

A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

Sumário: Uma Breve introdução; I. O novo papel do Poder Judiciário Brasileiro em face da crise das Assembleias Legiferantes; II. O ativismo do Poder Judiciário; III. Os Valores da Sociedade aberta e a sua tutela; IV. Uma breve conclusão.

Uma breve introdução

O novo tratamento que o Congresso Nacional brasileiro imprimiu à distribuição dos royalties da exploração do petróleo, desestabilizando o pacto federativo e causando um quadro de insegurança jurídica, que vem prejudicando seriamente a imagem do País e o fluxo de investimentos públicos e privados necessários, renova o debate contemporâneo sobre a crise da democracia representativa e a importância do regime contar com instrumentos de contenção de um potencial de abusos, que a demagogia de uma eventual maioria parlamentar desavisada pode causar à democracia.

Por outro lado, o infausto incidente dos royalties encarece a importância de um sistema constitucional contramajoritário robusto, apto a corrigir prontamente as distorções que a infidelidade de maiorias aos valores constitucionais pode causar à República, que repousa sobre funções corretivas judiciais, provocadas pela atenta atuação de Procuraturas exercentes de funções essenciais à justiça.

Este estudo, originalmente dedicado a um dos mais expressivos nomes do pensamento jurídico espanhol da atualidade, Tomás-Ramón Fernández, explora um dos seus temas preferidos, em torno do qual se agruparam os colegas que o homenagearam quando de sua jubilação acadêmica, qual seja: a contribuição das altas cortes de justiça no desenvolvimento contemporâneo do Direito.

Coincide, assim, este provocativo tema, com a nova e auspiciosa fase da atuação do Poder Judiciário brasileiro sob a Constituição de 1988, proporcionado pelo reforço de seu *sistema de valores* e o advento do neoconstitucionalismo, notadamente em razão da jurisprudência produzida por seu mais elevado pretório - o Supremo Tribunal Federal - na solução de demandas pós-modernas, que têm sido levadas à sua apreciação.

* Excerto revisto e atualizado do ensaio oferecido em homenagem ao ilustre jurista Professor Doutor Tomás-Ramón Fernández, Catedrático de Direito Administrativo da Universidade Complutense de Madri.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro

I. O novo papel do Poder Judiciário Brasileiro em face da crise das Assembleias Legiferantes

Como é de geral conhecimento, às Cortes Constitucionais já não cabe mais atuar apenas como legislador negativo, o que se considerava como o correto atendimento, claramente de corte kelseniano¹, do vetusto princípio da separação e independência entre os Poderes do Estado, consagrado no artigo no artigo 2º da Constituição Brasileira, senão que, ao revés, frequentemente, em situações concretas, muito em razão da lentidão, anacronismo, perda de qualidade e antijuridicidade da produção legislativa, o Poder Judiciário se vê chamado a intervir na construção interpretativa da norma aplicável, com vistas a salvaguardar direitos fundamentais², assim, como um legislador positivo.

Isso se deve, dentre outros fatores, à ascensão de novos cânones do pós-positivismo³, materializados pela textura aberta e pela força normativa dos princípios constitucionais⁴, assim como à crise de legitimidade experimentada pelo velho modelo de democracia formal, meramente representativa, quando não, quase totalmente reduzida a periódicos sufrágios colhidos nas urnas.

Nasce daí a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na integração de lacunas legislativas e correção de abusos de eventuais maiorias parlamentares e, conseqüentemente, sob impulso da evolução contemporânea do constitucionalismo, a ascensão da sua importância no cenário juspolítico brasileiro, como, de resto, ocorre nos Estados Democráticos de Direito, para a afirmação da democracia substantiva, entendida como a que se realiza pela observância dos valores fundamentais explícitos ou implícitos em suas Constituições.

Não há, contudo, uma necessária conjugação entre o *judicial review* e o atributo de supremacia das decisões judiciais⁵. No Brasil, o reconhecimento da última palavra

ao Judiciário se deu, principalmente, por constituir, a sua atuação, uma garantia conquistada pela abertura política ocorrida no País nas últimas décadas.

Tal fenômeno se deve, desde logo, à adoção dos valores que caracterizam um pleno Estado Democrático de Direito, trazida com a Constituição Brasileira de 1988, superando anos de autoritarismo e arbítrio, durante os quais não vigiam direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Com efeito, neste cenário da redemocratização do País, a nova ordem constitucional conferiu ao Supremo Tribunal Federal um papel protagônico na proteção dos direitos fundamentais e, *deinde*, da democracia⁶.

Com base nessa mudança axiológica da atuação funcional dos Poderes da República, aquela Corte Constitucional tem exercido com efetividade a sua reforçada legitimação para o desenvolvimento de práticas inovativas voltadas à resolução de controvérsias de relevância nacional⁷, diante das quais inexistiam soluções preceituais específicas ou, para as quais, a legislação vigente agredia valores consagrados da democracia substantiva.

II – O ativismo do Poder Judiciário

Assim é que veio a se caracterizar o fenômeno do denominado, *ativismo* do Poder Judiciário⁸, tornando-o protagonista na implementação dessa conquista da democracia material e participativa, que vem a ser, sem dúvida, uma tendência justificada pela indeclinável necessidade de se garantir a proteção dos direitos fundamentais das minorias em face de maiorias políticas e partidárias eventuais.

A proeminência, assim justamente alcançada pelo Poder Judiciário, se insere, ainda consoante apreciação de ilustres autores, no processo em marcha de construção de uma sociedade livre, na qual, aos olhos do homem comum, os tribunais, conformados por imparciais e político-partidariamente neutros cultores do Direito, seriam mais confiáveis

¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

² O fenômeno da judicialização das questões envolvendo direitos fundamentais e os excessos nele cometidos são abordados por Luís Roberto Barroso em: BARROSO, Luís Roberto. *Da falha de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp.217-254

³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.

⁴ Konrad Hesse foi o primeiro a alertar para a força normativa das disposições constitucionais em sua obra seminal *A força normativa da constituição* (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991).

⁵ A desvinculação ocorreu, desde a sua formatação original, cunhada nos Estados Unidos da América, em que somente em um passado recente o panorama foi alterado: “*As has so often been noted, Marshall never claimed supremacy for the Court in Marbury. The opinion ends, after all, with Marshal saying*

that courts have an equal right to the other departments in interpreting the Constitution. The Court committed itself explicitly to judicial supremacy only relatively recently.” GRIFFIN, Stephen. The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights. *Tulane University School of Law: Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, set. 2003. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240 Acesso em 23 de setembro de 2011

⁶ SILVA, Cecília de Almeida *et al.*, *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2011, p.29

⁷ Confira-se, nesse sentido, o discurso proferido pelo Min. Celso de Mello, quando da posse de Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal: *Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursosCMposseGM.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2011

⁸ VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.) *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009

do que as assembleias de legisladores, mesmo que democraticamente eleitos, cada vez mais premidos por questões de política partidária, por manobras de acesso e manutenção de poder e por preocupações ditadas por interesses populistas, que os levam, tantas vezes, a tomar decisões antagônicas aos fundamentos de valor da *ordo juris*⁹.

Outros doutrinadores acatados, por sua vez, entendem que a razão de um apreciável deslocamento da legitimidade e, conseqüentemente da autoridade, do sistema representativo para o sistema jurisdicional, se acentua no quadro criado pela profusão de Constituições rígidas e dirigentes, no qual se constata uma hiperconstitucionalização dos fenômenos sociais, em geral conferindo abundantes direitos aos cidadãos, descompassados com suas correlativas obrigações, embora deixando a cargo dos Poderes Legislativos e Executivos, a espinhosa missão de implementar essa caleidoscópica vontade constitucional¹⁰.

Esses fenômenos tornaram-se mais acentuados no Brasil, como já destacado, precisamente em razão do papel protagônico conferido ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Brasileira de 1998, de intérprete final da ordem jurídica nacional, no desempenho do qual esse Pretório passou a exercer, simultaneamente, várias funções relevantes: a de *tribunal constitucional*¹¹, por caber-lhe um onímodo controle de constitucionalidade, tanto de modo difuso como concentrado: (1) a de *órgão da cúpula do Poder Judiciário brasileiro*, por se constituir na última instância julgadora de recursos extraordinários; (2) a de foro especializado¹² para o julgamento de autoridades do mais alto patamar hierárquico da República, bem como (3) a de

⁹ Cf. V. VIERA, Oscar Vilhena. *Superdemocracia. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Coordenador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2009.

¹⁰ Acerca do fenômeno da constitucionalização do direito e seus reflexos, inclusive quanto à profusão da jurisdição constitucional, cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp.61-120.

¹¹ Confira-se o teor do artigo 102 da Constituição Brasileira: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; (...) II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

¹² Veja-se algumas dessas competências previstas na Constituição Brasileira: Art. 102. (...) I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (...)

garante último para as matérias definidas como de relevante interesse para o País, que implicam na salvaguarda de valores essenciais de uma democracia substantiva.

Tais funções se viram ainda mais ampliadas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, ao introduzir uma reforma no Poder Judiciário brasileiro, que dilargou consideravelmente a *vinculação aos precedentes*¹³ da Suprema Corte e, por conseqüência, conferindo maior relevância à sua atuação, o que a posta como uma espécie de "poder moderador" na proteção de direitos fundamentais.

Institutos novos, como as *súmulas vinculantes*, a *exigência de repercussão geral* na interposição de recursos extraordinários, os efeitos ampliados conferidos aos *mandados de injunção* e às *reclamações*, confluíram para reforçar essa missão e encarecer a responsabilidade da Suprema Corte na resolução de demandas de repercussão social, tudo denotando com nitidez um processo de "substituição parcial" à atuação do Poder Legislativo¹⁴.

Sob outro prisma, a própria atuação defectiva do Poder Legislativo não só permitiu como induziu a ampliação desse espaço de proeminência do Judiciário na vida social e política brasileira.

Com efeito, está-se - e não apenas no Brasil - diante de uma grave crise de *representatividade*, quicá de envelhecimento da hegemonia política do bicentenário modelo assembleísta rousseauiano, pois que as sociedades já não mais vêm como legítimas muitas das decisões de seus representantes políticos, notadamente por senti-los preocupados, como já referido, mais com assuntos pessoais, partidários e de disputa de espaços de influência *do que com os legítimos interesses populares, levando-as*, por isso, a confiar cada vez mais em instituições outras, que sintam mais próximas e responsivas ao dia-a-dia de suas necessidades e de seu atendimento¹⁵.

¹³ Sobre o tema, confira-se MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedente: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁴ Consulte-se, a respeito, alguns dos novos dispositivos acrescentados no ordenamento constitucional brasileiro: Art. 102, § 2º - 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Art. 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (*vide* Lei nº 11.417, de 2006).

¹⁵ Pesquisas recentes mostram que 33% da população crê na confiabilidade do Judiciário, enquanto que apenas 20% confia no Congresso Nacional. Demonstrando também o problema, a confiança nos partidos políticos foi avaliada em espantosos 8% da população nacional. Apenas a título de comparação, a confiança nas Forças Armadas é de 60%, enquanto que a Igreja Católica possui credibilidade de 56%. A Pesquisa foi feita pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Fonte: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7837/RelICJBrasi14TRI2010%27.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 de setembro de 2011.

Eis porque essas entidades se estão destacando no desempenho de suas missões, atuando como canais híbridos de expressão legítima e constitucionalizada de *contrapoderes*, como o são, em evidência, os órgãos exercentes das *funções essenciais à justiça*, que conformam as advocacias *lato sensu*: as Procuraturas constitucionais, constituídas pela Advocacia Privada e pela Advocacia Pública, esta, com as carreiras do Ministério Público, da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública.

Para agravar este quadro, no caso brasileiro, espoucam lamentáveis escândalos – passados e presentes – de corrupção, de acobertamento de irregularidades, de morosidade na atividade legiferante, de abusos legislativos das majorias parlamentares e, em alguns casos, de sua omissão diante de um nítido dever de legislar, também podem ser apontados como concausas desse difundido fenômeno contemporâneo de hiperatividade do Poder Judiciário.

Quanto aos *abusos legislativos*, aponte-se, como nítido e recentíssimo exemplo de mau uso parlamentar da regra da maioria em contrariedade do Direito – e não apenas de seus princípios explícitos na Constituição, como de outros nela implícitos por força mesmo de regra expressa em seu artigo 5º, § 2º - o ocorrido com a promulgação da recente Lei 12.734, de 15 de março de 2013, que inova a interpretação das regras constitucionais sobre a partilha dos *royalties compensatórios da exploração de petróleo* entre entes da Federação, de modo a estender o benefício até aos que não têm qualquer prejuízo com os encargos, danos e inconvenientes que essa atividade exploratória ocasiona, ou seja, quando nada existe a compensar.¹⁶

Por outro lado, quanto às *omissões legislativas* cite-se como exemplo a carência de lei disciplinadora do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, prevista no art. 37, inciso VII, da Constituição e aguardada há vinte e dois anos, ou seja, desde a promulgação da Carta em 1988. Ante esta, também nítida, omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Mandado de Injunção nº 712/PA, estendeu a aplicabilidade da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores do setor privado, à greve dos servidores públicos, até que sobrevenha a exigida norma disciplinadora¹⁷, superando a lacuna que inutilizava a previsão constitucional.

¹⁶ A execução da Lei foi suspensa pela Ministra Cármen Lúcia, que deferiu liminar em ação direta de Inconstitucionalidade por solicitação do Estado do Rio de Janeiro, em 18 de março de 2013, invocando “a esteira de precedentes e urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos objetivamente demonstrados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento...”

¹⁷ Confira-se o seguinte relevante trecho do Julgado: A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar — o que se afiguraria

Mas, além dos casos de *abuso* e de *omissão* legislativos, sobressai a impressionante *morosidade* na discussão de projetos e edição das leis que deveriam acompanhar a celeridade das modificações advindas do contexto histórico e das circunstâncias fáticas do País, o que faz do ordenamento jurídico em vigor cada vez mais anacrônico e lacunoso, em razão do contínuo avanço das tecnologias e da evolução da própria técnica jurídica, fenômenos inerentes às sociedades pluralistas contemporâneas, nas quais as reivindicações sociais não apenas se multiplicam como, frequentemente, colidem entre si.

Nesse sentido, alguns dos principais diplomas legislativos de nível infraconstitucional no Brasil padecem dessa defasagem. Exemplificativamente, cite-se a legislação penal brasileira, anacrônica quanto ao amparo dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da individualização da pena, assim como da tipificação da criminalidade do mundo contemporâneo; os diplomas processuais¹⁸, em desacordo com os princípios do devido processo legal, da celeridade da prestação jurisdicional e do acesso à justiça; e, até mesmo, para citar um exemplo no Direito Administrativo, que muito prejudica a gestão da coisa pública, a obsolescência da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de 21 de junho de 1993, que com duas décadas de publicação, tornou-se inapta para servir ao dinamismo de uma administração gerencial, que se quer mais célere, menos formalista e mais condizente com o princípio constitucional da eficiência e com o alcance de resultados legítimos, o que tem levando à edição de leis parciais, em lugar de uma lei geral para o setor, com grave perda da segurança jurídica do administrado.

Este descolamento entre os textos legais e as necessidades da realidade dos fatos deixa um grande número de questões sem qualquer resposta satisfatória da ordem jurídica positiva, daí porque frequentemente se recorre ao Estado-juiz para que solucione as demandas decorrentes da ausência de uma previsão normativa preceitual adequada e atualizada, que atenda aos interesses da sociedade brasileira no contexto conjuntural.

inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] — é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (STF. I 712 / PA – Relator (a): Min. EROS GRAU Julgamento: /10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

¹⁸ O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) e o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), já sofreram diversas alterações setoriais ao longo dos anos, em um movimento gradual de reforma, e contam com propostas de substituição integral, de grandes méritos técnicos, em estudo no Congresso Nacional.

III – Os valores da sociedade aberta e a sua tutela

Essa situação tanto mais legítima tornará o produto jurisdicional, se o processo de interpretação não for um exercício hermético, circunscrito aos tribunais, mas, como de fato se está tornando, uma legítima expressão das aspirações e dos valores de toda a sociedade, tal como iluminadamente preconizado por Peter Häberle, ainda na década de setenta do século passado, em sua clássica *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, obra que influenciou e continua a indicar fortemente os rumos do Direito na Pós-Modernidade

Não se apregoa, portanto, a idealização da imagem de um “juiz Hércules¹⁹”, tal como concebida por Ronald Dworkin, porque dela, afinal, não se necessita, senão que se aspira a um sistema judiciário cada vez mais aberto à sociedade, para que esta participe das soluções em importantes julgamentos, para os quais às cortes tanto faleçam os conhecimentos de mérito necessários, como a sensibilidade social, própria da sabedoria popular difusa, que é produto da franca interação entre várias mentes, cuja oportuna audiência tornará aqueles órgãos mais capazes de antecipar as consequências, mesmo as mais remotas, de suas decisões de impacto social.

Será graças a essa efetiva *participação cooperativa da sociedade* nos processos judiciais – a que resulta da intensa e profícua atuação de seus intérpretes habilitados – que pouco restará para se arguir acerca de uma eventual dificuldade contramajoritária da atuação dos tribunais²⁰, pois sua legitimação decorrerá do cumprimento do procedimento adequado para garantir a ampla audiência de todos os interessados.

Portanto, será por meio da necessária participação dos exercentes das funções essenciais à justiça – a advocacia privada, as advocacias de estado, os ministérios públicos e as defensorias públicas – que devam, necessariamente ou não, intervir nos feitos, que será possível alcançar-se os mais elevados níveis de excelência decisória do sistema judiciário.

Complementarmente ainda, com a vantagem de desafogar juizados e tribunais, será cada vez mais importante contar com uma ampliada participação social em prestações pré-jurisdicionais, como, por exemplo, em audiências de *mediação* e de *conciliação*²¹, bem como na própria fundamentação de decisões judiciais de interesse geral, em audiências públicas²², e na coleta de depoimentos de pessoas com experiência

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

²⁰ O debate acerca do argumento contramajoritário é tradicional em solo norte-americano, atribuindo-se a BICKEL a sua definição. (BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of the politics*. 2.ed. New Haven: Yale University, 1986).

²¹ Uma prática cujo fortalecimento está na atualíssima pauta do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro impulsionada pela clarividência de sua atual Presidente, a Desembargadora Leila Mariano..

²² As previsões legais para a instauração de audiências públicas em sede de controle de constitucionalidade se encontram no artigo 9º, §1º da Lei nº 9.686/99, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e no artigo 6º, §1º da Lei nº 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

e autoridade na matéria conflituosa, seja abrindo o ingresso de *amicus curiae*²³ em casos de controle abstrato de constitucionalidade, seja convocando entidades direta ou indiretamente interessadas nas futuras decisões a serem prolatadas²⁴.

Está-se, pois, diante de um importante fator de pluralização e de legitimação²⁵ do debate judicial, que se torna ainda mais relevante para a boa prestação jurisdicional, quando suas decisões possam repercutir e se estender no espaço e no tempo, como geralmente ocorre em se tratando de matéria contenciosa constitucional.

Para exemplificar a atuação com essas características pós-modernas como vem apresentando o Poder Judiciário no Brasil, podem ser lembrados dois casos recentes levados à agenda do Supremo Tribunal Federal, ambos com origem na crise de representatividade parlamentar, que leva a uma situação de anomia, como o foram, emblematicamente: a questão judicial em que o fulcro da discussão foi a *juridicidade da antecipação do parto de feto anencéfalo* e outra, em que a Suprema Corte foi chamada a decidir sobre a viabilidade da *utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos, descartados no processo de fertilização in vitro*, em ambos os casos, em ações proficientemente propostas por Luís Roberto Barroso, que também atuou, já como Procurador do Estado do Rio de Janeiro, na referida postulação, de que resultou, até o momento em que se concluiu este ensaio, a suspensão dos efeitos da chamada Lei dos Royalties do Petróleo, a que se fez menção.

IV – Uma breve conclusão

A *regra da maioria* não se pode considerar obsoleta para a realização da democracia, só que ela não deve prevalecer se questionados *princípios fundamentais* constitucionalmente tutelados, casos em que será a *regra de valor* aquela que deverá ser aplicada.

Assim, a *regra majoritária* continua a servir para legitimar a investidura dos agentes políticos eletivos e as suas decisões coletivas nos foros políticos na realização da *democracia formal*.

Todavia, quando se trate da preservação dos valores fundamentais constitucionalmente tutelados e, assim, de sustentação da *democracia material*, deverá prevalecer a *regra contramajoritária*, que se legitimará em sua aplicação,

²³ Já a admissão da manifestação de *amicus curiae* encontra guarida no artigo 7º, §2º da Lei nº 9.868/99

²⁴ O autor se sente muito à vontade para mencionar esse instituto, uma vez que tem advogado a sua introdução no Brasil desde 1999, como se lê na obra *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado*, São Paulo: IBDC - Celso Bastos Editor, 1999, Cap VI, item 4.9, p.82.

²⁵ “(...) Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes” (HABÉRLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 31- 32.

pela atuação cooperativa e coordenada dos agentes políticos legalmente habilitados, exercentes de funções político-partidariamente neutrais, atidas ao rigor dialógico dos devidos processos legais.

A regra majoritária não é uma panacéia - e a História já o demonstrou cabalmente com as catastróficas decisões que alçaram ditadores e tiranos de toda sorte ao poder e causaram imensos danos a seus países e à humanidade - por isso, há de ser temperada pelo emprego corretivo da regra contramajoritária, que se alça, assim, como a marca distintiva das sociedades livres e plenamente democráticas da pós-modernidade.

Neste sentido é que *maiorias*, sejam populares, sejam parlamentares, podem se tornar, paradoxalmente, agressoras da *democracia plena* - esta que se realiza pela equilibrada dosagem entre a regra majoritária e a regra de valor.

Isoladamente, a regra majoritária está apta para produzir democracias, eletivas e parlamentares, sustentadas em *números* - as democracias meramente *formais* - e, por isso, sempre vulneráveis a consequentes ditaduras de número.

Eis porque a regra contramajoritária é o contraponto necessário para garantir o equilíbrio, permitindo a instituição de democracias também sustentadas em *valores* - assim, democracias complementarmente *substantivas* - que, por isso mesmo, se fazem mais resistentes aos assaltos de ditaduras de qualquer tipo: sejam as de órgãos do executivo, sejam do legislativo.

Parece não haver dúvida de que esses avanços se incorporaram definitivamente à prática do Direito *nacional* dos povos de vanguarda, para o aperfeiçoamento de suas respectivas instituições juspolíticas, e este fenômeno não está mais apenas adscrito a países, como também já se observa em nível global, que exsurge na nova dimensão do Direito *transnacional*, de modo que a democracia substantiva, esta que não se realiza apenas pela regra da maioria, mas pela supremacia de valores, pode ser considerada como uma conquista sem volta da civilização.

Teresópolis, 2013.