

5 CONCLUSÃO

A tensão entre constitucionalismo e democracia sempre esteve presente no debate da teoria constitucional. De um lado, a democracia dá preferência ao princípio majoritário, sob o ponto de vista da teoria da separação dos poderes e da soberania das decisões políticas, de outro, o constitucionalismo dá ênfase à supremacia da Constituição na tutela de direitos individuais das minorias, cujos interesses não podem ficar subjugados à vontade de eventuais maiorias.

A instituição do *judicial review*, nascida no constitucionalismo norte-americano, teve um papel fundamental para este debate. Ele trouxe uma visão estereotipada do Poder Legislativo, que passou a ser considerado o mais corruptível dos poderes por não equacionar de forma equânime os interesses das minorias. Em face disto, o Poder Judiciário foi concebido para atuar de forma contramajoritária, protegendo os direitos das minorias, restringidos no processo político. Criou-se um retrato idealista do Judiciário, a quem foi atribuída uma capacidade institucional especial para lidar com questões de princípio, em oposição a um retrato realista do Poder Legislativo, considerado incapaz para organizar os interesses fundamentais da coletividade. Esta comparação culminou com a preponderância da supremacia judicial em detrimento da supremacia legislativa no cenário constitucional. O institucionalismo assimétrico foi o resquício que o *judicial review* deixou para o constitucionalismo contemporâneo.

Dworkin, influenciado pela função contramajoritária do *judicial review*, concebeu uma atuação maximalista para a jurisdição constitucional, interpretado sob o ponto de vista de uma leitura moral da Constituição, que se assenta na defesa dos direitos e garantias fundamentais como trunfos diante das decisões majoritárias, em nome do constitucionalismo democrático. Embora faça menção ao princípio da integridade, a sua teoria é antidemocrática, porque contribui para o avanço do ativismo judicial. Há uma confiança excessiva na capacidade sobre-humana dos juízes em concretizar princípios e valores constitucionais fundamentais, mensurados de acordo com seu próprio senso de justiça em nome da coletividade. Dessa forma a natureza do *judicial review* é essencialmente substantiva, pois ele está voltado para aferir o grau de justiça das decisões políticas.

Já Waldron, em franca oposição à Dworkin, enfatiza a importância do Poder Legislativo para resolver os desacordos numa concepção majoritária de democracia, já que ela permite que os cidadãos sejam tratados com igualdade no processo de tomada de decisões políticas. Combate a ideia lançada por Dworkin de que a jurisdição constitucional seja contramajoritária, pois o Poder Judiciário não pode ser alçado ao fórum do princípio, na defesa das minorias vencidas no processo político, pois o risco de tirania da maioria não é autoevidente. Se a deliberação política fosse levada a sério, essa concepção equivocada da tirania da maioria daria lugar ao ideal de autogoverno, em que os cidadãos são tratados de forma igualitária e considerados agentes capazes de decidir de forma autônoma. Desse modo, o autor propõe que a dignidade da legislação seja resgatada, ao asseverar que o Legislativo é o *locus* adequado para a resolução dos desacordos sobre direitos e não o Poder Judiciário. Além disso, este não pode ser concebido a partir da função contramajoritária, pois também adota o critério majoritário para a tomada de suas decisões, e nem por isso elas são consideradas arbitrárias ou passíveis de erro, como o são as do Poder Legislativo. Nesse sentido, o Judiciário não apresenta qualquer vantagem institucional em relação ao Legislativo quando trata de questões de direito. Waldron considera o *judicial review* antidemocrático, pois confere ao Poder Judiciário um amplo poder político.

O problema, tanto da teoria dworkiniana quanto da waldroniana, é que elas pressupõem um “institucionalismo assimétrico com sinais trocados” (MENDES, 2008, p.), ou seja, enquanto aquela concebe o Judiciário de forma idealizada e o Legislativo de forma realista, esta concebe o Legislativo de forma idealizada e o Judiciário de forma realista.

Já com Habermas, numa segunda virada procedimental, a proposta é que a tensão entre constitucionalismo e democracia seja conciliada a partir de um modelo de democracia procedimental em que os cidadãos se compreendem ao mesmo tempo autores e destinatários da normatividade jurídica. Esse modelo restringe a atuação da jurisdição constitucional à proteção da gênese do procedimento democrático de formação da opinião e da vontade, obstando que o Poder Judiciário concorra com o legislador político na tarefa de definir os valores fundamentais da sociedade. Assim, o princípio democrático é mais valorizado do que o constitucionalismo, e a atuação da jurisdição constitucional encontra definição nos limites da teoria da separação de poderes. Mas, tanto no plano

teórico como no plano prático, conforme amplamente demonstrado, ela apresenta vários obstáculos para ser implementada no Brasil.

Já na teoria do minimalismo judicial apresentada por Sunstein, o Poder Judiciário seria apenas mais um ator institucional autorizado a interpretar o sentido e definir o alcance do texto constitucional. Uma sociedade será mais democrática se a democracia deliberativa for privilegiada por meio da ampla participação de todos os atores institucionais, ou não, no espaço público de deliberação. Assim, recomenda-se que os juízes adotem uma postura de humildade como técnica de decisão judicial com fito de prestigiar a atuação dos demais poderes constituídos, especialmente o Legislativo, na tarefa de interpretar o texto constitucional.

Todas essas teorias trazem uma definição sobre o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário num regime democrático, ora enfatizando uma atuação proativa ora enfatizando uma atuação mais moderada, mais sempre se posicionando, em maior ou menor grau, pelo constitucionalismo ou pela democracia.

Surgiram, então, as teorias do diálogo institucional visando mitigar a supremacia judicial consagrada pelo *judicial review*, ao conferir ao Poder Judiciário a última palavra na definição do sentido do texto constitucional. Assim, elas ensejam ao Poder Legislativo a oportunidade de responder às decisões exaradas pelo Poder Judiciário, tanto no exercício de sua função interpretativo-criativa quanto no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. O diálogo formal se contenta com a inércia do Legislativo após o exercício da função judicante, o que revela sua indiferença em relação à efetivação de direitos dos cidadãos que representa por meio do mandato político. Já o diálogo material exige uma resposta efetiva por parte do Legislativo, incentivando-o na missão de definir o sentido e o alcance do texto constitucional.

A abordagem de todas estas teorias teve como objetivo debater os limites a que deve estar sujeito o ativismo judicial, no Estado Democrático de Direito, diante da condução da reforma eleitoral pelo TSE. O TSE regulamentou a infidelidade partidária e o procedimento de desfiliação partidária sem justa causa, por meio da Resolução 22.610/07, sem que estas questões, bem como suas implicações, tenham sido previamente analisadas e debatidas na esfera pública política.

A CRFB de 1988 optou expressamente por um modelo jurisdição constitucional de viés comunitarista: o Poder Judiciário se desincumbe do papel de concretização de direitos e garantias fundamentais, por meio da conformação de cláusulas constitucionais abertas em práticas ativistas, que objetivam, sobretudo, suprir as omissões legislativas a partir da convicção pessoal dos juízes acerca de quais valores constitucionais melhor representam o interesse da sociedade. Essa excessiva sindicabilidade das omissões legislativas pelo Poder Judiciário trouxe a prática de um ativismo judicial nefasto, que provoca o esvaziamento funcional do Poder Legislativo, com a desnaturação do princípio da separação de poderes. Além disso, transforma o Poder Judiciário num Poder Constituinte derivado de caráter permanente.

Se o Poder Legislativo opta por se manter inerte, não se desincumbindo a contento de sua função, o Poder Judiciário continuará sindicando cada vez mais as omissões daquele. E, como no Brasil não se estabelece a prática de um ativismo legislativo capaz de concorrer com o ativismo judicial, a adoção de um diálogo formal encobre o ativismo judicial e provoca o esvaziamento funcional do Poder Legislativo. Assim, há uma perda para a democracia deliberativa, no sentido de que as decisões, especialmente de questões constitucionais complexas que geram controvérsia na sociedade, cada vez mais são transferidas do Legislativo para o Judiciário. E isso impede que o debate público se desenvolva por meio das instituições representativas de maior legitimidade democrática.

A jurisdição constitucional é compatível com a democracia, mas precisa de limites para compatibilizar o exercício de sua função com a dos demais ramos do governo, sobretudo o Legislativo. A prática contínua do ativismo judicial substituiu a representação política pela representação argumentativa dos Tribunais, e o Poder Legislativo foi reduzido à condição de “apêndice da democracia.” (MOREIRA; BIGONHA, 2009, p. 1). Diante do institucionalismo assimétrico é impossível que o Poder Legislativo seja visto pelo Judiciário como um parceiro com iguais condições para decidir sobre questões constitucionais complexas.

Para solucionar tais problemas, buscou-se demonstrar que a teoria minimalista de Sunstein traz parâmetros de autocontenção para limitar a atuação da jurisdição constitucional, de modo que as decisões judiciais sejam pautadas por acordos parcialmente teorizados, que buscam resolver questões judiciais

complexas de forma restrita, superficial e provisória em prol do debate público na esfera política. Esta deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário como a instituição legítima, *a priori*, para tratar de questões constitucionais complexas. Assim, propõe-se a adoção de um controle fraco de constitucionalidade, de forma que o Poder Judiciário adote uma postura de autocontenção, especialmente diante de questões constitucionais complexas que não foram objeto de deliberação na esfera política. Apesar de o desenho constitucional brasileiro colocar a jurisdição constitucional como a protagonista na tutela dos direitos e garantias fundamentais e adotar um modelo forte de controle de constitucionalidade, não se pode admitir que ela atue de modo a esvaziar o debate público na esfera política. Ademais, procurou-se demonstrar que a teoria minimalista apresenta melhores condições de conduzir o Legislativo e o Judiciário a um diálogo material, trazendo um reequilíbrio na relação entre estes poderes e uma maior legitimidade democrática, já que a referida teoria está pautada na deferência do Judiciário às decisões legislativas.

Em uma sociedade pluralista, o compromisso com a democracia exige que o Judiciário adote uma postura de autocontenção para que o sentido da Constituição seja aprimorado de forma legítima por seus diversos atores institucionais, dando-se primazia à esfera política para a definição de questões constitucionais complexas que não foram objeto de debate. Mas, para tanto, deve-se atentar para o fato de que a implementação da teoria da autocontenção judicial não perpassa tão somente pelo aspecto subjetivo do julgador no exercício da função judicante. Ela representa apenas o primeiro passo que deve ser dado rumo a uma necessária reforma institucional do Poder Judiciário. Essa medida exige a modificação das regras processuais e até mesmo constitucionais, para incentivar que os juízes adotem o minimalismo judicial como parâmetro decisório, especialmente no exercício do controle de constitucionalidade pelo STF, responsável pela guarda da Constituição. Igualmente, se faz necessário combater a patologia da representação, que faz com que os cidadãos não se vejam representados pela atuação de seus representantes no parlamento, resgatando-se o papel que a política deve desempenhar numa democracia.

Apenas a partir de tais reformas institucionais o institucionalismo assimétrico e o ativismo judicial poderão ser superados. E o Poder Judiciário poderá travar um diálogo de efetivo caráter deliberativo com o Poder Legislativo,

permitindo-se que a intervenção recíproca de ambos aprimore o sentido do texto constitucional na definição de questões constitucionais complexas, apesar das limitações institucionais de cada um destes atores.

Portanto, ao se analisar o *leading case* da fidelidade partidária à luz da teoria do minimalismo judicial, concluiu-se que a Resolução 22.610/07, editada pelo TSE, violou o Art. 55 da CRFB de 1988, ao introduzir a infidelidade partidária como nova hipótese de perda de mandato eletivo, sem que os desdobramentos da sua instituição fossem previamente debatidos na esfera pública política. A importância do debate público foi mitigada, sob o pretexto de tutelar o interesse dos eleitores em moralizar a vida político-partidária a partir da vedação da migração interpartidária. Com este desiderato, o TSE editou a Resolução 22.610/07, mas, por meio de uma verdadeira mutação inconstitucional validada pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. Este, ao invés de exercer a função de guardião da Constituição e declarar a inconstitucionalidade da mencionada Resolução, por violação ao Art. 55 da CRFB de 1988, preferiu legitimar a submissão de uma questão política complexa de interesse do eleitorado nacional ao Judiciário, incentivando a prática do ativismo judicial, tão nefasta à democracia deliberativa, tal como foi afirmado por Sunstein.