

PARTICIPAÇÃO POPULAR E LEGITIMIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

POPULAR PARTICIPATION AND LEGITIMACY IN THE
CONSTITUTIONAL JURISDICTION

PARTICIPACIÓN POPULAR Y LEGITIMIDAD EN LA
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Participação popular e legitimidade; 3. O papel da participação popular na legitimidade nas decisões da jurisdição constitucional; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO:

O estudo analisa o papel da participação popular na aferição da legitimidade das decisões da Jurisdição Constitucional. Por meio de uma abordagem dialética, e partindo da problemática evidenciada quando a Corte Constitucional retira de vigência uma norma constitucional teoricamente produzida pela vontade popular, examina-se o problema da legitimação da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito, mediante a identificação e estudo de seus principais pontos de controvérsia. A pesquisa se debruça sobre o papel da participação popular como elemento de legitimação do direito à luz da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas e como essa legitimação opera na Jurisdição Constitucional. Finalmente, identifica-se como a utilização de mecanismos que propiciem a participação popular na Jurisdição Constitucional podem influenciar no grau de legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais, compreendendo a situação da controvérsia no

Como citar este artigo:

GOMES, Rômulo,
COURA, Alexandre.
Participação popular
e legitimidade
na jurisdição
constitucional.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 43 2024,
p. 179-199.

Data da submissão:
17/10/2023

Data da aprovação:
02/12/2024

1. Universidade Estadual
Vale do Acaraú - Brasil
2. Faculdade de Direito
de Vitória - Brasil

direito pátrio, articulando com contextos verificados em outros Estados.

ABSTRACT:

The research analyzes the role of popular participation in assessing the legitimacy of the Constitutional Court's decisions. Using a dialectical approach, and starting from the problem highlighted when the Constitutional Court removes from force a constitutional rule theoretically produced by the will of the people, the aim is to examine the problem of the legitimacy of Constitutional Jurisdiction in the Democratic State of Law by identifying and studying its main points of controversy. The study examines the role of popular participation as an element of legitimization of law in the light of Jürgen Habermas discursive theory of law and how this legitimization operates in the Constitutional Court. In conclusion, it attempts to identify how the use of mechanisms that promote popular participation in Constitutional Jurisdiction can influence the degree of legitimacy of the decisions of the Constitutional Courts, understanding the situation of the controversy in Brazilian law, articulating it with contexts verified in other States.

RESUMEN:

El estudio pretende analizar el papel de la participación popular en la valoración de la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional. Mediante un enfoque dialéctico, y partiendo del problema puesto de manifiesto cuando el Tribunal Constitucional suprime la vigencia de una norma constitucional teóricamente producida por la voluntad popular, se pretende examinar el problema de la legitimidad de la Jurisdicción Constitucional en el Estado Democrático de Derecho identificando y estudiando sus principales puntos de controversia. La investigación se centra en el papel de la participación popular como elemento de legitimación del Derecho a la luz de la teoría discursiva del Derecho de Jürgen Habermas y cómo opera esta legitimación en la Jurisdicción Constitucional. Al mismo tiempo, busca identificar cómo el uso de mecanismos que incentivan la participación popular en la Jurisdicción Constitucional puede influir en el grado de legitimidad de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, comprendiendo la situación de la controversia en el derecho brasileño, articulándola con contextos verificados en otros Estados.

PALAVRAS-CHAVE:

Participação popular; Legitimidade; Jurisdição Constitucional.

KEYWORDS:

Popular participation; Legitimacy; Constitutional Jurisdiction.

PALABRAS CLAVE:

Participación popular; Legitimidad; Jurisdicción constitucional.

1. INTRODUÇÃO

Entre os diversos problemas que o direito constitucional tem enfrentado nas últimas décadas, um dos que possuem maior relevância é o da legitimidade do direito e, particularmente, da Jurisdição Constitucional. Ao longo dos anos, à proporção que o direito se esforça para compreender como se dá essa legitimação e propor caminhos para seu aprimoramento, a questão parece – paradoxalmente – ganhar ainda mais força e adquirir contornos cada vez mais amplos.

No Brasil, a constante tensão institucional entre os três poderes, a crise de legitimidade política experimentada nos Poderes Legislativo e Executivo, a polarização e o acirramento dos discursos políticos e o ativismo judicial representam alguns dos fatores que têm contribuído para o agigantamento da discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional.

O debate é tão antigo quanto atual. O ponto central versa sobre o seguinte questionamento: qual a legitimidade de uma decisão judicial que extirpa do ordenamento jurídico uma lei que eventualmente confronte o texto constitucional? Se retirar uma lei de atividade equivale a legislar, a legitimidade do Poder Judiciário é/deve ser igual a do Poder Legislativo? Onde reside, pois, essa legitimidade do Judiciário quando exerce a Jurisdição Constitucional?

A tradicional resposta que atribui a legitimidade dos poderes do Estado ao povo parece não mais ser suficiente. O argumento de que o exercício da Jurisdição Constitucional busca, acima de tudo, proteger a Constituição Federal e que ela, em última análise, exprime a vontade do

povo, igualmente parece não mais ser suficiente para uma resposta adequada às indagações.

É que o cenário remete a reflexões ainda mais complexas: quem decide se a lei retirada do ordenamento jurídico colide ou não com o texto constitucional? O juiz, unicamente? Quais os parâmetros utilizados para se chegar a tal conclusão?

Desde a modernidade, a ciência jurídica considera não ser possível desprezar a subjetividade na atividade de investigação do direito (SOUZA CRUZ, 2014. p. 225). A busca pelo direito que é “certo” ou “lícito” (ou “constitucional”, nesse caso) não ignora a subjetividade do intérprete.

Todavia, essa subjetividade inclina o investigador a caminhar sempre sob o risco de encontrar as respostas sobre o que é “certo” ou “lícito” no solipsismo da atividade intelectual. O direito “certo”, portanto, seria o direito que foi desvelado a partir da intensa atividade intelectual, individual e particular do intérprete?

Caso tomássemos essa premissa como verdadeira, a pergunta seria: quem é o detentor da verdade? Quem protagonizaria a dicção sobre o direito “certo”? Seria o Poder Judiciário o grande oráculo que, por ser supostamente privilegiado intelectualmente, é titular, de forma exclusiva, da narrativa sobre o direito certo?

A correção da decisão judicial não deve estar associada unicamente à subjetividade da atividade intelectual do juiz, mas à dialeticidade ínsita ao processo judicial, em que a verdade, ou seja, o direito “certo”, exsurge do amplo debate entre as partes envolvidas. A subjetividade submete-se, hodiernamente, a um controle racional sustentado na discursividade em contraditório (SOUZA CRUZ, 2014. p. 202).

Assim, as concepções clássicas que inspiraram o positivismo jurídico no século XVIII, e que ainda hoje operam seus efeitos no sistema jurídico atual, não são mais suficientes para compreender a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional. O conceito de democracia representativa, sob a forte influência do contratualismo e das ideias liberais, não consegue explicar a legitimidade do direito, mormente quando se parte da premissa de que o direito “dito” pelo Poder Judiciário não detém, em sua essência formadora, o elemento contratual – o voto.

É importante frisar que esse componente contratual, por si só, não se faz suficiente para conferir legitimidade ao direito, transformando-o

na mais pura expressão popular. Basta se ver, por exemplo, que o simples fato de ter a lei sido produzida por quem foi escolhido pelo povo não faz com que ela reflita necessariamente a vontade popular¹. Logo, o problema da legitimidade do Poder Judiciário não parece passível de resolução simplesmente com a “eleição” de seus membros.

O estudo, pois, sobre a legitimidade do Poder Judiciário, notadamente da jurisdição constitucional, para dar conta dos dilemas vivenciados hodiernamente, passa necessariamente pela superação das premissas teóricas que inspiraram o positivismo jurídico e requer um mergulho nas teorias contemporâneas que compreendam a participação popular para além do mero contratualismo (voto) e que fujam de uma divisão estanque e nítida entre as tarefas do Estado, posição típica do Estado Liberal.

Assim, a problemática desta pesquisa tem como ponto de partida o déficit de legitimidade das decisões proferidas em Jurisdição Constitucional. Essas decisões, fortemente inspiradas pelas premissas do positivismo jurídico, tentam buscar sua legitimidade a partir de seus próprios fundamentos, ou na pessoa de quem a profere (juiz competente), incorrendo, em não raras vezes, no autoritarismo: na submissão da lei à vontade do juiz. Buscando evidenciar a patente deficiência de participação popular no exercício da Jurisdição Constitucional, o trabalho analisa como o incremento de instrumentos processuais que permitam essa participação podem acrescer legitimidade às decisões das Cortes Constitucionais, trazendo mais racionalidade.

A partir da análise da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas e de seus postulados sobre Democracia Deliberativa, estuda-se o problema da legitimação da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito, notadamente no contexto da contemporaneidade, identificando seus principais pontos de relevância e fragilidades, bem como o papel da participação popular como elemento de legitimação do direito e, ainda, de que forma a utilização de mecanismos que propiciem a participação popular na Jurisdição Constitucional pode aumentar o grau de legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais.

Não se desconhece a vivência, no Brasil, de uma crescente judicialização de demandas, deslocando-se para a seara da decisão judicial temáticas que, normalmente, seriam enfrentadas e solucionadas pelas outras esferas de Poder.

Entretanto, a investigação não se volta ao fenômeno que se convencionou denominar de “judicialização da política”, citado, aqui, apenas para enfatizar a crescente importância que a Jurisdição Constitucional tem assumido no contexto brasileiro, muitas vezes em temas de ampla repercussão social. Com isso, revela-se uma necessidade latente de que sejam melhor compreendidas as nuances envolvendo o debate sobre a sua legitimidade e sua relação com a participação popular.

A estabilidade das instituições brasileiras passa, ao que parece, pela compreensão sobre a legitimidade dessas decisões que, comumente, se revelam contramajoritárias, outras vezes absolutamente apartadas da realidade social. Compreender a relação entre a legitimidade dessas decisões e a participação popular e, mais que isso, como essa última pode incrementar o grau de legitimidade da jurisdição constitucional, é de fundamental importância para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Para alcançar esses objetivos, esta pesquisa, de cunho bibliográfico e de abordagem dialética, pretende traçar como percurso metodológico uma análise sobre a relação entre a participação popular e a legitimidade, abordando-se as principais questões envolvidas na explicação sobre qual a função da participação popular no processo de legitimação do Direito, com ênfase na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Em seguida, examina-se, com foco principalmente no pensamento de Habermas, o papel que a participação popular desenvolve na legitimação das decisões proferidas em Jurisdição Constitucional para, ao final, considerando a experiência do direito comparado, estudar de que forma a adoção de mecanismos que possam aumentar a participação popular na Jurisdição Constitucional podem aumentar o grau de legitimidade dessas decisões.

2. PARTICIPAÇÃO POPULAR E LEGITIMIDADE

Em qualquer sistema democrático, a participação popular é o elemento central que deve validar as ações do Estado. Essa premissa nos permite, de plano, concluir que tanto mais legítima será a intervenção Estatal ou a intervenção normativa quanto maior (ou melhor) for o nível da participação popular na sua concepção. Essa lógica é indissociável da ideia de democracia.

Seria, portanto, somente a vontade popular elemento justificador da limitação das liberdades do povo por intermédio da regulação normativa,

pois qualquer outro meio de restrição de liberdades deve ser rechaçado, porquanto ilegítimo. O ponto de inflexão seria, portanto, encontrar os melhores mecanismos que possam expressar a vontade popular, a fim de traduzi-la em autorregulação.

O que se tem observado, desde o surgimento até a consolidação do Estado Democrático de Direito, é uma redução da participação popular a um mecanismo de consulta pública e o desenvolvimento de uma estrutura política sob a lógica da “vontade da maioria”. Referida lógica carrega potencial para suscitar uma série de problemas, sobretudo porque, com a pluralidade de pensamentos e grupos que hoje percebemos na tessitura social, a “vontade da maioria” se encontra distante de um consenso. A “vontade da maioria” é, tão somente, a vontade de um grupo político que se sagrou vencedor em um processo eleitoral, que não necessariamente representa a maioria numérica da população.

O sistema representativo consolidado nas democracias atuais, comumente, representa nada mais que um mecanismo de contabilização das preferências políticas dos cidadãos diante de um “cardápio” – às vezes não tão variado – de opções (candidaturas), obrigando os diversos grupos sociais de pensamentos e ideologias distintas a escolher opções políticas que mais se aproximem de seus anseios – ou que menos se distanciem de suas bandeiras políticas. O cenário origina uma corrida eleitoral pelos partidos políticos, para tentar agregar o máximo de reivindicações e interesses no seu arcabouço de propostas, abarcando o maior número possível de adeptos que, de alguma forma, possam se identificar com essas bandeiras, ainda que somente uma pequena parte delas.

Esse modelo representativo ainda carrega grave problema de restringir e estreitar a participação popular ao momento da consulta. Uma vez investidos nos cargos de deliberação pela consulta pública, o agente político receberia com o mandato quase que um “cheque em branco”, podendo preenchê-lo de acordo com as suas conveniências pessoais ou as de grupos reduzidos, à míngua da existência de qualquer mecanismo de participação popular, seja na elaboração das normas ou na formatação das ações de Estado.

Considerando esses aspectos é que a conhecida crítica de Shumpeter propõe o abandono da ideia de democracia baseada na soberania popular para pensá-la tão somente como um método, ou seja, um arranjo institu-

cional para a tomada de decisões políticas e administrativas. Esse pensamento se encontra assentado em duas premissas: a primeira é a de que a democracia não é arranjo institucional capaz de chegar a um consenso; a segunda informa que o indivíduo não se comporta como um ser “racional”, mas um ser “massificado”, manipulável pelos meios de comunicação (VITALE e MELO, 2008. p. 225).

Assim – e partindo de uma análise marcadamente realista –, Shumpeter sustenta que a participação popular deveria se restringir à consulta popular (voto), devendo as decisões administrativas e políticas ser tomadas pelos especialistas e representantes – esses, sim, dotados de racionalidade. É o que se convencionou chamar de “elitismo democrático”.

Graves problemas surgem dessa perspectiva. Ao final, elas acabam por abandonar por completo a ideia de participação popular, legitimando o exercício do poder por minorias com acesso ao poder político e econômico.

Afirma-se isso porque, se por um lado o modelo representativo de democracia negligencia as preferências políticas dos diferentes grupos sociais, uma vez que não se lhes permite uma representatividade fiel – já que nem todas as preferências e bandeiras políticas conseguem ser contempladas no procedimento da consulta pública –, por outro, ao entregarem aos especialistas o discernimento sobre a tomada de decisão política sem qualquer tipo de consulta ou participação popular, retira-se do comando do Estado e, ainda, do processo de regulação das liberdades, a vontade popular.

Nesses moldes, a arquitetura da democracia representativa seria, tão somente, uma pseudo-legitimação do poder político. Seriam atribuídas ao poder político a característica de ser a “expressão da vontade popular” pelo fato de ter o agente político passado pela burocracia do jogo democrático (processo de consulta), quando, na verdade, o poder político estaria a serviço de pequenos grupos.

Diante desse estado de coisas é que a Ciência Política não poupa críticas à democracia representativa e tem, desde meados do século passado, sobretudo depois das contribuições de Jürgen Habermas, pensado em modelos de democracia que consigam melhor expressar e espelhar a vontade popular. Nesse contexto, ganha relevância o debate sobre a democracia deliberativa.

A democracia deliberativa parte do pressuposto de que a participação popular não deve se restringir à mera consulta, mas à possibilidade de participação do povo, no exercício de sua autonomia política, no processo de tomada da decisão política. Os esforços, entretanto, residiriam na busca de mecanismos que permitam viabilizar essa participação.

Citando as ideais de Bernard Manin, Vitale e Melo ressaltam a dificuldade dessa missão a que se propõe a democracia deliberativa:

Mas frente à pluralidade de interesses, de visões de mundo e de concepções individuais do que seja para cada um a “vida boa”, o problema consiste antes em saber *como formar* uma vontade política, ou em outras palavras, como é possível uma formação política daquela vontade sob condições do pluralismo. É por essa razão que a ideia central da democracia deliberativa, segundo Bernard Manin, consiste em passar a fonte da legitimidade democrática daquele modelo da “vontade geral” de Rousseau, comum a todos, para uma “*deliberação* comum a todos”: “A fonte da legitimidade não é a vontade pré-determinada dos indivíduos, mas antes o processo de sua formação, isto é, a própria deliberação (VITALE e MELO, 2008. p. 228).

A legitimidade, pois, da autorregulação normativa deve advir de forma mediata da vontade do povo, mas de forma imediata do procedimento de deliberação no qual se tenha permitido a participação igualitária de todos os cidadãos. Somente a partir do consenso alcançado pela deliberação seria possível conferir a uma ordem política a legitimidade. Seria precisamente a existência do consenso obtido a partir da deliberação o elemento racional que conferiria legitimidade à vontade política.

Quanto às formas de se alcançar o consenso a partir da deliberação, chama atenção a crítica feita por Habermas aos comunitaristas. Eles sustentariam um modelo essencialmente idealista, na medida em que o discurso político se reduziria a questões éticas de autoesclarecimento e autorrealização, em virtude de uma assimilação da política a um processo hermenêutico de autorreflexão acerca de uma forma de vida ou de uma identidade coletiva tidas como compartilhadas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016. p. 77).

A busca por um “consenso” pressuporia a existência de um padrão ético ideal de uma vida desejável: uma utopia diante da pluralidade de

pensamentos e estilos de vida com as quais convivemos socialmente.

Com muita força, então, surgem os questionamentos: em um mundo tão plural e com tantas construções de fundo ético, como se poderia conceber à moralidade a tarefa de legitimar o direito? Como seria possível que ela garantisse a integração social e a estabilização de comportamentos? (SOUZA CRUZ, 2006. p. 131).

Habermas constrói a sua teoria deliberativa tentando estabelecer uma composição (meio-termo) entre as teorias republicanas e teorias liberais. Esses modelos de democracia deliberativa (republicano e liberal), apesar de bem distintos, guardam entre si o ponto de convergência de que ambos nutrem uma nítida preocupação com o conteúdo da norma a ser editada, devendo estar ela ajustada, seja a uma vontade geral – para o modelo republicano –, seja ao respeito às liberdades individuais – para o modelo liberal.

Para Habermas, a democracia deliberativa deveria estar focada no procedimento adotado para a discursividade (democracia procedimental). Não há uma preocupação propriamente com o conteúdo da norma a ser editada, mas na garantia de que as normas procedimentais que garantam a discussão entre os indivíduos sejam obedecidas.

Tal como o modelo republicano, a democracia discursiva em Habermas reserva posição de destaque ao processo político de formação da vontade, embora abandone a ideia de busca de uma “vontade geral” no conteúdo da norma. Do modelo liberal, Habermas preserva a divisão e os limites entre sociedade e Estado (LUBENOW, 2010. p. 31).

A concepção procedimental de democracia de Habermas é uma concepção formal e assenta nas exigências normativas da ampliação da participação dos indivíduos nos processos de deliberação e decisão e no fomento de uma cultura política democrática. Por ser assim, esta concepção está centrada nos procedimentos formais que indicam “quem” participa e “como” fazê-lo (ou está legitimado a participar), mas não diz nada sobre “o que” deve ser decidido (LUBENOW, 2010. p. 231)².

Nesse modelo de democracia procedimental, Habermas propõe um modelo de leitura e apreensão da vontade popular focado na normatização do procedimento de participação de forma a garantir de forma igualitária a participação de todos no processo de deliberação e de formação da vontade política. Isso, portanto, implicaria na institucionalização da for-

mação racional da vontade popular no seio da atuação Estatal, garantindo uma maior legitimidade à formação da vontade política.

A formação democrática da vontade em Habermas se consubstancia na premissa de que o indivíduo somente atingirá a liberdade no reino público por meio da argumentação discursiva, pois uma noção de democracia deliberativa está ligada ao ideal intuitivo de uma associação democrática na qual a justificação dos termos e condições da associação se forma por meio da argumentação e raciocínio público entre os cidadãos iguais. Por isso, na ideia estabelecida pela ética do discurso, a decisão da maioria deve estar relacionada de forma interna com a práxis argumentativa, pois a decisão da maioria deve ser elaborada considerando o fato de que o seu conteúdo possa valer como o resultado motivado racionalmente (BOTELHO, 2009. p. 02).

A teoria da democracia deliberativa (discursiva) para Jürgen Habermas, embora posta em termos diametralmente opostos aos da concepção contratualista representada democracia representativa, está longe de negar a importância da participação popular, e a considera, em verdade, como um elemento legitimador das ações do Estado. Entretanto, deve ser apreendida por meio de um procedimento racional de argumentação discursiva, pelo que os esforços devem ser centrados na elaboração de procedimentos tanto mais especializados quanto possíveis para melhor permitir essa ampla discussão.

3. O PAPEL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA LEGITIMIDADE NAS DECISÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O problema da legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais mereceu a atenção direta de Habermas. Para ele, a existência de Cortes Constitucionais nos Estados sequer pode ser considerada autoevidente (HABERMAS, 2020. p. 308).

É complexo identificar, sobretudo em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, a legitimidade de uma decisão de um Tribunal Constitucional que extirpa do ordenamento jurídico uma lei que eventualmente colida com o texto constitucional, quando referida norma tenha sido produzida por mecanismos que permitam a participação popular (ao menos em tese) e à míngua de qualquer análise em concreto.

Para Habermas, essa tarefa é precípua do Poder Legislativo e pode-

ria ser exercida por meio de procedimentos autorreflexivos por parte do legislador, sugerindo autor, inclusive, uma segunda instância no âmbito do próprio Poder Legislativo que pudesse realizar esse autocontrole (HABERMAS, 2020. p. 311).

Para evidenciar a gravidade que a temática envolve, destaca-se que, no contexto brasileiro, uma grave crise de legitimidade nos poderes executivo e legislativo tem se instalado. Devido a diversas questões, esses poderes não conseguem responder aos reclames sociais na forma desejada pela população (GOMES, 2018. p. 109-110). As políticas públicas (e de governo) não têm conseguido satisfazer a contento a crescente demanda por direitos sociais.

Os legisladores, por sua vez, a despeito de terem sido eleitos pelo povo, demonstram claramente em suas atuações que servem a determinados grupos econômicos, senão parecem mais atuar em prol de seus interesses próprios. No campo da política, o Poder Judiciário tem aumentado imensamente suas prerrogativas por meio de uma profusão de ações de controle de constitucionalidade (STF), enfrentando variados assuntos, inclusive próprios da discussão política (AVRITZER, 2016).

Naturalmente, o que se tem observado é uma crescente judicialização de demandas, deslocando-se para a seara da decisão judicial temáticas que, normalmente, seriam enfrentadas e solucionadas pelas outras esferas de Poder.

A Jurisdição Constitucional, pois, tem se deparado, cada vez mais, com temas de ampla repercussão social, dando a impressão de que referidas decisões são tomadas ao largo de qualquer participação popular.

Rápida digressão ainda se faz necessária para registrar que, ainda na atualidade, a Ciência Jurídica apresenta traços marcantes do positivismo jurídico, cujos postulados apontam para uma constante necessidade de que decisão jurisdicional objetivamente correta.

Como afirma Souza Cruz (2014, p. 200), ainda que esse substrato epistemológico tenha ruído no século XX, paradoxalmente hoje se verifica não só a sobrevivência, mas a reprodução desses métodos positivistas, quer no manuseio do direito por seus operadores, quer na própria academia.

Esse paradigma positivista pressupõe que a decisão jurisdicional se limite a operar a subsunção do fato à norma abstrata, encontrando assim

a resposta correta, o direito “certo”. Todavia, nos casos em que se verifica a lacuna da lei, poucas – ou nenhuma - teorias de matriz liberal/positivista conseguem ditar mecanismos para que se chegue à decisão judicial “objetivamente correta” sem esbarrar no arbítrio judicial. É que, à minguia de norma abstrata para subsumir o caso concreto, o Poder Judiciário se depara com uma margem de discricionariedade perigosa e com potencial devastador. Seria nesse momento em que aparece com grande força a margem para que o juiz submeta a vontade do legislador à sua própria, situação que faz evidenciar, ainda mais, o fosso existente entre a *facticidade e a validade*.

O paradigma positivista espera que a Jurisdição Constitucional imponha a si própria uma limitação à sua atividade (*self restraint*), reconhecendo-se que, em determinadas questões, há de se respeitar a discricionariedade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como, por exemplo, em questões políticas e de atos *interna corporis* (SOUZA CRUZ, 2014. p. 201).

Diante desse estado de coisas é que surgem teorias buscando técnicas de decisão judicial fulcradas na ponderação de valores (jurisprudência de valores, teoria da argumentação etc.), remetendo a aferição da legitimidade das decisões a partir dos seus próprios fundamentos. Desse modo, não se há de verificar uma legitimidade *a priori*, mas sempre *a posteriori*.

Essas teorias têm, também, apresentado inúmeros problemas e despertado críticas da ciência. A maioria delas gravita em torno de idêntico questionamento: as Cortes Constitucionais estão atuando politicamente, em substituição aos demais poderes, transformando-se em verdadeiras casas legislativas, em que se impera o puro e irracional arbítrio judicial? Em que lugar residiria, pois, a legitimidade da Jurisdição Constitucional e qual a sua relação com a participação popular?

Habermas aborda em seu livro *Direito e Democracia* a tensão entre democracia e direitos fundamentais, ou, no plano institucional, entre legislador e juiz. Desse modo, analisa como a interpretação constitucional poderia operar nos limites da separação de poderes em um Estado de Direito, sem que haja uma usurpação de competências do legislador por parte do Poder Judiciário (SILVA e MENDES, 2008. p.203). O autor fornece caminhos iniciais para que isso se torne possível:

Como a prática das decisões judiciais está ligada ao direito

e à lei, a racionalidade da jurisprudência depende da legitimidade do direito vigente. E esta, por sua vez, depende da racionalidade de um processo legislativo que, sob as condições da separação de poderes em um Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do direito (HABERMAS, 2020. p. 307).

Na sua Teoria Discursiva do Direito, Jürgen Habermas percebe que o modelo de separação de poderes está inspirado em um modelo liberal de direito, merecendo, uma análise mais contemporânea e prática da vida política democrática. Nessa arquitetura liberal da separação de poderes, verificam-se competências estáticas e bem delimitadas: ao legislador cabem decisões orientadas para o futuro; ao juiz, emitir o juízo de legalidade e que promova a subsunção do fato passado à norma legislada (SILVA e MENDES, 2008. p. 205).

Ocorre que, superado o paradigma liberal, no Estado Social abre-se espaço para a argumentação jurídica e ela entra no campo da moral e da política (HABERMAS, 2020. p. 316), fenômeno que, inevitavelmente, confere mais espaço ao Poder Judiciário nas estruturas de poder, chegando, muitas vezes, a concorrer com o Poder Legislativo.

Habermas, portanto, encontra na ideia da democracia deliberativa a saída para esse impasse. Para o autor, a atuação da Jurisdição Constitucional deveria ser aquela que impõe uma forma deliberativa de formação da vontade política, assumindo um papel de “tutor” do processo político – e não de “regente” –, assegurando canais processuais adequados à decisão política racional. Não seria atribuição da jurisdição constitucional o paternalismo de ditar as condições éticas de convivência da sociedade, sendo essa uma característica própria da autodeterminação do povo, o que, concretamente, se resume à liberdade de expressão e ao direito de voto livre (SILVA e MENDES, 2008. p. 209).

O controle de constitucionalidade abstrato, pois, perderia sua posição de instituição contramajoritária, responsável pela defesa das minorias e pela proteção dos valores éticos da sociedade política (comunitarismo), para passar a ser o controle do processo de produção da lei (SOUZA CRUZ, 2014. p. 259).

Somente a soberania popular expressada no poder comunicativo dos cidadãos é capaz de conferir legitimidade ao direito. Por isso, os Tribunais

Constitucionais devem atuar para garantir a observância e a correção dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais no debate subjacente à norma.

Logo, os grupos sociais devem influenciar não apenas no percurso por meio do qual as leis são debatidas e criadas, mas também no seu processo de concretização (TEIXEIRA e RADKE, 2017. p. 100). É imperioso que a Jurisdição Constitucional adote mecanismos que permitam uma ampla participação popular no debate sobre a constitucionalidade de normas, de forma a permitir ao cidadão o poder deliberativo na efetivação dos seus direitos.

A Jurisdição Constitucional deve tutelar o resguardo da participação popular no procedimento de deliberação da norma. Além disso, ressalta-se que a busca de mecanismos de promoção da participação popular no processo jurisdicional não se afigura menos importante, senão confere ainda mais legitimidade à decisão da Corte Constitucional.

Sob essa perspectiva, parece-nos ganhar ainda mais relevo o princípio do contraditório. Mais que uma mera garantia de processo justo, o contraditório se afigura como um elemento ao qual se vincula a ideia de legitimidade da jurisdição, detendo a função de controlá-la e os resultados dela oriundos, colaborando para o desígnio democrático de obstar arbítrios e subjetivismo provenientes do órgão jurisdicional (DELFINO, 2012. p. 386).

Contudo, em se tratando do controle concentrado de constitucionalidade, espécie típica da Jurisdição Constitucional, verifica-se uma via processual estreita, restrita a poucos e com pequenas margens de debates por grupos sociais. Basta observar que somente a um rol restrito de pessoas (artigo 103 da Constituição Federal de 1988) é conferida a legitimidade ativa para propor as ações de inconstitucionalidade.

O direito, pois, de discutir a constitucionalidade das normas é privilégio de poucos. Ainda que se dê ao contraditório a máxima amplitude, compatível com a exigência do princípio democrático, escassa legitimidade terá a decisão judicial se a deliberação política de deflagrar o procedimento de controle da constitucionalidade estiver restrita a alguns indivíduos.

Registre-se, por oportuno, que o argumento no sentido de que os atores que acumulam legitimidade para propor as ações de inconstitucio-

nalidade “representam” os diversos grupos sociais³ não é suficiente para justificar a restrição do rol de legitimados, pois atrai para si problemas inerentes às ideias de democracia representativa já reportados no tópico anterior.

Importante, ainda, observar que o artigo 7º da Lei 9.868/1999 veda, expressamente, a admissão de intervenção de terceiros nas ações direta de inconstitucionalidade, elemento que tende a contribuir com o déficit de participação popular nas decisões da Corte Constitucional. Não se desconhece o cabimento da intervenção de terceiros por intermédio do instituto do *amicus curiae*. Contudo, essa modalidade, a teor do que dispõe o artigo 138, §2º, do Código de Processo Civil, prevê uma participação restrita e, por vezes, de mero “observador” do processo, afinal “*cabará ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae*”.

Para o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, a ampliação do rol de legitimados a propor ações de inconstitucionalidade poderia implicar em déficit de eficácia e qualidade dos julgados, já que acarretaria um aumento considerável de demandas no âmbito da Corte (MENDES, 1996. p. 87). Tal argumento não é suficiente para refutar o ganho em legitimidade que uma maior participação popular na Jurisdição Constitucional poderia gerar. Todavia, nesse caso, devem-se esforços para repensar as estruturas logístico-administrativas do Tribunal Constitucional.

Parece que a adoção de mecanismos processuais em que se possa potencializar a aplicação do princípio do contraditório, bem como ampliar o rol de possibilidades de participação de pessoas em ações que discutam a inconstitucionalidade de leis, se afigura como caminho que, *a priori*, tende a incrementar a participação popular no processo de Jurisdição Constitucional e, via de consequência, acrescer a tal atividade estatal um importante ganho em legitimidade.

O papel das Cortes Constitucionais não pode se desenvolver de forma alheia à práxis argumentativa, sob pena de se tornar o mais autocrático dos poderes, na medida em que as exigências de fundamentação das decisões judiciais não as tornam mais democráticas, quando não há, concomitantemente, a sua abertura à sociedade de intérpretes. Somente a abertura da Corte à práxis argumentativa, fundamentada em uma ética

discursiva, é capaz de sujeitá-la ao controle da coletividade (BOTELHO, 2009. p. 03).

Bons exemplos se podem colher das experiências do direito comparado, como no Recurso Constitucional Alemão e na acción publica de inconstitucionalidad na Colômbia, instrumentos de controle de constitucionalidade em abstrato cuja legitimidade é conferida a qualquer cidadão.

É interessante a experiência da Colômbia com a sua *acción publica de inconstitucionalidad*. O instituto, implementado pela Lei Maior de 1991, confere a todo cidadão o direito de propor ação pública de inconstitucionalidade, sem a necessidade de demonstrar interesse processual ou particular, contra qualquer norma legal que colida com o texto constitucional (SILVA, 2014, p. 195).

Nessa modalidade processual de controle abstrato de inconstitucionalidade, o Estado entrega ao cidadão uma importante ferramenta de controle político, podendo impugnar ou defender qualquer norma ou decreto em face da Lei Maior, participando ativamente não só do debate sobre a criação da norma, mas também de sua efetivação.

Não há dúvidas de que a implementação de um instituto processual de tal magnitude importará em um importante aumento no número de demandas, porém o argumento de que isso implicaria em sobrecarga do Tribunal não parece consistente, pois, como defende Paulo Maycon Costa da Silva:

Convém à própria Corte Constitucional estabelecer qual o plexo de matérias constitucionais merece pronunciamento do Tribunal Maior. Assim, evitar-se-ia a explosão de matérias à espera de pronunciamentos do Supremo. Mais uma vez, observa-se um apego demasiado ao procedimentalismo que permeou o século passado, em vez de concentrar esforços no âmago material das demandas constitucionais. Em poucas palavras: não é a forma, mas o conteúdo que importa (SILVA, 2014, p. 202).

A Colômbia avança em matéria de participação popular no controle de constitucionalidade para ocupar a vanguarda e tem colhido bons frutos. Resta esperar que o intercâmbio cultural e a profusão do que se tem denominado de “neoconstitucionalismo latino-americano” sensibilize o legislador brasileiro sobre a necessidade da adoção de medidas dessa espécie.

4. CONCLUSÃO

Os arranjos institucionais democráticos, que hoje se encontram consolidados nas democracias, se encontram superados. Entretanto, não se pode relegar a participação popular a um elemento figurativo, que se resume a uma simples consulta à população. A superação desses modelos não implica o abandono da importância da participação popular, mas sim a necessidade de que se repensem novos arranjos institucionais que permitam uma expressão mais fiel do consenso que a vontade popular deve representar, construído por uma ampla discursividade.

Na proposta de Habermas, a legitimação do direito residiria unicamente na racionalidade que advém da deliberação dos cidadãos de forma igual, pois somente assim é possível dotar de legitimidade a norma restritiva de liberdades. É nesse sentido que Habermas aposta em um modelo de democracia deliberativa que deve focar no procedimento por meio do qual se garantirá essa ampla participação dos cidadãos (democracia procedimental)⁴.

Entretanto, de nada adiantaria a atenção a essa discursividade no procedimento de elaboração da norma se ela pudesse, por meio de uma abordagem solipsista do juiz e, portanto, vulnerável às conveniências pessoais ou de determinados grupos, ser retirada de vigência sob o pretexto de colidir com o texto constitucional. É imprescindível para a Jurisdição Constitucional – cuja função, para Habermas, muitas vezes disputa espaço com o Poder Legislativo – estar dotada de elementos que propiciem amplamente a participação popular, sob pena de restar relegada ao autoritarismo e à ilegitimidade.

Desta forma, a Jurisdição Constitucional deve tutelar a um só tempo as condições de deliberação entre os cidadãos e a participação popular no processo legislativo, mas também no processo de efetivação da norma, dando a máxima amplitude ao princípio do contraditório, e permitindo amplo acesso aos processos de controle concentrado de constitucionalidade.

No Brasil, há ainda um grande caminho a ser percorrido nesse sentido. O rol de legitimados a propor ações de inconstitucionalidade é restrito, bem como a participação de terceiros em ditos processos, como regra, é vedado. A permissão do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas nas ações diretas de inconstitucionalidade são sinalizações positivas

para a participação popular, mais ainda muito tímidas. Podem, até certo ponto, ser perigosas pela possibilidade de servirem de mera chancela de uma decisão arbitrária e solipsista como legítima tão somente por ter sido observada a burocracia protocolar de sua realização.

Nesse sentido, há um longo percurso para conter o arbítrio judicial e dotar de máxima legitimidade as decisões em Jurisdição Constitucional, o que será possível por meio do aumento e aprimoramento dos mecanismos de participação popular.

Enquanto isso, espera-se que as experiências internacionais, sobretudo na América Latina, notadamente na Colômbia, possam, ao menos, suscitar o debate sobre tais questões no âmbito brasileiro e sensibilizar o legislador para uma mudança de postura, conferindo maior acesso da população à Jurisdição Constitucional.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. 2aed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BOTELHO, Marcos César. A CORTE CONSTITUCIONAL COMO ESPAÇO PÚBLICO POR EXCELÊNCIA CONSIDERAÇÕES EM HABERMAS E HÄBERLE. *Ciência Jurídica em Foco*, Brasília, v. 1, n. 293, p. 1-4, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cienciajuridica/article/view/737>. Acesso em: 16 out. 2021.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DELFINO, Lúcio. *O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais*. In: ASSIS, Araken de et al (org.). **Processo Coletivo e outros temas de direito processual**: homenagem aos 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Cap. 22. p. 339-374.

GOMES, Rômulo Linhares Ferreira. *A Morosidade do Judiciário como desafio: O caso do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade: Contribuições para uma Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*. Trad. por Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. Maioria Rejeita Reforma Trabalhista. Opinião Pública, São Paulo, 02 mai. 2017. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/05/1880398-maioria-rejeita-reforma-trabalhista.shtml>. Acesso em 08 jan. 2021.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion: Revista de Filosofia* [online]. 2010, v. 51, n. 121 [Acessado 22 Outubro 2021], pp. 227-258. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012>>. Epub 19 Jul 2010. ISSN 1981-5336. <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012>.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 4.Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição Constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa. Brasília*, v. 1, n. 203, p. 185-204, 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p185.pdf. Acesso em: 16 out. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. ***Direito e Democracia: um guia de leitura de habermas***. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 10. p. 199-221.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

TEIXEIRA, A. V.; RADKE, R. W. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 115, 27 nov. 2017.

VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricar-

do. *Direito e Democracia: um guia de leitura de habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 9. p. 223-248.

'Notas de fim'

1 Em 2017, o Datafolha realizou pesquisa de opinião pública e constatou que a maioria da população brasileira era contra a reforma trabalhista que foi aprovada posteriormente pelo Congresso Nacional pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 (INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA, 2017).

2 Habermas adota o posicionamento teórico de Robert Dahl para definir os indicadores que melhor preencheriam o teor normativo dos procedimentos democráticos. Para Dahl, cinco pontos de vista que deveriam ser considerados em um procedimento para que a decisão política possa vincular a todos seriam: a) a inclusão de todos os concernidos; b) oportunidades efetivas e distribuídas de participação no processo político; c) igual direito de voto nas decisões; d) igual direito de escolha dos temas, sobretudo para o controle da agenda; e) uma situação em que todos os participantes possam formar uma compreensão articulada das matérias carentes de regulação e dos interesses em disputa, à luz de suficientes informações e boas razões (HABERMAS, 2020, p. 405).

3 O Congresso Nacional aprovou o projeto que culminou na Lei 9.882/1999. A norma, ao disciplinar o rol de legitimados para propor a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tentou franquear tal legitimidade a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Todavia, esse dispositivo foi vetado no sentido de restringir a propositura dessa ação ao rol do artigo 103, §2º, da Constituição Federal, sob, dentre outros argumentos, o de que esses legitimados pela Constituição Federal já cumprem o propósito de representação social e assistência à cidadania (SILVA, 2014. p. 185)

4 “O procedimento legislativo estar em condições de institucionalizar a vontade dos cidadãos” (MOREIRA, 2019. p. 145).

