

# Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista

Marcia Carla Pereira Ribeiro<sup>1</sup>  
Vivian Amaro Czelusniak<sup>2</sup>

**Resumo:** O objetivo deste trabalho é discorrer sobre os temas do constitucionalismo e da democracia a partir das análises procedimentalista e substancialista, fazendo um contraste entre as visões de Dworkin e Ely. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica. No decorrer do trabalho apresentou-se um breve histórico do constitucionalismo, a conceituação da revisão judicial (*judicial review*), a visão de Dworkin, como exemplo da corrente substancialista, e o procedimentalismo na visão de Ely. Ao final fez-se um contraste entre as teorias procedimentalista e substancialista, levantando a situação do constitucionalismo no Brasil. Como conclusão, observou-se que o constitucionalismo contemporâneo encontra desafios e que tanto a teoria procedimentalista como a substancialista trazem contribuições para se obter uma possível resposta às dificuldades encontradas no debate entre o constitucionalismo e a democracia.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Democracia Procedimental. Democracia Substancial.

**Abstract:** The goal of this study is to review the themes of constitutionalism and democracy from procedural and substantialist views, making a contrast between Dworkin and Ely. The methodology used was the literature review. Inside of this work, it is presented a brief history of constitutionalism, the concept of judicial review, Dworkin's substantialist view, and Ely's procedural view. At the end of this work, it is made a contrast between proceduralist and substantialist theories, discussing constitutionalism in Brazil. As a conclusion, it was observed that the contemporary constitutionalism has challenges and both proceduralist and substantialist theories bring contributions to obtain a possible answer to the difficulties encountered in the debate between constitutionalism and democracy.

**Key words:** Constitutionalism. Procedural Democracy. Substantial Democracy.

<sup>1</sup> Estágio de Pós-Doutorado pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGVSP). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Titular de Direito Societário da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Professora Associada de Direito Empresarial na Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Pesquisadora Convidada da Université de Montréal – Canadá. Advogada e Procuradora do Estado do Paraná. *E-mail:* mcarlaribeiro@uol.com.br.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Tecnologia pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Professora da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Advogada. *E-mail:* vivian.amaro@gmail.com.

Recebido em: 16/07/2012.

Revisado em: 23/09/2012.

Aprovado em: 15/10/2012.

## 1 Introdução

A partir do século XIX, ao Poder Judiciário coube a prerrogativa de analisar a legalidade dos atos estatais infralegais e, também, de realizar o controle da lei em face da norma constitucional, por meio do controle de constitucionalidade. Entretanto, esse instituto encontra nos dias de hoje desafios em relação, principalmente, aos limites entre o político e o jurídico. Hodiernamente, os Tribunais Constitucionais têm que proferir sentenças que extrapolam os limites jurídicos, sendo eminentemente de cunho político. Com isso uma das prerrogativas centrais do Liberalismo, que era a separação de poderes, sofre certo abalo.

Questiona-se a possibilidade de afronta ao princípio democrático quando então o Tribunal Constitucional emite, em última instância, decisões sobre a adequação da lei com a Constituição, já que as leis são fruto de decisões parlamentares majoritárias. Nesse sentido, será que existiria a supremacia das decisões judiciais sobre as decisões parlamentares majoritárias?

Sobre isso existem diferentes visões a respeito da possibilidade e da legitimidade dos Tribunais Constitucionais extraírem normas do ordenamento jurídico. Nesse contexto, este trabalho busca tratar sobre duas análises que tratam da tensão entre o direito e a política no constitucionalismo contemporâneo, que são as análises procedimentalista e substancialista.

Dessa forma, dando sequência ao estudo, no segundo tópico deste trabalho será tratado brevemente sobre o histórico do constitucionalismo, e o terceiro tópico trará o tema da revisão judicial (*judicial review*), como forma de situar os debates entre os procedimentalistas e os substancialistas que seguirão no decorrer do trabalho. O quarto tópico trata da visão do constitucionalismo de Dworkin (2007), adepto da corrente substancialista. O quinto tópico traz a visão procedimentalista de Ely (2010). O sexto tópico apresenta um contraste entre as teorias procedimentalista e substancialista. O sétimo tópico trata do constitucionalismo no Brasil e o oitavo tópico encerra este trabalho com as conclusões.

## **2 Histórico sobre o Constitucionalismo**

Essa ideia da supremacia da Constituição foi formada a partir da história do constitucionalismo. O constitucionalismo moderno surgiu no século XVII a partir de aspirações constitucionalistas após um longo período de estados nacionais absolutos, tendo a Inglaterra como a precursora (MENDES, 2008; GODOY, 2011). Após a Revolução Gloriosa e a restauração monárquica, em 1689, instituiu-se a supremacia do parlamento e foram impostos limites ao poder do rei (MENDES, 2008). Instituiu-se uma tripartição do parlamento, com representantes do poder monárquico, aristocrático e popular. (MENDES, 2008)

Em meados do século XVIII, o constitucionalismo experimenta a falta de representatividade na formação da vontade política e o sistema entra em crise (MENDES, 2008). Duas revoluções, então, foram responsáveis por uma nova formulação: a norte-americana (1776) e a francesa (1789). A Constituição dos EUA foi cunhada em 1787, fundada no poder constituinte do povo americano e colocou limites na atuação do poder político (MENDES, 2008). A Constituição Francesa possuiu traços diversos, pois embora limitasse o poder político, não limitava o poder constituinte, que era a representação máxima da soberania popular. (MENDES, 2008)

Já o século XIX, nos EUA deu-se início ao controle jurisdicional de constitucionalidade, tendo a Suprema Corte a missão de preservar a Constituição (MENDES, 2008). Na virada do século XX, o continente europeu não havia experimentado regimes democráticos mais consistentes até a década de 1920 (MENDES, 2008). Essa situação somente alterou-se com a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha. (MENDES, 2008)

Essa Constituição, acompanhada pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição bolivariana da Venezuela de 1811, impunha ao Estado o dever de realizar prestações positivas na efetivação dos direitos econômicos e sociais, sendo chamadas de Constituições Sociais (GODOY, 2011). A partir da Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo se consolidou com a premissa de que não poderia haver democracia sem uma prerrogativa constitucional que impedisse o abuso das decisões majoritárias (MENDES, 2008; GODOY, 2011). O Estado dito como So-

cial passa a ser responsável por promover assistência social, serviços de saúde, acesso à moradia, à educação e ao lazer e às demais necessidades básicas dos indivíduos. (GODOY, 2011)

Se, por um lado, tal postura mostra-se preocupada em conferir efetividade à dignidade humana, por outro deixa entrever um certo “paternalismo” supressor da autonomia individual. (GODOY, 2011, p. 26)

Nesse sentido, a democracia exigiria uma proteção de seus direitos constitutivos, uma salvaguarda às decisões majoritárias (MENDES, 2008). A revisão judicial seria o instrumental necessário para se fazer essa proteção (MENDES, 2008). Criou-se, dessa forma, a ideia de que o controle de constitucionalidade é uma conquista dos regimes democráticos contemporâneos. Segundo Mendes (2008, p. 11), “[...] parecia menos perigoso confiar a um órgão de juízes a função de conservar os direitos mínimos do que delegá-la à virtude cívica dos cidadãos ou às assembleias [...]”, porque “[...] essas teriam mais legitimidade democrática, mas trariam consigo maior risco de instabilidade, maior propensão ao impasse decisório”.

### 3 Revisão Judicial (*Judicial Review*)

O controle judicial de constitucionalidade foi disseminado com a decisão do juiz John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, nos EUA (BICKEL, 1962). Bickel (1962) levanta o fato de que esse poder de revisão judicial, não deriva de nenhum comando constitucional explícito. Entretanto, segundo Bickel (1962), isso não quer dizer que o poder de revisão judicial não pode ser colocado na Constituição; apenas que não pode ser encontrado lá.

Criou-se, desse modo, o que se chama de modelo difuso de controle de constitucionalidade, que confere a cada juiz o poder de não aplicar uma lei se a considerar inconstitucional. O Brasil adotou esse modelo americano conciliado com o modelo austríaco de controle concentrado,

que é exercido por um Tribunal Constitucional, no caso, o Supremo Tribunal Federal (STF).

A característica principal do controle de constitucionalidade é que o Poder Judiciário tem competência para extrair uma lei do ordenamento jurídico estatal, sobrepondo-se à decisão do Poder Legislativo (MENDES, 2008). Segundo o juiz Marshall, na decisão do caso já mencionado, um ato legislativo contrário à Constituição não é lei e não precisa ser dado efeito a este ato em juízo (BICKEL, 1962). “O juiz deixa de ser apenas a ‘boca da lei’ perante o Poder Executivo e o cidadão e passa a ser, também, a ‘boca da Constituição’ diante do legislador.” (MENDES, 2008, p. 21)

A decisão judicial, nesse caso, não é apenas uma fase a mais no processo de interlocução institucional rumo a uma decisão coletiva, mas é a final, a que encerra o processo. Emite o veredicto sobre o alcance de nossos valores políticos mais sensíveis. Não apenas contra o legislador ordinário, mas é também contra o poder constituinte derivado, em virtude das emendas constitucionais. (MENDES, 2008, p. 23)

Ao atribuir a um corpo de juízes não eleitos a competência para revogar decisões tomadas pelo corpo representativo e majoritário, questiona-se, então, se a revisão judicial comprometeria ou não o arranjo democrático. Mesmo o juiz Marshall, precursor do controle de constitucionalidade, não oferece nenhuma razão real para que o Tribunal tivesse o poder de anular a lei. (BICKEL, 1962)

Mas os defensores da revisão judicial justificam a inexistência de afronta à democracia, alegando a “[...] necessidade de que a democracia proteja a si mesma: os direitos permanecem fora do processo democrático representativo, imunes ao humor da vontade da maioria.” (MENDES, 2008, p. 26)

Existem três níveis principais de aceitação da revisão judicial segundo Mendes (2008): 1) autores que recomendam à Suprema Corte um intenso controle sobre os atos legislativos (Dworkin e Streck); 2) Médios: Corte como fiscal do processo democrático, somente protegeria a

formação da vontade popular e não o seu conteúdo (John Hart Ely). Outro pensamento mediano diz que a Suprema Corte somente poderia atuar se houvesse plena convicção de que o ato legislativo viola a Constituição (intenção original dos pais fundadores) (Alexander Bickel); 3) Autores alegam que não poderia haver a revisão judicial (Waldron). Neste trabalho serão examinadas as posições de Dworkin e Ely.

#### **4 Revisão Judicial e Democracia em Dworkin**

Dworkin (2007) sustenta que juízes podem anular uma decisão política tomada pela maioria legislativa sem causar danos à democracia. Segundo a teoria de Dworkin (2007), a partir da distinção entre argumentos de princípio e de política, o juiz pode chegar a uma resposta para os casos difíceis, pois para esses casos é necessária uma interpretação da lei. Não é possível, nos casos difíceis, a mera aplicação da lei. Para isso Dworkin (2007) pressupõe o chamado império do direito: direito como integridade, da comunidade governada por princípios. (DWORKIN, 2007)

O juiz tem participação primordial na implementação, “[...] impregnando as decisões coletivas de uma dimensão argumentativa superior: a moralidade imanente aos direitos individuais” (MENDES, 2008, p. 33). O direito não consiste somente de uma questão expressa na lei, mas pode derivar dos princípios morais informadores de uma teoria política subjacente a dada forma de governo (MENDES, 2008). De acordo com Mendes (2008, p. 34), ao decidir, o juiz promove o “adensamento do regime democrático.” (que não é a regra da maioria).

Dworkin (2007) afirma que o juiz deve decidir mesmo quando a resposta não está no texto, quando as normas não preveem solução para o conflito – no chamado “caso difícil”. Mesmo quando há uma lacuna na lei o juiz deverá encontrar a melhor resposta possível baseado, então, em uma interpretação construtiva da história, da tradição, dos precedentes e da moralidade política (DWORKIN, 2007). O juiz deve escolher a resposta certa entre várias fontes.

É a isso que chamarei de ponto de vista da intenção do locutor pois supõe que a legislação é uma ocasião ou um exemplo de comunicação, e que os juízes se voltam para a história legislativa quando uma lei não é clara, para descobrir qual era o espírito que os legisladores tentaram comunicar através de seus votos. (DWORKIN, 2007, p. 379)

Segundo Barroso (2009, p. 350) “[...] a moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados”. Entretanto, segundo a teoria procedimentalista, entende-se que o juiz, ao interpretar, ultrapassando o texto legal, poderia estar legislando, indo além de suas prerrogativas. Mas Dworkin (2007) entende que não, que esse entendimento é gerado pelo desconhecimento da diferença entre dois tipos de argumentos: 1) argumentos de princípio: justifica a decisão política, mostrando que essa respeita um direito moral do indivíduo; 2) argumentos de política: justificam a decisão em função de algum objetivo coletivo, como a decisão voltada para o bem-estar da comunidade.

A distinção entre esses dois argumentos é que divide a função do juiz e do legislador e distribui a responsabilidade política entre eles de maneira diferente (MENDES, 2008). A decisão legislativa exige os dois argumentos, mas a decisão judicial será fundada apenas nos argumentos de princípios (MENDES, 2008). Quando juízes ultrapassam decisões políticas, mas baseados nos argumentos de princípios, não estarão legislando (MENDES, 2008). O argumento de princípio prevalece sobre decisões majoritárias, pois tem por fundamento um direito moral. Direitos seriam trunfos perante a maioria. (MENDES, 2008)

Para Dworkin (2007), para interpretar as cláusulas abertas da Constituição requer-se a chamada “leitura moral”. Segundo Dworkin (2007), o juiz pode transcender a letra da norma jurídica, desde que se funde em argumentos de princípio e respeite a integridade do direito.

Os procedimentalistas pretendem alguns métodos que restrinjam o poder do juiz, para evitar que o juiz contrarie a vontade democrática e a substitua pela sua vontade individual. Cobram, portanto, neutralidade moral e fidelidade à lei e ao texto dos juízes.

Dworkin (2007), no entanto, diz que a teoria constitucional também é aquela em que homens têm direitos morais contra o Estado. O Tribunal assume o encargo de enfrentar questões de moralidade política e de isolar esses direitos morais. Mas Dworkin (2007) afirma que o juiz não poderá impor suas próprias convicções. As disposições abstratas da Constituição devem ser interpretadas como tais. Se evocam princípios morais, o juiz, sem medo de usurpar competências, avaliará a compatibilidade entre as leis e a Constituição. (DWORKIN, 2007)

Para delimitar a possibilidade de que juízes apliquem suas próprias convicções morais, Dworkin (2007) entende que os juízes têm o dever de respeitar a história e a integridade, de produzir decisões que se harmonizem à estrutura da Constituição e às decisões constitucionais passadas, utilizando a metáfora do “romance em cadeia”. A integridade ordena que ele mantenha um elo de coerência com o passado, mas também não hesite em fazer um novo julgamento moral quando considerar que se justifique em virtude de uma melhor interpretação. (MENDES, 2008)

O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário como o McLoughlin, pede que o juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de um longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. [...] O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. (DWORKIN, 2007, p. 286)

O indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral (DWORKIN, 2007). A coletividade pode até ficar pior em relação ao bem-estar, mas o direito individual não deve ser mitigado em razão disso (DWORKIN, 2007). Esse trunfo é o cerne de uma reivindicação de direitos e pressupõe o argumento moral, o apelo a princípios. (DWORKIN, 2007)



## 5 O Procedimentalismo em Ely

A obra de Ely, uma das bases teóricas deste trabalho, data de 1980. Segundo Ely (2010) a noção de que os juízes podem inferir amplos direitos e valores morais a partir da Constituição é radicalmente antidemocrática. Por isso, a Suprema Corte deve interpretar a Constituição de modo a reforçar os processos democráticos e populares, garantindo a ampla representação no processo político. (ELY, 2010)

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. (KOZICKI; BARBOSA, 2008)

Segundo Ely (2010), os juízes só poderiam inferir direitos de natureza processual e não substantiva (ELY, 2010). Os juízes, então, teriam o papel de garantidores do processo democrático, que é realizado pelo Parlamento (ELY, 2010). Esse poder de garantir o processo democrático não poderia ser delegado ao próprio Poder Legislativo, porque “[...] a função de monitoramento seria influenciada pelo descumprimento das regras e condições nas que se baseiam o valor epistêmico.” (NINO, 1996, p. 273)

Nino (1996) também defende uma teoria procedimental da Constituição. Para Nino é importante uma organização do Poder e de limites ao processo legislativo, ao mesmo tempo em que mecanismos jurídicos assegurem um processo político público e aberto, no qual haja participação do maior número de pessoas que serão afetadas pelas decisões. Assim, Nino (1996) faz parte dos procedimentalistas que defendem que os tribunais constitucionais podem restringir o princípio majoritário, mas de modo a se tornarem defensores da soberania popular, enquanto garantidores dos direitos fundamentais de participação política (BARBOSA, 2007; BARBOSA; KOZICKI, 2007). Mas mesmo os teóricos da democracia procedimental, que defendem um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantir o processo democrático, não conseguem evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamento de valores substantivos,

como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos. (BARBOSA; KOZICKI, 2007)

Segundo Ely (2010, p. 152), os votos dos juizes não podem reconhecer valores substantivos, pois o que pode ser ofensivo para uma pessoa talvez não seja ofensivo para outra. Muitas opiniões de valor provavelmente vão se transformando durante o passar do tempo. O autor cita, então, como exemplo, o direito ao voto. Segundo Ely (2010, p. 156), o direito ao voto, elemento importante para a participação no processo democrático, é o que leva mais dissenso dos autores a respeito da possibilidade do *judicial review*. (ELY, 2010)

Para Ely (2010, p. 156), “[...] o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções”.

Não devemos deixar que os ‘incluídos’ decidam quem deve ficar de fora – portanto é obrigação dos tribunais assegurar não apenas que a ninguém se negue sem motivo seu direito ao voto, mas também que, quando há um motivo [...], ele seja bastante convincente. (ELY, 2010, p. 160)

Essa questão também se estende ao caso da má distribuição da representação (caso em que o voto de uma pessoa vale apenas uma fração do voto de outra) que, segundo Ely (2010, p. 161), segue o mesmo princípio. O Tribunal poderia nesse caso agir contra a lei que estabelecesse essa má-distribuição da representação, garantindo que o processo fosse o mais democrático possível. Para alguns autores, isso deveria ser evitado pelos Tribunais, por se tratar de questões atinentes ao Legislativo. Entretanto, segundo Ely (2010), isso não pode ser deixado assim, porque existem situações em que há interesse para que as coisas permaneçam como estão, e nesse caso, o Judiciário deveria agir para corrigir o processo democrático. Para alguns Estados (na análise do voto nos EUA) é interessante delegar um maior grau de importância para o voto de certo grupo social.

Nesse caso, há uma dose de interpretação da norma substantiva, pois o juiz terá que avaliar o significado de “democracia” e de “igualdade política”, considerando que a Constituição dos EUA não estabelece de maneira expressa que a representação deva ser feita de maneira igualitária, mas irá decorrer do princípio republicano. Entretanto, para Ely (2010), essa possibilidade pode ser autorizada, pois no fundo o que o Judiciário pretende é garantir os valores democráticos dentro do procedimento.

Além disso, segundo Ely (2010, p. 176-178), existem situações em que o próprio legislativo irá delegar os casos difíceis ao Judiciário, quando fazem, por exemplo, leis ambíguas, só com o intuito de “se livrarem” do fardo da pressão da opinião pública. Entretanto, essas leis não irão resolver o problema, que irá parar no Judiciário. Dessa forma, para Ely (2010, p. 176-178), não faz muito sentido garantir um processo legislativo democrático, com a ampla participação da população, se as decisões políticas importantes não são tomadas pelas autoridades competentes e eleitas. Assim, os Tribunais deveriam assegurar não apenas que os administradores acatem as decisões advindas do Legislativo, mas que essas orientações sejam realizadas pelo Legislativo, ou seja, que o Legislativo efetivamente legisle.

Para Ely (2010, p. 178-179), o argumento de que as questões difíceis deveriam ser levadas ao Judiciário ou Executivo, para serem apreciadas por especialistas, não pode prevalecer. Ely (2010) prega que a maioria das Assembleias Legislativas e o Congresso certamente possuem tão bons especialistas, ou até possuem maior possibilidade de terem melhores especialistas, do que o Executivo ou Judiciário. A ideia de delegar ao Legislativo a feitura das leis é a de que haja um certo consenso para que o Executivo e o Judiciário possam agir. Citando o juiz Wright (1972), Ely ressalta que: “A idéia de que são os especialistas que devem decidir quando os representantes do povo estão indecisos ou não chegam a um consenso é um argumento a favor do paternalismo e contra a democracia”.

## 6 Comparação entre as Teorias Substancialista de Dworkin e Procedimentalista de Ely

Resumindo os principais pontos das duas teorias, observa-se que o modelo substancialista, então, trabalha com a premissa de que a Constituição estabelece as condições e os pressupostos fundamentais que devem ser aplicados. Nesse sentido, o Poder Judiciário possui um papel importante no que concerne à jurisdição constitucional, não tendo um postura passiva diante da sociedade, mas de certo ativismo. Streck (2000 p. 42-43), nesse sentido, assevera que “na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*”. Assim, o Poder Judiciário possui uma função intervencionista, agindo em várias frentes na garantia dos direitos fundamentais.

Outros casos poderiam ser aqui elencados, como as Ações civis públicas obrigando o fornecimento de remédios a pessoas portadoras de doenças crônicas e a construção de locais condizentes para abrigo de menores. Embora ainda reduzido o número de ações e providências desse quilate, em alguns pontos se pode perceber a atitude do Ministério Público e do Judiciário em sua feição intervencionista/transformadora. É evidente que não se pode pretender que o judiciário passe a ditar políticas públicas *lato sensu* ou que passe a exercer funções executivas e nem a Constituição – com todo o aparato jurídico posto à disposição do Ministério Público e do Judiciário – permitiria tal situação. Basicamente, a mudança de postura dos operadores jurídicos, agindo em várias áreas de políticas públicas deixadas ao largo pelo Poder Executivo, já por si só provoca(ria) discussões que leva(ria)m os Poderes Legislativo e Executivo à reformulação de suas linhas de atuação, mormente no que concerne às prioridades orçamentárias. Ou seja, nessa linha, passa(ria) a ser utilizado não como instrumento de redução de complexidades ou reprodução de uma dada realidade, e sim, como um mecanismo de transformação da sociedade. (STRECK, 2000, p. 47)

Já a corrente procedimentalista critica a invasão da política pelo Direito. Habermas (2003) vai chamar essa intervenção de “Gigantismo

do Poder Judiciário”, propondo um modelo de democracia constitucional que não se fundamente nem em valores nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos, que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade dos cidadãos, assim como busca Ely.

Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. [...] Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis. [...] Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma jurisdificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta exige, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos. (HABERMAS, 2003, p. 164)

Para ilustrar a comparação entre as teorias substancialista de Dworkin e procedimentalista de Ely, traz-se o Quadro 1, que foi adaptado do trabalho de Hunter (2005). Hunter faz uma comparação entre três autores: Dworkin, Sunstein e Ely. Entretanto, para este trabalho foi utilizado somente os dados referentes aos autores Dworkin e Ely, tendo em vista o escopo apresentado.

Elemento	Dworkin	Ely
<b>Ativismo Judicial</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Ativista Judicial – vê o papel da Justiça como primordial.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Crítico da revisão judicial. Vê o papel do juiz como confinada aos casos em que há questões discretas ou insulares, e decisões confinadas a muito pouco.</li></ul>

<b>Inter- pretação Judicial</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Abordagem robusta para interpretação.</li> <li>• Juizes em melhor posição para interpretar, como isolamento do processo político e das pressões.</li> <li>• As decisões tomadas dentro dos princípios que sempre existiram e são eternas, não como normas que o fluxo em resposta à sociedade.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pessoas ratificaram a Constituição. Interpretação pertence ao Legislativo, e não ao Judiciário, reforçando a interpretação constitucional.</li> <li>• Interpretação não pelo Judiciário. Mas que deveria ser papel ativo do processo político (Legislativo), aqui decisão da esquerda para aqueles que são eleitos.</li> </ul>
<b>Utilização de Princípios</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Visto como essencial. É a única coisa que temos em casos difíceis (penumbral). Pode invocar política para tomar decisões em todos os casos, e estes princípios não sejam carregados de valores e mudanças, mas atemporais.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Não há lugar para o uso do princípio pelo Judiciário, desde a tomada de decisão deve estar nas mãos do Legislativo.</li> </ul>
<b>Papel da Política</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Não para o Poder Judiciário - deve estar nas mãos do governo, como eles são melhores equipados para decidir a política, e são parte do processo político.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Interpretação não para o Judiciário. Mas que deveria ser papel ativo do processo político (Legislativo), aqui decisão da esquerda para aqueles que são eleitos.</li> </ul>
<b>Utilização de Precedentes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ferramenta importante na interpretação judicial – ilustradas pela utilização do romance em Cadeia, em que todas as decisões tomadas por juizes se juntam para formar nova cadeia de evolução e que continua a “história judicial”.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Papel do legislativo no processo interpretativo garante um uso mínimo ou o valor do Precedente.</li> </ul>
<b>Regras da Constituição</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Essencial para a Interpretação Judicial, e um dos pilares da interpretação.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pessoas ratificaram a Constituição. Interpretação pertence ao Legislativo, e não ao Judiciário, reforçando a interpretação constitucional.</li> </ul>

Quadro 1: Análise Comparativa entre Dworkin e Ely

Fonte: Adaptado de Hunter (2005, p. 96-97)

Segundo os dados apresentados por Hunter (2005) no Quadro 1, os dois teóricos veem a necessidade de que a interpretação da política deva ser conservada com o Legislativo. Da mesma forma, os dois reconhecem a enorme importância da Constituição na interpretação da lei (HUNTER, 2005). Dworkin reconhece a importância do precedente na interpretação judicial, enquanto Ely relega o precedente para um valor mínimo, em vez de colocar um alto valor sobre o papel do legislador.

Para Hunter (2005), os dados são consistentes com a visão de Ely sobre o papel do juiz na interpretação da lei. Ely vê o lugar do judiciário como limitada, colocando um valor baixo sobre o seu papel na interpretação, preferindo deixar a interpretação para um agente eleito (HUNTER, 2005). Na visão de Dworkin de tomada de decisão judicial, ao invés de defender uma abordagem minimalista, abraça o ativismo judicial (HUNTER, 2005). Dworkin vê o juiz perfeito como aquele que pode tomar a decisão perfeita, e é o papel de todos os juízes tentar encontrar a decisão certa, invocando princípio, em vez de políticas, práticas ou regras, para chegar a essa decisão (HUNTER, 2005). A teoria de Dworkin é a única que encapsula o papel do juiz como medida que um juiz deve tomar, sempre tentando alcançar em seu processo interpretativo um nirvana, dos quais os direitos são “trunfos”. (HUNTER, 2005)

## 7 Jurisdição Constitucional no Brasil

A partir da comparação entre esses dois autores e observando o cenário da jurisdição constitucional no Brasil, depreende-se que, apesar de a teoria procedimentalista de Ely poder resolver algumas questões sobre a atuação antidemocrática dos Tribunais, essa teoria ainda não encontra aplicação no vigente sistema jurídico brasileiro (HOHMANN, 2007). Uma das razões é que a Constituição de 1988 prescreve “[...] conteúdos mínimos que devem ser respeitados pelo legislador ordinário, entre os quais, os direitos e garantias fundamentais (elevados ao status de cláusulas pétreas)” (HOHMANN, 2007, p. 8-9). Para Hohmann (2007), “[...] se o Judiciário se limitar a garantir a lisura do procedimento democrático, deixará desprotegidos os direitos fundamentais e todas as questões substanciais erigidas na Carta Magna”.

Negar a assunção de valores pela Constituição é, em grande medida, ignorar alguns dos principais comandos consagrados nas constituições contemporâneas. O problema está, em larga medida, portanto, no delimitar a extensão das diretrizes (valorativas) já incorporadas no momento constitucional, e não em negar-lhes ou ignorar-lhes a existência. O problema está, assim, em traçar a medida

da liberdade de conformação reservada ao legislador e ao Executivo, sob pena de se promover um retrocesso ao formalismo inconsequente. (TAVARES, 2007, p. 347)

A visão de Hohmann (2007) e Tavares (2007) também é compartilhada por Kozicki e Barbosa (2008) que asseveram que: “[...] é possível afirmar que a Constituição brasileira é uma constituição de valores, escolhidos pela sociedade no momento constituinte e elevados à categoria de direitos fundamentais na Carta de 1988”. Assim, analisando autores filiados à posição procedimentalista (Ely e Barzotto, por exemplo), Kozicki e Barbosa (2008; 2007) observaram que mesmo esses autores permitem a proteção dos direitos fundamentais como garantia do processo democrático na defesa dos direitos individuais, não tendo essas decisões caráter antidemocrático. Dessa forma, Kozicki e Barbosa (2008, p. 174) concluem que a Constituição Brasileira de 1988 é mesmo uma Constituição substantiva:

Independentemente de qual nome se dá às teorias sustentadas por Cittadino, Streck ou Barzotto, é certo que todas convergem ao ponto de que o constitucionalismo brasileiro é substantivo, uma vez que adota valores consagrados pela sociedade no momento constituinte e que funcionam como limites aos próprios cidadãos, bem como aos atos dos Poderes públicos. Para além disso, todos concordam com a participação do Judiciário – enquanto intérprete maior da Constituição – na efetivação dos direitos fundamentais enquanto representação dos valores escolhidos pela sociedade, priorizando desta maneira a proteção dos direitos fundamentais como valor supremo do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

Em um estudo realizado sobre a teoria procedimentalista em Ely, Pennington (2010) também reconhece o caráter substancialista de Ely em certos momentos, como no controle jurisdicional de direitos substantivos que não foram escritos de forma clara no texto da Constituição dos EUA. Pennington (2010) afirma ainda que a teoria de Ely é incompleta, porque não leva em conta um elemento vital da democracia constitucionalmen-



te representativa americana, reconhece o valor democrático dos cidadãos dos Estados Unidos, mas não reconhece várias outras formas constitucionalmente significativas de representação que estão em vários dispositivos da Carta Americana.

## **8 Conclusões**

A partir deste estudo foi possível identificar as diferenças entre as teorias substancialista e procedimentalista a partir da visão de dois autores, quais sejam, Dworkin e Ely. Os aspectos mais relevantes dizem respeito às questões do ativismo judicial, utilização de princípios, o papel da política, utilização de precedentes e regras da Constituição, nos quais os dois autores divergem e, ainda, na questão da interpretação judicial, em que esses autores concordam com a importância da Constituição na interpretação judicial.

O ponto fundamental que parece tornar o debate entre procedimentalistas e substancialistas tão importante é a postura dos Tribunais Constitucionais em relação ao alcance de suas atribuições. As questões de política, estariam fora dos Tribunais para as duas correntes, mas os direitos fundamentais poderiam ser objeto de decisões dos Tribunais, segundo a visão dos substancialistas.

Para essa corrente existe a legitimidade das Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade, podendo dar a última palavra nas questões constitucionais sem que seja ofendida a democracia. A democracia seria possibilitada por meio da aceitação dos participantes do que é previsto na Constituição Federal para aqueles tribunais. A questão da eleição dos membros também seria irrelevante se os participantes aceitassem.

Nesse sentido, os substancialistas admitem a legitimidade democrática da jurisdição constitucional principalmente quando se fala na efetivação dos direitos fundamentais. Admitem, então que uma Constituição que se diz democrática deve delegar funções de proteger as minorias em detrimento das decisões tomadas por uma maioria legislativa, podendo ser ao Poder Judiciário.

Em relação aos direitos fundamentais, devem ser otimizados os maiores esforços possíveis para a sua efetivação. Entretanto, deve-se considerar a arena legislativa como a principal via de discussão das questões que interessam à sociedade, com a consolidação da democracia no debate dos princípios que por vezes sejam objeto de controvérsias. Não se pode delegar tudo ao Poder Judiciário, como forma de órgão de discussão único, responsável pela última palavra sempre. O constitucionalismo encontra desafios nos dias de hoje e parece que o principal é fazer com que as discussões sejam feitas, o máximo possível, em espaços democráticos com a participação do maior número de pessoas possível.

## Referências

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte. Florianópolis: Boiteux, 2007.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BICKEL, Alexandre Mordecai. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven & London, 1962.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 140p. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2011.

HUNTER, Tina. Interpretive theories: Dworkin, Sustain, and Ely. **Bond Law Review**. Gold Coast, Australia, v. 17, issue 2, article 5, 2005. Disponível em: <<http://epublications.bond.edu.au/blr/vol17/iss2/5>>. Acesso: 21 nov. 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOHMANN, Luiz Henrique Guimarães. Fundamentos da jurisdição constitucional brasileira. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba/PR, v. 2. p. 1-20, 2007.

MENDES, Conrado Hüber. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996. p. 187-223.

PENNINGTON, Shane. Completing Ely's representation reinforcing theory of judicial review by accounting for the constitutional values of state citizenship. **Texas Review of Law & Politics**. Texas, Estados Unidos, v. 15, p. 221-245, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo/SP, n. 9, p. 337-348, jan./jun., 2007.