conferir “a juízes não eleitos o poder de contestar as decisões dos poderes Executivo ou Legislativo designados democraticamente”?

Os direitos humanos estão no centro dessa controvérsia!

A democracia somente seria incompatível com o controle exercido pelo Judiciário se pudesse ser entendida apenas como o “governo da maioria”, *tout court*, e, evidentemente, não o é, tão simplesmente assim. Faz-se legítima e necessária a intervenção do Judiciário para nivelar a igualdade de oportunidades entre os indivíduos, assegurar eficácia à norma e traduzir sua real finalidade.

É celebre a decisão do juiz John Marshall de que a Constituição deve ser aplicada inclusive contra a vontade da maioria. Dworkin<sup>15</sup>, por sua vez, entende que o respeito às minorias é justamente o que diferencia a democracia, tal a consequência da dignidade inerente a todo ser humano. Ainda,

“se considerarmos a democracia apenas como o governo da maioria, sem incluir em nossa definição qualquer alusão aos direitos humanos, torna-se impossível justificar ou mesmo explicar a afirmação de que a democracia estabelece o governo de seus cidadãos, na medida em que nada na ideia do poder legislativo ou executivo de uma maioria signifique que um indivíduo governe o que quer que seja ... A única maneira de explicar a afirmação de que a democracia dá ao cidadão o poder de governar é abandonar a ideia de que a existência de leis e políticas defendidas pela maioria dos cidadãos individualmente basta para garantir a democracia.”<sup>16</sup>

O conceito de democracia é, assim, revisitado.

O povo não seria mais simplesmente um conjunto de indivíduos agindo mais ou menos independentes uns dos outros. A “democracia como parceria”, segundo entende Dworkin,<sup>17</sup> seria como “uma orquestra tocando uma sinfonia ou um time de futebol durante uma partida”.

---

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *A democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 155-162.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes: São Paulo, 2011.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *A democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 155-162.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *A democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 155-162.

Segundo essa noção, cada indivíduo tem participação no sucesso ou fracasso do grupo, como sócio de um empreendimento coletivo e não de sua participação individual.

A vida política deve ser organizada, assim, de modo que todos os cidadãos tenham motivos para se sentirem parceiros, o que só ocorre quando lhe são assegurados os seus direitos individuais, tais como o direito a não-discriminação (afinal, ninguém se sentiria parceiro de uma sociedade que o tratasse como cidadão de segunda categoria) ou o direito à liberdade de expressão, pois ninguém será parceiro se o direito a participar do debate político não for reconhecido.

Afasta-se, assim, a compreensão de que o constitucionalismo seria antidemocrático, na medida em que, em determinado momento histórico, a própria coletividade decidiu que a melhor maneira de definir e garantir tais direitos é adotar uma Constituição de princípio moral interpretada e aplicada por juízes, estando estes excluídos do jogo político.

Na lição não menos autorizada de Paulo Bonavides:

“O conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando, como sói acontecer, de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos.

Há que distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa.”<sup>18</sup>

A legitimidade de jurisdição é assegurada pelo próprio texto constitucional ao definir competências e instrumentos para o seu exercício. Já a legitimidade no exercício de jurisdição constitucional toca um ponto mais sensível: as decisões judiciais devem apenas se ater à expressão da lei positivada, exercendo o aplicador mera atividade de subsunção do fato à norma?

Como se verá a seguir, limitar ou, ainda que minimamente, conter o exercício do poder, inclusive dos juízes, é uma das razões de ser do Estado de Direito.

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade. In Estudos Avançados, vol. 18, nº 51. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 09/12/2013



#### 4. Como manejar a balança dos freios e contrapesos

Se houvesse uma abundância de bens e os seres humanos fossem completamente altruístas não haveria necessidade de direitos<sup>19</sup>. As regras sociais ou jurídicas existem em razão da escassez de recursos e da conseqüente necessidade de serem definidos critérios para a sua distribuição e adjudicação dos conflitos resultantes de tal carência.

No entanto, pode ocorrer de essas regras simplesmente não serem justas ou imparciais, discriminando, injustificadamente, certos indivíduos ou grupos. Afinal, existe nas leis certo grau de indefinição, ainda que simplesmente decorrente de eventual imprecisão de linguagem, que implica em uma tomada de decisão por parte daqueles que as editam, as seguem ou as aplicam.

Em todas as esferas de poder, existe sempre o risco de decisões arbitrárias ou ilegítimas.

Richard Bellamy já se debruçou sobre esse risco ao tratar do “governo das pessoas”<sup>20</sup>, enfatizando a arbitrariedade que pode envolver a atuação dos governantes (ou dos juizes, acrescentamos) na tomada de decisões que afetem a esfera jurídica dos governados, sem consultar os seus pontos de vista, ou sem considerá-los como dignos de igual consideração e dignidade, ou mesmo por **capricho**, incluindo uma boa decisão para reformar uma prática injusta, ou **opressoras**, para atender a interesses egoístas ou, ainda, **dominadoras**, visando a intimidação.

Essa análise pode ser estendida a todas as esferas de poder, pois nenhuma delas é impermeável às referidas tentações arbitrárias. No “governo das pessoas”, pode-se ter um Executivo arbitrário, um Legislativo cooptado, ou um Judiciário parcial, não submetido à lei ou sem independência.

O debate entre juizes e políticos sobre a adequada proteção do Estado de Direito reflete diferentes perspectivas sobre os poderes e natureza do parlamento e do sistema judicial, bem assim do modo como se articula a separação institucional de ambos.

---

<sup>19</sup> BELLAMY, Richard, *Rethinking Liberalism*, London: Pinter, 2000, p.152-5.

<sup>20</sup> BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo Político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Tradução: Jorge Urdanoz Ganuza, Santiago Gallego Aldaz, Madrid: Marcial Pons, 2010, p.38

Essa proteção é invocada pelos juízes, na forma de críticas ao parlamento e aos governos, e, pelos políticos, contra o ativismo judicial.

Para os defensores do Estado de Direito, o desafio seria, então, o de reconciliar as referidas perspectivas e mostrar que é a lei, e não os juízes ou políticos, que governa.

Contudo, no contexto de uma sociedade democrática, como Chevallier esclarece, citando B. Mirkin-Guetzévitch, “a teoria do Estado de Direito implica certa concepção da democracia, na qual representantes eleitos são obrigados a respeitar regras jurídicas superiores”.<sup>21</sup> As declarações constitucionais asseguram e consagram os valores fundamentais de uma sociedade democrática<sup>22</sup>. Assim, a democracia constitucional sustenta-se na consolidação dos direitos em um documento constitucional, sendo que a “tarefa de uma constituição consiste em encarnar a substância dos fundamentos da lei, e não tanto em proporcionar uma estrutura fundamental para a elaboração das leis.”<sup>23</sup>

As constituições não promovem objetivos específicos, mas asseguram aos indivíduos igual consideração e respeito na persecução dos seus projetos de vida – inclusive quanto às gerações futuras<sup>24</sup>.

O constitucionalismo contemporâneo traduz esse método específico de exercício do poder, pressupondo a exigência do governo limitado e da proteção de um determinado núcleo de direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, “é do exercício concreto do controle jurisdicional que depende, ao final das contas, a efetividade do Estado de Direito”<sup>25</sup>.

O grande dilema consiste em conciliar essa aparente dicotomia existente na própria concepção do Estado Democrático de Direito: a democracia, de um lado, edificada sobre o

---

<sup>21</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 48.

<sup>22</sup> RAZ, J., *On the Authority and Interpretation of Constitutions*, in ALEXANDER, L. (ed.), *Constitutionalism: philosophical Foundations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 153-4.

<sup>23</sup> BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo Político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Tradução: Jorge Urdanoz Ganuza, Santiago Gallego Aldaz, Madrid: Marcial Pons, 2010, p.31.

<sup>24</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993, Lecture 5

<sup>25</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 66.

conceito de soberania popular e vontade da maioria, e, de outro, a exigência constitucional da juridicização do poder e do respeito a um núcleo essencial de direitos.

Nessa perspectiva, cabe investigar a legitimidade democrática no exercício da jurisdição constitucional no marco do Estado de Direito.

Para explicar as diferentes teorias que analisam a democracia constitucional, Bellamy classifica alguns autores que a justificam substancialmente (Dworkin e Rawls) e outros que partilham concepção mais procedimental (J.H. Ely).

A primeira corrente sustenta, de modo geral, que a democracia assume certos valores morais, basicamente que todos os cidadãos merecem idêntica consideração e respeito enquanto titulares autônomos de direitos, e que, portanto, é necessária uma constituição que assegure que, inclusive as leis elaboradas no processo democrático, adiram a esses valores. Nessa perspectiva, o controle jurisdicional seria importante para proteger os resultados democráticos.

A segunda corrente argumenta que a democracia implica em certas normas e práticas que merecem, por si mesmas, proteção especial. Nesse sentido, defende-se o controle jurisdicional como garantia do processo de tomada de decisões justo, em que as minorias se encontrem adequadamente representadas.

Em *Democracy and Distrust*<sup>26</sup>, John Hart Ely sustenta que, se o Parlamento não é suficientemente democrático, então o que se deve fazer é reforçar a democracia do Parlamento, e não colocar acima dele os juízes, por considerá-los mais capazes de interpretar o sentimento popular. A função do Judiciário seria, então, de reforço da democracia, garantindo a abertura de espaços políticos (debloqueio dos canais de participação) e a efetividade dos direitos das minorias (núcleo mínimo substancial).

Alguns teóricos já reconhecem problemas tanto no enfoque substancial, quanto no procedimental, propondo, então, um meio termo. Bellamy aborda a concepção de Burt-Ginsburg<sup>27</sup>, segundo o qual os tribunais precisam realizar juízos substantivos ao julgar, evitando,

---

<sup>26</sup> ELY, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

<sup>27</sup> BURT, R. A., *The Constitutionalism in Conflict*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

no entanto, impor seus próprios pontos de vista sobre as medidas políticas que devem ser tomadas.

Assim, os tribunais podem suspender legitimamente a legislação que pareça ter sido elaborada por uma maioria que empregou seu poder para dominar outros indivíduos, não os permitindo igual proteção legal. Trata-se de uma dominação que pode ser identificada com determinados critérios procedimentais. No entanto, o papel de um Tribunal não deveria consistir em oferecer sua própria solução à medida política em questão, senão devolvê-la ao legislativo para que encontre uma alternativa.

Nessa perspectiva, Habermas também integraria essa corrente do meio-termo, na medida em que busca superar os enfoques exclusivamente substantivos e procedimentais ao defender que os Tribunais têm o papel de defender as normas do discurso democrático. Para Habermas, tais normas, ao contrário dos valores comunitários ou dos direitos ou interesses naturais, não se referem à sociedade ou pessoas concretas em cada caso. São, na verdade, precondições universais da comunicação racional orientada pelo consenso. Por isso, defende que “um tribunal constitucional que se guie por uma concepção procedimental da constituição não merece crédito legitimador, a não ser que mantenha sua autoridade para preservar a lei em seu interior tal e como se depreende da ‘lógica da argumentação’”<sup>28</sup>.

Bellamy estaria integrado já em uma quarta corrente<sup>29</sup>. Por meio da crítica do constitucionalismo jurídico, referido autor defende que a proteção dos direitos, o Estado de Direito e a democracia derivam da própria democracia, ou seja, do poder dos cidadãos de demandar e estruturar seus direitos e exigir que sejam tratados de modo igual aos demais. Por

---

<sup>28</sup> HABERMAS, J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. W. Rehg, Cambridge: Polity Press, 1996, p. 279.

<sup>29</sup> Richard Bellamy é adepto do constitucionalismo político, que articula-se entre duas afirmações “la primera es que mantenemos desacuerdos razonables sobre los resultados substantivos que ha de alcanzar una sociedad comprometida con los ideales democráticos de igualdad de consideración e respecto. La segunda es que el proceso democrático posee mayor legitimidad y resulta más eficaz que el proceso judicial a la hora de resolver tales desacuerdos. Las afirmaciones que estiman que el proceso judicial es una forma de razonamiento público más inclusivo e imparcial que el propiamente democrático son discutibles en la teoría y en la práctica. Sólo cuando los propios individuos argumentan en el interior de un proceso democrático se les puede considerar como iguales, y sólo entonces se han garantizado una igual consideración y un idéntico respeto para sus derechos e intereses”. (BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo Político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Tradução: Jorge Urdanoz Ganuza, Santiago Gallego Aldaz, Madrid: Marcial Pons, 2010, p.21)

isso, como já assinalou Ely, o núcleo central da maioria das constituições se preocupa com as operações do sistema político. A ênfase se situa sempre em limitar ou regular o poder político. Dessa forma, Bellamy pretende demonstrar que o processo democrático ordinário implica em uma proteção constitucional maior, mais legítima e mais eficaz, do que o modelo do constitucionalismo jurídico.

Mas a proposta de Bellamy, que, realizando uma crítica ao controle jurisdicional – “constitucionalismo jurídico” – aposta no processo político democrático – “constitucionalismo político” – merece as mesmas ponderações realizadas pelo autor.

Se as instituições - Executivo, Legislativo ou Judiciário – refletem a maturidade da democracia, é ela que deve ser o alvo central das discussões. Nesse sentido, o manejo da balança de freios e contrapesos deve ser comedido, de forma que os poderes mantenham-se equilibrados.

Tanto o processo jurisdicional, quanto o processo legislativo são fruto da consolidação do sistema democrático. Dessa forma, torna-se menos importante dizer que o garante dessa proteção seja o processo político ou o controle jurisdicional, pois, afinal, a proteção dos direitos dependerá das condições sociais e políticas que fomentam a própria democracia.

Nesse sentido, também o “constitucionalismo político” de Bellamy enfrenta um desafio. É realmente possível conceber o processo legislativo de tal modo que os legisladores ditarão leis que manifestarão igual consideração e respeito pelas ideias e interesses daqueles a elas submetidos? Em outro panorama, é também possível que os juízes e outros agentes sigam tais normas sem substituir o juízo do legislativo pelo seu próprio?

Parece que a resposta está, sempre, na democracia.

Habermas, ao analisar a democracia como estrutura de legitimação da ordem jurídica, acredita que suas bases deliberativas devem fornecer as condições necessárias para que todos os indivíduos possam defender as suas posições políticas para a formação da vontade e da opinião públicas do Estado, cabendo ao Direito, justamente, regulamentar tais procedimentos e reconhecer todos os seus atores. O Direito (e, conseqüentemente, a atuação de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário) não será legítimo se não assegurar a participação ativa do cidadão nas decisões políticas.

Nesse sentido, o grande desafio das instituições é assegurar a participação, em condição de igualdade, de todos os interessados na tomada das decisões que lhes afetem.

O Estado, assim, mais que apenas de Direito, é ou deve ser, na verdade, também Democrático, incrementando sua legitimidade na medida em que disponibiliza e assegura mecanismos e procedimentos apropriados à criação e funcionamento de canais de participação dos cidadãos, em todas as esferas de poder.

Como as decisões judiciais afetam a esfera jurídica dos jurisdicionados, forçoso concluir pela necessidade de ampliação dessa participação cidadã também no âmbito do Judiciário.

Mais que suporte técnico às decisões, a participação cidadã confere maior legitimidade à atuação do Judiciário, em homenagem ao princípio da democracia.

Por outro lado, como comporta o exercício de poder, também no que diz respeito às funções jurisdicionais é importante o desenvolvimento de mecanismos inibidores de decisões arbitrárias ou discricionárias marcadas de subjetivismo.

Afinal, a atuação parcial do juiz, mais que o descrédito do Judiciário, pode levar ao comprometimento dos próprios ideais democráticos, na medida em que estaria se substituindo ao legislador, democraticamente eleito.

A participação popular ou cidadã atende, assim, a dois propósitos: do ponto de vista da democracia, incrementa a legitimidade de atuação do Poder Judiciário, permitindo a participação dos cidadãos nas decisões que lhes afetam; do ponto de vista do Estado de Direito, serve de mecanismo inibidor à eventual atuação discricionária ou arbitrária dos juízes.

Ao menos em princípio, é bem verdade que, na atuação do Judiciário, a participação cidadã pode parecer estranha, em alguma medida. Entretanto, se considerarmos que, especialmente nas mais altas Cortes, as decisões ali tomadas muitas vezes repercutem nas esferas de direitos de um número muito maior de indivíduos do que os inicialmente envolvidos, o que antes parecia alheio se torna substancial. As audiências públicas, bem como o instituto do *amicus curiae*, influência de Peter Häberle<sup>30</sup>, são instrumentos que possibilitam a participação da

---

<sup>30</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição*. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002.

sociedade na tomada de decisões judiciais, conferindo-lhes, mais que suporte técnico, como visto antes, legitimidade na sua atuação.<sup>31</sup>

Em arremate, a conclusão a que se chega é que o grande desafio pelo qual passa o Judiciário é a criação e garantia das condições que lhe permitam maior aproximação com a sociedade no processo decisório.

## **5. Conclusão**

A pergunta pode condicionar a resposta.

A depender da questão formulada, jamais haverá resposta possível que permita resolver por inteiro ou adequadamente o problema investigado.

Como evidenciado ao longo desse artigo, é justamente o que pode ocorrer quando se discute a legitimidade do controle jurisdicional ou, mais precisamente, a legitimidade no exercício da jurisdição constitucional.

Nesse caso, o que, geralmente, se quer saber é se o controle jurisdicional é ou não legítimo, isto é, é ou não antidemocrático.

A não ser que o propósito seja mesmo o de condenar ou proscrever o controle jurisdicional, não nos parece, contudo, seja exatamente essa a pergunta cuja resposta permitirá resolver o problema da arbitrariedade ou discricionariedade na atuação dos juízes no marco do Estado de Direito.

Nos casos em que tal controle advém da própria Constituição, desde que outorgada democraticamente, a questão não é propriamente de legitimidade, ainda que do exercício da jurisdição constitucional, mas da existência de limites à atuação dos juízes.

Nesses casos, a não ser como mero exercício acadêmico, a questão a ser respondida não está em se condenar ou não o controle jurisdicional, mas sobre os mecanismos a serem criados ou

---

<sup>31</sup> Atualmente, como decidido, por exemplo, no RMS 25841/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 20.3.2013, o próprio Supremo Tribunal Federal tem vislumbrado a possibilidade de ampliar a atuação dos amigos da Corte mesmo em processos de índole subjetiva, de natureza mandamental, ao entendimento de que a admissão do terceiro ajudará a trazer informações que poderão influenciar na tomada de decisão, facultando-lhe, inclusive, a realização de sustentação oral.

mesmo já em funcionamento aptos a não permitirem que os juízes, tal como as demais autoridades de Estado, usurpem de funções alheias a sua competência, abusem do poder ou profiram decisões arbitrárias ou discricionárias marcadas de subjetivismo.

A questão a ser respondida é se, e em que medida, como instância de Poder, e como mecanismo de sua legitimação, o Judiciário deve assegurar aos cidadãos a efetiva participação nas decisões que os afetam; é se já existem mecanismos aptos à efetivação desse seu direito; é como concretizar, dar efetividade, aos mecanismos de participação já existentes, mas, até então, muitas das vezes, concebidos ou em funcionamento apenas formalmente.

Até se admite que o Executivo e o Parlamento, com seus representantes eleitos, sejam mesmo mais democráticos que o Judiciário.

Isso não significa dizer, no entanto, que o controle jurisdicional seja antidemocrático.

Afinal, consagrado pelo próprio sistema normativo, desde que democrático, e necessário mesmo à efetivação do próprio Estado de Direito, na medida em que apto a corrigir eventuais distorções ou desvios na atuação do executivo e do parlamento em consonância com os valores constitucionalmente positivados.

O que importa é estabelecer limites de atuação dessa outra parcela do poder estatal, o Judiciário, exatamente como a atividade dos seus outros ramos, o Executivo e o Legislativo, também é condicionada, buscando evitar decisões arbitrárias e que, no exercício de sua discricionariedade, ao resolver as antinomias, suprir as lacunas da lei ou decidir sobre a concretização dos valores constitucionais pelo legislativo, o juiz não intervenha mais que o necessário para nivelar a igualdade de oportunidades entre os indivíduos, assegurar eficácia à norma e traduzir sua real finalidade.

É nesse sentido, então, inclusive como meio de controle da atividade estatal ou, mais especificamente no caso, como mecanismo inibidor à eventual atuação discricionária ou arbitrária do próprio Judiciário, que se propõe seja assegurada aos cidadãos maior participação nas decisões que os afetem.

Especialmente nas mais altas Cortes, cujas decisões repercutem nas esferas de direitos de um número muito maior de indivíduos do que os inicialmente envolvidos, as audiências



públicas, o instituto do *amicus curiae* e a transmissão dos julgamentos pela Internet e pelas emissoras de rádio e televisão já teriam inaugurado essa nova ordem jurídica, inclusiva e plural, consubstanciando grande avanço democrático, em relação ao qual não se pode retroceder.

Afinal, é a conclusão a que chega e espera ter sido demonstrada, mais que apenas de Direito, o Estado é, ou deve ser, na verdade, também Democrático, isto é, em permanente legitimação, o que somente se torna possível na medida em que disponibiliza e assegura mecanismos e procedimentos apropriados à criação e funcionamento de canais de participação dos cidadãos, em todas as esferas de poder.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 25841/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de março de 2013.

BELLAMY, Richard, *Rethinking Liberalism*, London: Pinter, 2000.

BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo Político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Tradução: Jorge Urdanoz Ganuza, Santiago Gallego Aldaz, Madrid: Marcial Pons, 2010.

BURT, R. A., *The Constitutionalism in Conflict*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado do Direito*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>> Acesso em: 10 de novembro de 2013.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *A democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 155-162.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton University Press: New Jersey, 2008.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes: São Paulo, 2011.
- ELY, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
- HÄBERLE, Peter. *Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição*. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002.
- HABERMAS, J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. W. Rehg, Cambridge: Polity Press, 1996.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Mendes, Gilmar Ferreira. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 4ª edição, Coimbra Editora: Coimbra, 1990.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993, Lecture 5.
- RAZ, J., *On the Authority and Interpretation of Constitutions*, in ALEXANDER, L. (ed.), *Constitutionalism: philosophical Foundations*, Cambridge University Press: Cambridge, 1998.