

MAJORITÁRIO, CONTRAMAJORITÁRIO, PLURAL: HISTÓRIA E SUPERAÇÃO DO ROMANTISMO CONSTITUCIONAL

PAULO PAIVA*

*Mal perdemos um defeito e outro apressa-se em substituí-lo.
Nosso equilíbrio existe a esse preço.
Aveux et Anathèmes, Cioran¹.*

I – INTRODUÇÃO

Com a presente comunicação intenta-se ressaltar que a democracia constitucional, enquanto organização do poder fundada em um documento político que se pretende durável, a despeito de ter recebido diferentes conformações institucionais, teve sua natureza definida, principalmente, em atenção a teses pouco realistas tais como a identificação entre governantes e governados (majoritarismo) ou a imparcialidade quase platônica dos juízes constitucionais (contramajoritarismo).

Nesse diapasão de opiniões polares, ora se conceitua a jurisdição constitucional e a rigidez da constituição como antidemocráticas, ora se identificam nelas as únicas possibilidades de sobrevivência da democracia constitucional². Por vezes propõe-se a retirada da Constituição das cortes supremas³ ou mesmo a instauração de uma democracia radical, enquanto em outras ocasiões eleva-se a jurisdição constitucional à condição de constituinte de plantão. Poder-se-ia dizer que, em sua maioria, as reflexões sobre o constitucionalismo, moderno ou contemporâneo, aqui ou alhures, são conceituais, contrafáticas, e mostram-se pouco resistentes quando confrontadas com a dinâmica

* Bacharel em História e Direito, especializado em Filosofia e especializando em Direito Constitucional (IDP).

¹ Paris: Ed. Gallimard, 1968.

² Registre-se, por oportuno, a seguinte passagem de Paul Ricoeur, *História e verdade*, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 255: “Uma meditação sobre política que começasse pela oposição entre ‘filósofo’ e ‘tirano’ e projetasse todo exercício do poder sobre a maldade da vontade de poderio encerrar-se-ia para sempre numa moralidade que acabaria no niilismo”. Em sentido análogo, Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 196: “La norma constitucional y la legislación son utilizadas con frecuencia, precisamente en el ámbito de los derechos fundamentales, una contra la otra. Si, con motivo de una equivocada comprensión del Derecho Natural, de una libertad mal entendida y de un concepto unilateral de Derecho se degrada al legislador a mero ‘legislador de excepción’, a simple legislador defensor del abuso, ‘limitador’, ‘intervencionista’, se cae ocasionalmente en el otro extremo: la legislación es elevada a lo primado, y los derechos fundamentales rebajados a la ‘función dependiente de una variabilidad arbitraria, del ordenamiento subconstitucional’”.

³ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, New Jersey: Princeton University Press, 2000. Nesse passo, Tushnet repercute vozes muito antigas, pois dá-nos notícia, André Mathiot, *Les offensives du Congrès des Etats-Unis contre la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême*, in: *Mélanges offerts a Marcel Waline : le juge et le droit public*, Tome I, Paris : Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1974, p. 51 que, « en 1909, le sénateur McLaurin s’écrit : ‘Je ne vois pas pourquoi le Congrès des États-Unis serait contraint de zigzaguer à travers les décisions incohérentes de la Cour’ et le sénateur Anselm J. Money proclamait : ‘Je ne suis pas ceux qui considèrent une décision de la Cour suprême comme un Africain la divinité qu’il révere. Je respecte une telle décision jusqu’au point exact où elle se fonde sur le bon sens et dur la logique, mais, quand elle viole la loi du sens commun, je cesse de la respecter, j’y suis simplement soumis en tant que citoyen’ ».

institucional cotidiana ou com a imensa influência que sobre ela exercem indivíduos isolados em condições de proferir decisões dificilmente reversíveis.

Essa rebeldia contra o finito do jogo político e a exaltação deste ou daquele procedimento ideal de formação da vontade estatal *justa* (ou, no mínimo, consensual) como o único autêntico, único democrático, manifestam uma das características específicas do romantismo, do que dá testemunho histórico todo o movimento positivista, epistemológico e jurídico.

Interessante notar, de passagem, que os esforços teóricos despendidos em prol da superação do positivismo jurídico, não foram acompanhados por uma aversão comparável às premissas românticas. Assim é que, por exemplo, Gadamer⁴ e Dworkin – que compõem aqui rol exemplificativo –, não obstante tenham idealizado teorias em tudo distintas, mantêm suas reflexões em um plano fundamentalmente contrafático, daí porque, não obstante serem autores evidentemente pós-positivistas, não podem ser classificados como autores pós-românticos. A dizer, nenhum deles faz sua teoria independente de uma leitura “pneumatológica”⁵ dos textos com que trabalham – tendência que na obra de Alexy, v. g., é levada ao extremo. Peretti, manifestando o mesmo estranhamento, ponderou que a Constituição, “longe de nos oferecer princípios morais que reis filósofos explicar-nos-ão, apenas estabelece uma estrutura que, quando combinada com o *stare decisis*, canaliza o debate político”⁶.

Pensamos, acerca desse ponto, que aquilo que importa fixar é que qualquer que seja a teoria do direito e da constituição adotada, seria produtora se partíssemos da constatação de que não há um *grau zero* de retórica possível na atualização do direito⁷.

⁴ De Gadamer, temos confissão de próprio punho. Cf., nesse sentido, Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método vol. I*, Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 384-385: “Sobretudo ao defrontar-me com os seguidores franceses (de Nietzsche), tenho plena consciência de que minhas próprias tentativas de “traduzir” Heidegger denunciam meus limites, e mostrando sobretudo até que ponto eu mesmo estou preso à tradição romântica das ciências do espírito e do legado humanista”.

⁵ Jacques Derrida, *Gramatologia*, São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 21: “A escritura natural está imediatamente unida à voz e ao sopro. Sua natureza não é gramatológica mas pneumatológica”.

⁶ Terri Peretti, *In defense of a Political Court*, New Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 253.

⁷ Seria, talvez, lícito indagar-mos se a retórica não é mesmo uma imposição da realidade democrática, se o espaço da retórica judicial não só deveria terminar com a coisa julgada – fim lógico e existencialmente necessário da controvérsia. Cf., nesse sentido, Eduardo Bittar, *Curso de filosofia do direito*, São Paulo: Atlas, 2008, 6 ed., p. 455: “Isto porque os dois únicos limites para o campo de desenvolvimento da retórica são a pura evidência, que dispensa a argumentação, e a imposição arbitrária, que impede a argumentação”. Cf., no mesmo sentido, Cristiane Barros, *Teoria geral do direito e lógica jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 55.

A presente comunicação buscará opor a visão pluralista acerca das instituições políticas, da Constituição e da jurisdição constitucional, tanto ao majoritarismo (iluminista ou contemporâneo), quanto ao contramajoritarismo extremado que, partindo da proteção necessária às minorias, pretende avançar para um governo de juízes.

Em suma, buscar-se-á deixar assentado que o sistema político em operação nas democracias liberais hipercomplexas, em nossos dias, nem tanto democrático ou juristocrático, é plural e perpetuamente premido por demandas mutuamente excludentes, só raramente relacionadas com nomes aerados como bem comum ou interesse público.

II - MAJORITARISMO – ILUMINISTA E CONTEMPORÂNEO

II. 1. Majoritarismo iluminista

O constitucionalismo que exsurtiu do ambiente revolucionário francês do século XVIII obedecia à lógica estrita da maioria parlamentar como vontade geral, no que se vinculava às linhas gerais antes estabelecidas pela filosofia iluminista, contrária, por princípio, a qualquer tipo de rigidez constitucional ou controle externo sobre a então chamada nação em assembleia.

Segado foi assaz preciso ao expor uma nota da Revolução Francesa universalmente esquecida pela historiografia de inclinação materialista, o fato de que o absolutismo não acabou com a queda da Bastilha, apenas foi reformulado:

A teoria do contrato social exclui completamente o conceito de direitos individuais intangíveis frente ao legislador, e isso, pelo menos por duas razões: a primeira, pela completa absorção do indivíduo pela comunidade (*Contrato Social*, Capítulo VI do Livro primeiro) (*omissis*) a segunda, porque em todo caso a regulamentação dos direitos individuais e também sua modificação extensiva ou restritiva dependiam sempre do soberano, que na teoria rousseauiana não é outro além do legislador⁸.

Conclui, então, o professor Segado, que a grande reformulação revolucionária, operada por homens como Sieyès, não fazia outra coisa senão transmitir à nação, declarada soberana, “a aplicação do princípio, afirmado por Bodin e

⁸ Francisco Segado, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, in: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 1^{er} semestre, Madrid: UNED, 2007, p. 48

conservado em vigor até o fim da monarquia do Antigo Regime, segundo o qual o príncipe, como soberano, se acha *supra leges* e queda *legibus solutus*⁹.

De fato, o dogma da lei como vontade geral, que praticamente exige o legislador de qualquer obediência à Constituição, não faz mais que converter a máxima de que “todo o direito decorre da vontade do monarca” em sua versão pós-revolucionária, mas ainda absolutista: “todo direito decorre da vontade da maioria da Assembleia nacional”.

A leitura de Rousseau é particularmente ilustrativa a esse respeito, pois o autor foi muito claro ao estabelecer que “do cálculo dos votos se conclui a declaração da vontade geral”¹⁰. Postura que se torna plenamente compreensível se mantivermos em mente que o “Legislador, sob todos os aspectos, é um homem extraordinário no Estado. Se o deve ser pelo gênio, não o será menos pelo ofício”. Este ofício, que não é nem “magistratura”, nem “soberania”, “constitui a república, não pertence à constituição, por ser uma função particular superior que nada tem de comum com o império humano”¹¹.

O paralelo suscitado por Segado entre a monarquia absolutista do Antigo Regime e a democracia absolutista de Rousseau é amplamente autorizado pelos estudos de filosofia política. Ribeiro assentou, a esse respeito, que quando se concede a alguém o poder supremo, alguém (indivíduo ou assembleia), “que se diz soberano na medida exata em que tudo pode decidir e, portanto, não apenas julgar, não só interpretar – mas mudar tudo”, então devemos reconhecer que a “condição para a Revolução, para 1789, está na teoria da soberania: *do Leviatã não sai apenas o Estado absoluto e o monarca absolutista, sai o poder revolucionário e jacobino*”¹². Pagallo, de forma análoga, assentou, com razão, que “para uma certa tradição de pensamento que de Hobbes e Rousseau alcança nossos dias, o conceito de soberania é caracterizado pelo fato de, por definição, não encontrar limites”¹³. Cassirer ofereceu descrição completa da

⁹ Francisco Segado, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, cit., p. 68

¹⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 127.

¹¹ Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, cit., p. 63. Ecoando a tese, Georges Vedel, *Droit Constitutionnel*, Paris: Sirey, 1984, p. 477, v. g., definiu o legislativo como “d’une essence et d’une majesté particulières, qu’il ne se définit point comme une compétence parmi d’autres, mais comme l’expression même de la souveraineté”.

¹² Renato Ribeiro, *A Última Razão dos Reis*, São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 102 (Grifamos).

¹³ Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, Torino: Giappichelli Editore, 2002, p. 118.

ratio que imanta a filosofia de Rousseau, da qual, em “continuidade perfeita”, derivou “o conjunto do movimento de ideias do século XVIII”:

A vontade individual está suspensa como tal, nada mais deseja ou exige para si, pois só tem existência e querer no seio da “vontade geral”. Essa espécie de “contrato” é a única, segundo Rousseau, a possuir uma força objetivamente obrigatória que não seja a coerção física (*omissis*) Passaram agora a ser indivíduos na acepção mais elevada do termo, verdadeiros súditos voluntários, enquanto não passavam antes de um feixe de instintos e de apetites sensuais. Somente a adesão à vontade geral constitui a personalidade autônoma (*omissis*) Pretende tão pouco dar lugar no seu ideal social e político ao arbitrário do indivíduo que vê, pelo contrário, na decisão individual uma espécie de pecado contra o espírito verdadeiro de toda a sociedade humana. Nenhuma hesitação, nenhuma flutuação sobre esse ponto: desde o primeiro esboço do *Contrato social* a lei é apontada como a mais sublime de todas as instituições humanas, o dom do céu graças ao qual o homem aprende, desde a sua existência terrena, a pressentir os mandamentos invioláveis da divindade (*omissis*) O indivíduo não pode opor reservas nem restrições à lei. Toda cláusula que poderia ser inserida no contrato social em benefício de tal ou tal direito individual apenas comprometeria o seu sentido e o seu conteúdo próprio. A verdadeira unidade só se realizará se o indivíduo não só se dá ao todo, mas abdica de si mesmo em benefício do todo (*Do contrato social*, Livro I, cap. 6)¹⁴.

Somos forçados a concluir, de plano, que em um sistema com tais fundações absolutistas não poderia subsistir qualquer tipo de censura ao soberano, e que sua lei é, por tudo, indiscutível. Carré de Malberg esclareceu que a autoridade judicial está “em uma posição de subordinação e inferioridade absoluta vis-à-vis com o legislador, e aplicará, sem resistência possível, todos os decretos legislativos, mesmo que contrários à Constituição”¹⁵.

¹⁴ Ernest Cassirer, *A filosofia do Iluminismo*. Campinas: Unicamp, 1992, pp. 346-349.

¹⁵ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, apud, S. Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, Paris: L.G.D.J., 1974, pp. 17-18. Montesquieu manifestava o mesmo estado de espírito, porém, com temperamentos que nem sempre são observados pelos leitores contemporâneos, a esse respeito, escreveu Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, ct., pp. 43-4: « Montesquieu est toujours préoccupé par la recherche d'un contre-poids efficace à tout pouvoir qu'il institue. Dans la deuxième partie du cha. VI, L XI, il parle du Pouvoir législatif dans ses rapports avec le Pouvoir exécutif. Il se rend compte de la nécessité d'instituer entre ces deux Pouvoirs 'une puissance réglante pour les tempérer' (*omissis*) l'école classique est d'avoir étendu abusivement à toutes les décisions juridictionnelles les réflexions que Montesquieu limitait à une seule catégorie de jugements: les jugements en matière criminelle ».

A par da desconfiança em relação aos juízes¹⁶, foram afastados quaisquer limites materiais ao poder de transformar a Constituição, detido pela Assembleia. Rousseau afirmou, a esse respeito, que “não há no Estado nenhuma lei fundamental que não possa ser revogada, nem mesmo o pacto social”¹⁷.

O absolutismo, inerente ao sistema rousseauísta, tornou-se prevalecente junto com a ascensão jacobina dentro do sistema pós-revolucionário. Dá-nos notícia Jaume que Robespierre manteve a todo pulso, em 10 de agosto de 1791, a “confusão entre representação e poder constituinte”: “para Robespierre e para os democratas radicais como Pétion, as sessões devem ser capazes de expressar sua soberania mesmo durante o mandato do administrador eleito”¹⁸.

A tese jacobina prevaleceu com todas as consequências que conhecemos. Apenas um ano depois, em 5 de agosto de 1792, uma sessão parisiense declarou, em nome da vontade geral, que a Constituição estava agora vazia de qualquer validade. Por fim, em 1793, a rigidez constitucional foi condenada frontalmente na Constituição Jacobina: “*Um povo resguarda o direito de renovar, de reformar e de mudar de Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras*”¹⁹.

O conjunto de tais teses concorre para a prevalência de uma concepção da lei quase mítica²⁰. Como manifestação de uma ordem transcendental, a legitimidade da lei não estaria em seu conteúdo, mas “na excelência de seu autor. Ela retira seu fundamento não de um valor intrínseco, mas do caráter sagrado do poder que a edita”,

¹⁶ Sieyes, *apud* Francesc Pau i Vall (coord.), *Parlamento y justicia constitucional*, Barcelona: Editorial Aranzadi, 1997, p. 44, preocupava-se, fundamentalmente, com “los abusos del poder judicial, tan frecuentes y tan terribles en todas estas partes donde los pueblos no son juzgados por sus iguales”.

¹⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, cit., p. 120.

¹⁸ Lucian Jaume, *The French Revolution and its consequences*, in: Martin Loughlin, et al., *The paradox of constitutionalism*, New York: Oxford University Press, 2007, p. 72.

¹⁹ *Constitution du 24 juin 1793*, in: Maurice Duverger, *Constitutions et documents politiques*, Paris: Presses Universitaires de France, 1974, p. 72.

²⁰ Do que a doutrina francesa, compilada por S. Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., p. 76, soube tirar as consequências: « La loi est pour lui ‘le reflet d’un ordre transcendant’. Et ce caractère divin de la loi ne doit pas se trouver altéré ni dénaturé par l’intervention de l’homme, grâce à cette volonté ne saurait être arbitraire ou injuste, car elle est ictée par la Raison. On a ainsi réussi... à identifier le droit et la Raison’. C’est conception qui a été intégralement reprise par les penseurs révolutionnaires de 1789. La loi reste pour eux, l’expression de la Raison. Elle dérive, non pas de l’arbitraire des volontés mais de la nature des choses. M. le Prof. Burdeau l’a excellemment résumé en ces termes: ‘La loi est conçue comme l’expression de la Raison, la Raison identifiée à la volonté générale, la volonté générale distinguée de la volonté populaire’».

tal postulado, ressalta-se ainda, “não somente prevalece sobre qualquer consideração técnica, mas as absorve”²¹.

A fragilidade dos direitos individuais em tal arranjo político-institucional é patente, o que levou Rosenfeld a afirmar que “a proteção dos direitos fundamentais era garantida na Declaração de 1789, mas essa proteção era política ao invés de jurídica”²².

Traçando uma distinção fundamental entre os sistemas jurídico-políticos derivados das revoluções do século XVIII, Di Giovine afirmou que apenas a americana fez “da constituição ‘o fim e o final’ da revolução”, no que contrasta com o regime francês, “no qual o poder revolucionário-constituente não se exaure”, ao contrário, mergulha em um espiral no qual “uma ‘série de constituições são redigidas, adotadas, suspensas, aplicadas e violadas’: não por acaso se diz que aos franceses se deve a teoria do poder constituinte e aos americanos a sua prática”²³.

II. 2. Majoritarismo contemporâneo

Muito embora os dois séculos que nos separam da Independência dos Estados Unidos e da Revolução francesa tenham mostrado, com sobejo número de exemplos, que as tiranias democráticas, exercidas por maiorias intransigentes, foram as “mais ferozes que a história conheceu”²⁴. Mesmo não nos restando outra escolha, a não ser reconhecer que o procedimento eletivo-majoritário não oferece as condições necessárias à manutenção da tolerância em uma sociedade multifacetada²⁵, tendo, a esse respeito,

²¹ Henri De Page, *A propos du gouvernement des juges*, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1931, p. 184.

²² Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, disponível em: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_M_Rosenfeld.pdf, acesso em: 14.09.2008, p. 138.

²³ Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/tecniche_costituzionalismo/index.html, acesso em: 03.11.2008, item n.º 2.

²⁴ Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1976, pp. 111-112.

²⁵ Mesmo alguém com uma posição mais moderada, como Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., p. 65, terminou por admitir que “the experience of history strongly suggests that vesting the majority with the ultimate power of judgment, although far from being calamitous, would not sufficiently protect minority rights”. No mesmo sentido, a constatação de Theo Öhlinger, *La legittimazione del sindacato di costituzionalità delle leggi*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/ohlinger.html>, acesso em 1.º.05.2009, item n.º III: “La gran parte di questi paesi, se non tutti, ha avuto esperienze, nel corso del ventesimo secolo, di regimi dittatoriali. Ed è questa esperienza che ha condotto a impostare in termini diversi dal passato i

Häberle sentenciado que “o legislador mostrou-se, ao longo da história dos direitos fundamentais na Alemanha, como o inimigo da liberdade do cidadão”²⁶. De posse de todos esses dados da experiência, mesmo assim, vemos ressurgir vigorosa e com imenso poder de atração a proposição de uma democracia radical, sendo Habermas seu arauto principal.

Habermas pretende não apenas a permanência do legalismo revolucionário, mais que isso, almeja uma “república democrata-radical”, posta em “revolução permanente”²⁷.

Trata-se de um tipo de democracia onde a noção de procedimento torna-se nuclear para a fundamentação racional das instituições políticas e do direito. A produção normativa resultante de um procedimento dialogal ideal²⁸ não pode ter sua validade aferida pela jurisdição constitucional. Entende-se que semelhante fonte do direito não pode ser controlada a partir dos direitos fundamentais, já que a “democracia radical” postula os “direitos do homem como manifestação da vontade popular soberana”²⁹.

Ademais, por terem sido despojados de todo o “substancial”, e por serem apreendidos por um referencial “pós-metafísico”, os princípios constitucionais deixam de remeter a “direitos naturais”, sendo garantidos apenas pelo “procedimento de formação da opinião e da vontade, que assegura iguais liberdades através de direitos universais de comunicação e participação”³⁰.

A condução procedimental do modelo político surge, de acordo com Habermas, como contraponto à “materialização do direito”, à sua “remoralização”³¹,

rapporti tra l'individuo e lo Stato. La veste giuridica di questi rapporti è sancita nei cataloghi dei diritti umani all'intero delle costituzione”.

²⁶ Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 151.

²⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 2008, p. 597.

²⁸ Anna Pintore, *I diritti della democrazia*, disponível em: <http://dinomaiorca.altervista.org/dirittidemocrazia.htm>, acesso em: 05.09.2008: “L'esito della procedura dipende dal confronto tra argomenti imparziali miranti a conseguire un consenso razionalmente motivato intorno al bene comune (immaginano i partecipanti alla deliberazione come animati da uno spirito cooperativo, dalla ragionevolezza e dal mutuo rispetto, e ritengono che l'esito delle procedure democratiche sia la convergenza intorno a una posizione da tutti condivisa, che incorpora l'interesse o il bene comune)”.

²⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 598.

³⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit, p. 602.

³¹ Neste ponto, Habermas foi convincentemente corrigido por Omar Chessa, *La teoria costituzionale dopo lo “Stato de partiti”*, disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/4/Contributi/Chessa-Teoria-costituzionale-Stato-di-partiti.htm>, acesso em 02.10.2008, item nº. 2, quando o italiano lembra que não se *reaproxima* a moral do direito, apenas se retira do legislador o monopólio sobre essa aproximação: “Il giuspositivismo quindi ha

processo pelo qual o sistema jurídico abre-se a “argumentos concernentes a princípios morais e a argumentos concernentes a objetivos políticos que relaxam a vinculação linear da justiça com o previamente estabelecido pelo legislador político”, resultando em um incremento do poder do judiciário e do alcance de suas decisões, processo que “ameaça desequilibrar a armação normativa do Estado clássico de direito”³².

Gostaríamos de ressaltar, ainda, uma nota importante do edifício teórico habermasiano, consistente em uma aberta hostilidade em relação à rigidez constitucional, nota que aproxima o autor do arcabouço revolucionário que pretende superar³³:

Aqueles que não tiveram a sorte de figurar entre os afortunados herdeiros dos pais fundadores da Constituição americana, não podem encontrar precisamente em suas próprias tradições boas razões que lhes permitam distinguir entre o digno de conservar-se e o que necessita de crítica³⁴.

Por fim - e talvez ainda mais indicativo do intuito do autor em expurgar a rigidez constitucional de seu modelo democrático radical -, Habermas propõe a substituição do controle das jurisdições constitucionais por um “autocontrole do legislador” instituído

significato non già assoluta cesura tra diritto e morale, ma solo che la connessione tra i due termini non poteva essere diretta, bensì sempre indiretta, cioè mediata da un sovrano. Di talché lo studio scientifico del diritto avrebbe potuto prendere in considerazione le assunzioni etiche sottese all'ordinamento normativo solamente nella misura in cui queste fossero incapsulate nella volontà, nell'intento del legislatore. Anche nei frutti più maturi del diritto pubblico europeo si ripropone questo schema di connessione indiretta tra diritto e giustizia”.

³² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 319. Aqui mostram-se bastante claras as relações entre Habermas e o hegelianismo, omitidas pelos atuais seguidores do primeiro; cf., para tanto, W. Friedmann, *Théorie générale du droit*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 118: « La morale, antithèse du droit abstrait, n'occupe qu'une place restreinte dans le système de Hegel (*omissis*) la morale est un facteur rationnel, un stade de la réflexion de l'individu. Son aversion pour la tendance subjective étatique si forte que la morale se trouve complètement engloutie dans l'institution de l'Etat, qui l'incarne. Cela a largement contribué à sa réputation de protagoniste de l'Etat déifié », e pouco mais adiante (p. 127): « l'opposition du droit individuel à la communauté sociale montre l'influence de Hegel ».

³³ Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., pp. 120-121: “il consenso è pure la base per la legittimità in teorie che non ricadono, in senso stretto, nel paradigma del contratto sociale ma che nondimeno hanno con quest'ultimo notevoli affinità, come la teoria discorsiva della giustificazione del diritto basata sul consenso elaborata da Habermas”.

³⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 64. E, em outra passagem (p. 603), referindo-se a Fröbel, elogia a posição que “prohíbe la inmutabilidad de la Constitución y toda restricción impuesta desde fuera a la soberanía popular interpretada en términos procedimentales. Los derechos del hombre no compiten con la soberanía popular; son idénticos a las condiciones constitutivas de una práctica de formación discursivo-pública de la opinión y de la voluntad que se restringe a sí misma, la división de poderes se explica entonces por la lógica de la aplicación y de la ejecución controlada de las leyes producidas por esa vía”.

ao modo de um tribunal: “uma comissão parlamentar composta também por profissionais do direito”³⁵. Prossegue Habermas nestes termos:

O legislador não dispõe, a sua vez, da competência para comprovar se os tribunais, em seu negócio de aplicar o direito se servem exatamente das razões normativas que, à época, concorreram para a formação da fundamentação presumivelmente racional de uma lei. Por outro lado, o que se chama controle abstrato de normas pertence inquestionavelmente às funções do legislador. Portanto, não seria totalmente desacertado reservar esta função, também em última instância, a um controle do legislador (*omissis*) A transferência dessa competência a um tribunal constitucional necessita, pelo menos, de uma justificação bastante complexa³⁶.

Em síntese, a crítica habermasiana termina por deixar assentado que a jurisdição constitucional exerce um poder de veto sobre o legislador, tornando-se o controlador não controlado, e por isso convém que a última palavra seja dada por uma assembleia representativa, e não por uma aristocracia judiciária que dá aos direitos uma conotação de intangibilidade, e os subtraem ao desenvolvimento político.

III - CONTRAMAJORITARISMO

III. 1. As fundações do contramajoritarismo e o constitucionalismo do pós-guerra

A torrente democrática revelou, quase que imediatamente, a necessidade de diques que contivessem seus arroubos.

A expansão do controle de constitucionalidade, principalmente após a Segunda Guerra, pode ser entendida como uma tentativa de retificação das excrescências de fundo do modelo democrático jacobino, como uma reação contra os abusos dos governantes majoritários. Não estranha, portanto, que nos Estados Unidos, onde o sistema foi moldado com o escopo de não permitir esse tipo de absolutismo democrático, “o

³⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit, p. 314. No mesmo sentido, Anna Pintore, *El Derecho sin verdad*, Madrid: Dykinson, 2006. A idéia, não obstante, parece temerária até mesmo para críticos assíduos da jurisdição constitucional, cf., nesse sentido, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 99: “no es fácil defender la plausibilidad de un control constitucional meramente mayoritario, ni es obvio que los acuerdos mayoritarios tengan algo que ver con lo consenso ideal para buscar su justificación, ni tampoco está claro que las mayorías legislativas se identifiquen con las mayorías ciudadanas (dado este que muchos autores populistas e muchos de sus críticos toman por evidente)”.

³⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit, p. 315.

controle de constitucionalidade tenha sido historicamente exercido para restringir a maioria”³⁷.

Daí porque a retirada de determinadas decisões do âmbito flutuante da legislatura ordinária pode ser apontada como a característica que diferencia a democracia constitucional da “democracia jacobina”³⁸, recalcitrante ao controle de constitucionalidade das leis. O processo histórico que moldou o Estado Constitucional de Direito como um instrumento contra o absolutismo democrático foi sintetizado com acuidade por Di Giovine:

O século e meio que separa os eventos do fim dos setecentos da conclusão da segunda guerra mundial serviram ao constitucionalismo europeu não apenas para introjetar o poder e tutelar a liberdade, mas fez com que passasse do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito (...) Percorre-se a estrada até o fim para valorizar a peculiaridade do princípio democrático a fim de emancipá-lo de todo o primitivismo de estampa jacobino-rousseauísta, moldando-o na forma “civilizada” e mais exigente da democracia constitucional³⁹.

O constitucionalismo do pós-guerra é estabelecido, em clara oposição à tese jacobina, como uma “espécie de trincheira ideal e de extrema defesa que o homem livre tem erigido contra temidos retornos de uma época de terror, de opressão, de tirania, uma época que nos parece tão remota, mas que muitos entre nós, infelizmente, viveram”⁴⁰. Em suma, passa-se a conceber a rigidez constitucional como um instrumento mediante o qual seria possível expurgar do sistema democrático o germe absolutista presente em sua própria lógica.

Chegou-se a uma fórmula, mais ou menos estável, que se poderia denominar argumento contramajoritário, a sustentar que os poderes político-majoritários

³⁷ Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, Chicago: University of Chicago Press, 1983, p. 9.

³⁸ Francisco Segado, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, in: *Teoría y Realidad Constitucional*, cit., p. 51.

³⁹ Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., itens nº. 5 e 7.

⁴⁰ Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 25.

não são capazes de garantir os direitos civis e individuais das minorias contra as demandas políticas que, com eles, se tornaram hegemônicas⁴¹.

O que se pretende delegando uma função contramajoritária à jurisdição constitucional não é garantir apenas, em sua esfera participativa, as minorias representadas no Parlamento, mas, também, e principalmente, sustentar a opção de vida de indivíduos e grupos que não logram ascender à representação política. A definição funcional das cortes constitucionais como enclaves contramajoritários dentro do sistema de freios e contrapesos, por conseguinte, torna-se um marco contra a ideia que associa, sem arestas, democracia e majoritarismo puro⁴².

Do alto desse entendimento renovado sobre o significado do documento constitucional, serão definidas como fatalmente destinadas a romper o equilíbrio pretendido com o Estado Constitucional de Direito, propostas que estabeleçam “um controle do legislador”⁴³, pois “isso equivaleria, de fato, a declarar flexível a Constituição além de ser a negação de todo o controle”⁴⁴.

Em decisão de importância doutrinária ímpar, a Suprema Corte americana assentou que “se o Congresso puder definir seus próprios poderes para alterar o significado da 14ª Emenda, a Constituição não mais será o parâmetro superior, inalterável por meios ordinários”⁴⁵.

III. 2. Do constitucionalismo democrático à juristocracia

Todo esse reformular do constitucionalismo e a necessária correção do jacobinismo nunca estiveram ao abrigo de críticas, e quando levados ao extremo, não se

⁴¹ Henri De Page, *A propos du gouvernement des juges*, cit., p. 194 : « Il ne faut pas seulement admettre le gouvernement des juges parce que la loi est, en soi, insuffisante pour régler toute la complexité du droit, mais aussi parce qu’une certaine autonomie du juge est la plus forte garantie du respect de la liberté (*omissis*) les juges défendent les intérêts individuels contre l’omnipotence d’un législateur qui peut, un jour, ne plus avoir la notion exacte de ses devoirs ».

⁴² A esse respeito, entre nós, Lenio Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 100-101. Alhures, Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item nº. 2: “Infatti se per costituzionalismo si intende la limitazione legale del potere politico e se si considera che tale potere si esprime a vari livelli (dal potere costituente, appunto, al potere amministrativo, passando per quell legislativo), appare corretto argomentare nel senso che solo addomesticando il più alto e potenzialmente ‘terribile’, quello che è alimentato delle radici assolutistiche della sovranità, si possono creare le condizioni per dar luogo a un regime stabile”.

⁴³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit, p. 315.

⁴⁴ Raul Repetto, *Control de constitucionalidad de la ley*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 85.

⁴⁵ 521 U.S. at 519, *apud*, Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 22.

apresentam totalmente destituídos de dificuldades. Na Europa, e mesmo antes da rigidez constitucional e do controle de constitucionalidade ganharem terreno, já ecoava a voz de Lambert. Diante da conformação institucional americana, o autor escreveu: “nos Estados Unidos, o equilíbrio é produto do trabalho do poder judiciário, que submete os dois outros poderes ao seu controle e estabilidade, dando à luz um regime de governo de juízes”⁴⁶.

Entre nós, igualmente, alertas houve no mesmo sentido, valendo referir as palavras de Bittencourt, que, já nos idos de 1942, afirmava:

Nosso ponto de vista é contrário à chamada “supremacia do Judiciário”, cujos princípios e fundamentos não aceitamos, nem defendemos, nem toleramos, considerando tal supremacia uma usurpação habilmente conseguida pelo Juiz Marshall, ao decidir o caso *Marbury v. Madison*, e desde logo aceita e defendida por todos os magistrados, por força do anseio de poder, que constitui a mola propulsora das ações humanas, como demonstrou o filósofo inglês Bertrand Russel⁴⁷.

Sob tais acusações foi que a Europa mergulhou em uma era de restrição da discricionariedade do governo majoritário, e de garantia judicial dos direitos constitucionais, fenômeno que solapou as resistências dos sistemas parlamentaristas e moldou as chamadas novas democracias, exurgidas após o fim do colonialismo e da derrocada do comunismo soviético. Na Inglaterra, por exemplo, Sunkin lembrou que são “muitos os exemplos de envolvimento judicial nas políticas governamentais, incluindo decisões que afetaram a política educacional, as finanças públicas e as políticas sociais”⁴⁸. Ainda mais significativa foi a reforma constitucional francesa de 2008, ocasião em que foi instaurado o sistema de controle repressivo de constitucionalidade, ao lado do já existente controle preventivo (cf., art. 61-1 da Constituição francesa).

O impacto que teve a expansão do controle de constitucionalidade sobre a teoria das formas de governo tem instigado trabalhos contundentes de constitucionalismo

⁴⁶ Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la contre la législation sociale aux États-Unis (L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois)*, Paris: Marcel Giard, 1921, p. 16.

⁴⁷ Lucio Bittencourt, *A interpretação como parte integrante do processo legislativo*, in: Revista do serviço público, ano V, vol. IV, nº. 3, dez. 1942, p. 121.

⁴⁸ Maurice Sunkin, *The United Kingdom*, in: Neal Tate & Torjörn Vallinder (ed.), *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 69.

comparado, crescendo a cada dia a estruturação de uma teoria de superação do sistema democrático, que tem sido chamada, sugestivamente, juristocracia⁴⁹.

Salta ao primeiro plano, nesse sentido, a natureza essencialmente política das matérias que, em um número expressivo de situações, recebem sua disciplina, sua conformação normativa, inicial ou definitiva, não dos órgãos político-majoritários, mas dos tribunais constitucionais.

O Tribunal Constitucional espanhol, v. g., estendeu aos cônjuges supérstites varões, com supedâneo no princípio da igualdade, o pensionamento por morte que a lei previdenciária só reconhecia às viúvas, causando impacto orçamentário tão drástico, que um voto dissentâneo classificou a decisão como uma “revisão do sistema de seguridade social”⁵⁰ por via jurisdicional.

Muito mais graves, as questões da eutanásia e do aborto também terminaram sendo disciplinadas por sentenças e não por leis. Quanto ao problema do aborto, a *Corte Costituzionale* italiana, na sentença 27/1975, julgando incidente acerca da inconstitucionalidade do art. 546 do Código Penal, lavrou dispositivo no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo atacado, “na parte em que não prevê que a gravidez possa ser interrompida quando a continuação da gestação implique dano, ou perigo, grave, atestado por médico, para a saúde da mãe”⁵¹. Ao decidir, recentemente, o caso Englaro, o mesmo órgão de jurisdição constitucional ousou fazer o que nenhum parlamento jamais fez, e estabeleceu, embora no bojo de uma decisão que deu pela inadmissibilidade da insurreição legislativa, parâmetros em presença dos quais seria admissível a interrupção da alimentação artificial, que mantém em estado vegetativo pacientes com lesões cerebrais irreversíveis:

⁴⁹ A esse respeito, exemplificativamente, Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004; Carlo Guarnieri, *et al.*, *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2002 e Alec Sweet, *Governing with judges*, Oxford: Oxford UK, 2000. Cf., ainda, Kim Scheppele, *Democracy by judiciary*, disponível em: <http://law.wustl.edu/higs/conferences/ConstitutionalConf/papers/ScheppelePaper.pdf>, acesso em: 31-7-2009, falando em “courtocracy”.

⁵⁰ Tribunal Constitucional espanhol, sentença n. 103/1983, disponível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php, acesso em: 2-4-2009, voto dissentâneo do Magistrado da Corte don Jerônimo Arozamena Sierra.

⁵¹ Sentença n.º. 27/1975, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 2-10-2008. Grifamos. Na ocasião, a *Corte* assentou que a hipótese não quadrava na de aborto necessário, pois o risco para a mãe, embora previsível, não era imediato.

A interrupção do tratamento pode ser disposta: a) quando a condição de estado vegetativo seja, com base em um rigoroso exame clínico, irreversível e não se veja qualquer fundamento médico, segundo o *standard* científico reconhecido a nível internacional, que permita supor que a pessoa tenha sequer a mínima possibilidade de uma qualquer, débil que seja, recuperação da consciência ou percepção do mundo externo; e b) sempre que tal decisão seja realmente expressiva, segundo elementos de provas claros, concordantes e convincentes, da voz do representado, da sua personalidade, do seu estilo de vida e de seu convencimento, correspondendo ao seu modo de conceber, antes de cair no estado de inconsciência, a ideia mesma de dignidade da pessoa⁵².

Assim procedendo, a jurisdição constitucional italiana repetiu o ocorrido três anos antes nos EUA, quando discutiu-se o direito de morrer (*right to die*) de Terry Schiavo. Comentando a decisão, Rosen oferece-nos o seguinte cenário:

Em fevereiro de 2005, um juiz estadual mais uma vez ordenou que o tubo de alimentação de Terry fosse retirado. A essa altura, o Congresso americano interveio. Terry recebeu uma ordem para apresentar-se perante a Casa dos Representantes com seu tubo de alimentação intacto (*omissis*). A despeito dessa extraordinária intervenção (*omissis*) um juiz federal recusou a ordem de reinserção do tubo, e nos dias que se seguiram, a corte de apelação federal e a Suprema Corte Americana recusaram-se a intervir. Em 31 de março de 2005, Terry Schiavo morreu (*omissis*). Depois da morte de Schiavo, esmagadores 82% dos americanos ouvidos em uma enquête da CBS, disseram desaprovar a intervenção do Congresso e do Presidente da República⁵³.

O precedente em destaque está a evidenciar um fenômeno - conhecido também entre nós⁵⁴ -, consubstanciado na maior afinidade da sociedade política com as cortes, do que com seus próprios representantes eleitos.

A despeito de tão pungentes exemplos, não pensamos, a princípio, que a democracia constitucional tenha defeitos tão graves quanto os tinha a democracia jacobina, de molde a justificar sua superação e a instalação de um governo de juízes que, como teremos oportunidade de mostrar, não se apresenta livre de dificuldades.

⁵² Corte Costituzionale italiana, ordinanza 334/2008, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 30.04.2009.

⁵³ Jeffrey Rosen, *The most democratic branch: how the courts serve America*, New York: Oxford University Press, 2006, p. 2.

⁵⁴ As Resoluções n. 22.610, de 25-10-2007 e n. 22.733, de 11-3-2008, ambas de relatoria do Min. Cezar Peluso, que estabeleceram a fidelidade partidária, representam flagrante exemplo desse fenômeno, inspiradas que foram em decisões do Supremo Tribunal Federal imantadas de patente valor ético reconhecido pela sociedade. Não obstante, e marcando aqui o descompasso entre Parlamento e comunidade política, as Resoluções foram consideradas inconstitucionais por agremiação partidária, que protocolou a ADI 3.999, Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 17-4-2009.

Seria livrar-se de um dos pólos do romantismo constitucional, o revolucionário, para encaminhar-se para o outro, o da placidez institucional fundada na imparcialidade e erudição dos magistrados que compõem as cortes constitucionais. A esse respeito, parece válido acompanhar Michelmann quando, parafraseando a célebre máxima de Churchill, pondera que “talvez a versão constitucionalista da democracia seja a pior forma de democracia, exceto todas as outras que até aqui foram tentadas”⁵⁵.

A compreensão de toda essa dinâmica majoritário-contramajoritário parece se delinear como algo assaz complexo, que talvez seja mais bem abordado a partir da constatação de uma multiplicação dos pólos decisórios, onde só se pode falar, genuinamente, em decisão final, quando se despreza a faceta dinâmica da sociedade hipercomplexa em que vivemos.

IV – PLURALISMO

IV. 1. Introdução

A superação do dualismo majoritário-contramajoritário que perpassou, por duzentos anos, o constitucionalismo e, particularmente, a compreensão do significado da rigidez constitucional e da função da jurisdição constitucional não se apresenta tarefa singela.

Entretanto, nos parece acenar uma solução tão simples quanto radical, qual seja, a de superar o dualismo com que foi definida a natureza do constitucionalismo mediante sua cabal condenação como fantasioso. Razões há, de fato, histórica e documentalmente aferíveis, para acompanharmos a ponderação de Peretti, para quem não “só os ramos políticos não são majoritários ou puramente democráticos como nos querem fazer crer, como tampouco está a jurisdição constitucional imune a influências políticas ou populares”⁵⁶.

Ressalte-se, ainda, que a postulação de um pluralismo institucional-decisório coloca em cheque noções profundamente arraigadas e caras à teoria política, tais como as de contrato social e soberania. Ademais, a cada dia cresce a consciência sobre a opacidade quase insuperável da noção normativa de vontade política geral (ou do povo),

⁵⁵ Frank Michelmann, *Brennan and democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

⁵⁶ Terri Peretti, *In defense of a political court*, cit., p. 198.

em razão disso, aqueles que dão espaço em seu discurso a tal noção têm recebido o epíteto de constitucionalistas populistas⁵⁷.

A partir de tais considerações, talvez fosse possível avançarmos para perguntar: a ideia mesma de soberania, detida pelo legislativo ou mesmo por juízes de uma juristocracia, não estaria em contradição com a limitação do poder ínsita ao estado constitucional de direito⁵⁸? Nos dois pólos da discussão, soberania do parlamento e governo de juízes, não estaria presente a mesma incontinência do poder político organizado que passou – inalterada – do rei a Robespierre? Não poderia o raciocínio jurídico-constitucional contemporâneo prescindir do arcabouço discursivo contratualista e de ficções tais como a vontade geral?

IV. 2. O mito representativo-majoritário

Acerca do majoritarismo, cumpriria ressaltar que se trata de uma visão que depende, em toda a sua extensão, da identificação, sem arestas, entre governantes e governados.

De fato, todo o programa que instaurou a soberania do parlamento enquanto nação em assembleia não se faz independente de um processo de dupla universalização (usamos o termo no sentido lógico): da existência concreta dos indivíduos alcança-se a categoria povo, que não pode operar qualquer papel discursivo sem antes ser submetida a uma segunda universalização, tornando-se, então, vontade geral⁵⁹, ou sua versão contemporânea, interesse público. Em suma, o conceito de soberania popular não se

⁵⁷ Frank Michelman, *Constitutional authorship*, in: Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 75-76: “There is, however, an ambiguity in the test: Are we talking about legislation of a country’s fundamental laws by the inhabitants collectively, as one agent (‘the people’), or by them severally, as individuals? The idea that a country’s inhabitants severally are morally entitled to be makers of the fundamental laws of their country I call ‘liberal constitutional democracy’. The contrasting idea that this entitlement belongs to a collective or supraindividual entity, ‘the people’, I call ‘constitutional populism’”.

⁵⁸ Martin Kriele, *Introducción a la teoría del Estado – fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 160: “A constituição não pode impedir o terror, quando está subordinada ao princípio de soberania, em vez de garantir as condições institucionais da *rule of law*”.

⁵⁹ Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, Paris: L.G.D.J., 1974, p. 76, soube tirar as consequências: « La loi est pour lui ‘le reflet d’un ordre transcendant’. Et ce caractère divin de la loi ne doit pas se trouver altéré ni dénaturé par l’intervention de l’homme, grâce à cette volonté ne saurait étre arbitraire ou injuste, car elle est ictée par la Raison. On a ainsi réussi... à identifier le droit et la Raison’. C’est conception qui a été intégralement reprise par les penseurs révolutionnaires de 1789. La loi reste pour eux, l’expression de la Raison. Elle dérive, non pas de l’arbitraire des volontés mais de la nature des choses. M. le Prof. Burdeau l’a excellemment résumé en ces termes: ‘La loi est conçue comme l’expression de la Raison, la Raison identifiée à la volonté générale, la volonté générale distinguée de la volonté populaire’».

relaciona com qualquer experiência histórica de auto-governo do povo, anterior ou posterior à Revolução Francesa⁶⁰, mas apresenta-se como uma generalização lógica com a qual se poderia substituir a unicidade divina do poder do rei. Christodoulidis resumiu a importância desse processo de universalização do sujeito detentor da vontade soberana, afirmando que “a primeira pessoa do plural tornou-se o coração do poder constituinte, a cruz da soberania popular”⁶¹.

É de ressaltar-se que essa posição, que prevaleceu com Sieyès, assentada na “quase-mística identificação entre o povo e a Assembleia”⁶², não obstante tenha sido discursivamente (retoricamente) fundamental para a superação do arcabouço institucional e jurídico do Antigo Regime, parece definitivamente premissa e fadada a chocar-se de forma diuturna com a complexidade inesgotável das sociedades contemporâneas, fundadas politicamente no respeito aos direitos humanos e caracterizadas pela rediscussão – ao que tudo indica, infinita – de determinados temas e princípios constitucionais, o que está a indicar a natureza essencialmente aberta do sistema jurídico-constitucional, com a qual não pode conviver a ideia de decisão soberana.

Não pode haver controle do povo sobre muito do que o governo cotidianamente faz. O termo soberania foi investido de um significado denso em muitos dos escritos sobre constitucionalismo, teoria política e relações internacionais, tanto quanto no debate político. Esse significado denso é tipicamente incoerente e o uso do termo é frequentemente enganoso (*omissis*) Imperadores romanos, os sagrados imperadores romanos, e os governantes italianos da Idade Média legislavam evocando um poder que lhes havia sido conferido pelo povo, não obstante muitos fossem déspotas. O Parlamento declarou-se a corporificação do povo na Inglaterra durante o turbulento século XVII, embora não existisse mais que a luta de uma parcela significativa da elite contra os monarquistas. Edmundo S. Morgan argumentou que a soberania popular, na época dos debates constitucionais americanos, era largamente ficcional. Ainda hoje, a

⁶⁰ Nesse sentido, a lúcida lição de Olivier Duhamel, *Droit constitutionnel et politique*, Paris:Seuil, 1994, pp. 98-99 : «Le peuple n’a jamais exercé le pouvoir et ne l’exercera jamais. Les régimes les plus populistes se sont avérés les moins démocratiques : au prétexte d’un acquiescement initial, et d’ailleurs imposé, le chef monopolise le pouvoir. Les ‘démocraties populaires’ ont fait pire : au prétexte de l’accord postulé entre la quasi-totalité du peuple, voire peuple (redéfini par la soustraction des classes dites exploiteuses), et le parti révolutionnaire, la nation même d’opposition est niée et le pouvoir total monopolisé ».

⁶¹ Emilius Christodoulidis, *Against substitution: the constitutional thinking of dissensus*, in: Martin Loughlin, et al., *The paradox of constitutionalism*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 200.

⁶² Lucien Jaume, *Constituent power in France: the revolutions and its consequences*, in: Martin Loughlin, et al., *The paradox of constitutionalism*, cit., p. 84.

evocação da soberania do povo serve mais como legitimação retórica que como descrição do governo democrático⁶³.

O juiz americano Willian Brennan, membro da *Supreme Court*, certa feita ponderou que “a fé na democracia é uma coisa, mas a fé cega na democracia é outra”⁶⁴. De fato, o que se restabelecia na postura de Brennan era uma preocupação epistemológica que apenas tem espaço a partir da negação fundamental da ficção que identifica povo e parlamento e da devolução do fenômeno jurídico-político, que se havia sempre ligado ao divino ou à vontade sem sujeito do iluminismo, à discussão plural e à obediência aos direitos humanos.

É fácil ver que, se não é possível a nenhuma primeira pessoa do plural falar, se o “nós” não pode enunciar nada, não pode também legislar, e conclui-se que “qualquer invocação do ‘nós’ é inevitavelmente performática”⁶⁵. As razões que sustentam afirmação tão peremptória – que põe em cheque a própria ideia de maioria – nos são oferecidas por Peretti que, acerca do sistema representativo, ponderou:

Como Robert Dahl revelou, existem limitações inerentes à habilidade das eleições em revelarem as preferências políticas da maioria (*omissis*) o significado político do voto da maioria é necessariamente ambíguo. Ademais, pesquisas mostraram, de forma consistente, que a maioria dos americanos não têm interesse, não dá atenção e não está informada acerca das questões políticas. Falta-lhes conhecimento específico e opiniões firmes acerca da maioria dos assuntos. Seus pontos de vista não são bem organizados e, no nível individual, bastante instáveis. Logo, a opinião pública americana, acerca da maioria dos assuntos, caracteriza-se, hoje, pela ambivalência, incoerência, instabilidade, e diversidade. Essa falta de uma clara e durável formação de grupos torna a estruturação de uma maioria e sua expressão ainda mais difíceis (*omissis*) Em outras palavras, não existe uma maioria politicamente relevante, nem em estado natural, nem como resultado da identificação dos cidadãos com um partido político⁶⁶.

Em suma, embora “a escolha democrática seja comumente suposta como ínsita à soberania popular sobre os resultados políticos”, em qualquer sistema político complexo “essa suposição é, na melhor das hipóteses, metafórica”⁶⁷.

⁶³ Russell Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 153.

⁶⁴ Willian Brennan Jr., *The Constitution of United States: contemporary ratification*, apud, Frank Michelman, *Brennan and democracy*, New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 61.

⁶⁵ Emilius Christodoulidis, *Against substitution: the constitutional thinking of dissensus*, cit., p. 202.

⁶⁶ Terri Peretti, *In defense of a political court*, cit., p. 193.

⁶⁷ Russell Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy*, cit., p. 152.

Cumpriria fazer notar, por oportuno, o grande descompasso histórico que se instalou entre a sociedade contemporânea e o sistema partidário que ainda hoje ocupa o cenário político. Na dinâmica sociedade pluralista de hoje, não se pode falar em estrutura, a estrutura social se fragmentou, coagindo o arcabouço político-institucional a equilibrar uma plêiade muito mais complexa de interesses (econômicos, genéticos ou religiosos), capitaneados, por sua vez, não por nomes aerados como proletariado, burguesia, trabalhistas ou liberais, mas por inúmeros pequenos grupos de pressão, com interesses específicos e raramente relacionados com o bem comum ou com o núcleo de garantia dos direitos humanos⁶⁸. “Se a isso somamos – comentou Chessa – o fato de que nossas sociedades são sempre multiétnicas, multiculturais, multiéticas, etc., o quadro está completo”⁶⁹, indicando que “a fórmula do Estado partidário e do complexo constitucional interpartidário não representa a essência do constitucionalismo democrático-pluralista nas condições atuais”⁷⁰.

Ademais, não nos parece possível fugir à circunstância fática de que sociedades com esse grau de complexidade vivem sob governos monolíticos que contam, não raro, com uma base parlamentar majoritária - eleitos simultaneamente -, formando o que foi definido, com propriedade, como “conjunto politicamente homogêneo maioria-governo”⁷¹.

Daí porque a distinção entre governantes e governados eleva-se como fundamental instrumento obstativo da premissa revolucionária, segundo a qual a lei, expressão da vontade geral, é incontestável⁷².

⁶⁸ Nesse sentido, a lição de Martin Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and judicial Review*, apud, Mauro Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, New York, Clarendon Press, 1991, p. 40: “What really emerges from an examination of Congress and the Presidency is not a simple picture of democratic, majoritarian bodies, voicing popular will and responsible to it, but an elaborate political structure in which groups seek advantage through maneuvering among the various power centers. The results are not necessarily the enunciation of the will of the majority of the American people, but often of compromises among competing interest groups”.

⁶⁹ Omar Chessa, *La teoria costituzionale dopo lo “Stato de partiti”*, disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/4/Contributi/Chessa-Teoria-costituzionale-Stato-di-partiti.htm>, acesso em 02.10.2008, item nº. 2.

⁷⁰ Omar Chessa, *La teoria costituzionale dopo lo “Stato de partiti”*, cit., item nº. 5.

⁷¹ Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, in: Tribunal Constitucional, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 183.

⁷² Já durante a Revolução francesa, a necessidade de separação entre governantes e governados havia sido aventada, mas restou vencida pela solução jacobina radical, cf., nesse sentido, Lucien Jaume, *Constituent power in France: the revolution and its consequences*, cit., p. 67: “From the beginning, the moderate actors behind the Revolution believe that a separation between ‘constituent power’ and ‘constituted power’ could both provide

A forma contemporânea de majoritarismo, embora compartilhe com aquela iluminista muitos de seus postulados filosóficos, acrescenta-lhe alguns defeitos. Por exemplo, quanto a Habermas, já foi dito que o pressuposto para a operação de sua democracia radical, condensado na expressão “situação ideal de comunicação”, termina substituindo o “esquema sujeito-objeto” por uma “razão comunicativa”, que opera em um “mundo supra-sensível”⁷³, um mundo em que existe um “amplo consenso sobre normas e valores extralegais, ou, em outras palavras, uma forte convergência sobre a concepção do bem”⁷⁴.

Na verdade, nos parece contraditória a simples postulação de uma condição de discurso *ideal pós-metafísica*. O *ideal* é sempre metafísico, pelo que, referir-se, com Habermas, a uma situação ideal de comunicação⁷⁵, significa estar próximo do mergulho definitivo na fenomenologia do *Geist* objetivo⁷⁶, na metafísica de Hegel⁷⁷: “As instituições jurídicas são do domínio do espírito objetivo”⁷⁸.

the foundation of legitimacy of governmental institutions and also offer a guarantee for the protection of individual rights”.

⁷³ Lenio Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., pp. 57-58.

⁷⁴ Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., pp. 150. Contra tal projeto, cf. o que diz Laurence Tribe, *The invisible constitution*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 86: “A premise of our system is that good will, altruism, and empathy are insufficient safeguards against such arbitrariness and oppression”.

⁷⁵ Karl-Otto Apel, *Fundamentação normativa da Teoria Crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida e Dissolução da ética do Discurso?*, in: Luiz Moreira (org.), *Com Habermas contra Habermas*, São Paulo: Landy, 2004, p. 276, a esse respeito, ponderou: “Com a intenção de ser cuidadoso e crítico nesse argumento, no ‘sentido pós-metafísico’, Habermas sofreu, contrariamente a sua intenção, uma recaída no modo de pensar dogmático-metafísico (*omissis*) ele se considera capaz de propriamente compreender, como contingentes, não só todas as formas de vida histórico-contingentes, mas também a sua relativização transcendental filosófica, sem dedicar atenção à condição de possibilidade e de validade desse distanciamento”.

⁷⁶ Cf., a esse respeito, Georg Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 226: “O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permitem que o espírito da subjetividade chegue até a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio”. São muitas, e nem sempre claras, as formas com que Hegel utiliza o termo *Geist* (espírito), referimo-nos, nesse passo, ao que melhor foi definido como Espírito objetivo; cf., nesse sentido, Michael Inwood, *Dicionário de Hegel*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, v.b. Espírito: “Espírito objetivo é o espírito comum de um grupo social, consubstanciado em seus costumes, leis e instituições (direito), e impregnando o caráter e a consciência dos indivíduos pertencentes ao grupo. É concebido como a objetivação do *Geist* subjetivo”.

⁷⁷ « En fait – afirmou Radomir Lukic, *Théorie de l'État et du droit*, cit., p. 32 - tout ontologie générale étend ses considérations également à l'État et du droit et cherche à déterminer leur nature dans le cadre de la conception générale du monde. Ainsi, certains y verront des créations de la volonté ou de la raison divines; d'autres, une idée objectivement existante; d'autres encore, le reflet de la nature humaine; d'autres enfin, une création sociale conditionnée par des circonstances sociales déterminées etc. ». Exemplo italiano da esperança no Espírito objetivo, pode ser aferido nos escritos de Santi Romano, como, v. g., *L'ordinamento giuridico*, Firenze: Sansoni, 1962, p. 18, *apud*, Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, cit., p. 161: “Normalmente gli individui si riconoscono l'un l'altro come soci, e quindi tendono alla loro spontanea collaborazione e al rispetto delle reciproche libertà. Ma poiché fra essi sono possibili divergenze e contesse, occorre l'intervento di una coscienza superiore, che sia riflesso e rappresenti l'unificazione di quelli. Questa

Cumpriria, aliás, esclarecer que melhor seria falar em dois momentos do majoritarismo, pois há, entre eles, uma continuidade – senão dependência – teórica inelutável. Muito embora não se afigure óbvia, a relação entre o governo pela vontade geral de Rousseau e a democracia radical procedimental de Habermas pode ser estabelecida de forma assaz minudente. O possível entendimento de quão íntima é a relação entre as duas propostas de majoritarismo, a iluminista e a contemporânea, implica perscrutar, contudo, relações anteriores estabelecidas entre Hegel e Marx, e Marx e Habermas – esta última, tomada aqui como inconteste. Paul Ricoeur logrou estabelecer, com concisão admirável, a genealogia completa do processo de universalização que resulta, sem exceções, na obliteração completa do indivíduo e na hipóstase de uma vontade sem sujeito, soberana apenas porque necessária a um determinado tipo de discurso político⁷⁹:

Não desconheço as dificuldades da noção de vontade geral, de soberania em Rousseau; Rousseau já se referia no manuscrito de Genebra ao “abismo da política na constituição do Estado” (como, na constituição do homem, a ação da alma sobre o corpo é o abismo da filosofia); essas dificuldades não são culpa de Rousseau; derivam do político como tal: um pacto que é um ato virtual e que funda uma comunidade real, uma idealidade do direito que legitima a realidade da força, uma ficção perfeitamente apta a vestir a hipocrisia de uma classe dominante, mas que, antes de dar ocasião à mentira, funda a liberdade dos cidadãos, uma liberdade que ignora os casos particulares, as diferenças reais de poderio, as condições verdadeiras das pessoas, mas que vale por sua própria abstração, - tal é propriamente o labirinto político. No fundo Rousseau, Rousseau é Aristóteles; o pacto que gera o corpo político é, em linguagem voluntarista e no plano do pacto virtual (do “como se”), o *telos* da Cidade, segundo os gregos. Onde Aristóteles diz “natureza”, fim, Rousseau diz “pacto”, “vontade geral”; mas é fundamentalmente a mesma coisa; é em ambos os casos a especificidade

coscienza che incarna le ragioni della coesistenza e del sistema in cui i singoli si unificano, che fa da mediatore, che appella al rapporto delle parti fra loro e col tutto, che è come l’incarnazione dell’io sociale, del *socius* tipico, astratto, oggettivo, è data per l’appunto dal diritto”. Entre nós, a esperança na apreensão do Espírito objetivo – hoje manifestada no procedimentalismo habermasianismo – é por demais febril e disseminada para que seja necessário provar sua existência.

⁷⁸ Cumpriria ressaltar que não se está aqui atacando o valor das reflexões acerca da formação e regulação democrática do diálogo no seio de uma comunidade política complexa, tal teoria é de fundamental importância para a ciência política e para o constitucionalismo. Porém, vemos como um indício de má compreensão do problema o pretender que a regulação do espaço político-discursivo seja suficiente garante para os direitos fundamentais.

⁷⁹ Sobre a natureza puramente postulatória da ideia de soberania, registre-se a seguinte passagem de Frank Michelman, *Constitutional authorship*, cit., p. 75: “Here you are, considering yourself absolute owner of the country, entitled as such to make laws *ad libitum* for the country and you in it, quite irrespective of getting them ‘right’ whatever that might mean (That what it means to be sovereign) (*omissis*) Insistence in this point breaks down the radical separation of will and reason that the proposition of democratic sovereignty is often taken to involve – the idea, that is, that a sovereign people is free to legislate to itself whatever law pleases, just because that what ‘sovereign’ means”.

do político, refletida na consciência filosófica. Rousseau reconheceu o ato artificial de uma subjetividade ideal, de uma “pessoa pública”, onde Aristóteles discernia uma *natureza* objetiva; mas a vontade geral de Rousseau é objetiva e a natureza de Aristóteles é a do homem que visa à felicidade. O acordo fundamental dessas fórmulas aparece em sua própria reciprocidade. Em ambos os casos, através do *telos* da Cidade e do *pacto* gerador da vontade geral, trata-se de fazer surgir a coincidência de uma vontade individual e passional com a vontade objetiva e política, em suma, fazer passar a humanidade do homem pela legalidade e a sujeição civis. Rousseau é Aristóteles. Talvez conviesse constatar que Hegel não disse coisa diferente. Isto é importante, de vez que Marx, conforme se verá, procedeu à crítica do Estado burguês e, cria ele, todo Estado, através da Filosofia do Direito de Hegel. Aí se teria todo o pensamento político do Ocidente, balizada por Aristóteles, Rousseau e Hegel, que seria convocada para a crítica marxista. Hegel vê no Estado, não importa qual Estado, mas nessa realidade que vêm à luz através dos Estados empíricos e à qual ascendem as nações quando passam o limiar da organização em Estado moderno, com os órgãos diferenciados, uma Constituição, uma administração etc. e chegam à responsabilidade histórica no quadro das relações Estado a Estado. Assim compreendido, aparece o Estado como aquilo que querem as vontades para realização de sua liberdade: a saber, uma organização racional, universal, da liberdade⁸⁰.

Como é fácil ver, muitos são os problemas que advêm do majoritarismo, em qualquer de suas organizações teóricas. A tal postura é oposto um processo de isolamento da lei, por um lado, afastada dos direitos humanos (pois concebidos como inerentes ao indivíduo) e, por outro, da justiça (agora entendida como aspiração ao equilíbrio entre princípios constitucionais ou como exigência de proporcionalidade na solução de conflitos razoáveis surgidos na sociedade, ou entre esta e o aparelho de Estado).

Como resumiu Carrozza, “não o relativismo, mas a razoabilidade e a proporcionalidade são o *leitmotiv* do constitucionalismo pós-moderno”⁸¹.

IV. 3. O mito contramajoritário

O contraste entre a posição revolucionária acerca da unicidade de fonte no direito - de resto coerente com sua visão da supremacia do parlamento e da tripartição de poderes - e a realidade imposta pelo advento da rigidez constitucional⁸² e de sua jurisdição⁸³, pode ser aferido através das palavras de Crisafulli:

⁸⁰ Paul Ricoeur, *História e verdade*, Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 257-259.

⁸¹ Paolo Carrozza, *Constitutionalism's post-modern opening*, in: Martin Loughlin, et al., *The paradox of constitutionalism*, cit., p. 182.

⁸² Alessandro Pizzorosso, *El tribunal constitucional italiano*, cit., p. 258: “Es cierto que el sistema de fuentes de Derecho en vigor en Italia se inspira en la tradición continental que difiere en gran medida de la tradición anglosajona, pero analizando el tema más detenidamente, este sistema ha sido profundamente alterado, no tanto

A decadência do mito da soberania da lei (e do Parlamento), modificado pelo novo sistema de rigidez constitucional garantida, deixou decididamente em crise o que era um dos conceitos-chave da teoria das fontes: o critério da força formal da lei, e consequentemente, a escala hierárquica das normas segundo a força formal (*omissis*). No início deste discurso, sublinhamos a importância da correção que, em sistemas com Constituição rígida e juízo de constitucionalidade das leis, é necessário fazer na originária formulação do conceito de força de lei, a qual detém-se, como se costuma dizer, somente ante os conflitos com as fontes constitucionais⁸⁴.

Ocorre que esse novo sistema, em que a soberania popular é formalmente aceita, mas temperada pelo controle de constitucionalidade, por diversas razões ameaça converter-se em uma cabal transferência de soberania dos órgãos político-majoritários aos órgãos de jurisdição constitucional, fenômeno a que se nomeou juristocracia ou governo de juízes.

Em interessante estudo sobre o fenômeno, Hirschl assentou que o incremento do poder judicial através da constitucionalização pode ser compreendido como reflexo de uma “progressiva mudança social e política, que deriva da confiança geral na tecnocracia governamental e do consequente desejo de restringir os poderes discricionários do Estado”⁸⁵.

Ainda concorrem para a expansão do poder judicial, segundo o autor, certa “devoção ao arranjo político feito no segundo pós-guerra e uma noção universal dos

por la ‘invención’ de las sentencias interpretativas o manipulativas, sino por la introducción del principio de rigidez de la Constitución del que los temas que hemos examinado aquí no constituyen más que algunos colorarios”.

⁸³ Refletindo sobre o modelo surgido com a Constituição francesa de 1958, afirmou Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et françaises : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris : Economica, 1993, p. 75: « Il suffit de citer pour s’en convaincre la trop célèbre invective du député socialiste, A. Laignel, à ses collègues : ‘Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires’. Le Conseil fut perçu comme un allié de la nouvelle opposition car cette dernière avait nommé ses membres. En conséquence, la Haute juridiction ne pouvait constituer qu’un obstacle aux réformes envisagées. De son côté, l’opposition stigmatisait la timidité qu’il pourrait faire prévoir le Haut conseil : celui-ci se devait de lui donner raison. Mais, tout bien considéré, le Conseil constitutionnel n’a pas fait barrage aux principales réformes du gouvernement socialiste. Il lui a simplement fait comprendre qu’une majorité aussi victorieuse et absolue soit-elle ne peut pas tout faire et doit respecter un certain nombre de règles constitutionnelles. À dire vrai, il a pu entraver le bon vouloir de la majorité, mais il n’a pas bloqué le processus de réforme ».

⁸⁴ Vezio Crisafulli, *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*, disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/14.%20Vezio%20Crisafulli.pdf>, acesso em: 25.03.2009, p. 353.

⁸⁵ Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 212.

direitos humanos”⁸⁶. Especificando as dimensões do fenômeno, aduz que a “transformação das instituições judiciais nos mais importantes atores não está limitada ao plano interno, mas alcança o plano internacional”, considerando que “as cortes em geral, e a constitucionalização dos direitos em particular, estão tornando-se fatores chave na política internacional”⁸⁷. Rosen, por sua vez, embora combata a definição da Corte como instituição necessariamente contramajoritária, reconheceu que, durante o “século XX, as cortes tornaram-se mais e mais agressivas quanto a sua exclusiva autoridade para interpretar a Constituição, abraçando uma forma desafiadora de supremacia judicial”⁸⁸.

A visão que se apresenta através do epíteto juristocracia – o romantismo contramajoritário -, todavia, apresenta uma série impressionante de problemas, não menos graves que aqueles ligados à soberania definida do ponto de vista majoritário.

E isso porque a definição da natureza da jurisdição constitucional como um órgão constante e necessariamente contramajoritário não passa do avesso do romantismo rousseauísta (e habermasiano), que postula todo o resto do sistema político como majoritário, tese que mostramos assaz problemática⁸⁹. Ponderou a esse respeito Rosen, que, na verdade, “os tribunais operam um importante papel como fonte do direito no governo americano, mas esse papel tende a ser mais sutil que os partidários do mito contramajoritário gostariam de acreditar”⁹⁰.

Ademais, mesmo que ainda em programa, o protagonismo judicial tem gerado uma resposta institucional radicalmente danosa para o sistema democrático, consubstanciada no demissionismo legislativo:

O incremento do poder judicial através da constitucionalização oferece um conveniente refúgio aos políticos, no qual podem evitar ou atrasar decisões políticas. Conflitos que envolvem assuntos perpassados por grande

⁸⁶ Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, cit., p. 212.

⁸⁷ Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, cit., p. 214.

⁸⁸ Jeffrey Rosen, *The most democratic branch: how the courts serve America*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 10.

⁸⁹ Cf., nesse sentido, Terri Peretti, *In defense of a political court*, cit., p. 197: “Clearly, the elective branches are not as majoritarian as the neutralists assume. Two implications follow. First, we cannot say with certainty that when the Court overturns a law, it is ‘thwarting the majority’s will’. Second, to the degree that the Court is countermajoritarian, it is not uniquely so”.

⁹⁰ Jeffrey Rosen, *The most democratic branch: how the courts serve America*, cit., p. 6.

contenciosidade são tratados como questões legais e não políticas, o que leva à concomitante assunção de que as cortes e não os representantes eleitos devem resolvê-los⁹¹.

Ainda sobre os desequilíbrios causados pela transferência da soberania às cortes de justiça, afirma-se que tal prática institucional “torna o povo viciado no ativismo judicial”, vício que o leva a culpar a Suprema Corte por falhar “ao não declarar nulas determinadas leis, ao invés de direcionar sua fúria a quem de direito: nomeadamente, o legislativo ofensor”⁹².

Em suma, também a outra, e oposta, vertente do romantismo constitucional, mostra-se inadmissível, o que faz pertinente lembrar a sentença de Zoller, para quem o “realismo jurídico precipitou os espíritos no irrealismo político na medida em que tal teoria evoca o mito de uma Corte suprema que cria e destrói o direito à vontade”⁹³.

IV. 4. O pluralismo institucional-decisório e a superação do romantismo constitucional

Com supedâneo em todo o exposto, parece simples concluir que se faz necessária uma nova relação discursiva entre a teoria do Estado (e da constituição) e a dinâmica institucional-decisória que opera nas democracias contemporâneas. Note-se que o estabelecimento dessa nova relação discursiva dar-se-á, necessariamente, em chave não-voluntarista, ficando suprimido, de antemão, o próprio modelo com o qual definir a titularidade do poder soberano.

A superação do romantismo constitucional, consubstanciado em teorias irrealistas – majoritária/contramajoritária – acerca do exercício do poder político no seio de uma sociedade democrática, implica reconhecer sua fragmentação em diversos e sobrepostos pólos de decisão. Em outras palavras, o conjunto de atribuições, antes concentradas na figura teórica do soberano, foi

rearticulado em uma ordem policêntrica com níveis justapostos, onde as relações entre os níveis de governo tornam-se muito mais decisivas e

⁹¹ Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, cit., p. 15.

⁹² Jeffrey Rosen, *The most democratic branch: how the courts serve America*, cit., p. 11.

⁹³ Élisabeth Zoller, *La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit*, in : Pierre Avril, *La création du droit par le juge*, Paris : Dalloz, 2007, p. 278.

cruciais que a conformação constitucional de qualquer desses níveis – incluindo o nível nacional de governo⁹⁴.

Com a assunção dessa premissa, que está na base da compreensão pluralista da democracia, a noção de soberania – detida por quem quer que seja - torna-se “empiricamente e, talvez, teoricamente incoerente”⁹⁵.

A teoria pluralista apresenta-se como proposta tanto discursiva quanto institucional-decisória, pois rechaça todo arcabouço discursivo voluntarista e assume a “construção da Constituição como um processo participativo, que envolve uma série de atores, públicos e privados”⁹⁶, operando em diferentes instituições⁹⁷. Com isso, a proposta pluralista também logra afastar a compreensão dos órgãos de jurisdição constitucional como palcos para o ocaso da reflexão sobre determinados temas constitucionais, a dizer, as decisões da jurisdição constitucional não fazem parte apenas do processo legislativo - o encerrando agora sem recurso possível -, mas integram um fenômeno mais amplo, e contínuo, de formação do direito. Sweet, v. g., descreveu as decisões da Suprema Corte americana como o estágio inicial de um segundo processo legislativo⁹⁸. Na verdade - e aqui cumpre atentar para um fenômeno que tem passado despercebido -, a jurisdição constitucional não só restringe o legislador, mas estimula novas práticas legislativas, mais adequadas ao modelo político-institucional estampado nas constituições, por isso, parece correto afirmar que “a interdependência entre legisladores e juízes constitucionais impõe rejeitar tanto a visão de que apenas os governantes e legisladores têm poder normativo”, quanto “afirmações de que apenas as cortes são verdadeiros juízes da constitucionalidade das leis”⁹⁹.

A abordagem pluralista da democracia contemporânea implica reconhecer e reforçar a complexidade do processo de tomada de decisão política e, uma vez ausente a lógica do contrato e da vontade soberana, “a legitimidade de cada instituição não

⁹⁴ Paolo Carrozza, *Constitutionalism's post-modern opening*, cit. 169.

⁹⁵ Russell Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy*, cit., p. 152.

⁹⁶ Alec Sweet, *Governing with judges*, cit., p. 132.

⁹⁷ Cf., acerca dessa circunstância, Martin Shapiro, *The United States*, in: Neal Tate, et al., *The global expansion of judicial power*, cit., p. 57: “The American political science literature quite early recognized that the pluralist political theory of interest groups gaining access to government decision makers in order to attain policy goals applied to courts as well as to the rest of government”.

⁹⁸ Alec Sweet, *Governing with judges*, cit., p. 83.

⁹⁹ Alec Sweet, *Governing with judges*, cit., p. 90.

é determinada por sua ‘democraticidade’, mas por seu valor instrumental em prover pontos de acesso para a expressão de visões e interesses opostos”¹⁰⁰.

Partindo de tal paradigma, grande parte do fenômeno denominado “ativismo judicial”¹⁰¹ deixa de ser visto como uma excrescência contramajoritária dentro de um sistema eletivo-majoritário, para figurar como um elemento corriqueiro, como uma prática ínsita a um sistema que é pluralista, em estrutura e operação¹⁰². “Cada órgão do Estado – ponderou Peretti – é organizado de fora diferente e está sujeito a diferentes formas de influência popular e elitista”¹⁰³. Shapiro, a esse respeito, concluiu:

A judicialização não substitui o poder normativo do legislativo e da administração pelo poder normativo dos juízes, e nem mesmo concede aos juízes a última palavra no processo político. Ela apenas incluí os juízes em uma vasta e multifacetada lista de atores políticos¹⁰⁴.

Cumprir referir, por derradeiro, a lúcida lição de Dominique Rousseau, para quem a jurisdição constitucional introduz dois elementos perturbadores da lógica representativa clássica:

A lei não passa mais pela vontade dos eleitos, mas da Constituição tal como interpretada e imposta pelos juízes constitucionais, os cidadãos têm no Tribunal Constitucional um instrumento permanente para controlar, entre duas eleições, o trabalho legislativo de seus representantes. Esses dois elementos esboçam uma nova forma de democracia, que propus chamar *democracia contínua*. Ela se distingue da forma direta de democracia que abole a distinção entre representante e representado, e se distingue, igualmente, da forma puramente representativa, que reduz ao máximo a comunicação entre representante e representado. A democracia contínua se poderia definir – ao menos provisoriamente – com um além da representação, não porque suprime sua importância, mas porque a transforma e alarga o espaço de participação popular por meio de formas

¹⁰⁰ Terri Peretti, *In defense of a political court*, cit., p. 190.

¹⁰¹ Sobre o caráter algo sem sentido dos discursos sobre o “ativismo judicial”, cf., Kermit Roosevelt III, *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.

¹⁰² Terri Peretti, *In defense of a political court*, cit., pp. 209-210: “Pluralist theory makes comprehensible and rational what the neutralists see as irrational and exceptional features of a majoritarian democracy, including the discretionary power of a nonelective institution such as the Court”.

¹⁰³ Terri Peretti, *In defense of a political court*, cit., pp. 212-213. Cf., no mesmo sentido, Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, cit., p. 218: “constitutional rights are never interpreted or implemented in a political or ideological vacuum. Judicial interpretation and implementation of constitutional rights depend to a large extent on the ideological atmosphere, specific institutional constraints, and economic and social metaconditions within which they operate”.

¹⁰⁴ Martin Shapiro, *The United States*, cit., p. 59.

particulares – e, notadamente, pela jurisdição constitucional – que permitem aos indivíduos exercerem um trabalho político: o controle, fora dos momentos eleitorais, da ação dos governantes¹⁰⁵.

Não se pretende outra coisa com o rechaço do conceito de soberania (popular ou juristocrata) senão salvaguardar a supremacia da Constituição, e, com ela, a frágil situação individual – “no fim, o que interessa é o indivíduo”¹⁰⁶ – contra o exercício do poder político baseado em abstrações, em categorias que nascem de outras categorias.

Não se pretende outra coisa senão tomar a complexidade institucional das democracias constitucionais contemporâneas como instrumento apto a impedir que qualquer grupo de indivíduos exerça muito poder¹⁰⁷, por muito tempo, ou que questões cruciais para a condução do Estado e para as relações deste com a esfera de liberdade inerente à pessoa sejam decididas arbitrariamente e de inopino. Não se pretende obliterar o princípio majoritário, mas exigir uma série de decisões majoritárias em vários órgãos durante um período de tempo razoável.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que a supremacia da Constituição, inclusive sua disciplina sobre o princípio majoritário, só se poderá manter mediante a gradativa supressão das formulações procedimentais e juristocráticas da ideia de poder soberano.

Não seria demais lembrar, por fim, a ponderação segundo a qual enquanto a política atravessa os tempos, as categorias nascem e morrem¹⁰⁸, e que a Constituição manifesta uma “ideia sobre como as pessoas devem ser tratadas, e não uma ideia sobre como decidir publicamente como as pessoas devem ser tratadas”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris: Montchrestien, 1992, pp. 155-156

¹⁰⁶ Frank Michelmann, *Brennan and democracy*, cit., p. 133.

¹⁰⁷ Stephen Breyer, *Active liberty: interpreting a democratic constitution*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 19.

¹⁰⁸ Ronald Kahn, *The Supreme Court & american political development*, Lawrence: University Press of Kansas, 2006, p. 444.

¹⁰⁹ Frank Michelman, *Brennan and democracy*, cit., p. 41.



VI – BIBLIOGRAFIA

VI. 1. Livros

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

AMAR, Vikram, et al.. *The global perspectives on constitutional law*. New York: Oxford University Press, 2009.

AVRIL, Pierre, et al.. *La création du droit par le juge*. Paris: Dalloz, 2007.

BITTAR, Eduardo. *Curso de filosofia do direito*, São Paulo: Atlas, 2008.

BARROS, Cristiane. *Teoria geral do direito e lógica jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BELAID, S. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: L.G.D.J., 1974.

BREYER, Stephen. *Active liberty: interpreting a democratic constitution*, New York: Oxford University Press, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. New York, Clarendon Press, 1991.

CASSIRER, Ernest. *A filosofia do Iluminismo*. Campinas: Unicamp, 1992.

CHOPER, Jesse. *Judicial review and the national political process*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

COX, Archibald. *The role of the Supreme Court in american government*. New York: Oxford University Press, 1977.

DE PAGE, Henri. *A propos du gouvernement des juges*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1931.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, São Paulo: Perspectiva, 1999.

DUHAMEL, Olivier Duhamel, *Droit constitutionnel et politique*, Paris:Seuil, 1994.

DUVERGER, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

FAVOREU, Louis (org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984.

FRIEDMANN, W. *Théorie générale du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GUARNIERI, Carlo, *et al.*, *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2008.

HARDIN, Russell. *Liberalism, constitutionalism, and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2003

HEGEL, Georg. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

INWOOD, Michael. *Dicionário de Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

KAHN, Ronald. *The Supreme Court & american political development*, Lawrence: University Press of Kansas, 2006.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado – fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Buenos Aires: Depalma, 1980.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la contre la législation sociale aux États-Unis (L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois)*. Paris: Marcel Giard, 1921.

LOUGHLIN, Martin, *et al.*. *The paradox of constitutionalism*. New York: Oxford University Press, 2007.

LUKIC, Radomir. *Théorie de l'État et du droit*. Paris: Dalloz, 1974.

Mélanges offerts a Marcel Waline : le juge et le droit public, Tome I. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1974.

MICKELMANN, Frank. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004.

PAGALLO, Ugo. *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*. Torino: Giappichelli Editore, 2002.

PALLIERI, Balladore. *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1976.

PAU I VALL, Francesc (coord.). *Parlamento y justicia constitucional*. Barcelona: Editorial Aranzadi, 1997.

PERETTI, Terri. *In defense of a political court*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

PINTORE, Anna. *El Derecho sin verdad*. Madrid: Dykinson, 2006.

PONTHOREAU, Marie-Claire. *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française: essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*. Paris : Economica, 1993.

REPETTO, Raul. *Control de constitucionalidad de la ley*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.

RIBEIRO, Renato. *A última razão dos reis*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

RICOEUR, Paul. *História e verdade*, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.

ROSEN, Jeffrey. *The most democratic branch: how the courts serve America*. New York: Oxford University Press, 2006.

ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SWEET, Alec. *Governing with judges*, Oxford: Oxford UK, 2000.

TATE, Neal, et al., (ed.), *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

_____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VEDEL, Georges. *Droit Constitutionnel*. Paris: Sirey, 1984.

VI. 2. Periódicos impressos

BITTENCOURT, Lucio. *A interpretação como parte integrante do processo legislativo*. In: Revista do serviço público, ano V, vol. IV, nº. 3, dez. 1942.

SEGADO, Francisco. “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*. In: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 1^{er} semestre. Madrid: UNED, 2007.

VI. 3. Artigos em meio eletrônico

CHESSA, Omar. *La teoria costituzionale dopo lo “Stato de partiti”*. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/4/Contributi/Chessa-Teoria-costituzionale-Stato-di-partiti.htm>, acesso em 02.10.2008.

CRISAFULLI, Vezio. *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/14.%20Vezio%20Crisafulli.pdf>, acesso em 25.03.2009.

DI GIOVINE, Alfonso. *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*. Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/tecniche_costituzionalismo/index.html, acesso em 03.11.2008.

ÖHLINGER, Theo. *La legittimazione del sindacato di costituzionalità delle leggi*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/ohlinger.html>, acesso em 1º.05.2009.

ROSENFELD, Michel. *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*. Disponível em: http://www.dirittoequationipubbliche.org/page/2004_n4/mono_M_Rosenfeld.pdf, acesso em 14.09.2008.

SCHEPPELE, Kim. *Democracy by judiciary*, disponível em: <http://law.wustl.edu/higls/conferences/ConstitutionalConf/papers/ScheppelePaper.pdf>, acesso em 31-7-2009.