

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

BENJAMIN XAVIER DE PAULA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-932-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O GT Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II, coordenado pela Prof^a Dr^a Samantha Ribeiro Meyer-pflug, pelo Prof^o Dr^o Paulo Roberto Barbosa Ramos e pelo Prof^o Dr^o Benjamin Xavier de Paula, tem como foco a produção científica produzida por pesquisadores/as da área do Direito, nos diferentes níveis da carreira científica, e oriundos de diversas instituições de pesquisa jurídica, públicas e privadas, nas diferentes regiões do país e estado da federação.

Essa produção científica trata dos estudos constitucionais (constituição, teoria constitucional e constitucionalismos) por meio das mais variadas perspectivas e abordagens, e representa uma pluralidade de interpretações científicas de estudiosos pertencentes aos diferentes estratos da sociedade brasileira.

O primeiro artigo de Rafael Rogério Manjabosco Braga e Arthur Gabriel Marcon Vasques “A alteração de domicílio eleitoral do Deputado Federal como causa de perda do mandato: uma análise do caso Rosângela Moro”, trata-se de um estudo sobre o normativo constitucional-eleitoral e seus princípios norteadores, que regulam a possibilidade de alteração de circunscrição do político eleito para fora dos limites que o elegeram.

O segundo artigo de Emerson Affonso da Costa Moura, Mauricio Jorge Pereira da Mota e Marcos Alcino de Azevedo Torres “Constitucionalismo Social, Ordens Constitucionais e Direitos Fundamentais: a interpretação sistematizada da política urbana na Constituição de 1988, trata-se de um estudo sobre a ascensão do constitucionalismo social e os efeitos na teoria do Direito, com vistas a verificar como direitos fundamentais demandam uma leitura da ordenação da cidade à luz de uma interpretação sistemática da Constituição.

O terceiro artigo de Ricardo Silveira Castro “Qual Reforma? reflexões sobre as propostas de reforma da Suprema Corte Brasileira em período de crise institucional (2019-2023)”, trata-se de um estudo que analisa a reforma das normas constitucionais vigentes que tratam da autonomia e da autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF).

O quarto artigo de Otávio Fernando de Vasconcelos, Douglas da Silva Garcia e Victória Cássia Mozaner “Constitucionalismo Latino-Americano: transformação e identidade na Bolívia e Equador” trata-se de um estudo sobre as particularidades do constitucionalismo

latino-americano, com destaque para as constituições da Bolívia e do Equador, com vistas a compreender como esses países ressignificaram o conceito de constitucionalismo, a fim de refletir suas identidades culturais singulares e enfrentar os desafios do século XXI.

O quinto artigo de Eid Badr , Beatriz da Costa Gomes e Diana Sales Pivetta “A Produção Legislativa como meio mais Democrático para a Criação de Normas Jurídicas: a garantia da não surpresa ao administrado”, trata-se de um estudo sobre o princípio da legalidade como forma de promover a segurança jurídica, limitar a atuação da discricionária da administração e de permitir a influência dos indivíduos nas decisões políticas.

O sexto artigo de José Querino Tavares Neto e Vinícius da Silva Camargo “Jurisdição Constitucional: inimiga ou defensora da democracia?” que trata-se de um estudo sobre o Poder Judiciário na prática do controle de constitucionalidade, por meio do exercício da Jurisdição Constitucional.

O sétimo artigo de Benedito Antonio da Costa “Riscos sistêmicos ao Estado de Direito em ambiente de modernidade líquida e pós-verdade” trata-se de um estudo sobre o estado de direito em contextos que desafiam a estabilidade e a previsibilidade das normas que o constituem, enfatizando a relevância de estratégias proativas de gestão de riscos que assegurem a resiliência e a eficácia do estado de direito em um cenário globalizado e dinâmico.

O oitavo artigo de Vinicius Consoli Ireno Franco, João Pedro Felipe Godoi e Matheus Conde Pires “Quando a corte fala em nome do povo: uma análise discursiva da prisão em segunda instância (HC 126.292/SP)”, trata-se de um estudo sobre os elementos articulados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos no HC 126.292/SP, que alterou a jurisprudência a respeito do início do cumprimento da pena após decisão colegiada em segunda instância.

O nono artigo de Régis Willyan da Silva Andrade , Hérica Rosentino de Souza Lopes “O diálogo necessário entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os sistemas de proteção dos direitos humanos fundamentais”, trata-se de um estudo sobre a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais seja em âmbito doméstico ou internacional, discutindo-se qual a melhor teoria acerca da recepção dos referidos tratados e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O décimo artigo trata-se do estudo de Alexander Fabiano Ribeiro Santos “A Busca por uma Solução Platônica para os Problemas da Democracia: o Tribunal Constitucional Brasileiro no

exercício da função da guardiania”, trata-se de um estudo sobre o modelo republicano federativo democrático e um modelo de república com função a ser exercida pela guardiania.

O décimo primeiro artigo trata-se do estudo de Gerson Augusto Bizestre Orlato e Gustavo Callegari Peraro “Democracia Deliberativa e Justiça Social: desafios políticos e a busca por estabilidade no Brasil” trata-se de um estudo sobre o diálogo deliberativo, inspirado em Habermas como um meio potencial para alcançar a legitimidade necessária, promovendo a inclusão e a justiça social.

O décimo segundo artigo trata-se do estudo de Edith Maria Barbosa Ramos , Maria Célia Delduque N. P. Sa e Amailton Rocha Santos “Aproximações entre Brasil e Portugal: uma análise sobre a judicialização da política e o ativismo judicial”, trata-se de um estudo com vistas a realização de uma análise comparativa entre decisões judiciais de cortes constitucionais do Brasil e de Portugal sobre políticas públicas que tenham evidenciado algum ativismo judicial.

O décimo terceiro artigo de Eduardo Lopes Machado “8 de Janeiro de 2023: a tentativa da marcha sobre Brasília”, trata-se de um estudo sobre a tentativa de golpe de estado, quando radicais bolsonaristas invadiram e depredaram o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília, no dia 8 de janeiro de 2023.

O décimo quarto artigo trata-se do estudo de Adijovani Silva Santos “O Ativismo Judicial como forma de Preenchimento das Lacunas da Legislação Brasileira: legislativo ineficiente e omissivo ou poder judiciário legislador?”, trata-se de um estudo sobre até que ponto o ativismo judicial afronta a Constituição Federal Brasileira, a segurança jurídica e a democracia.

O décimo quinto primeiro artigo trata-se do estudo de Caroline Leal Ribas , Renata Apolinário de Castro Lima e Roberto Apolinário de Castro “Estado Democrático de Direito, Dignidade da Pessoa Humana e Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise da ADPF 347 do STF” trata-se de um estudo que analisa como o estado de coisas inconstitucional representa um desafio significativo para a efetivação de princípios constitucionais, exigindo uma abordagem multidisciplinar e o engajamento de todos os atores sociais na defesa e promoção dos direitos fundamentais.

O décimo sexto artigo trata-se do estudo de Luziane De Figueiredo Simão Leal , Brychtn Ribeiro de Vasconcelos , Sérgio Tibiriçá Amaral, “Internet: uma zona livre sem fronteira versus a desajeitada burocracia legal”, trata-se de um estudo sobre a atuação das empresas gigantes do mercado tecnológico, às vésperas da aprovação do Projeto de Lei n. 2630,

denominado das Fake News, que dispõe sobre a regulação das plataformas digitais em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, que analisa pesquisas cujo teor indicam a existência de algoritmos, robôs e tuítes automatizados, utilizados com o intuito de influenciar a opinião pública em processos democráticos.

Esses artigos revelam que a área temática de Constituição, Teoria Constitucional e Democracia é uma área consolidada no âmbito dos eventos do CONPEDI e traz contribuições significativas e relevantes para a pesquisa jurídica no Brasil.

Prof^a Dr^a Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Prof^o Dr^o Benjamin Xavier de Paula; Prof^o Paulo Roberto Barbosa Ramos (Coordenadores)

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: INIMIGA OU DEFENSORA DA DEMOCRACIA?

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: ENEMY OR DEFENDER OF DEMOCRACY?

José Querino Tavares Neto ¹
Vinícius da Silva Camargo ²

Resumo

A tradicional perspectiva de que cabe à Política criar os atos normativos e ao Direito a função de meramente aplicar esses atos às situações fáticas perdeu força. Entende-se, hoje, que os julgadores também criam o Direito no processo de aplicá-lo. Aliado a isso, as Constituições deixaram de figurar como documentos meramente orientadores do processo político para virem a ser textos positivadores de direitos e garantias dos cidadãos, adquirindo força normativa. Nesse processo de constitucionalização, ocorre a limitação do debate político a respeito de determinados temas tidos como essenciais, sendo os legisladores restringidos em suas propostas pelos mandamentos constitucionais básicos, os quais devem necessariamente obedecer, sob pena de terem suas decisões invalidadas pelo Poder Judiciário na prática do controle de constitucionalidade - algo que se dá através do exercício da Jurisdição Constitucional. Ocorre, portanto, um inédito fortalecimento do poder exercido pelo Judiciário, originando intensas divergências no debate doutrinário sobre a questão. Defendendo a expansão do poder das Cortes Constitucionais, o Substancialismo defende a existência de uma Constituição Analítica cujos mandamentos devem ser efetivados pelo judiciário diante de eventuais omissões do legislador, algo que dá origem ao problema da Dificuldade Contramajoritária. O Procedimentalismo, por sua vez, prega que o texto constitucional deve se limitar à tarefa de estabelecer os procedimentos necessários ao debate democrático, sendo as decisões mais importantes tomadas pelas maiorias políticas que se formam a cada tempo. Diante desse embate de ideias, destaca-se que não há solução que não passe pelo diálogo institucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Procedimentalismo, Substancialismo, Dificuldade contramajoritária, Juristocracia

Abstract/Resumen/Résumé

The traditional perspective that it is up to Politics to create normative acts and Law to merely apply these acts to factual situations has lost strength. It is understood, today, that judges also

¹ Diretor e Professor da Faculdade Direito da UFG. Pós-Doutor em Direito Constitucional - Universidade de Coimbra. Professor do Programa em Direito e Políticas Públicas-UFG. Pesquisa desenvolvida com apoio do PPGDP-UFG.

² Discente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). Agraciado com o Prêmio CAPES Talento Universitário 2023.

create the Law in the process of applying it. Allied to this, the Constitutions stopped appearing as merely guiding documents for the political process and became texts that affirm citizens's rights and guarantees, acquiring normative force. In this process of constitutionalization, political debate is limited regarding certain topics considered essential, with legislators restricted in their proposals by basic constitutional commandments, which they must necessarily obey, under penalty of having their decisions invalidated by the Judiciary in the practice of Judicial Review - something that occurs through the exercise of Constitutional Jurisdiction. Therefore, there is an unprecedented strengthening of the power exercised by the Judiciary, giving rise to intense divergences in the doctrinal debate on the issue. Defending the expansion of the power of the Constitutional Courts, Substantialism defends the existence of an Analytical Constitution whose commandments must be implemented by the judiciary in the face of possible omissions by the legislator. Procedimentalism, in turn, preaches that the constitutional text should be limited to the task of establishing the procedures necessary for democratic debate, with the most important decisions being taken by the political majorities that form each time. Given this clash of ideas, it is important to highlight that there is no solution that does not involve institutional dialogue.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Substantialism, Procedimentalism, Countermajoritarian difficulty, Juristocracy

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, tornou-se praticamente impossível assistir ao noticiário sem obter alguma informação a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal. Elas têm se tornado cada vez mais frequentes, ao mesmo tempo em que seus conteúdos ampliaram-se significativamente, abrangendo, hoje, as principais discussões sociais, morais e políticas da sociedade. A tradicional distinção formalista entre Direito e Política, portanto, foi profundamente abalada.

Nesse contexto, o presente trabalho propõe-se a apresentar uma reflexão sobre as causas do fortalecimento da Jurisdição Constitucional, que é justamente o meio pelo qual se manifesta o poder dos juízes e tribunais no processo de interpretação e de aplicação do texto constitucional e que legitima a contemporânea expansão do poder da Corte. Ao mesmo tempo, objetiva-se responder as seguintes questões: como o Direito se relaciona com a Política nesse cenário? Esse inusitado alargamento do âmbito jurídico representa um fortalecimento da democracia ou um caminho para a consolidação de uma juristocracia?

Para tanto, esse estudo estrutura-se estruturado em sete tópicos: “Do Monarca aos Juristas: a Mudança do Centro de Gravidade da Regulação Social”, “A Jurisdição Constitucional no Ordenamento Brasileiro”, “Entre Tapas e Beijos: o Direito em Face da Política”, “A Constituição como Procedimento: a Visão Procedimentalista do Texto Constitucional”, “A Constituição Positivadora de Direitos: a Visão do Substancialismo”, “A Questão da Dificuldade Contramajoritária” e, por fim, expõe-se uma conclusão sobre o tema.

O primeiro tópico marca-se por realizar uma contextualização histórico-jurídica a respeito da temática, voltando ao período de predomínio do absolutismo monárquico para demonstrar como o centro de gravidade passou do monarca para os legisladores e, depois, para os aplicadores do Direito. Após isso, o segundo tópico surge para expor características peculiares do ordenamento brasileiro que possibilitaram, segundo a literatura jurídica, um especial fortalecimento da Jurisdição Constitucional no Brasil.

Já o terceiro traz à tona a clássica ideia de separação entre Direito e Política, mostrando como ela deu espaço a uma percepção de constante cruzamento e de eventuais choques entre suas órbitas. Por sua vez, o quarto assunto analisa uma das correntes do constitucionalismo, o Procedimentalismo, que é diametralmente oposta à expansão do Judiciário - apontando a solução indicada por ela como sendo o modo de fortalecer a democracia.

Depois, analisa-se o Substancialismo, corrente que por sua vez defende uma atuação incisiva das Cortes Constitucionais no processo de efetivação dos mandamentos de textos constitucionais analíticos. Posteriormente, já no sexto tópico, expõe-se a questão do enfraquecimento da democracia oriundo da questão da dificuldade contramajoritária, ou seja, do fato de juízes não eleitos pelo voto popular poderem invalidar as decisões dos representantes eleitos democraticamente pela população. Por fim, chega-se a uma conclusão no sentido de ser necessário um meio termo entre o Substancialismo e o Procedimentalismo.

Faz-se uso, para atingir esses objetivos, de uma metodologia consistente em pesquisas bibliográficas, examinando o disposto em livros, artigos científicos, teses, monografias e periódicos jurídicos

2 DO MONARCA AOS JURISTAS: A MUDANÇA DO CENTRO DE GRAVIDADE DA REGULAÇÃO SOCIAL

A regulação da vida social gravitou em torno de diferentes atores políticos ao longo dos séculos que sucederam ao surgimento do Estado Moderno. Em um primeiro momento, cabia ao monarca, absoluto e incontestável, ditar livremente os rumos a serem seguidos por sua nação. Posteriormente, ao observar as consequências desastrosas de se deixar o comando de Estados inteiros - e até de Impérios - aos caprichos de uma única pessoa que, muitas vezes, estava mais interessada na vida na corte do que na administração governamental, a burguesia - detentora do poder econômico, mas privada do político - promoveu as denominadas Revoluções Liberais Burguesas, dentre as quais se destacam a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789.

Nesse contexto, ocorre uma abrupta mudança no centro de gravidade da regulação. As elites econômicas, no comando do aparelho estatal e querendo impedir a atuação abusiva do poder governamental, desenvolvem um sistema político - ancorado no Princípio da Legalidade -, segundo o qual cabe aos Parlamentos a edição dos atos que devem reger a vida em sociedade, papel exercido por meio da elaboração de normas jurídicas que seguem determinadas regras pré-estabelecidas de deliberação e promulgação denominadas de Processo Legislativo. Criou-se, assim, um modelo pautado pelas ideias de Centralidade da Lei e de Supremacia do Parlamento e que foi denominado como Estado Legislativo de Direito (Barroso, 2021, p.429).

Nesse modelo, que prevaleceu nos países da Europa Continental desde o século XIX até meados do século XX, havia a premissa de que o Poder Legislativo representava a

verdadeira vontade da nação por ser constituído por membros eleitos pelo voto. Consequentemente, possuía legitimidade para criar leis que positivassem o desejo popular. Enquanto isso, o Poder Judiciário não compartilhava dessa legitimidade, ficando limitado à mera função de fazer subsunções, ou seja, de aplicar aos casos concretos as normas que anteriormente foram definidas *in abstracto* pelo Parlamento. Inclusive, havia uma séria suspeita popular em relação aos membros do judiciário, os quais eram vistos como eminentemente corruptos, conservadores e preocupados apenas com seus interesses e privilégios (Sarmiento, 2013, p. 128).

A Constituição, por sua vez, era concebida como uma mera proclamação política que deveria inspirar o Poder Legislativo no processo de criação de leis - e não como uma norma jurídica autêntica capaz de gerar direitos que os cidadãos invocassem perante o Judiciário (Sarmiento, 2013, p. 120). Por consequência, a esmagadora maioria dos países não contava com mecanismos capazes de ocasionar o controle de constitucionalidade - vistos como institutos antidemocráticos que permitiam o governo de juizes. A exceção mais notável a isso foi o constitucionalismo estadunidense, caracterizado pela existência, desde o precedente criado pelo caso *Marbury vs Madison* de 1803, da ideia de que o texto constitucional estaria no topo da hierarquia do ordenamento jurídico, demandando que todos os demais atos normativos estivessem em consonância com ele.

Com os acontecimentos ocorridos ao longo da Segunda Guerra Mundial, contudo, essa percepção liberal de que cabia às maiorias políticas presentes no Parlamento ditarem, sem objeções, os rumos tomados pelos países perdeu forças. Afinal, observou-se na prática que o arranjo institucional do Estado Legislativo de Direito permitia, durante períodos de crise, que grupos majoritários pudessem promover o colapso do regime democrático, assim como infringir barbáries indescritíveis às minorias.

O exemplo que a literatura jurídica constitucional costuma apresentar para elucidar esse ponto é o do surgimento do regime nazista na Alemanha. Em março de 1933, o Parlamento Alemão (*Bundestag*) aprovou, por maioria dos votos de seus representantes, a denominada “Lei de Autorização” (*Ermächtigungsgesetz*), que dispunha, em seu artigo 2º, que “As leis imperiais aprovadas pelo governo imperial podem divergir da Constituição Imperial, desde que não tenham por objeto a instituição do parlamento e do conselho imperiais”. Essa lei, em outras palavras, permitia que o governo imperial, na figura do seu chanceler, Adolf Hitler, pudesse fazer o que bem entendesse, podendo abertamente divergir da Constituição de Weimer de 1919 - a vigente no país à época e uma das mais progressistas do

mundo. Nota-se, portanto, que o fim da democracia alemã pode ser formalmente atribuída a um ato legislativo.

Esses acontecimentos fizeram com que, no cenário pós-guerra, fossem buscados mecanismos capazes de refrear aquilo que, já no século XIX, o filósofo britânico, John Stuart Mill, identificou ao afirmar que “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida” (Mill, 1874, p.13). Para tanto, os países da Europa continental - e, conseqüentemente, aqueles da periferia do capitalismo colonizados intelectualmente por eles - viram na adoção de Constituições com caráter normativo, marcadas por necessitarem de um quórum qualificado para que ocorressem mudanças em seus textos e por irradiarem seus pressupostos e princípios a todos os demais ramos do Direito (tanto público, quanto privado), o mecanismo procurado. Nas palavras de Daniel Sarmento:

As gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas pelo nazismo demonstraram a importância de criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das maiorias de ocasião, para limitar os seus abusos. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949, que é referência central no novo modelo de constitucionalismo, instituiu diversos mecanismos de controle de constitucionalidade e criou um Tribunal Constitucional Federal (...). Na Itália, a Constituição de 1947 também apostou no controle de constitucionalidade, instituindo uma Corte Constitucional(...). Em suma, o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos. Em outras palavras, tornou-se hegemônico o modelo norte-americano de constitucionalismo, que tem no controle jurisdicional de constitucionalidade um dos seus baluartes (Sarmento, 2013, p. 120-122).

Nesse momento, ocorre a consolidação do denominado Estado Constitucional de Direito na Europa Continental, o qual, ao invés de ser marcado pela Centralidade da Lei e pela Supremacia do Parlamento - como era o caso do Estado Legislativo de Direito -, caracteriza-se por pressupor a Centralidade da Constituição e a Supremacia Judicial (Barroso, 2021, p.430).

Abriu-se, assim, margem à uma nova realidade no estudo e na prática do Direito Constitucional. O grande exemplo de constituição normativa até então - a norte-americana - não compartilhava das principais características dos textos formulados nos países europeus. Afinal, enquanto aquela, de cunho liberal, é sintética e marca-se por apenas traçar as diretrizes gerais da organização e funcionamento do Estado e da sua relação com os cidadãos, estas, de cunho social, já são analíticas, incorporando direitos sociais e normas vinculantes que condicionam as políticas públicas e, até mesmo, regulam as relações privadas, de tal modo que nesses países, consoante Barroso: “Progressivamente, o direito constitucional foi

deixando de ser um instrumento de proteção da sociedade em face do Estado para se tornar um meio de atuação da sociedade e de conformação do poder político aos seus desígnios” (Barroso, 2021, p.67).

As diferenças entre esses modelos podem ser atribuídas aos contextos históricos de promulgações. Fruto de um momento de predomínio do pensamento liberal, a constituição norte-americana positivou o que se esperava à época: os limites de atuação do poder público e as garantias individuais essenciais dos cidadãos. O cenário do pós-Segunda Guerra, entretanto, era completamente diferente. As economias locais estavam em profundo colapso, com as populações ainda reconstruindo as ruínas dos prédios destruídos durante os seis anos de conflitos e juntando os cactos não esquecidos da Crise de 1929. Ao mesmo tempo, enterrava-se os mortos de um conflito marcado pelos atos bárbaros e pela crueldade sem limites de um regime que não conhecia a ideia de dignidade da pessoa humana. Não era suficiente apenas positivar no texto constitucional o que o Estado não podia fazer. Era preciso expressamente fixar o que o ente estatal deveria fazer para assegurar a melhor qualidade de vida e de bem-estar dos indivíduos após um período de escuridão.

A consequência foi o surgimento de um modelo econômico pautado na ideia de intervenção do Estado na economia como um agente de promoção social. Ao mesmo tempo, o mundo jurídico adequou-se a isso: surgiu uma espécie de “constitucionalismo social” em que as sintéticas constituições liberais deram lugar a ambiciosos textos analíticos que positivavam inúmeros direitos e deveres dos cidadãos e do Estado - desde direitos sociais até direitos a um meio ambiente protegido. Analisando esse contexto, Lênio Streck escreve:

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica (Streck, 2003, p.262).

Essa nova forma de constitucionalismo, aliado ao reconhecimento do caráter normativo da Constituição, provocou um inegável fortalecimento do Poder Judiciário. A positivação de conteúdos no texto constitucional, embora represente uma forma excelente de limitar a atuação das maiorias parlamentares, leva a um cenário propício ao surgimento de um “governo de juízes”, já que, como bem ressaltado por Barroso (2021), o ato de positivar determinado tema na constituição faz com que ele seja retirado do âmbito da discussão legislativa e levado à arena judicial.

Houve, então, um evidente deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos dos poderes políticos tradicionais - quais sejam, o Legislativo e o Executivo - para os procedimentos judiciais, em especial para a atividade jurisprudencial das Cortes Constitucionais. Dessa forma, Jurisdição Constitucional, definida por Barroso como sendo “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do Controle de Constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição” (Barroso, 2021, p.430), tornou-se um dos focos da discussão das principais questões da sociedade moderna, principalmente no cenário brasileiro.

2.1 A jurisdição constitucional no ordenamento brasileiro

Embora o fortalecimento da Jurisdição Constitucional seja um fenômeno global, faz-se necessário destacar que há um conjunto de fatores que impelem-no a ser ainda mais presente no ordenamento jurídico brasileiro. Autores nacionais do quilate intelectual de Daniel Sarmiento (2013) e de Luís Roberto Barroso (2021) identificam inúmeras causas.

A primeira - e mais evidente de todas - é a centralidade adquirida pela Constituição de 1988 que, à semelhança dos exemplos europeus e estadunidenses, passou a ter força normativa, irradiando seus princípios e preceitos a todos os demais ramos jurídicos e exigindo que estes estejam de acordo com ela - sob pena de serem declarados inconstitucionais e, conseqüentemente, inválidos. A segunda causa, por sua vez, está ligada à grande abrangência de temas positivados na Carta Magna, permitindo que a Corte Constitucional julgue a validade de atos normativos que versem desde o Princípio da Legalidade até a proteção do meio ambiente, passando pela família, pela alimentação e pela moradia, por exemplo.

Já a terceira vai além da esfera jurídica, invadindo uma questão que está no campo sociológico: a sociedade, de modo genérico, está mais ciente a respeito de seus direitos, de modo a invocar os dispositivos constitucionais em situações cotidianas e a fazer ouvir suas reclamações mediante a provocação dos órgãos jurisdicionais - incluindo a Corte Constitucional. O quarto fator, relacionado ao terceiro, diz respeito ao elevado grau de pluralismo político e social existente contemporaneamente, fazendo com que diversos grupos minoritários utilizem-se dos valores constitucionais para fazerem valer seus desejos.

O quinto fator já se vincula aos aspectos estudados pela ciência política: nas últimas décadas, tem ocorrido uma crise de representatividade nos Legislativos nacionais, oriundo do fato de a composição deles muitas vezes não representar a verdadeira vontade do povo, mas

ser fruto de disfunções diversas, como o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico e a manipulação dos meios de comunicação. Desse modo, a Jurisdição Constitucional muitas vezes é usada como meio de manifestação do desejo majoritário, levando autores como Barroso (2021, p.473-479) a afirmar que ela exerce um “papel representativo”.

O sexto fator também está ligado à prática político-partidária: para evitar desgastes em suas bases eleitorais, os representantes eleitos deliberadamente deixam de decidir a respeito dos temas mais controvertidos, como é o caso da descriminalização do aborto e das drogas, forçando os órgãos judiciais - imunes às pressões eleitorais - a tomarem uma decisão sobre o tema.

Adentrando em uma zona jurídico-formalista, o sétimo fator diz respeito ao estabelecimento no texto constitucional, particularmente em seu artigo 102, de diversas ações capazes de provocar a Jurisdição Constitucional, ampliando os meios pelos quais se pode questionar ou reafirmar direitos e pelos quais os juízes são incitados a decidir. Afinal, como bem destacado por Barroso (2021, p.433), “juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão”.

Por fim, a oitava causa vai ao encontro da mencionada no parágrafo anterior: a Constituição Cidadã ampliou significativamente o elenco dos legitimados ativos capazes de provocar o controle abstrato de constitucionalidade, dando, também, maior acesso à provocação das Cortes Constitucionais.

Percebe-se, portanto, que, ao importar a ideia de uma constituição com força normativa, o ordenamento brasileiro acabou por, também, importar (e até intensificar) sua consequência, que é a “Judicialização da Política” - expressão usada pela doutrina estadunidense para se referir à expansão da Jurisdição Constitucional e do seu papel político-social.

Com isso, ocorre uma nítida transferência de poder das instituições políticas tradicionais em prol das instituições judiciais brasileiras - com destaque para o Supremo Tribunal Federal -, de modo a fazer com que seus onze ministros acabem por decidir, em caráter final, sobre os rumos tomados pela sociedade em relação a várias das principais questões políticas, sociais e morais contemporâneas. Nesse momento, torna-se necessário questionar: qual é a dimensão do Direito que deve ser privilegiada para a conservação da democracia: a procedimental ou a substancial?

3 A CONSTITUIÇÃO COMO PROCEDIMENTO: A VISÃO PROCEDIMENTALISTA DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Encabeçada por nomes de peso no mundo jurídico - como Jürgen Habermas, Antoine Garapon e John Hart Ely -, o Procedimentalismo consiste em uma corrente da Filosofia Constitucional que se caracteriza por veementemente questionar a invasão da Política pelo Direito. Um dos focos de suas críticas, inclusive, é aquilo que Habermas denomina como “Gigantismo” ou “Politização” do Judiciário, uma vez que, nas suas palavras, “ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária” (Habermas, 1997, p.245 e segs.), fazendo com que, no modelo do Estado Social, haja uma “colonização do mundo da vida”.

Em um mundo assinalado pelo pluralismo de ideias e de valores e pela ausência de consensos acerca das questões mais problemáticas do mundo social - como a descriminalização das drogas e do aborto -, a legitimidade das decisões de cunho político, defendem os procedimentalistas, deve se assentar nas regras procedimentais de produção normativa de um Estado democrático. Em outras palavras, os representantes eleitos democraticamente pela sociedade devem, após deliberações, votar as leis de acordo com o processo legislativo. Nesse contexto, a tarefa primordial da Constituição seria a de estabelecer os mecanismos que possibilitassem o adequado funcionamento da Democracia - e não o de positivizar os direitos e fins públicos.

Há uma completa rejeição da ideia de os direitos fundamentais - por mais essenciais que sejam - poderem funcionar como uma “ordem de valores”. Por consequência, são diametralmente opostos ao precedente firmado pelo Tribunal Constitucional Alemão no famoso “Caso Lüth” de 1958 - e, posteriormente, seguida por outras Cortes Constitucionais - de que:

Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental, se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito (BVerfGE 7, 198)

Essa feroz oposição é oriunda da crença de que uma interpretação do texto constitucional que seja orientada por valores - optando pelo sentido teleológico das normas - peca gravemente ao desconsiderar dois elementos essenciais às sociedades contemporâneas: o pluralismo político democrático e as lógicas dos poderes econômicos e administrativos

(Streck, 2003, p.264). Além disso, provoca um efeito colateral pouco discutido, mas extremamente nocivo às democracias: o desestímulo do agir social, tornando os juízes e as leis os faróis de esperança dos indivíduos em suas lutas por direitos, de modo que, ao invés de promover greves e passeatas, os movimentos sociais passam a se limitar a contratar um bom jurista que possa vir a conquistar juridicamente o direito pretendido.

Em virtude disso, há um consenso entre os autores dessa corrente no sentido de que a invasão da sociedade pelo Judiciário acarreta um inevitável enfraquecimento da democracia representativa. Com o objetivo de sanar essa problemática, nas palavras de Lênio Streck, Habermas, reafirmando os valores procedimentais:

Propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma 'nação de cultura', mas, sim, em uma 'nação de cidadãos' (Streck, 2003, p.264).

Nesse modelo proposto, os tribunais constitucionais não atuam como guardiões de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Muito pelo contrário: a Jurisdição Constitucional deve ser exercida apenas quanto à interpretação do caráter procedimental da Constituição, limitando-se a proteger o processo de criação democrática do Direito - não sendo uma autêntica promotora de direitos e de políticas públicas, como se tem observado ultimamente.

Portanto, como muito bem sintetizado por Barroso:

Um procedimentalista preconizará que estejam fora da Constituição os temas mais controvertidos do ponto de vista moral, econômico ou político. A decisão acerca de cada um deles deve ser tomada pelas maiorias políticas que se formam a cada tempo. Ainda pela mesma lógica, o procedimentalismo defende uma jurisdição constitucional mais modesta e autocontida, que não procura extrair da Constituição, mediante construção argumentativa, direitos ou pretensões que não resultem de clara decisão política do constituinte. Tudo o que não seja direta e inequivocamente extraível do texto constitucional deve ficar ao alvedrio do legislador ordinário (Barroso, 2021, p.105).

4 A CONSTITUIÇÃO POSITIVADORA DE DIREITOS: A VISÃO DO SUBSTANCIALISMO

Diante de países marcados pela persistência do problema da exclusão social e da carência de uma educação transformadora que possibilite à totalidade do eleitorado o acesso e a compreensão dos principais elementos do debate político, autores como Mauro Cappelletti, Bruce Ackerman, Laurence Tribe, Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello e, em alguma medida, Ronald Dworkin, teceram severas críticas ao pensamento procedimentalista.

Para eles, a ideia de um cidadão plenamente autônomo, proposta por Habermas, não condiz com uma realidade social injusta, em que boa parte da população está mais preocupada com o que irá comer do que com a discussão sobre as propostas de legislações.

No fundo, quando Habermas apresenta sua tese do sujeito autônomo, coloca-se ao lado da realidade, pondo-a entre parênteses, embora não a negue (...). A discussão acerca do papel do Direito e da Justiça Constitucional, a toda evidência, deve ser contextualizada, levando em conta as especificidades de países como o Brasil (Streck, 2003, p.267-268).

Outro fator relevante de crítica ao procedimentalismo, dessa vez apontado por Luís Roberto Barroso (2021), consiste na Crise de Representatividade que os Parlamentos têm enfrentado nas últimas décadas. Não há mais o predomínio da ideia de que os representantes eleitos realmente representam a vontade da nação, abrindo-se os olhos para o fato de que o próprio processo de escolha deles não se limita ao plano ideológico. Muito pelo contrário: é determinado diretamente por obstáculos ao debate democrático como o uso da máquina administrativa pelos incumbentes que buscam a reeleição, o abuso do poder econômico por aqueles que o representam - utilizando-se, inclusive, da compra de votos - e, também, a manipulação dos meios de comunicação - principalmente em tempos de redes sociais e de “fake news”.

Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria. De fato, há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos pagamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia às Américas, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares (Barroso, 2021, p.474-475).

Levando em consideração todos esses graves problemas sociais desconsiderados - ou simplesmente ignorados - pela corrente Procedimentalista, surge uma visão contrária encabeçada pelos autores já mencionados: a Substancialista. Para ela, a Constituição não deve se limitar a definir os procedimentos necessários para a elaboração e a aplicação das leis, sendo necessário ir além para também positivizar - e, conseqüentemente, tirar do mundo político e levar para o jurídico - os direitos fundamentais e os princípios capazes de realizar as “promessas da modernidade”, como a liberdade, a igualdade, a justiça e a fraternidade, as quais, embora amplamente alardeadas pelo liberalismo, não foram efetivadas durante a sua vigência.

Os defensores do substancialismo, portanto, defenderão que:

No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter - e juízes e tribunais devem implementar - direitos fundamentais, princípios e fins públicos que

realizam os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle do resultado das deliberações políticas supostamente os contravenham. (...) defendem um papel mais proeminente para a Constituição e para a Jurisdição Constitucional (Barroso, 2021, p. 104-105).

Na mesma linha, Streck (2003, p.271) argumenta no sentido de que “o modelo substancialista (...) trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social”. Retira-se, por meio da vinculação dos atores políticos aos diversos mandamentos constitucionais, a possibilidade de que haja uma usurpação da soberania popular por parte das instituições estatais - como ocorreu com a Lei de Autorização alemã de 1933 já citada -, impedindo, da mesma forma, a “tirania das maiorias” alardeada por John Stuart Mill.

O desenvolvimento desse pensamento da Filosofia Constitucional, vale destacar, acompanhou a própria mudança de entendimento a respeito da forma de atuação do Estado. Afinal, o constitucionalismo dirigente representado pelo Substancialismo funciona como nada mais do que a consolidação no plano jurídico-formalista de uma perspectiva intervencionista, fruto da consolidação do já comentado Estado Democrático de Direito. Tanto é que as constituições promulgadas democraticamente nas últimas décadas revelam-se, em sua imensa maioria, substancialistas. E, nesse conjunto, “não deve passar despercebido o fato de que a Constituição brasileira de 1988 é claramente substancialista” (Barroso, 2021, p. 106).

Nesse contexto, chega-se ao ponto principal do debate: a Jurisdição Constitucional, exercida no ordenamento brasileiro pelos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, assume o principal papel político no âmbito democrático. Ela, inclusive, passa a ter a função de efetivar a ordem de valores positivada no texto constitucional - e tão criticado pelos procedimentalistas - diante de eventuais falhas ou omissões dos poderes políticos tradicionais - o Legislativo e o Executivo. Lênio Streck, um assumido substancialista, escreve:

Nessa perspectiva aqui sustentada, entendo que o Poder Judiciário (entendido aqui como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (Streck, 2003, p.281).

Em consequência a todo esse cenário, entra em foco um tema estudado há séculos na doutrina jurídica norte-americana - chegando até a ser chamada pelo constitucionalista Barry Friedman de “obsessão acadêmica” -, que é a Dificuldade Contramajoritária.

4.1 A questão da dificuldade contramajoritária

O predomínio da perspectiva Substancialista da Filosofia Constitucional, assim como a consolidação do Estado Constitucional de Direito, ocasionou um inegável fortalecimento do papel exercido pelo Poder Judiciário no arranjo institucional brasileiro. Essa ampliação de poder, contudo, tem sido constantemente criticada por parte da doutrina, principalmente em razão da falta de legitimidade democrática no exercício da Jurisdição Constitucional.

Ainda na década de 60 do século passado, em seu livro “The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of Politics”, o renomado constitucionalista estadunidense, Alexander Bickel, desenvolveu a ideia da “Dificuldade Contramajoritária”. Segundo ele, há uma circunstância de impasse no exercício da democracia resultante do fato de magistrados - mesmo sem terem sido eleitos pelo voto popular - poderem invalidar as decisões dos representantes escolhidos democraticamente pela população (legisladores e administradores), fazendo uso, para tanto, de normas constitucionais de caráter aberto que são objeto daquilo que Barroso (2021, p.446) denomina de “desacordos morais razoáveis”, ou seja, de pensamentos distintos irreconciliáveis.

Deve-se, contudo, tomar cuidado na análise desse pensamento. Seus defensores não pactuam com o pensamento formalista de que as normas possuem um sentido claro e pré-definido pelos legisladores. Muito pelo contrário: reconhecem que, diante da abertura e da vagueza dos dispositivos constitucionais, quem os interpreta também participa, inevitavelmente, do seu processo de criação - em outras palavras, reconhecem que os juízes, assim como os legisladores, criam o Direito.

O cerne da crítica contramajoritária reside, isso sim, na veemente defesa do ponto de vista de que a competência para se decidir qual é a interpretação mais correta do texto magno deve caber ao próprio povo - e, conseqüentemente, aos seus representantes eleitos - e não a magistrados não eleitos. Isso porque o exercício da Jurisdição Constitucional é capaz de dar aos juízes algo já alardeado pelos franceses: um poder constituinte permanente. Permitir-se-ia que eles basicamente moldassem o principal texto do ordenamento jurídico democrático de acordo com suas preferências políticas e valorativas - sem ter, como o poder constituinte originário, quaisquer formas de limites jurídicos.

Embora o problema da Dificuldade Contramajoritária só tenha surgido no contexto brasileiro ao longo das últimas décadas, é imprescindível destacar que ele é amplamente estudado e identificado nos Estados Unidos há muitas décadas. O exemplo mais cabal disso foi o discurso proferido pelo presidente - considerado progressista para os padrões norte-americanos - à época do “New Deal”, Franklin Delano Roosevelt, perante o Congresso

em oposição às constantes decisões conservadoras da Suprema Corte Estadunidense responsáveis por barrar o progresso de suas políticas governamentais:

Desde que surgiu o movimento moderno de progresso social e econômico através da legislação, a Corte tem, cada vez com maior frequência e ousadia, se valido do seu poder de vetar leis aprovadas pelo Congresso ou pelos Legislativos estaduais... Nos últimos quatro anos, a boa regra de conceder-se às leis o benefício da dúvida razoável vem sendo posta de lado (...). A Corte, para além do uso apropriado das suas funções judiciais, tem se colocado impropriamente como uma terceira casa do Congresso - um superlegislativo (...). Nós chegamos a um ponto em que a Nação deve tomar uma atitude para salvar a Constituição da Corte, e para salvar a Corte de si mesma (Senate Report n.711).

Têm-se tornado nítido, atualmente, que o fenômeno de juízes não eleitos invalidarem as decisões de legisladores eleitos é capaz de trazer diversos obstáculos à democracia. O primeiro diz respeito a algo perceptível no cotidiano: a Jurisdição Constitucional tem sido concebida como um fórum para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade - usurpando o lugar tradicionalmente desempenhado pelo Processo Legislativo. Percebe-se claramente isso quando se analisa a frequência cada vez maior com que partidos derrotados na arena política buscam, por meio do ingresso de ações no Supremo Tribunal Federal, reverter suas situações. Nas vezes em que suas demandas judiciais são exitosas, não se pode negar a atuação da Corte como um “superlegislativo”, cuja vontade prepondera sobre as maiorias eleitas.

O segundo obstáculo consiste em uma consequência do primeiro: a partir do momento em que as Supremas Cortes passam a decidir a respeito dos temas mais relevantes à sociedade, ocorre algo já alardeado por Habermas: o enfraquecimento dos movimentos sociais. Afinal, se a “última palavra” pertence ao Judiciário, não faz sentido a prática de greves, comícios, passeatas e afins com o objetivo de pressionar o Legislativo e o Executivo a aprovar determinadas leis e a executar certas políticas públicas. Bastaria que fosse contratado um bom advogado capaz de, usando os princípios constitucionais abertos, pleitear judicialmente a aquisição de novos direitos.

Já o terceiro obstáculo representado pela dificuldade contramajoritária no processo de consolidação da democracia está ligado ao fato de que a aceitação incontestada da ideia de que cabe ao Poder Judiciário a função de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição acaba por inegavelmente retirar o comando do povo sobre os rumos a serem tomados pelo governo e pela sociedade, fomentando, pelo contrário, um governo eminentemente aristocrático. Os juízes, afinal, não exercem suas funções através da escolha. Muito pelo contrário: são empossados, salvo os casos de indicação política previstos taxativamente na Constituição, mediante a realização de provas, de modo a se selecionar uma elite intelectual -

e muitas vezes financeira, já que pessoas que estão lutando pela sobrevivência não tem os recursos, nem o tempo, necessários para a preparação para um concurso altamente exigente. Com isso, cria-se um “governo dos melhores” em que esses poucos membros da magistratura acabam por ditar os rumos de uma democracia capenga em representatividade.

Dessa forma, torna-se evidente a complexidade da disputa entre Procedimentalismo e Substancialismo - assim como passa a ser clara a dificuldade de se estabelecer uma fronteira entre a atuação política e a jurídica. Por um lado, a adoção do Procedimentalismo garante que os representantes eleitos pelo voto popular assumam, de fato, as rédeas do país, não obstante não impeça que as maiorias parlamentares possam ocasionar democraticamente o fim da democracia. Por outro lado, o predomínio do Substancialismo, embora acabe com a possibilidade da “tirania da maioria”, dá excessivos poderes a atores políticos não eleitos pelo voto popular, possibilitando todos os males provenientes da Dificuldade Contramajoritária, assim como uma possível juristocracia através da Jurisdição Constitucional. Em ambos os casos, algo de comum ocorre: a relação entre o Direito e a Política sofre profundas mudanças.

5 ENTRE TAPAS E BEIJOS: O DIREITO EM FACE DA POLÍTICA

Durante séculos, houve uma “crença mitológica” no mundo jurídico no sentido de que a separação entre Direito e Política não só é possível, como também é desejável - algo potencializado pela visão formalista do direito (Barroso, 2021, p.439-440). Sob esse prisma, a política marcar-se-ia por ser o espaço de predomínio do Princípio Majoritário e do Domínio da vontade - sendo invadida por elementos como a emoção -, ao passo que o Direito, constituindo o “Domínio da Razão”, teria como bases o Primado da Lei e o respeito aos direitos fundamentais.

Os juristas, então, buscaram meios capazes de assegurar essa distinção. Para tanto, foram desenvolvidas duas ideias extremamente caras ao formalismo: a da Independência do Judiciário - que visa deixá-lo como um poder imune às influências, consideradas impróprias, da Política - e a da Vinculação dos Juízes ao Direito - que, por sua vez, visa restringir o poder do judiciário, impedindo que haja uma juristocracia. Pressupunha-se que as normas jurídicas possuíam um sentido único, objetivo e válido para todas as situações sobre as quais incidiam, ou seja, acreditava-se que o Direito era marcado pela completude, de modo que vigorava a seguinte percepção sobre a atuação dos magistrados:

Juízes são como árbitros desportivos: cabe-lhes valorar fatos, assinalar faltas, validar gols ou pontos, marcar o tempo regulamentar, enfim, assegurar que todos cumpram

as regras e que o jogo seja justo. Mas não lhes cabe formular as regras (Barroso, 2021, p.443).

Atualmente, contudo, o formalismo jurídico possui escassa adesão. A crença de que cabe aos juízes apenas aplicar as regras postas deu espaço a uma percepção de que eles não só criam o Direito, como também são protagonistas no processo - seja através do ato de garantir o cumprimento dos procedimentos formais previamente estabelecidos ou seja por meio da promoção efetiva de direitos. A linha divisória entre o âmbito jurídico e o político, em ambos os casos, tornou-se tênue - embora continue a existir e continua a ocasionar frequentes colisões.

Nesse sentido, ressalta-se que, ao longo de todo o presente artigo, foi explicitado o contexto histórico, as causas e as consequências que fizeram com que a Jurisdição Constitucional se impusesse sobre o âmbito político em vários quesitos, fazendo com que, analogicamente, o Direito desse um “tapa na cara” da Política e demonstrasse quem manda. Agora, cumpre refletir sobre a legitimidade disso e a influência desse contexto para a flagrante inconsistência da democracia que se tem notado recentemente no Brasil.

A partir do momento em que se pressupõe que uma sociedade necessita ser guiada pelas mãos sábias de determinados indivíduos tidos como cultos e estudados, está-se implicitamente afirmando que ela não tem a capacidade de se autogerir e de decidir os rumos a serem tomados para a persecução do bem comum. E é justamente essa a consequência do atual fortalecimento da Jurisdição Constitucional: tomar como pressuposto que os cidadãos brasileiros são incapazes de escolher representantes políticos - tanto para o Executivo, quanto para o Legislativo - que possam devidamente gerir os interesses coletivos, criando a necessidade de uma classe de juristas que sirvam de guias.

Esse cenário se agrava com a forma pela qual a Jurisdição Constitucional tem sido usada em tempos recentes: de forma política. O Supremo Tribunal Federal, aproveitando-se de um temporário vácuo de poder resultante de tempos sombrios para a classe política brasileira durante as primeiras duas décadas do século XXI - período em que ocorreu gravíssimas crises como o denominado “Petrolão”, “Mensalão” e a tão criticada “Lava-Jato” -, apropriou-se deliberadamente de um poder nunca antes tido pelo Judiciário. E o que é pior: a Corte gostou das atenções que recebeu, agarrando-se a elas com unhas e dentes.

Para disfarçar essa guinada aristocrática, o STF começou a se utilizar das Audiências Públicas para se mostrar como um poder aberto à opinião dos membros da sociedade. Ainda assim, não há como esconder o que está tão evidente: os argumentos jurídicos se tornaram meros instrumentos para dar certo ar de Legalidade às decisões que os Ministros tomam com

base em suas próprias convicções pessoais, sem dar verdadeiro ouvido à sociedade. Mesmo que as opiniões fossem levadas em conta, há que se lembrar que o verdadeiro espaço para as discussões de ideias (principalmente as polêmicas) é o Congresso Nacional.

A atuação política é facilmente visualizada quando se observa um exemplo prático: a questão do foro por prerrogativa de função. O entendimento do STF sobre o tema tem variado conforme as necessidades políticas de cada momento histórico, passando de um extremo para o outro com uma rapidez aterrorizante. Isso porque a própria corte tinha um antigo entendimento de que esse privilégio processual seria aplicável em relação aos atos praticados durante o exercício funcional, ainda quando o indivíduo tivesse deixado o cargo - entendimento que deu origem à Súmula 394.

Posteriormente, houve uma revisão dela, passando a prevalecer a noção de que o foro só seria aplicável durante o exercício da função pública. Essa atitude, contudo, não agradou os representantes populares: desejosos que continuasse o entendimento da Súmula 394, os legisladores introduziram uma alteração no Código de Processo Penal, positivando que o foro prevaleceria mesmo após a saída do cargo. Essa alteração, contudo, apesar de ter cumprido todos os requisitos procedimentais estabelecidos pela própria Constituição, foi julgada inválida, de modo que o STF efetivamente deu a “última palavra”.

Como o cenário político mudou desde então, a Corte decidiu, novamente, rever o tema no primeiro semestre do ano de 2024, mostrando que, antes de questões jurídicas e legais, adota-se como base as necessidades políticas de cada momento. De forma sucinta, tem-se que, fingindo colaborar para a manutenção e o fortalecimento da Democracia, o exercício da Jurisdição Constitucional ocasiona o enfraquecimento dela. Mais do que isso, acarreta uma relação entre Direito e Política que se caracteriza mais pela troca de Tapas do que de beijos.

6 CONCLUSÃO

A constante atuação dos Tribunais na efetivação de direitos e, por conseguinte, o predomínio de uma perspectiva Substancialista da Jurisdição Constitucional leva ao fortalecimento de uma classe de atores políticos não eleitos pelo voto popular: os magistrados. Por isso, percebe-se que, por mais que a ideia de uma constituição normativa capaz de diminuir as chances de ocorrência de uma “tirania das maiorias” seja excelente no plano teórico, cria-se um cenário propício para o surgimento, também, de um regime antidemocrático de governo. A diferença dessa vez é que, ao invés de líderes carismáticos e

militares estarem à frente dos rumos do país, os líderes são uma classe aristocrática proveniente da elite intelectual do país: os juízes.

Trata-se, como é evidente, de um cenário altamente complexo que envolve não só questões jurídicas, como também sociais, políticas e até morais. Por isso, não existe uma única saída para essa situação - e seria evidente presunção imaginar isso. Ainda assim, cumpre ressaltar a importância da discussão a respeito da promoção dos “Diálogos Institucionais” como uma das soluções mais plausíveis.

De acordo com esse pensamento, deve haver a interação e a cooperação entre as instituições pertencentes aos distintos Poderes Estatais com o objetivo de resolver controvérsias legais - assim como prover direitos e garantias fundamentais aos cidadãos - sem que se pressuponha que a palavra de uma das instituições é mais forte do que a da outra. Por meio desse diálogo, resolver-se-ia a questão da Dificuldade Contramajoritária, já que os juízes necessariamente dialogariam sobre os rumos a tomar com os representantes políticos eleitos. Ao mesmo tempo, retirar-se-ia temas essenciais, como os direitos fundamentais, das perigosas mãos das majorias políticas, visto que elas também seriam forçadas a dialogar com os outros poderes.

Em outras palavras, a Jurisdição Constitucional tornar-se-ia uma etapa de uma interlocução mais ampla entre os Poderes - e não o espaço preponderante da tomada de discussões.

Afinal, para evitar o enfraquecimento da democracia - e também o fim completo da tradicional distinção entre Política e Direito - urge que não se atribua a nenhuma instituição o direito de errar por último. Ficou provado historicamente que as majorias parlamentares são capazes de realizar barbáries com as minorias. Ainda não se mostrou o que um predomínio quase absoluto de poucos juízes na tomada de rumos da sociedade pode ocasionar. Por sorte, ainda estamos a tempo de evitar que eventuais desastres tornem a acontecer.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia** - entre facticidade e validade. vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

BALKIN, Jack M. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Harvard University Press, 2011.

FRIEDMAN, Barry. **The birth of an academic obsession**: The history of the countermajoritarian difficulty, part five. Yale LJ, v. 112, p. 153, 2002.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale University Press, 1986.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, p. 119-161, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos estudos jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 250-302, 2003.