

Thomas Passos Martins

Artigo original publicado na RECHTD
(Revista de Estudos Constitucionais,
Hermenêutica e Teoria do Direito),
[http://www.revistas.unisinos.br/index.
php/RECHTD](http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD)

DA REFLEXIVIDADE DO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DEMOCRÁTICO BRASILEIRO



Resumo

Diante do desenvolvimento do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, é inegável o fortalecimento do papel do STF no exercício da função legislativa. Logo, a construção da lei deixou de ser da competência exclusiva das instâncias de proveniência eleitoral, isto é, do Presidente da República e do Congresso Nacional; de modo que a Corte constitucional passou a se tornar um órgão legislativo parcial que participa concorrentemente da expressão da vontade geral. Neste contexto, contudo, alguns consideram um regresso democrático o fato de conferir a uma instituição cujos membros não são eleitos o poder de anular uma lei fruto da vontade dos tidos como os representantes do povo. Outros, ao contrário, entendem que a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que o povo quis fixar no texto constitucional representa um avanço democrático. Neste presente trabalho, portanto, procura-se demonstrar que a garantia jurisdicional da Constituição deu ensejo a uma nova realidade democrática que não deve mais ser interpretada de acordo com o modelo tradicional de democracia. É assim com base no conceito de reflexividade, cunhado pelo historiador Pierre Rosanvallon, o qual enxerga o controle de constitucionalidade como uma forma de evidenciar o povo nas suas diferentes perspectivas dentro de uma soberania complexa, que esta pesquisa busca analisar este novo paradigma democrático em que convivem representação eleitoral e Estado de Direito.

Abstract

In face of the development of concentrated and abstract control of the constitutionality of laws, the strengthening of the role of the Supreme Court in the exercise of the legislative function is undeniable. Therefore, the construction of the law is no longer an exclusive competence of the electoral authorities, that is, the President of the Republic and the National Congress; so that the Constitutional Court has become a partial legislative body that participates concurrently with the expression of the general will. In this context, however, some consider a democratic return to extend to an institution whose members are not elected the power to cancel a law fruit of the will of the representatives of the people. Others, on the contrary, understand that the judicial protection of the fundamental rights that the people wanted to fix in the constitutional text represents a democratic advance. In this present work, therefore, it is demonstrated that the jurisdictional assurance of the Constitution gave rise to a new democratic reality that no longer has to be interpreted according to the traditional model of democracy. It is based on the concept of reflexivity, coined by historian Pierre Rosanvallon, who sees the control of constitutionality as a way of showing the people in their different perspectives within a complex sovereignty, that this research seeks to analyze this new democratic paradigm, in which live together electoral representation and rule of law.

Sumário:

1. Considerações preliminares
2. A Corte constitucional como órgão competente para participar da vontade geral
3. Democracia Monista e Democracia Dualista
4. O conceito de Democracia Reflexiva
 - 4.1 Justiça Constitucional e Democracia à luz da Teoria do Direito
 - 4.2 Justiça Constitucional e Democracia à luz da Teoria Democrática
 - 4.3. Democracia Reflexiva e Democracia Liberal
5. Breves considerações sobre as manifestações da reflexividade no funcionamento democrático
 - 5.1. A reflexividade das modalidades de exercício da soberania
 - 5.2. A reflexividade das modalidades de construção da vontade geral
6. Considerações finais
7. Referências bibliográficas

1. Considerações preliminares

A expressão “Estado Democrático de Direito”, estampada no caput do art. 1º da Constituição Federal, surpreende pelo fato de conjugar dois conceitos – isto é, *Estado de Direito e Democracia* – que parcela da doutrina europeia enxerga como duas noções opostas (CHEVALLIER, 2010).

No Brasil, contudo, o *Estado de Direito* parece ser visto como uma condição democrática, conforme se depreende da linguagem jurisprudencial esposada pelo Supremo Tribunal Federal, que reafirmou em várias ocasiões “a ideia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais”¹. No mesmo sentido, a Suprema Corte enfatizou que “o controle do poder constitui uma exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático”². Também ressaltou que “a Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais e coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém à uma sociedade democrática e livre – ao controle do poder judiciário”³. Asseverando, enfim, que “no Es-

1 STF, Tribunal Pleno, AI-AgR 239874/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 10/08/1999.

2 STF, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 16/09/1999.

3 STF, Tribunal Pleno, MS 20999/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 21/03/1990.

tado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos”⁴.

Disto resulta que, para o sistema brasileiro, a democracia constitui um regime em que o exercício do poder pelos dirigentes é limitado pela proteção jurisdicional dos direitos constitucionais dos indivíduos ou grupos de indivíduos. No entanto, como será explicitado a seguir, este entendimento não sempre soou como uma evidência, e ainda hoje continua não sendo aceito pela corrente dita *monista*⁵.

Ao salientar que o Estado de Direito é caracterizado pela primazia da Constituição sobre os poderes públicos, Jacques Chevallier ensina que o controle de constitucionalidade dos atos legislativos constitui a etapa mais avançada de sua realização (CHEVALLIER, 2010). Onde a relutância dos monistas em aceitar a atuação do juiz constitucional, cuja atividade apenas é tolerada desde que não interfira na produção material da lei, e não fira o que Raymond Carré de Malberg chamou de “soberania parlamentar” (MALBERG, 1984).

Em que pese não ser essa a compreensão da democracia que prevalece no Brasil, é preciso analisar os pressupostos teóricos desta suposta contradição, apontada pelos monistas, entre justiça constitucional e democracia.

2. A Corte constitucional, como órgão competente para participar da vontade geral

Inspirados pelos escritos de Jean-Jacques Rousseau, os revolucionários franceses estipularam no artigo 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que “a lei é a expressão da vontade geral”. É assim com base nesta concepção da lei que os sistemas democráticos se constituíram e se desenvolveram, considerando a lei como a expressão da vontade do povo. No entanto, por meio da teoria da representação política, a vontade geral, consubstanciada pela lei, passou a ser produzida pelos representantes. Ou seja, nas democracias modernas, muito embora o povo seja titular da soberania, o exercício desta foi delegado aos representantes eleitos. É o que prevê, por exemplo, o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal quando determina que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

4 STF, Tribunal Pleno, HC 82424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 17/09/2003.

5 Amparado nos princípios da eleição e da representação, e associando a lei à vontade dos representantes da nação, a tese monista rechaça a ideia de que esta mesma lei possa ser anulada por um órgão sem legitimidade democrática, já que desprovido de qualquer vínculo com o povo.

Todavia, verifica-se que os “representantes eleitos”⁶ não são os únicos que receberam do texto constitucional a competência legislativa, já que as atribuições constitucionais conferidas ao Supremo Tribunal Federal também lhe permitem participar da expressão da vontade geral, isto é, de legislar.

Isso se deve ao caráter erga omnes das decisões proferidas pela Corte em sede de controle concentrado⁷. Com efeito, conforme assevera Hans Kelsen, “anular uma lei equivale a produzir uma norma geral, uma vez que a anulação de uma lei possui o mesmo caráter de generalidade que a sua confecção”, de modo que conferir a um Tribunal “o poder de anular as leis” faz dele “um órgão do poder legislativo” (KELSEN, 1928). No entanto, de acordo com o Mestre da Escola de Viena, o juiz constitucional seria apenas um “legislador negativo” (KELSEN, 1928) que, muito embora participe do exercício da função legislativa, se restringe a vetar a lei, em caso de inconstitucionalidade, no âmbito de uma atividade que “é essencialmente aplicação” e não “livre criação” do direito (KELSEN, 1928). Este, inclusive, é o entendimento adotado pelo próprio Supremo, que assentou o entendimento de “que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo”⁸. Mas o fato de somente atuar como legislador negativo não descaracteriza a ideia de que o STF constitui um “órgão legislativo parcial” (HAMON et TROPER, 2001), sendo que nesta qualidade “expressa a vontade geral” (TROPER, 1991).

A despeito de o Supremo não se considerar legislador positivo, afirmando que “o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo”⁹, há certas situações em que o juiz constitucional passa a ser criador de direito, agindo de forma positiva sobre a lei examinada. Com efeito, além da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, existe uma terceira via decisória que permite ao STF, através do seu poder interpretativo, alterar o significado do dispositivo legislativo submetido à sua apreciação. Trata-se da técnica da *interpretação conforme à Constituição*, por meio da qual a Corte suprema, com o objetivo de manter a validade da lei, fixa a

6 Para o direito público, a expressão “representantes eleitos” não se confunde com os parlamentares em si, mas corresponde aos órgãos cujos membros são designados pelo voto popular, quais sejam: o Presidente da República, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

7 Art. 102, §2 CF88: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

8 ADI 1822

9 STF, Tribunal Pleno, ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, 29/04/2010.

compreensão do texto que condiciona a sua constitucionalidade. Logo, de acordo com a teoria realista da interpretação, segundo a qual a interpretação não é uma função cognitiva e sim “uma função da vontade”¹⁰, verifica-se que, a pretexto de preservar a presunção de constitucionalidade da lei, a técnica da interpretação conforme acaba por conferir ao juiz constitucional um poder de criação do direito. Prova disso é o julgamento da ADI 4277¹¹ em que o Supremo Tribunal Federal, ao estender a união estável para casais do mesmo sexo, desafiou a literalidade do disposto no art. 1723 do Código Civil, cuja abrangência se restringe expressamente aos casais heterossexuais. Não se trata aqui de contestar o mérito da decisão proferida pelo STF, mais de apenas salientar que por meio deste mecanismo hermenêutico, a Corte eximiu-se das limitações semânticas contidas no enunciado a fim de impor a sua própria leitura do texto normativo. Isto é, em que pese o STF não possuir direito de iniciativa, exerce, no entanto, direito de emenda, já que através do seu poder interpretativo pode ele produzir significados. É neste sentido, portanto, que se pode afirmar que o Supremo Tribunal Federal não é um legislador meramente negativo.

De qualquer forma, diante das atribuições que lhe foram dadas pela Constituição, a Corte Suprema há de ser considerada como um órgão legislativo parcial, e que, como tal, participa à formação da vontade geral. Logo, consoante ensinamento de Jean-Jacques Rousseau, “outra coisa não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral”, e sendo a lei um “ato de soberania”, infere-se que o STF contribui ao exercício da soberania (ROUSSEAU, 1966). Portanto, numa democracia cuja compreensão se insere numa perspectiva de conciliação com o Estado de Direito, verifica-se que os dirigentes eleitos não são os únicos a exercer o poder do povo; também a Corte Constitucional exerce essa função.

3. Democracia Monista e Democracia Dualista

Cumprir observar que a redação do artigo 1º da CRFB parece evidenciar uma contradição, opondo duas formas democráticas distintas. Com

10 Para Michel Troper, defensor da teoria realista da interpretação, a interpretação é uma função da vontade. Significa dizer que a atividade hermenêutica não consiste em uma função cognitiva (“fonction de la connaissance”), tendo em vista que o texto normativo não traria dentro de si um significado (mesmo que oculto) que caberia ao intérprete descobrir ou identificar. A teoria realista admite o princípio da indeterminação textual, o que implica uma certa liberdade na interpretação. Logo, segundo Troper, antes da interpretação, os textos não possuem nenhum sentido, estando apenas na espera de um significado. Pouco importa que o texto tenha ou não um significado, pois, o que interessa é o significado que lhe será dado pelo intérprete.

11 STF, Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, 05/05/2011.

efeito, muito embora consagre o “Estado Democrático de Direito” no seu caput, o parágrafo único do mesmo dispositivo também determina que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Enquanto, de um lado, o referido texto normativo afirma que a soberania do povo é exercida pelos representantes eleitos, do outro, através da lógica do Estado Democrático de Direito, permite que a soberania seja também exercida pela Corte Suprema. Ou seja, democracia representativa eleitoral e democracia constitucional (dois modelos democráticos resultantes de duas lógicas diferentes) constam no mesmo enunciado.

Diferente da tese de Michel Troper para quem a democracia representativa não impede que o juiz constitucional seja representante (TROPER, 1991), insta salientar que a democracia representativa eleitoral rechaça o controle de constitucionalidade. Com efeito, numa perspectiva democrática associada à ideia da eleição, o beneplácito do sufrágio confere aos dirigentes eleitos o monopólio da representatividade assim como a competência privativa para exercer a função legislativa. A democracia constitucional, por sua vez, a despeito de não excluir a representação eleitoral, submete os atos dos dirigentes eleitos aos valores constitucionais, levando desta forma o juiz constitucional a participar ao exercício do poder legiferante.

Ocorre, no entanto, que esta contradição é apenas aparente, pois uma leitura mais atenta do disposto no art. 1º da CFRB revela que se trata, na verdade, de uma conciliação entre os conceitos de Estado de Direito e de representação política eleitoral. Com efeito, se o parágrafo único do texto constitucional mencionado determina que o poder do povo é exercido “por meio de representantes eleitos”, também afirma que este mesmo poder deverá ser exercido “nos termos desta Constituição”. Isso confirma a ideia de que a democracia brasileira configura, consoante expressão de Dominique Rousseau, uma “democracia pela Constituição” (Rousseau, 2008), pela qual a Constituição sujeita os atos dos representantes aos direitos que nela constam.

Entretanto, a noção de “democracia pela Constituição”, ao admitir a participação do juiz constitucional na formação da vontade geral, desafia o senso comum democrático. Deveras, segundo a visão clássica da democracia, caberia apenas aos representantes eleitos pelo povo querer em nome dele. Esta forma tradicional de compreensão da democracia explica-se pelo fato de a “unção popular” dos governantes criar o sentimento de que o povo participa indiretamente à formação da lei por meio de seus representantes. Participação esta, por vezes, direta (embora, na prática, raramente ocorra) quando os representantes decidem consultar

o povo sobre determinada questão política através do plebiscito ou do referendo. Ou seja, a extensão dos direitos políticos e o alargamento do sufrágio provocaram uma estrutura de pensamento baseada numa identidade do povo com as instituições de origem eleitoral. Nestas condições, parcela da doutrina considera inaceitável, de um ponto de vista democrático, conferir a uma instância desprovida de qualquer vínculo eleitoral a possibilidade de pôr em xeque a vontade daqueles que foram eleitos pelo povo. Portanto, quanto à questão da compatibilidade ou não do controle de constitucionalidade com a teoria democrática, duas teses entram em confronto: a democracia monista e a democracia dualista.

De acordo com a primeira concepção, a democracia possui um caráter “unidimensional, monista” (ROSANVALLON, 2010), de modo que somente as instituições eleitas pelo povo teriam legitimidade para expressar a vontade geral. A democracia monista exige, portanto, que “a plenitude da autoridade legislativa seja reconhecida aos vencedores das últimas eleições gerais” (ACKERMANN, 1991), de sorte que, durante a legislatura, “todo ato de controle de constitucionalidade sofre de uma presunção de caráter antidemocrático” (ACKERMANN, 1991). Sendo assim, neste tipo de democracia, predominam os princípios majoritário e de representação eleitoral. Logo, ao evidenciar o caráter universal da eleição, essa forma democrática tem como fundamento o reino do número, cuja força numérica se mede pelo peso dos resultados do pleito eleitoral. Nesta linha de entendimento, destaca-se que a eleição cria a representação, sendo que o voto popular consolida a ideia de que os dirigentes encarnam a maioria do povo, fortalecendo assim a convicção de que a construção da lei deve exclusivamente competir aos representantes eleitos.

Essa lógica da democracia representativa eleitoral gera um fenômeno de assimilação, ou de unificação, entre a vontade do povo e a vontade dos seus dirigentes. Deste modo, para a corrente monista, o fato de autorizar uma jurisdição constitucional a questionar a validade da lei caracterizaria um regresso democrático, já que equivaleria a permitir que uma instância desvinculada do povo possa contradizer a vontade deste mesmo povo. Neste quadro, tendo em vista que a vontade do soberano só poderá ser expressada por aqueles que foram eleitos pelo povo, parcela da doutrina sustenta que esta democracia é fundada em um “regime monopolístico de produção da vontade geral” (ROUSSEAU, 2008).

Por outro lado, os defensores da democracia dualista aduzem que o controle de constitucionalidade gera um processo legislativo em dois tempos – o tempo político e o tempo constitucional – que contribui

ao aperfeiçoamento da lógica democrática¹². Diferentemente da corrente monista, o dualismo democrático faz a distinção entre a vontade do povo e os atos produzidos pelos dirigentes, quebrando assim a confusão entre “democracia” e “soberania parlamentar” (ACKERMANN, 1991). Com efeito, haja vista que a Constituição expressa a vontade suprema do povo soberano¹³, os dualistas consideram que os direitos fundamentais (isto é os direitos dos cidadãos garantidos na Constituição) também constituem uma forma de expressão da vontade do povo, acarretando, deste modo, um “rompimento da identificação” (ROUSSEAU, 2001) da vontade geral com a vontade dos governantes¹⁴.

Desta confrontação de um povo evidenciado nas suas diferentes perspectivas, resulta, conforme expressão de Pierre Rosanvallon, uma “soberania complexa” (ROSANVALLON, 2003) que, ao pluralizar a construção da vontade geral, confere ao povo mais espessura. Desta feita, conquanto não conteste os mecanismos que fundamentam a democracia representativa eleitoral, a doutrina dualista adota uma compreensão mais ampla da democracia, inserindo-a no âmbito de uma prática democrática que “integra tanto a atividade legislativa ordinária como a proteção judiciária dos direitos constitucionais” (ACKERMANN, 1991).

Ademais, a corrente dualista recorda que o sistema dito representativo não prevê o mandato imperativo, inviabilizando, portanto, a existência de uma verdadeira representação. Desta feita, sendo o mandato livre, a ausência de um vínculo jurídico capaz de pautar a atividade dos dirigentes de acordo com as pretensões dos eleitores passa a ser preenchida pelo juiz constitucional, cujo controle exercido por ele de forma contínua e permanente permite garantir que os mandatos eletivos sejam cumpridos observando os direitos dos cidadãos. É assim, por força do caráter dinâmico desta democracia, que estimula o controle democrático fora dos momentos eleitorais, que Dominique Rousseau denominou este modelo democrático de “democracia contínua” (ROUSSEAU, 1995).

Dito isso, cumpre ressaltar que o que é rejeitado, em nome da teoria democrática, pela corrente monista, é admitido pela Constituição brasileira já que, ao conjugar sufrágio universal e justiça constitucional, sub-

12 Diferentemente da corrente monista, os dualistas consideram o “exercício de uma função de preservação pelos Tribunais” como “parte integrante do sistema democrático”, uma vez que a atividade desenvolvida pela justiça constitucional contribui a “servir essa mesma democracia, protegendo princípios penosamente adquiridos” (ACKERMANN, 1991).

13 De acordo com a tese dualista, a Constituição é percebida como este “texto em que o povo é elevado à condição de soberano” (ROUSSEAU, 1999).

14 Conforme esclarece Philippe Blachère, “o juiz constitucional enquadra a representação política do povo dentro dos limites fixadas pela Constituição em nome do soberano” (BLACHER, 2001).

mete os atos dos dirigentes democraticamente eleitos à observância dos direitos fundamentais. Por conseguinte, diante de uma perspectiva positivista, amparada na celebrada dicotomia kelseniana entre o Sein (“ser”) e o Sollen (“dever”), não importa saber o que deve ser a democracia, e sim saber o que ela é. Com efeito, tendo em vista que “a ideia de democracia não contém em si nenhuma prescrição jurídica” (TROPER, 1995), a coexistência, num sistema que se diz democrático, da representação eleitoral e do controle de constitucionalidade, suscita uma reflexão acerca da definição a ser dada dessa forma democrática que decorre da associação dos dois princípios. A exigência que condiciona tal tentativa de definição resulta do fato de inexistir “definição a priori, normativista ou essencialista da democracia” (ROUSSEAU, 2001). Consoante explica Pascal Michon, “nenhuma forma democrática é universal e eterna” (MICHON, 2007), de modo que seria vão, inclusive, querer utilizar a democracia dos Antigos como critério visando determinar qual tipo de democracia – monista ou dualista – mais se aproxima da verdade democrática. As democracias – tanto monista quanto dualista – pertencem à modernidade, ambas encontrando respaldo num quadro paradigmático totalmente diferente daquele que fundamenta o pensamento político grego (BOURETZ, 1992). A democracia, portanto, é um conceito que somente pode ser definido de acordo com o contexto institucional, constitucional bem como conjectural na qual se enquadra. Neste diapasão, pertence à ciência jurídica indicar qual é a concepção de democracia compatível com a existência de uma Corte constitucional e que, portanto, deve ser considerada como um pressuposto pelos sistemas políticos atuais (TROPER, 1991) – pelo menos aqueles que se dizem democráticos ao mesmo tempo que preveem o controle de constitucionalidade.

Se o monismo ainda vigora no imaginário democrático, é contudo a tese da democracia dualista que mais se aproxima da realidade democrática brasileira. Com efeito, a validade da doutrina monista resta prejudicada pelo fato de contemplar a democracia representativa eleitoral como um modelo intransponível e definitivo, deixando pressupor a existência de uma definição preestabelecida, ou normativa, da noção de democracia. Nesta ótica, a democracia eleitoral configuraria o parâmetro democrático com base no qual a atividade da justiça constitucional deve se orientar. Entretanto, não havendo definição a priori da democracia, verifica-se que a abordagem observada pelo dualismo, ao invés de buscar descrever a democracia, não visa senão a impor uma certa visão da democracia. São por esses motivos que a democracia brasileira prescinde de uma nova concei-

tuação, levando em consideração a configuração e a dinâmica institucional que norteiam o funcionamento democrático brasileiro.

Em suma, faz-se necessário inverter a problemática relativa à reflexão acerca do polo justiça constitucional/democracia. Não se trata de saber em que a justiça constitucional seria compatível com a democracia (o que pressuporia a existência de uma definição adquirida e intangível da democracia : a democracia eleitoral), e sim de definir essa democracia que compreende tanto o voto popular (isto é, uma representação eleitoral tendo como base o sufrágio universal) como o controle de constitucionalidade. O que importa, portanto, é determinar “o significado que há de ser reconhecido à palavra democrática” num sistema que se diz democrático ao mesmo tempo que incorpora nele o controle de constitucionalidade (PFERESMANN et TROPER, 2001).

4. O conceito de Democracia Reflexiva

Na linguagem constitucional, encontram-se diversas formas de designar esse novo modelo democrático em que coexistem democracia e justiça constitucional: “democracia constitucional”, “democracia pela Constituição”, democracia contínua” ou “democracia dualista” são os termos empregados com mais frequência para evidenciar essa evolução democrática. Todavia, convém salientar outra expressão, proveniente das pesquisas do historiador Pierre Rosanvallon, que também merece ser explorada no âmbito de um estudo jurídico sobre a democracia: trata-se do termo “democracia reflexiva”.

Para Rosanvallon, as cortes constitucionais são “instituições da reflexividade” (ROSANVALLON, 2010) já que erigem a Constituição como um “espelho”¹⁵ que reflete, ao mesmo tempo que corrige, a imagem que os representantes eleitos têm da vontade do povo. Por outras palavras, conforme leciona Dominique Rousseau, essas jurisdições utilizam a Constituição como um “espelho” que, ao refletir a soberania do povo, permite a esse mesmo povo se enxergar como soberano, lembrando assim aos “delegados eleitos” a sua posição de subordinado para com ele (ROUSSEAU, 2001).

Essa “reflexividade”, pois, resulta de uma “separação” entre a vontade parlamentar e a vontade do povo propiciada pelo controle de constitucionalidade, o qual levou a um “deslocamento” democrático (ROSANVALLON, 2010). Neste contexto, ressalta-se que as jurisdições constitucionais alçam os direitos fundamentais como espaço de expressão concorrencial da vontade do povo, cuja observância por parte dos dirigentes se faz necessária para que a vontade geral possa plenamente se concretizar. Ou seja, a vontade

¹⁵ Um espelho que projeta a imagem dos direitos constitucionais do povo.

parlamentar só alcançará a vontade geral desde que se reflita na vontade constitucional, isto é, contanto que com ela coincida.

Sendo assim, a democracia é dita reflexiva pelo fato de o controle de constitucionalidade inserir a expressão da vontade geral num processo reflexivo por meio do qual a vontade parlamentar só expressa a vontade do povo desde que aquela (a vontade dos representantes eleitos) se reflita na Constituição. É portanto preciso que a imagem da vontade do povo que os representantes projetam seja idêntica àquela que a Constituição ostenta. O famoso precedente firmado em direito francês pelo Conselho constitucional, segundo o qual “a lei aprovada (...) só expressa a vontade geral no respeito à Constituição”¹⁶, é revelador desta perspectiva reflexiva decorrente da regulação pelo juiz constitucional da atividade desempenhada pelas instituições da democracia representativa eleitoral. Rompendo com o modelo clássico de democracia monista, o controle de constitucionalidade deu assim ensejo a um “regime constitucionalista de expressão da vontade geral” (BLACHÈRE, 2001), que é por essência um regime reflexivo. Nesta seara, constata-se que a justiça constitucional gera uma reflexividade não apenas do modo de expressão da vontade geral, mas também das modalidades de exercício da soberania. Isto quer dizer que a reflexividade democrática visa tanto à elaboração da lei quanto ao exercício do poder.

De resto, vale enfatizar outro aspecto da lógica reflexiva, que se traduz pela instauração de uma reflexão sobre a decisão coletiva. Reflexão esta que, com base em novas ferramentas de apreciação, se desenvolve no âmbito de um novo espaço de discussão, reforçando, desta forma, a qualidade deliberativa da construção da vontade geral. Neste diapasão, não há de se falar em “ingovernabilidade”, sendo que a reflexividade, ao invés de engessar a atividade política, visa, ao contrário, a corrigir e a aperfeiçoá-la de acordo com os valores constitucionais fixadas pelo povo.

Dito isto, cabe destacar que a democracia reflexiva não elidiu os mecanismos da democracia de tipo clássico, apenas introduziu reflexividade no âmbito do funcionamento das instituições representativas eleitorais. Logo, a justiça constitucional em nada aniquilou os princípios fundadores do regime representativo, de modo que, do ponto de vista da teoria do direito, a democracia reflexiva se inscreve no prolongamento da democracia representativa (4.1). Ademais, forçoso é constatar que, de acordo com a teoria democrática, o controle de constitucionalidade configura uma “condição de atualização da democracia” (BOBBIO, 1996). A democracia reflexiva se coloca, portanto, numa relação de complementaridade com a democracia eleitoral (4.2). Além disso, dada a evolução do papel do Estado – e da

¹⁶ CC 85-197 DC, 23 août 1985.

consagração pelas Constituições de direitos sociais – que tem levado a uma modificação do Estado de Direito, cabe registrar que a noção de democracia reflexiva não se restringe a de democracia liberal (4.3).

4.1. Justiça Constitucional e Democracia à luz da Teoria do Direito

É comum o emprego da expressão “democracia representativa” para designar os sistemas políticos atuais. No entanto, o uso deste termo apresenta-se equivocado pois, conforme será demonstrado a seguir, os regimes em que os cidadãos elegem os seus representantes em nada caracterizam governos populares. O regime dito “representativo”, apesar de ter se democratizado no decorrer da sua história mediante a ampliação do sufrágio, não consiste em uma representação do povo real.

Insta salientar que o pensamento predominante, que assimila democracia e sistema representativo, decorre de uma compreensão equivocada da noção de representação política. É cediço que a soberania, cuja titularidade pertence à nação, só pode ser exercida pelos representantes desta nação. Entretanto, em virtude da teoria da representação em direito público, nação e povo não se confundem. Com efeito, enquanto o povo se define como um ser concreto, composto da totalidade dos membros de uma coletividade histórica e geograficamente situada, a nação, por sua vez, é uma entidade abstrata que se origina de uma ficção constitucional. O caráter abstrato que lhe foi imprimido faz da nação uma entidade desprovida de capacidade volitiva. É portanto em decorrência desta incapacidade de querer por si próprio, que a Constituição conferiu aos “representantes” o poder de querer em nome da nação. Porém, como se percebe, os ditos representantes não representam mas sim produzem a vontade da nação.

Logo, de um ponto de vista etimológico, não há que se falar em representação. Com efeito, em direito privado, a representação pressupõe a sujeição do representante à vontade preexistente do representado; o que não se verifica no âmbito da representação política na medida em que a nação (entidade supostamente representada) não possui capacidade volitiva, e que a atuação dos representantes não é juridicamente vinculada por uma vontade preexistente, isto é previamente manifestada. Esta ausência de vínculo se deve ao fato de a Constituição não prever o instituto do mandato imperativo, de modo a permitir o exercício de um mandato livre que exime os parlamentares da sindicância dos eleitores¹⁷.

¹⁷ Não prevendo o mandato imperativo, muitas Constituições, como a Constituição francesa por exemplo, adotam o princípio de soberania nacional, mencionando expressamente que os parlamentares representam a nação (e não os eleitores).

Dito de outra forma, a representação não representa, ela cria a vontade, não dos eleitores, mas de uma entidade abstrata: a nação. De sorte que por meio desta ficção jurídica a substância do povo passa a ser diluída no conceito de nação. Disso decorre que, de acordo com a teoria representativa, a qualidade representativa de um órgão não é processual mas sim funcional. Significa dizer que não é o modo ou o processo de designação – a eleição no caso – que confere à uma instituição a qualidade de representante, mas sim o poder de “querer para a nação” (BRUNET, 2004), isto é, a capacidade de participar à elaboração da lei, e, portanto, de exercer a função legislativa. Neste sentido, um exemplo frequentemente citado é o da Constituição francesa de 1791 que, ao conferir ao Rei o poder de veto sobre os projetos de lei aprovados pela Assembleia Nacional, estipulava que “os representantes são o Corpo legislativo e o Rei” (Art. 2, Título III da Constituição de 1791).

Insta salientar que, no final do século XIX, quando da criação do sistema representativo, o voto era censitário, excluindo do corpo eleitoral a grande maioria da população. No entanto, a extensão do direito de voto não afetou os princípios fundadores do regime representativo que ainda hoje vigoram. O sufrágio universal somente consistiu em uma democratização das modalidades de designação dos dirigentes, sem ter, contudo, transfigurado a soberania nacional em uma soberania popular. De modo que os dirigentes eleitos ainda permanecem os representantes da nação, e não do povo. Muito embora a democratização da eleição tenha levado a uma aproximação dos dirigentes eleitos para com os eleitores, num plano meramente jurídico, há de destacar que a relação entre os governantes e o povo não está amparada com base numa verdadeira representação. Em suma, prevalece ainda hoje a ideia de que ser representante consiste em querer para a nação. Logo, tendo em vista que, conforme demonstrado anteriormente, o juiz constitucional exerça a função legislativa, deve ser ele considerado como representante (TURPIN, 1992).

Ante o exposto, verifica-se que o controle de constitucionalidade não põe em causa o alicerce teórico no qual se assenta a democracia clássica. De modo que, conforme afirma o Professor Michel Troper, esta nova dinâmica democrática constitui “apenas uma das modalidades da insuperável democracia representativa” (TROPER, 1995). O que nos leva a mitigar – pelo menos numa ótica jurídica – a contradição entres esses dois modelos democráticos.

4.2. Justiça Constitucional e Democracia à luz da Teoria Democrática

A democracia reflexiva se insere no bojo do liberalismo político. Concebido como a condição necessária do Estado de Direito, o controle de constitucionalidade permite limitar a atividade dos governantes por meio da

proteção dos direitos dos governados. Esta limitação, contudo, é vista hoje como um óbice ao funcionamento democrático¹⁸, já que se dirige a instituições cujos membros foram eleitos pelo povo. Com efeito, importa recordar que no século XVIII, “o condicionamento constitucional do exercício do poder” (ROUSSEAU, 2008) visava instituições não democraticamente eleitas. Mas, com o advento do sufrágio universal, houve um estreitamento do laço destas mesmas instituições com a vontade popular, levando parte da doutrina a questionar a legitimidade democrática da atuação do juiz constitucional na sua função de controlar a atividade legislativa desempenhada pelos poderes eleitos. Todavia, conforme bem salientou Norberto Bobbio, “a proteção dos direitos fundamentais das pessoas é necessária para o regular funcionamento do processo democrático” (BOBBIO, 1996).

De fato, os direitos e liberdades – como as liberdades de expressão, de associação, de reunião, etc. – asseguram ao cidadão a possibilidade de se forjar uma ideia, ou até mesmo de produzir ideias acerca da “coisa pública”, estimulando, desta forma, a vida democrática no seio do espaço público¹⁹. Por isso que, conforme explica Dominique Rousseau, estes direitos configuram o “código de realização da atividade comunicacional” (ROUSSEAU, 1997) com base no qual o espaço público se desenvolve. De modo que, ao garantir a proteção destas liberdades, o juiz constitucional consolida a participação do povo ao debate sobre os assuntos de interesse da coletividade.

Ademais, cumpre destacar que, ao tutelar estes direitos fundamentais, o juiz constitucional garante ao eleitor o livre exercício do seu poder de sufrágio, fortalecendo, portanto, as condições de realização democrática da expressão eleitoral. Com efeito, consoante explica Norberto Bobbio: a participação no voto pode ser considerada como correta e eficaz exercício de um poder político, isto é, o poder de influenciar a formação das decisões coletivas, apenas caso se desenvolva livremente, quer dizer, apenas se o indivíduo que se dirija às urnas para expressar o próprio voto goze das liberdades de opinião, de imprensa, de reunião, de associação, de todas as liberdades que constituem a essência do Estado liberal” (BOBBIO, 1996).

Sendo assim, infere-se que a democracia reflexiva fortalece a democracia representativa eleitoral.

18 Conforme esclarece Philippe Raynaud, “a teoria democrática, de Spinoza até Rousseau, sempre foi pouco favorável à preeminência da Constituição sobre a lei, enxergando nesta predominância um óbice à autonomia das coletividades políticas” (RAYNAUD, 1996).

19 Para Dominique Rousseau, o espaço público é um espaço social de participação popular que permite à opinião pública desempenhar uma função política no intuito de influenciar a atividade dos poderes políticos

4.3. Democracia Reflexiva e Democracia Liberal

A democracia reflexiva é indissociável do Estado de Direito, isto é, da submissão do Estado ao Direito, e, portanto, da primazia da Constituição sobre os atos dos governantes. Em outros dizeres, o controle de constitucionalidade, alicerce da democracia reflexiva, é a condição necessária do Estado de Direito. Logo, tendo em vista que Estado de Direito origina-se no liberalismo²⁰, observa-se que a democracia reflexiva conta com um aspecto liberal. Porém, o advento do Estado-Providência e a consagração dos direitos sociais redimensionaram o Estado de Direito, sendo assim imprescindível não confundir a democracia reflexiva com a democracia liberal.

O Estado de Direito, na sua concepção originária, assentava-se na ideia de Estado liberal e mínimo. Deveras, convém lembrar que o Estado de Direito foi concebido em reação ao absolutismo do “Antigo Regime”, com base numa concepção individualista da sociedade, que visava autonomizar essa mesma sociedade em relação ao Estado, a fim de proteger os indivíduos da natureza arbitrária do poder estatal. Nesta ótica, o Estado é tido como um mal necessário que, ao respeitar a autonomia social, apenas intervém para exercer as suas funções “regalias”. Destarte, os direitos fundamentais que limitam a atividade do Estado caracterizam “liberdades negativas”, quer dizer, de cunho individualista, e que correspondem a direitos e liberdades que visam preservar a esfera privada dos indivíduos. Nesta toada, o Estado de Direito pressupõe a abstenção e a omissão do Estado.

Daí em diante, o perfil e o papel desempenhado pelo Estado evoluíram de forma significativa. O aumento da intervenção estatal na vida social transformou o Estado liberal em um Estado intervencionista. No plano jurídico, este fenômeno se traduziu pela previsão constitucional do princípio da igualdade no seu aspecto material, com base no qual surgiram novos direitos, chamados “droits-créances” (ou “direitos prestacionais”) – passando o Estado a ser considerado “devedor” da sociedade acerca de necessidades coletivas determinadas pelo texto constitucional –, e cuja efetividade implica em uma prestação positiva do Estado.

Nos dias de hoje, os direitos sociais coexistem com as liberdades individuais, o que afetou, portanto, o alicerce liberal do Estado de Direito. Neste contexto, o Estado de Direito deixa de se aparentar ao Estado²¹ liberal. Se o

20 Conforme ensina Raynaud a respeito do Estado de Direito: “É antes de mais nada uma doutrina de limitação do poder que, apesar de admitir a necessidade de uma organização governamental, considera que a proteção da liberdade pressupõe um Estado confinado numa esfera determinada” (RAYNAUD, 1996).

21 A esse propósito, Jacques Chevallier observa que “não somente o Estado de Providência embasa-se numa lógica diferente, como também o seu desenvolvimento teve como consequência subverter alguns princípios tradicionais do Estado de Direito” (CHEVALIER, 2010).

liberalismo continua sendo a essência do Estado de Direito, deve doravante se conjugar com o igualitarismo dos direitos sociais. Sendo assim, é correto afirmar que a dinâmica do Estado de Direito visa não somente impedir a interferência do legislador na esfera privada dos indivíduos, como também lembrar a este mesmo Estado o seu dever constitucional de concretizar certos direitos sociais. Tendo em vista competir ao juiz constitucional velar pela efetiva concretização destes direitos sociais – por meio de um mandado de injunção ou uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, importa não confundir democracia reflexiva e democracia liberal.

Todavia, embora a democracia reflexiva não se confunda com a democracia liberal, também dela não deve ser dissociada. A democracia reflexiva traduz, portanto, esta tensão, ou dialética, inerente ao Estado de Direito contemporâneo – que contempla, ao mesmo tempo, o “liberalismo” e o “socialismo”, quer dizer, a proteção das liberdades individuais e a promoção dos direitos sociais. De modo que é mediante a conciliação casuística (pelo juiz constitucional) destas duas categorias de direitos que a democracia reflexiva permite viabilizar esta tensão. Esta coexistência, contudo, não leva necessariamente a uma oposição, na medida em que, em certos casos, os direitos sociais contribuem a efetivação das liberdades individuais. Com efeito, conforme escreve o Professor Dominique Rousseau, “a intervenção do Estado pode favorecer as liberdades na medida em que a segurança material, propiciada pelos direitos sociais, é uma condição de realização dos demais direitos e liberdades” (ROUSSEAU, 2003). Neste contexto, o desafio da democracia reflexiva consiste em manter e consolidar as garantias do Estado de Direito – no seu sentido liberal – na perspectiva do Estado social (CHEVALIER, 2010).

5. Breves considerações sobre as manifestações da reflexividade no funcionamento democrático

As manifestações da reflexividade no sistema democrático brasileiro já foram examinadas pormenorizadamente no âmbito de uma pesquisa de doutorado sobre o tema da democracia reflexiva (MARTINS, 2013). Não sendo possível esgotar o tratamento da questão no bojo deste texto, limitaremos-nos a apresentar de forma teórica a dinâmica democrática decorrente da coexistência do sufrágio universal com a justiça constitucional.

Sendo assim, cabe salientar que, numa democracia constitucional, as modalidades de funcionamento democrático nas quais incide a reflexividade correspondem ao exercício da soberania e à expressão da vontade geral. Isto é, os efeitos da justiça constitucional sobre a lógica democrática importam em uma reflexividade tanto no âmbito do exercício do poder quanto no bojo da construção da lei.

5.1 A reflexividade das modalidades de exercício da soberania

As democracias modernas outorgaram a soberania à nação sem contudo conferir a ela o poder de exercer aquela, ou de querer em nome próprio. Mas mesmo sem braço e sem voz, o soberano não é ausente, pelo contrário, está em toda parte, é “todos”. É justamente em razão da imensidão, da complexidade e da ubiquidade do ser soberano que considera-se que ele não pode exercer e expressar por si mesmo a soberania, só podendo o povo soberano realizar-se através da mediação. A busca deste povo perdido, inatingível, “introuvable” (ROSANVALLON, 1998), exige o estabelecimento de processos visando a sua reabilitação no âmbito de quadros de realização. É assim, com base nesta necessidade, que o direito público moderno contemplou a realização da soberania numa dimensão institucional como também representativa.

Na sua dimensão institucional, a soberania é exercida por instituições políticas, sendo o exercício do poder norteador pelo princípio da separação dos poderes. Quanto à sua dimensão representativa, a soberania é expressada por representantes, sendo a expressão da vontade geral amparada no princípio da representação política. Noutras palavras, enquanto o princípio de separação de poderes busca reencontrar o povo reproduzindo sua complexidade no âmbito do exercício do poder, o princípio da representação, por sua vez, visa justificar o poder através de um processo de identificação e de encarnação do povo. É assim, com base nestes princípios, que se desenvolveu a democracia.

No entanto, o advento do sufrágio universal alterou essa trajetória democrática, no sentido de orientar a democracia liberal para uma democracia eleitoral. Nesta perspectiva, a eleição democrática teve como consequência: a recentralização da democracia no bojo do espaço político; o enfraquecimento da lógica concorrencial das instâncias políticas; e o fortalecimento da ideia de que representantes é sinônimo de dirigentes eleitos. Dito de outro modo, com essa associação do sufrágio universal com o sistema representativo, a democracia se centralizou. A democracia política, eleitoral e representativa passou a ser uma democracia de tendência monista.

Entretanto, o desenvolvimento da justiça constitucional veio modificar essa configuração democrática para inserir a democracia numa nova perspectiva. Embora pertença ao espaço judiciário, o Supremo Tribunal Federal tem o poder de regular os atos do espaço político de acordo com o espaço constitucional. Sendo assim, a democracia constitucional promovida pela Corte Suprema permitiu revigorar um novo espaço de realização da soberania, qual seja, a Constituição. A jurisdição constitucional acentua o caráter complexo da soberania, lembrando que a voz do povo não se

confunde com o “político” nem se exaure na representação política, mas sim encontra as suas raízes no direito e na sua representação constitucional. A Corte levanta o “espelho” constitucional que reflete, ao mesmo tempo que corrige, a projeção que o poder, quer dizer o representante eleito, tem de si mesmo. Introduce ela, portanto, uma dinâmica reflexiva no âmbito da democracia clássica nas suas dimensões institucional e representativa.

5.2. A reflexividade das modalidades de construção da vontade geral

A incorporação de um sistema de justiça constitucional num regime democrático faz com que a construção da vontade geral não se exaure em um único momento, nem se realiza de uma única forma.

Cabe enfatizar que a expressão da vontade geral não se esgota no momento do sufrágio, nem se restringe ao momento do tempo político que se realiza através da lógica representativa eleitoral. Conforme ensina Pierre Rosanvallon, já na época da Revolução francesa contemplavam-se a desmultiplicação da soberania do povo no tempo. Neste sentido, o revolucionário Condorcet afirmava que a soberania do povo deve ser considerada no âmbito de uma “construção histórica” (ROSANVALLON, 2003) que se insere num “sistema de temporalidades políticas diversificadas” (ROSANVALLON, 2003). É assim, com o objetivo de dar mais densidade ao povo, que Condorcet o concebe na sua complexidade temporal. Nesta perspectiva, sustenta ele que a soberania popular “articula várias temporalidades: tempo curto do referendo ou da censura; ritmo institucional das eleições; tempo longo da Constituição” (Rosanvallon, 2003). Segundo ele, a desmultiplicação temporal da expressão da vontade do povo constitui uma “condição de aperfeiçoamento democrática, já que só ela permite conferir densidade ao povo real, o qual sempre será um povo complexo” (ROSANVALLON, 2003). Com o propósito de questionar uma “concepção unívoca do povo” (ROSANVALLON, 2003), Condorcet lançou as bases teóricas de uma democracia temporalmente reflexiva e que se tornará, com o advento do controle de constitucionalidade das leis, uma democracia dita “contínua” (ROUSSEAU, 1995).

Neste diapasão, constata-se que a garantia jurisdicional da constitucionalidade das leis permite conciliar os diferentes modos de expressão temporal da vontade do povo soberano. Logo, a construção da vontade do povo soberano não se prende a uma única temporalidade, propiciando, pelo contrário, uma conciliação entre os diferentes modos de expressão temporal do povo: o “ciclo curto” do político (expressado pelo “povo atual”), o “tempo pontual” da eleição (decorrente do “povo imediato”), e o “ciclo longo” da Constituição (encarnado pelo “povo perpétua”). É

neste perspectiva, portanto, que se afirma que a Corte constitucional introduz uma reflexividade temporal na formação da vontade geral.

Ademais, convém ressaltar que o controle de constitucionalidade insere a fabricação da lei no âmbito de um processo deliberativo. Ao provocar a atuação da jurisdição constitucional instaura-se um novo debate com suas próprias regras de discussão, distintas das do espaço político. Sendo assim, a deliberação pública se prolonga em um novo espaço de discussão baseado numa modalidade deliberativa pertencente à lógica jurisdicional, e que corresponde ao “campo jurisdicional constitucional” (ROUSSEAU, 2001). Saindo do politic process, a lei passa a ser discutida no âmbito do judicial process (CAPPELLETTI, 1990). Disto resulta o fato de o Tribunal constitucional introduzir uma reflexividade processual na formação da vontade geral.

6. Considerações finais

Sobre o tema atinente às mudanças da ideia democrática provocadas pelo fortalecimento do Estado de Direito, oportuno trazer à baila as palavras do Ministro Celso de Mello pronunciadas no seu voto por ocasião do julgamento da ADI 4277:

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação dos direitos fundamentais (...), sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito²²

Essa citação do decano do Supremo Tribunal Federal enfatiza a ideia de que a democracia brasileira não pode mais ser definida com base no modelo democrático clássico – o da democracia eleitoral. Com efeito, o “princípio majoritário”, decorrente da lógica eleitoral e segundo o qual o poder deve ser exercido de forma unitária pelo campo vitorioso das eleições, deixou de caracterizar o alicerce exclusivo do regime democrático brasileiro. Existe hoje um novo princípio amparando a ideia democrática e que, portanto, a modifica: trata-se do princípio da supremacia da Constituição. Donde a previsão, no art. 1º da Constituição Federal, do conceito de “Estado Democrático de Direito”, bem como a utilização, pelos ministros da Corte, da noção de “democracia constitucional”²³, no intuito de configurar essa

22 STF, Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, 05/05/2011.

23 STF, Tribunal Pleno, RE 477554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 16/08/2011.

forma democrática em que os dirigentes eleitos exercem o poder nos limites da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais.

É cediço que, nas democracias modernas, muito embora a soberania pertença ao povo, o seu exercício compete aos seus representantes. Entretanto, contrariamente à ideia largamente difundida segundo a qual “a eleição cria a representação”, convém lembrar que o princípio representativo não está ligado de modo algum ao princípio eletivo. A democratização da eleição, contudo, prejudicou a compreensão da teoria da representação, fortalecendo, desta forma, uma visão monista da democracia pela qual o exercício do poder é da competência exclusiva das instâncias eletivas. No entanto, cabe salientar que, apesar da ampliação do sufrágio, a qualidade representativa nunca deixou de ser “funcional”, não sendo portanto “processual”, uma vez que a eleição não é senão um mero mecanismo de designação democrático dos representantes. Sendo assim, é tido como representante aquele que “quer para a nação”, isto é, aquele que tira da Constituição uma atribuição legislativa. Logo, sendo o Supremo Tribunal Federal um “órgão legislativo parcial”, conclui-se que o poder representativo não é exclusivo dos dirigentes eleitos. De um ponto de vista jurídico, portanto, nada impede que uma instância não eletiva possa participar da função legislativa e assim ser considerada como representativa.

Mesmo se certos países, em determinados momentos da história, tenham adotado uma feição monista²⁴, conferindo de forma exclusiva o poder legislativo aos dirigentes eleitos, esta configuração democrática de tipo tradicional não é intangível nem imutável. A democracia eleitoral não é intransponível, e o controle de constitucionalidade não deve ser considerado como incompatível com o princípio democrático.

Conforme demonstrada na tese da “democracia contínua” apresentada pelo Professor Dominique Rousseau, o controle de constitucionalidade importou em uma separação da vontade do povo para com a vontade dos dirigentes eleitos. A democracia eleitoral baseava-se nesta assimilação, mas a justiça constitucional, ao quebrar esse “regime monopolístico de produção da vontade geral” (ROUSSEAU, 2008), instaurou um “regime constitucionalista da expressão da vontade geral” (BLACHÈRE, 2001). De modo que este novo regime também pode ser denominado de reflexivo na medida em que a vontade geral só será considerada fruto da vontade majoritária se o juiz constitucional verificar que esta se reflete, ou seja, encontra respaldo, na Constituição. E vimos que a reflexividade introduzida pelo controle de constitucionalidade afeta tanto a expressão da vontade

²⁴ É ainda hoje o caso da Inglaterra onde prevalece a soberania do Parlamento.

geral quanto o exercício da soberania do povo, isto é, as modalidades de fabricação da lei e de exercício do poder.

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o modo de funcionamento democrático no Brasil é norteador por uma dinâmica fortemente democrática que consistiu em um enfraquecimento da lógica do princípio eletivo (MARTINS, 2013). A este propósito, a fim de ilustrar a forma como essa reflexividade se manifesta no sistema brasileiro, convém mencionar alguns acórdãos relevantes julgados pela Corte.

Quanto à reflexividade do princípio majoritário, interessa salientar o julgamento da ADI 1351²⁵ relativa à “cláusula barreira”, cuja lei impugnada buscava restringir a atuação parlamentar dos partidos de acordo com o seu peso eleitoral. Neste ocasião, o Supremo pontuou que o exercício do poder pela maioria política deve observar os direitos constitucionais das minorias parlamentares. Ao decidir pela inconstitucionalidade do dispositivo contestado, a Corte invalidou uma medida que visava fortalecer as prerrogativas da maioria, e assim favorecer o caráter unitário do exercício do poder. Assim sendo, esta proteção jurisdicional da minoria política alça o Supremo Tribunal Federal à categoria de “contrapeso reflexivo”, dando ensejo ao reestabelecimento do princípio de separação dos poderes “políticos” no âmbito das relações entre maioria e oposição.

Outrossim, a respeito da reflexividade temporal da construção da lei, cabe mencionar o julgamento do RE 633703²⁶ sobre a Lei dita Ficha Limpa em que a Corte deu primazia aos direitos “duradouros” da Constituição em detrimento das aspirações “imediatistas” da opinião pública. Com efeito, importante lembrar que a Lei Complementar n. 135, de iniciativa popular e com forte adesão da opinião pública, foi aprovada no intuito de proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Prevendo novos casos de inelegibilidade, a referida Lei tratava de matéria eleitoral. Logo, tendo sido publicada a menos de um ano das eleições, o Supremo, com base no princípio da anterioridade da lei eleitoral assentado no art. 16 da Constituição, se pronunciou contra a aplicação imediata da Lei Ficha Limpa, decidindo pelo adiamento de sua entrada em vigor. Esta reflexividade temporal evidencia o caráter complexo do povo, sendo que este não se restringe ao povo “atual”, já que também abrange o povo “perpétuo”, vale dizer: o povo dos indivíduos, e que correspondia, no caso em tela, ao “cidadão eleitoral”, conforme expressão da Ministra Ellen Gracie²⁷.

25 STF, Tribunal Pleno, ADI 1351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 07/12/2006.

26 STF, Tribunal Pleno, RE 633703/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 23/03/2010.

27 STF, Tribunal Pleno, ADI 3685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 22/03/2004.

Entretanto, ainda em relação à questão temporal, importante ressaltar que, ao promover a reflexividade do “ciclo curto” do político de acordo com o “ciclo longo” da Constituição, a Corte suprema não engessa a evolução do direito, prendendo os dirigentes às vontades das gerações anteriores sedimentadas no corpo do texto constitucional. Pelo contrário, observa-se que o controle de constitucionalidade estimula ou antecipa a mudança. Prova disso é o julgamento da ADI 4277²⁸ em que o STF, atento às transformações ocorridas no seio da sociedade brasileira e, diante da inércia do legislador, reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Ademais, vale registrar que a Corte também introduz uma reflexividade deliberativa no âmbito da formação da vontade geral, sendo o processo constitucional um segundo espaço de deliberação pública que instaura um debate pós-legislativo. Portanto, ciente da relevância das questões que lhe cabe apreciar, o Supremo busca “pluralizar o debate constitucional”²⁹, segundo expressão do ministro Celso de Mello. Para tal, o STF procurou facilitar a intervenção e o papel desempenhado pelo *amicus curie* durante o processo, favorecendo, ademais, a organização de audiências públicas para os casos de “interesse público relevante”. Neste sentido, importa lembrar que os acórdãos mais importantes – como por exemplo os julgamentos sobre o sistema de quota nas universidades³⁰, a proibição da comercialização de pneus usados³¹, a Lei de Biossegurança³², ou o aborto de feto anencefálico³³ – foram todos precedidos de um debate amplamente democrático contando com a participação ativa da sociedade civil.

Além do mais, interessante notar que na França, país de tradição legalista em que a implementação do controle de constitucionalidade das leis foi tardia, algumas normas, por serem associadas à vontade do povo soberano, afastam a tutela jurisdicional. Com efeito, o Conselho constitucional, órgão incumbido de examinar a constitucionalidade das leis, assentou entendimento no sentido de não se julgar competente para apreciar as leis aprovadas por referendo³⁴ (“*lois référendaires*”) nem sequer as

28 STF, Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, 05/05/2011.

29 STF, Tribunal Pleno, ADI-AgR 2130/SC, Rel. Min. Celso de Mello, 03/10/2001.

30 STF, Tribunal Pleno, ADF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 17/09/2009.

31 STF, Tribunal Pleno, ADF 101/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, 24/06/2009.

32 STF, Tribunal Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, 29/05/2008.

33 STF, Tribunal Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 27/04/2005.

34 CC 62-20 DC, 6 novembre 1962.

emendas constitucionais³⁵ (*“lois de révision constitutionnelle”*), por entender que essas duas categorias normativas constituem a expressão da vontade do soberano. Ou seja, ao considerar que o “poder constituinte é soberano” e que as leis “aprovadas pelo povo pela via do referendo constituem a expressão direta da soberania nacional”, o Conselho constitucional não admite o controle de constitucionalidade das referidas leis, impondo assim à democracia francesa os limites do paradigma democrático tradicional. Sobre este tema, insta salientar que, no Brasil, a força reflexiva do controle de constitucionalidade se superpõe ao poder eleitoral. A força do sufrágio universal em nada obsta o poder do juiz, que é competente para apreciar qualquer tipo de lei, independentemente do seu caráter popular – como é o caso das leis decorrentes de consulta plebiscitária, das leis aprovadas por referendo ou das leis de iniciativa popular.

Da mesma forma, também se admite no Brasil o controle de constitucionalidade de atos provenientes de instâncias eletivas com forte legitimidade eleitoral, como o Chefe de Estado e o poder constituinte derivado. A este propósito, vale recordar que o STF adota o princípio de supraconstitucionalidade bem como considera, quanto às medidas provisórias, que o Presidente da República não é um “legislador solitário”³⁶. Em suma, apesar de o princípio majoritário eleitoral ser um dos fundamentos essenciais da democracia brasileira, resta ele submetido ao princípio da supremacia da Constituição.

Disto resulta que a democracia brasileira não pode ser qualificada de democracia eleitoral. Se a democracia eleitoral designa este sistema em que a autoridade do sufrágio é intransponível, forçoso é constatar que a atuação da justiça constitucional no Brasil permitiu superar essa forma democrática. O que não significa, contudo, que houve uma supressão da lógica eleitoral. Com efeito, da análise da jurisprudência do STF, depreende-se que a Corte tem desempenhado um papel importante na proteção da realização democrática das eleições bem como na reconstrução do vínculo representativo entre eleitos e eleitores (MARTINS, 2013). De modo que o Supremo participa ativamente à consolidação da representação eleitoral.

Outrossim, insta ressaltar que o controle de constitucionalidade não deu ensejo ao “governo dos juízes”, conforme expressão de Eduard Lambert (LAMBERT, 2004), nem tampouco impediu os atores políticos de conduzirem a política pela qual foram eleitos. Tanto é verdade que na maioria dos casos as leis impugnadas são chanceladas pelo Supremo.

35 CC 92-312 DC, 2 septembre 1992.

36 STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 295/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, 22/06/1990.

Assim sendo, embora o sistema democrático permaneça respaldado pelos princípios majoritário e eletivo, prevalece o princípio de Estado de Direito. Desta forma, pelo fato de o STF possuir o “monopólio da última palavra”³⁷, nenhum ato proveniente das diversas formas de expressão eleitoral foge do alcance da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Vale dizer, na democracia brasileira, a lógica eleitoral continua em vigor, mas as suas formas de expressões estão “incondicionalmente” sujeitas ao respeito da Constituição. E sem supremacia eleitoral, não há de se falar em democracia eleitoral.

7.Referências bibliográficas

ACKERMAN, B. 1991. *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*. Paris, Calmann-Lévy, 434 p.

BLACHÈRE, P. 2001. *Le contrôle de constitutionnalité et la volonté générale*. Paris, PUF, 246 p.

BOBBIO, N. 1996. *Libéralisme et démocratie*. Paris, Cerf, 123 p.

BOURETZ, P. 1992. Démocratie. In: DUHAMEL, O. MÉNY, Y. (dir.) *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1120 p.

BRUNET, P. 2004. *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*. Paris, LGDJ, 396 p.

CAPPELLETTI, M. 1990. *Le pouvoir des juges*. Paris, Economica, 402 p.

CHEVALLIER, J. 2010. *L'État de droit*. Paris, Montchrestien, 158 p.

HAMON, F. TROPER, M. 2001. *Droit constitutionnel*. Paris, LGDJ, 752 p.

KELSEN, H. 1928. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 45: 197-257.

LAMBERT, E. 2004. *Le gouvernement des juges*. Paris, Dalloz, 298 p.

MALBERG, R. C. 1984. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris, Economica, 228 p.

³⁷ STF, Tribunal Pleno, MS 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 04/10/2007; STF, Tribunal Pleno, ADI 3345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 25/08/2005.

MARTINS, T. P. 2013. *La Cour suprême du Brésil et l'État démocratique de droit. Contribution à une théorie de la démocratie réflexive*. Paris, Fondation Varenne, 532 p.

MICHON, P. 2007. *Les rythmes du pouvoir. Démocratie et capitalisme mondialisé*. Paris, Les Prairies Ordinaires, 311 p.

PFERSMANN, O. TROPER, M. 2001. Existe-il un concept de gouvernement des juges ? In: BRONDEL, S. FOULQUIER, N. HEUSCHLING, L. (dir.) *Gouvernement des juges et démocratie*. Paris: Publication de la Sorbonne, 373 p.

RAYNAUD, P. 1996. Libéralisme. In: RAYNAUD, Ph. RIALS, S. (dir.) *Dictionnaire de philosophie politique*. Paris: PUF, 928 p.

ROSANVALLON, P. 1998. *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*. Paris, Gallimard, 491 p.

ROSANVALLON, P. 2003. *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*. Paris, Gallimard, 592 p.

ROSANVALLON, P. 2010. *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris, Points Essais, 384 p.

ROUSSEAU, J.-J. 1966. *Du contrat social*. Paris, Flammarion, 189 p.

ROUSSEAU, D. 1995. De la démocratie continue. In: ROUSSEAU, D. (dir.) *La démocratie continue*. Paris: LGDJ, 165 p.

ROUSSEAU, D. 1997. La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel. *Le Débat*, 69(4)88: 73-88.

ROUSSEAU, D. 1999. La jurisprudence constitutionnelle : quelle nécessité démocratique. In: DRAGO, G. FRANÇOIS, B. MOLFESSIS N. (dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 415 p.

ROUSSEAU, D. 2001. *Droit du contentieux constitutionnel*. Paris, Montchrestien, 592 p.

ROUSSEAU, D. 2003. L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? In: Mélanges PACTET. *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*. Paris: Dalloz, 2003, 992 p.

ROUSSEAU, D. 2008. Constitutionnalisme et démocratie. *La Vie des idées*, 7 p. Disponible en: www.laviedesidees.fr

TROPER, M. 1991. Justice constitutionnelle et démocratie. *Revue française de droit constitutionnel*, 1: 31-48.

TROPER, M. 1995. Démocratie continue et justice constitutionnelle. In: ROUSSEAU, D. (dir.) *La démocratie continue*. Paris: LGDJ, 165 p.

TURPIN, D. 1992. Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui. *Commentaires*, 15(58): 381-390.