

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: UM DIÁLOGO POSSÍVEL?

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: POSSIBLE DIALOGUE?

Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego¹

Resumo

No presente artigo, far-se-á um breve estudo acerca do embate entre democracia e constitucionalismo. Inicialmente, exporá o que se entende por constitucionalismo, sua formação, suas características e sua configuração atual. Posteriormente, tentará encontrar um conceito de democracia que se compatibilize com as ideias do constitucionalismo contemporâneo. Para isso, utilizará a doutrina do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, que anuncia uma noção de democracia mais adequada ao paradigma constitucional, centrada na plena concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Em seguida, fará o uso dos ensinamentos de Ronald Dworkin, que distingue duas concepções de democracia, apontando aquela que, segundo o filósofo norte-americano, corresponda ao conceito mais adequado de democracia. No intuito de embasar essas ideias, far-se-á um breve comentário acerca do debate procedimentalista x substancialista.

Por fim, mostrar-se-á alguns casos no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro em que é possível visualizar a discussão teórica ora tratada.

Palavras-chave

Constitucionalismo; Democracia; Contramajoritarismo

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bolsista do CNPQ. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco.

Abstract

This paper shows the clash of democracy and constitutionalism. Initially, it explains the meaning, formation and characteristics of constitutionalism. Afterwards, the study tries to find a concept of democracy that reconciles with the contemporary notion of constitutionalism. To do this, it's important show the doctrine of "legal garantismo" of Luigi Ferrajoli, that it's a more appropriate to the constitutional paradigm, focused on full implementation of the fundamental rights of individuals.

Then, this paper uses the teachings of Ronald Dworkin, who distinguishes two conceptions of democracy, choosing the most appropriate concept of democracy. And next, a brief comment about the proceduralist x substantialist debate will be done in this work.

Finally, the paper shows some cases under the Brazilian Supreme Court in which it is possible to visualize this theoretical discussion.

Keywords

Constitutionalism; Democracy; Countermajoritarianism.

1. Breves considerações acerca do constitucionalismo

1.1. O surgimento do constitucionalismo: o constitucionalismo liberal

O constitucionalismo é uma filosofia política que surgiu na Idade Moderna e prega a supremacia da Constituição sobre outras normas que compõem o sistema jurídico. Segundo essa concepção, a norma constitucional está no ápice do ordenamento jurídico e é a fonte de legitimidade (e de validade) de todas as outras normas e atos jurídicos dentro de uma ordem estatal².

² Cabe ressaltar que a Constituição não é a norma fundamental kelseniana. A norma fundamental para Kelsen é hipotética, é uma ficção, que serve para pôr fim ao círculo de fundamentação de validade das normas, já que uma norma só é válida se for produzida de acordo com o preceituado por outra norma, sendo esta válida somente se observar o procedimento dado por outra norma, numa sequência sem fim. "Assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora." (KELSEN, 1999, P.155)

Essa filosofia política surgiu com o escopo de limitar o Estado Absolutista e, pois, os desmandos dos soberanos que predominavam na Europa Ocidental. Segundo Karl LOEWENSTEIN:

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral, o ética de la autoridad, em lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente. (...) Allí, donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control.

(...) En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatários del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. (LOEWENSTEIN, 1979, p. 150-151)

Passada a fase de consolidação do Estado Nacional, iniciada no fim da Baixa Idade Média, e a sedimentação da noção de soberania estatal, centrada na figura do monarca, fazia-se necessário limitar o poder estatal e assegurar direitos básicos aos súditos. Do antes necessário fortalecimento do Estado na figura do soberano, a fim de romper com a tradição descentralizada do feudalismo, veio a necessidade de limitá-lo, no intuito de reduzir o arbítrio estatal. O constitucionalista italiano Maurício FIORAVANTI (2009, p.85) ensina: “El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía.”

Nesse contexto, deve-se ressaltar a importância das Revoluções Burguesas, sobretudo, a Revolução Inglesa, a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América. Impregnadas por ideais liberais e sob forte influência dos intelectuais iluministas (sobretudo Rousseau na França e Locke nos países anglo-

Ademais, Kelsen traz a noção de Constituição em sentido material que seria “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais” e Constituição em sentido formal que seria “um documento designado como ‘Constituição’ que - como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos” (KELSEN, 1999, P.155).

saxônicos), esses movimentos resultaram na primeira fase do constitucionalismo, o liberal.

O constitucionalismo liberal se caracteriza por pregar a limitação dos poderes estatais e o reconhecimento de direitos individuais. O Estado deveria adotar uma postura negativa, sem intervir na vida privada dos cidadãos, e facilitar o desenvolvimento das relações comerciais entre os indivíduos. Essa é a marca característica das diversas Constituições ocidentais do século XIX e início do século XX, como a constituição norte-americana de 1787, a constituição francesa de 1791 e as brasileiras de 1824 e 1891. Máxime dessa ideologia política é o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

1.2. Transformação para o constitucionalismo social e o neoconstitucionalismo

Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, o aumento da complexidade social, novas demandas foram surgindo e o Estado veio a ser chamado a supri-las. Desde o início do século XX, já se notava o esgotamento do modelo liberal, devido à falibilidade da livre regulação dos mercados, e emergiu a necessidade de uma postura mais ativa do Estado. Os direitos político-individuais já não atendiam aos anseios da população que pugnava por “novos direitos”, direitos esses que extrapolavam a figura do indivíduo, direitos transindividuais, direitos humanos de segunda geração. São os direitos sociais e os direitos econômicos que passaram a serem exigidos, culminando na positivação desses direitos no âmbito constitucional, inicialmente com a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e, no Brasil, com a Constituição de 1934.

Essa nova etapa do constitucionalismo é chamada constitucionalismo social. O cerne dessa fase é a atitude mais proativa do Estado, que deixa de exercer uma postura mais passiva, uma “liberdade negativa”, para assumir uma postura prestacional, como verdadeiro protagonista na efetivação dos direitos. Gustavo Ferreira SANTOS resume bem ao dizer que “O Estado indiferente é substituído por um Estado propositivo.” (SANTOS, 2006, p. 48)

Segundo Anderson VICHINKESKI TEIXEIRA:

A condição do indivíduo era tomada sempre dentro de uma perspectiva político-social em que a participação do Estado era essencial à realização prática dos direitos sociais, dos direitos trabalhistas e de direitos cujos titulares não eram necessariamente definidos aprioristicamente, como no caso do direito à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, a um mercado econômico regado pelo Estado, entre outros. Isto fez com que fosse sustentada a necessidade de uma liberdade positiva: uma participação instrumental do Estado com agente hábil a prover direitos os quais sem a atuação concreta deste dificilmente seriam implementados, sobretudo devido à falta de uma estrutura político-jurídica que permitisse a efetivação de tais direitos. (TEIXEIRA, 2012, p. 17)

Após a Segunda Guerra Mundial, e devido às atrocidades cometidas nesse período, surgiram novas Constituições e inúmeros tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948. Consoante o professor Luís Roberto BARROSO, “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas” (BARROSO, 2005). Associado ao advento das novas constituições, o constitucionalismo social passou por transformações que culminou no chamado neoconstitucionalismo. Com os direitos sociais, econômicos e culturais já positivados desde o constitucionalismo social e as Constituições daí derivadas, surgiu a necessidade de dar efetividade aos comandos constitucionais, os quais o Estado-Administração não conseguia prover com eficiência. Por isso, nessa nova fase, o Poder Judiciário ganha força, em detrimento do Poder Executivo, com o escopo de dar cumprimento ao projeto constitucional, até porque “todo ato normativo, em nosso sistema, é passível de revisão judicial. Aliás, esse deve ser um ponto de partida para o intérprete” (SANTOS, 2006, p. 51).

A Constituição passa a ser concebida como um documento jurídico dotado de normatividade, podendo ser exigido judicialmente. A “Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma Jurisdição Constitucional atuante e expansiva” (SANTOS, 2006, p. 48). Doravante, há o fortalecimento da jurisdição constitucional, instância responsável por analisar, dar sentido e efetivar a Constituição. No mesmo sentido, Anderson TEIXEIRA:

Todavia, a maior contribuição para a Teoria Constitucional do séc. XX feita pelo próprio Estado social de direito parece ser a redefinição da

função da constituição dentro de um Estado de direito: de documento mais político do que propriamente jurídico, passa a ser então, em especial com as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, documento jurídico dotado de normatividade como qualquer outra lei, mas com prerrogativa de ser a lei maior de um sistema jurídico. Com isso, supera-se a supremacia da lei e chegamos à soberania da Constituição. (TEIXEIRA, 2012, p. 13)

Lênio STRECK (2010/2012, p. 3) ensina que, nas palavras do jurista português Jorge Miranda, dá-se a “Revolução Copernicana do Direito Público”, quando as constituições do pós-guerra e os tribunais constitucionais assumem um novo papel, resultando nos fenômenos conhecidos como judicialização da política e ativismo judicial.

1.3. O posicionamento dos direitos fundamentais no sistema jurídico constitucional

Segundo Gilmar MENDES, Inocêncio COELHO e Paulo Gonet BRANCO (2000, p. 104), “os direitos fundamentais são hoje o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade”.

Com as constituições do pós-guerra, o catálogo dos direitos fundamentais foi ampliado, principalmente, devido à forte influência das normas do direito internacional³. Ademais, como dito anteriormente, os direitos positivados a nível constitucional passaram a ser considerados como dotados de cogência, isto é, com normatividade, devendo, pois, serem efetivados, sob pena de ser acionado o Poder Judiciário a fim de concretizá-los.

Assim, caem por terra teorias como a das normas programáticas, que não se coadunam com os preceitos do constitucionalismo contemporâneo. Segundo José

³ O professor Anderson TEIXEIRA elenca os principais tratados e convenções internacionais que influenciaram o alargamento do rol dos direitos fundamentais no plano interno dos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial: “a Carta das Nações Unidas; a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948; as Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos, de 1949; a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950; os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio, Cultural e Natural, de 1972; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981; a Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982; a Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992; o Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Haya, de 1998.” (TEIXEIRA, 2012, p. 18)

Afonso da SILVA, normas programáticas são as que “versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.)” (SILVA, 2009, p. 84)

De caráter eminentemente político, os direitos fundamentais passaram a ser protagonistas do sistema jurídico-constitucional. Isso porque, além de dotados de normatividade e cogência, as normas estão na posição hierárquica mais elevada dentro do sistema jurídico-constitucional, acima de qualquer lei infraconstitucional, o que resultou num incremento da *judicial review* e na consolidação da jurisdição constitucional.

Ademais, não se pode deixar de mencionar, seguindo as observações do professor da UERJ, Rodrigo BRANDÃO (2007), que a partir da Constituição de 1988, no Brasil, os direitos fundamentais foram alçados à categoria de cláusulas pétreas (Art. 60, § 4º, IV da CF/88), o que corrobora sua função proeminente no sistema constitucional pátrio. Segundo o professor, “a atribuição explícita de superconstitucionalidade aos direitos e garantias individuais consistiu em novidade de relevo do constituinte de 1988, pois era da tradição do direito positivo brasileiro considerar cláusulas pétreas apenas a forma republicana de governo e a forma federativa de Estado” (BRANDÃO, 2007, p. 2)

Robert ALEXY mostra algumas características dos direitos fundamentais e as suas conseqüências:

O grau de hierarquia extremo na ordem graduada do direito intrastatal. Isso resulta do mero fato de que direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional. O grau de hierarquia extremo seria de pouco interesse se não acrescesse o segundo, a *força de imposição extrema*. Dela dispõem direitos fundamentais quando eles, primeiro, vinculam todos os três poderes, portanto, também o dador de lei, e quando essa vinculação é controlada judicialmente, portanto, é justiciável. (ALEXY, 2011, p. 49)

2. Constitucionalismo e Democracia

2.1. A aparente contradição

O jurista norte-americano Ronald DWORKIN entende constitucionalismo como:

Por “constitucionalismo” um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de direitos individuais. (DWORKIN, p. 2, 1995)

Por essa definição, é possível constatar a alusão que Dworkin faz do constitucionalismo como um sistema pautado na proteção dos direitos fundamentais, salvaguarda que é oposta até ao legislador que seja democraticamente imbuído de suas atribuições.

Daí, no entanto, surge o primeiro embate, que é a confrontação do constitucionalismo com a democracia. Essa contradição é o que o professor Gomes CANOTILHO chamou de “paradoxo da democracia” e “paradoxo integracional” (CANOTILHO, 2005, p. 1449-1450). Ocorre quando uma maioria circunstancial não pode impor sua vontade em detrimento de determinada situação decidida anteriormente quando da elaboração do projeto constitucional.

Não é diferente o pensamento do professor Lênio Luís STRECK (2001) ao afirmar que “a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição, originário”. Em outra oportunidade, o professor Lênio STRECK (2009) ensina:

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem a preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau. (STRECK, 2009, p. 18-19)

2.2. A dificuldade contramajoritária

O paradoxo (ou aparente paradoxo) entre constitucionalismo e democracia descrito acima é o que se chama de dificuldade contramajoritária ou função contramajoritária. Segundo Luís Roberto BARROSO (2005), essa expressão surgiu doutrinariamente na obra “*The least dangerous branch*” de Alexander Bickel em 1962, que a chamou de “*countermajoritarian difficulty*”.

A corrente contramajoritária configura-se na situação em que um órgão formado por agentes públicos não eleitos pelo voto popular, como é o caso do Poder Judiciário, toma decisões que vão na contramão dos interesses de uma maioria, seja uma maioria organizada e institucionalizada, a exemplo de uma decisão do Congresso Nacional, seja por pressões e reclamos da opinião popular, dos movimentos sociais e/ou da mídia.

Em belas palavras, o professor José Luis BOLZAN DE MORAIS ensina:

Princípio democrático e função de garantia são, poderíamos dizer, pontos extremos de uma relação pendular e evolutiva no debate teórico que se trava, há longa data, acerca da legitimação e dos limites nos e dos procedimentos de/para a tomada de decisões no âmbito do Poder Público, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais, nas funções de governo ou de garantia, tendo presente, sempre, que muito mais explicitamente nas primeiras do que na última (BOLZAN DE MORAIS, 2012, p. 194)

O Ministro Gilmar Mendes, ciente dessa dificuldade, ao proferir seu voto no julgamento do RE 630.147 / DF, alertou para a missão contramajoritária do Supremo Tribunal Federal: “A missão da Corte Constitucional é uma missão contramajoritária. Por isso, ela tem as suas garantias. Sua função não é mimetizar decisões de palanques, decisões do Congresso. É uma função pura”.⁴

Ronald DWORKIN questiona:

Apesar de tudo, uma forte objeção tem sido levantada contra o constitucionalismo: a de que ele subverte ou compromete a democracia, por que se uma Constituição proíbe o Poder Legislativo de aprovar uma lei limitando a liberdade de expressão, por exemplo, isto limita o direito democrático de a maioria ter a lei que quer. Caso respeitemos o constitucionalismo, mas também a democracia, o que deveríamos fazer? Qual é a arranjo apropriado entre esses dois ideais? (DWORKIN, p. 3, 1995)

⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 630.147 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 29/09/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011.

2.3. Ainda a dificuldade contramajoritária

Continua Ronald DWORKIN:

Acredito que o conflito há pouco descrito é ilusório, por que é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é. Devemos começar anotando uma distinção entre democracia e regra de maioria. Democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas algum tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria dos direitos de voto. (DWORKIN, p. 3, 2005)

Dworkin prossegue em seu trabalho classificando as normas constitucionais em possibilitadores e limitadoras:

Façamos uma distinção, então, entre normas constitucionais possibilitadoras, que constroem um governo da maioria estipulando quem deve votar, quando as eleições devem se realizar, como os representantes são designados para os distritos eleitorais, que poderes cada grupo de representantes tem, e assim por diante, e normas constitucionais limitadoras, que restringem os poderes dos representantes que as normas possibilitadoras definiram. Não podemos dizer que apenas as normas possibilitadoras são pré-requisitos da democracia, por que algumas normas constitucionais que possam, aparentemente, ser normas limitadoras são plenamente essenciais à democracia. Uma maioria destruiria a democracia quase que efetivamente retirando de uma minoria o direito de livre expressão do mesmo modo que se negasse voto à mesma, por exemplo. (DWORKIN, p. 3 e 4, 1995)

Esses pré-requisitos da democracia são os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico e algumas poucas normas de organização do Estado, visto que são as “regras do jogo” democrático. Para que haja legitimidade da deliberação da maioria, faz-se mister que sejam obedecidas as “regras do jogo”, sob pena de tais deliberações serem inconstitucionais.

Essas normas limitadoras, essenciais à democracia e ao constitucionalismo, seriam a proteção das minorias contra os abusos e arbitrariedades da maioria, tendo em

visto que esta pode utilizar o argumento da predominância da vontade de um grupo majoritário para atingir um grupo minoritário que possui também direitos fundamentais.

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto acerca da Ficha Limpa (RE 631.102 / PA), expõe preocupação em relação à falta e/ou ao descumprimento dessas normas constitucionais limitadoras:

Presidente, são tanto os magistérios a propósito dessa questão que ela é, de fato, pacífica entre nós. O artigo 16, nesse sentido, é uma norma especial de reforço, tendo em vista a nossa experiência constitucional, a experiência do nosso constitucionalismo em relação aos abusos tradicionais. Há tentação majoritária de interferir no processo eleitoral. Por isso, o artigo 16 como norma especial neste quadro magno de segurança jurídica.

(...) Eu fico a imaginar que, agora, o legislador será convidado, daqui a pouco não será mais suficiente a condenação em segundo grau. Aí bastará a condenação em primeiro grau. Depois, vai ocorrer um outro sentimento de “depuração” do ambiente político. E é bom ver, Presidente, que esse tipo de mensagem começa a namorar com pensamentos autoritários, quando se começa a tentar tutelar a sociedade e o próprio eleitor; nós já temos um namoro com pensamentos que gravitam em torno do nazifacismo. Aí a gente pode pensar: “Ah, quem sabe apenas a denúncia recebida”. O governo militar teve esse ímpeto, não é, Ministro Celso?”⁵

3. Debate entre procedimentalistas e substancialistas

Importante deixar claro que, ao se referir ao cumprimento das “regras do jogo” democrático, não se está aludindo apenas à observância do procedimento, conforme pregam os procedimentalistas, como fonte de legitimidade do ato. Para os defensores dessa corrente, liderados por Jurgen HABERMAS (1997), o procedimento é o “modo ideal de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa” (STRECK, 2009, p. 24). Lênio Streck ao expor a teoria procedimentalista, com apoio em Niklas Luhmann, diz: “Nas sociedades complexas, a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões; os procedimentos (processo legislativo e o próprio processo judicial) tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade”. (STRECK, 2009, p. 25)

⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631.102 / PA – PARÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011.

Por outro lado, para os adeptos das teorias substancialistas, assume a jurisdição constitucional maior relevância em comparação aos procedimentalistas, visto ser sua função conferir efetividade ao texto constitucional e assegurar a supremacia da Constituição. Por isso, faz-se necessária a atuação proativa da jurisdição, sobretudo na omissão dos outros Poderes da República na condução de políticas públicas que tenham por objetivo concretizar os ditames constitucionais. Consoante Lênio STRECK (2009), as teorias materiais-substanciais são as que mais adéquam ao contexto de um país de modernidade periférica, onde os direitos individuais e sociais garantidos constitucionalmente são ineficazes.

Esse debate entre procedimentalistas e substancialistas tem sua importância. É através dele que se pode chegar à conclusão acerca do papel da Constituição, da sua força normativa e da expansão da jurisdição constitucional. Por exemplo, as teorias procedimentalistas, conforme defendidas por HABERMAS (1997), dificilmente se adaptam ao contexto de uma modernidade periférica, de inefetividade da Constituição e incompetência dos Poderes Públicos. As teorias substancialistas, por pugnam pela concretização dos direitos fundamentais via jurisdição, “colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia” (STRECK, 2009, p. 24). Enquanto que os procedimentalistas criticam a falta de legitimidade da jurisdição constitucional, por ser composta por agentes públicos não eleitos pelo sufrágio popular.

Por isso, BOLZAN DE MORAIS (2012) ensina que o princípio democrático tem uma perspectiva mais formal e procedimentalista, enquanto o sistema de garantias constitucionais tem uma perspectiva material e substancialista, haja vista que os limites traçados na Constituição não se restringem apenas ao procedimento, mas ao próprio “produto legislado”, ao conteúdo da deliberação da maioria.

4. Tentativa de legitimação da função contramajoritária

4.1. Conceitos de Democracia

Já dizia o professor José Luis BOLZAN DE MORAIS (2012) que a

A legitimidade de qualquer função estatal deriva não de uma interpretação rígida do princípio da separação de Poderes, mas, antes de tudo, do seu papel de efetivação dos direitos fundamentais, em seu viés de garantia, embora não se restrinja a isso no caso do administrador/gestor público e do

legislador, os quais incorporam funções de governo. (BOLZAN DE MORAIS, 2012, p. 193)

O professor Bolzan de Moraes (2012) traz essa noção de legitimidade amparada na doutrina de Luigi Ferrajoli que considera a jurisdição como particular “instância de garantia”, portanto, espaço público destinado a assegurar os direitos fundamentais individuais e sociais característicos do Estado Democrático de Direito que não foram concretizados pelos poderes políticos. Por isso, afirma Bolzan de Moraes que o Poder Judiciário tem o compromisso com a garantia do projeto insculpido no texto constitucional, inadmitindo uma conduta passiva, inerte e omissa do sistema de Justiça e, particularmente, da jurisdição constitucional.

Os professores Sérgio CADEMARTORI e Daniela Mesquita de CADEMARTORI explicam essa necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, seja na perspectiva do Estado liberal de direito, no qual predominavam os direitos políticos e individuais, seja na perspectiva do Estado social de direito, no qual predominam os direitos sociais, econômicos e culturais:

A regra no Estado liberal de direito é: **nem sobre tudo se pode decidir**; nem sequer por maioria. Observe-se que os direitos fundamentais de liberdade são intocáveis por força de dispositivos inseridos nas diversas constituições. Já a regra do Estado social de direito tem como enunciado básico: **nem sobre tudo se pode deixar de decidir**; nem sequer por maioria. E o caso em que a regra constitucional impede não somente que os direitos sociais sejam atingidos pelo legislador ordinário, mas também impõe a obrigação de promovê-los. (CADEMARTORI & CADEMARTORI, 2006, p. 154)

Portanto, nota-se que a legitimidade democrática não está amparada apenas num procedimento que assegure a expressão de vontade de uma maioria. No contexto do neoconstitucionalismo e da supremacia da Constituição, a legitimidade democrática está fundada no grau de efetivação dos direitos fundamentais. Por isso, não se pode atribuir-lhe tão somente com base na vontade da maioria, no mero fator majoritário (como já falava Ronald Dworkin). Antes de tudo, deve-se desvencilhar dessa concepção formalista ou procedimental de democracia.

Democracia é decisão da maioria com o respeito à minoria. A qualidade de uma democracia não se mede pela quantidade de votos ou de participação no processo eleitoral, mas pela capacidade democrática de uma sociedade de tomar suas decisões, respeitando as individualidades do seu povo (do indivíduo ou grupos de indivíduos)

Assim, é necessária uma concepção de democracia que concilie tanto o a regra do majoritarismo com os ditames do constitucionalismo. Dessa forma, algumas noções foram postas em detrimento de uma concepção formal de democracia, como a concepção de comunitária de Dworkin que será abordada adiante, a de BOLZAN DE MORAIS (2012) que prefere “*democracia substancial ou democracia social*”, e a de Luigi FERRAJOLI (2009) que fala em “democracia constitucional”

4.2. A democracia constitucional de Luigi Ferrajoli

Luigi FERRAJOLI (2009, p. 71) nos propõe uma reflexão acerca do conceito de democracia. Ensina que a concepção majoritária, “de Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl, de Popper a Waldron”, considera a democracia “um método de formação das decisões públicas” que atribui à maioria o poder de tomar decisões. Para essa concepção essencialmente formalista-procedimental, “la fuente de legitimación democrática de los poderes públicos es únicamente la *autonomía*, esto es, la libertad positiva que consiste en ‘gobernarse por sí mismo’ y ‘en que la regulación de la propia conducta no dependa de otros, sino de uno’” (FERRAJOLI, 2009, p. 73). Isto é, as formas e os procedimentos adequados asseguram a legitimidade democrática das decisões. De forma ilustrativa, Ferrajoli diz que, nessa perspectiva, a democracia tende a ser associada com “o quem” e “o como” das decisões, o povo (ou seus representantes) observando determinado procedimento.

Entretanto, essa concepção de democracia não se preocupa com “o que” da decisão, com o seu conteúdo. Isso, segundo o professor italiano, deve-se ao fato dessa concepção formalista de democracia ser uma concepção simplificada. Inicialmente, afirma que essa dimensão formal da democracia é condição imprescindível para a democracia. Todavia, não é suficiente para uma verdadeira democracia constitucional. Há a necessidade que “la definición de democracia comprenda la idea de límites y vínculos *sustanciales* o de *contenido* como son, típicamente, los derechos fundamentales” (FERRAJOLI, 2009, p. 75)

O professor Ferrajoli aponta quatro aporias na concepção puramente procedimental da democracia: a primeira é que essa concepção de democracia renega o próprio paradigma de Estado de Direito e do constitucionalismo, o qual não admite a existência de poderes não submetidos à Lei, logo, poderes absolutos. Numa concepção

puramente formal, o poder do povo, depois materializado na vontade estatal, tornaria absoluto, ilimitado, o que o professor italiano não concorda:

El supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales. (FERRAJOLI, 2009, p. 77)

A segunda aporia apontada pelo professor consiste:

En la escasa consistencia teórica de un concepto de democracia solamente formal que pretenda ser consecuente consigo mismo. Algún limite sustancial, en efecto, es necesario para la supervivencia de cualquier democracia. Sin límites relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* (o al menos *puede no*) sobrevivir. (FERRAJOLI, 2009, p. 78)

As experiências nazi-fascistas são exemplos históricos da necessidade da adoção de um conceito de democracia que assegure limites substanciais à decisão da maioria, visto que esses regimes totalitários chegaram ao poder por “vias democráticas”, sob o apoio popular, com discurso fortemente populista e nacionalista e, por fim, terminaram por destruir a frágil democracia existente. Como diz FERRAJOLI (2009), através dos métodos democráticos, a maioria pode suprimir os próprios métodos democráticos.

A terceira aporia consiste no “nexo indissolúvel” entre a democracia procedimental com a garantia dos direitos e garantias fundamentais. Por exemplo, sem o direito à liberdade assegurado, é impossível garantir um procedimento democrático em que todos os cidadãos possam expressar livremente sua vontade. Assim, resta prejudicada a soberania popular. “La omnipotencia de la mayoría no sólo amenaza la democracia política y la propia soberanía popular sino que una y otra se realizan y alimentan sólo a través del ejercicio constante de los derechos de libertad” (FERRAJOLI, 2009, p. 81)

A quarta e última aporia da concepção puramente formal de democracia consiste num problema de carácter filosófico-político. Há certa dificuldade em compreender o povo como um “corpo político”, um organismo dotado de vontade homogênea, como se existisse uma “vontade geral e unitária do povo como sujeito unitário e orgânico”. Tal concepção ocultaria a pluralidade social, algo inconcebível

num contexto de “hipercomplexificação social” (NEVES, 1996) característico da sociedade contemporânea.

Por fim, Luigi FERRAJOLI (2009) pugna por uma redefinição da noção de soberania popular compatível com a concepção de democracia constitucional. A idéia de soberania popular como poder absoluto e ilimitado da maioria está em contradição com a própria noção de democracia. Diz o jurista italiano:

Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o imitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Y ello a través de límites y vínculos que establezcan lo que em varias ocasiones he denominado la “esfera de lo no decidible. (FERRAJOLI, 2009, p. 85)

Cabe ressaltar que esses limites imprescindíveis ao constitucionalismo democrático sejam limitações substanciais, que atinjam o conteúdo das deliberações, de forma a resguardar os direitos e garantias fundamentais.

4.3. Ação coletiva estatística e ação coletiva comunitária de Ronald Dworkin

Dworkin, em seu trabalho “Constitucionalismo e Democracia”, diferencia dois tipos de ação coletiva na democracia: a estatística e a comunitária.

A distinção entre ação estatística e comunitária oferece-nos duas concepções de democracia como ação coletiva. A primeira é uma concepção estatística: numa democracia as decisões políticas são tomadas de acordo com alguma função – uma maioria ou uma pluralidade – dos votos, decisões ou desejos de cidadãos individuais. A segunda é uma concepção comunitária: numa democracia as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta – o povo como tal – ao invés de qualquer arranjo de indivíduos um a um. A idéia de Rousseau de um governo pela vontade geral é um exemplo de uma concepção comunitária em lugar de uma estatística da democracia. (DWORKIN, p.5 e 6, 1995)

Ressalte-se o pensamento de Rousseau que distinguia a Vontade da Maioria da Vontade Geral. Nem sempre a Vontade da Maioria correspondia à Vontade Geral. ROUSSEAU, assim, expõe:

Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se pretende somente ao interesse comum; a outra, ao

interesse privado e não passa de um soma das vontades particulares. Quando se retiram, porém, dessas mesmas vontades, os excessos e as faltas que nela se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral.

Se, quando o povo suficientemente informado delibera, não tivessem os cidadãos qualquer comunicação entre si, do grande numero de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa. Mas quando se estabelecem facções, associações parciais a expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação a seus membros e particular em relação ao Estado: poder-se-á então dizer não haver mais tantos votantes quantos são os homens, mas somente tantas quantas são as associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e dão um resultado menos geral. E, finalmente, quando uma dessas associações for tão grande que se sobreponha a todas as outras, não se terá mais como resultado uma soma das pequenas diferenças, mas uma diferença única. Então, não há mais vontade geral, e a opinião que ela se sobrepõe não passa de uma opinião particular. (ROUSSEAU, P. 41, 2010)

Jean Dabin realiza uma distinção conceitual parecida com a clássica diferenciação entre vontade geral e vontade de todos de Rousseau, a fim de defender a submissão do Estado ao Direito, e, portanto, de submeter as decisões da maioria às normas fundamentais do sistema constitucional. Segundo Dabin, bem comum seria “um bem a ser buscado por qualquer sociedade, independentemente de sua organização política” (TEIXEIRA, 2012, p. 10), e este divide em “bem comum particular”, que “pode estar vinculado apenas aos interesses de uma sociedade demograficamente pequena ou até mesmo aos interesses da parte dessa sociedade que exercer o poder ou é a maioria” (TEIXEIRA, 2012, p. 10), e “bem comum público”, num “sentido imaterial, desprovido de interesses particulares ou egoístas, estando vinculado somente ao altruísta e desinteressado interesse público.” (TEIXEIRA, 2012, p. 10)

É de notar a semelhança dessas idéias de Rousseau e de Dabin com trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 631.102/PA:

Aí nós vamos começar a pegar esses atalhos. Daqui a pouco podemos pensar – veja que é livre a imaginação! – um pai que tenha batido no filho, o espancado num tempo. Quer dizer, agora ele fica sem pátrio poder de forma definitiva, para sempre. E a gente poderia até aditar: “E será inclusive esterilizado para não ter mais filhos”. Tudo isso seria legítimo nesse contexto. É livre a imaginação! É um convite para um salão de horrores! É preciso que estejamos atentos a isso.

Por isso, sabedor desse tipo de experiência, é que o Constituinte de 88 quis poupar o Tribunal desse constrangimento. E colocou esta cláusula, que não trata do direito adquirido, uma cláusula específica de segurança jurídica ao processo eleitoral para evitar essas interveniências indevidas, essa tentação que existe por parte da maioria. E que pode existir também, Presidente, por parte de agrupamentos determinados da sociedade.

Eu disse, naquela outra assentada, que sequer um milhão, sequer dois milhões, sequer três milhões de assinaturas me impressionavam. A gente sabe como elas são colhidas; se a gente sabe que por trás estão organizações partidárias, e se consegue assinatura para isso e para aquilo. Isto é apenas um índice para um processamento de uma ação; isto não retira a lei do modelo de controle de constitucionalidade. ⁶

Percebe-se que o Ministro Gilmar Mendes quis ressaltar que a força da pressão de uma maioria, de uma parcela organizada da sociedade, não pode inibir a atuação do Judiciário, não pode influenciar tão severamente, como acontece com o Congresso Nacional, nas suas decisões. O Supremo Tribunal Federal deve zelar pela Constituição, pelo ideal democrático e pelo respeito aos direitos da Minoria, haja vista que se a Maioria pudesse conduzir o processo e julgamento dos tribunais, poderia redundar numa verdadeira opressão ao grupo minoritário da sociedade, o que não corresponderia a uma espécie de “Vontade Geral” exposta no ordenamento jurídico nacional, apenas a vontade de um grupo circunstancialmente majoritário.

Advertências são feitas pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 630.147/DF – Caso Roriz:

Já se falou muito, aqui e fora, por exemplo, que o fato de ser uma lei de iniciativa popular daria uma grande legitimidade, uma legitimidade diferenciada a esta norma. Não penso assim, Senhor Presidente, Senhores Ministros. Lei está submetida às regras constitucionais. Devemos estar muito atentos a este tipo de fenômeno.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como o próprio povo também se submete à Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E isso é evidente, especialmente na democracia constitucional. É preciso que tenhamos bem essa dimensão. Fosse a lei aprovada por unanimidade do

⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631.102 / PA – PARÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011.

Congresso Nacional, ainda assim estaria submetida à Constituição. A missão da Corte Constitucional é uma missão contramajoritária. Por isso, ela tem as suas garantias. Sua função não é mimetizar decisões de palanques, decisões do Congresso. É uma função pura. Muitas vezes tem que se contrariar aquilo que a opinião pública entende como "a salvação" para, às vezes, salvar a própria opinião pública, porque esse tipo de violência começa com o nosso vizinho e depois chega a nós. É preciso que nós tenhamos, então, essa dimensão. É preciso sempre colocar essa questão, essa tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia; jurisdição constitucional e política; pois toda ela se renova e se coloca aqui. Agora, é uma missão contramajoritária. Se fosse para mimetizar, para ser decalque da decisão do Congresso, podia fechar o Supremo Tribunal Federal. Se a iniciativa popular tornar inútil a nossa atividade, melhor fechar o Supremo Tribunal Federal.⁷

5. Conclusão

Democracia e constitucionalismo não são noções antagônicas. Apenas se adotar uma concepção meramente formalista de democracia, ao limitá-la ao mero fator majoritário, aí se pode falar em contrariedade aos pressupostos do constitucionalismo. Todavia, como ensinado por Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli, é necessário expandir o entendimento de democracia, a fim de albergar no conceito os direitos fundamentais dos indivíduos e as normas limitadoras do ordenamento jurídico. Sem o devido respeito a essas normas fundamentais não se pode falar em democracia plena.

⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 630.147 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 29/09/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011.

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10, n. 851, 1 nov. 2005](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Audiências Públicas: Novas Práticas no Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo)** IN STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, p. 4, IV, da CF/88. REDE (IBDP), v. 10, p. 01-43, 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 630.147 / DF - DISTRITO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 29/09/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-230 DIVULG 02-12-2011 PUBLIC 05-12-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631.102 / PA – PARÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011.

CADEMARTORI, SÉRGIO. & CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **A Relação entre Estado de Direito e Democracia no Pensamento de Bobbio e Ferrajoli.** Revista Seqüência, no 53, p. 145-162, dez. 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7° ed. Coimbra: Almedina, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia.** Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, nº 3:1, p. 2-11, em 1995.

FERRAJOLI, Luigi & MORESO, José Juan & ATIENZA, Manuel. **La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional.** 2° Edição. Madrid: Fundacion Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

FIORAVANTI, Maurízio. **Constitución. De La Antigüedad a Nuestros Días.** Tradução de Manuel Martinez Neira. Editora Trotta, pag. 85.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade.* Vol. I. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6 ° Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución.** Barcelona: Editorial Ariel, 1979

MENDES, Gilmar & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito.** Lua Nova: revista de cultura e política. Ed.37, pág.96. CEDEC: São Paulo, 1996.

ROUSSEAU, J. J. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2010

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo e Democracia**. Revista de Informação Legislativa, v. 172, p.45-55, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lênio Luís. **A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias**: a importância de peter häberle para a superação dos atributos (*eigenschaften*) solipsistas do direito. Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564. Ano 4, 2010/2011.

STRECK, Lênio Luís. **Constitucionalismo, Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito**: ainda é possível falar em Constituição Dirigente? *IN*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Qual a Função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional?** *IN* STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.