



TEORIA DA DEMOCRACIA RADICAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DESDOBRAMENTOS POSSÍVEIS

THEORY OF RADICAL DEMOCRACY AND CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: POSSIBLE RAMIFICATIONS

*Arthur Phillipe Milanez Santa Cecília**
*Yasmim Vilas Boas de Araújo***

Resumo: O choque entre a democracia e constitucionalismo é figura controversa que repercute em variados momentos históricos da teoria constitucional. Contemporaneamente, esse debate não funcionaria de maneira distinta. Diante do visível dissenso existente entre a atuação do Poder Judiciário e a prática social, torna-se mister analisar as circunstâncias que rodeiam essas questões, principalmente no que diz respeito à legitimidade. Nesse sentido, justamente por a teoria da democracia radical não se debruçar acerca do campo e do limite de atuação das instituições, deve-se imaginar, a partir dos escritos desenvolvidos por seus principais autores, a qual entidade estatal restaria o encargo de lidar com o controle de constitucionalidade. Ademais, verificar se a atuação do Poder Judiciário é suficiente para nutrir as arenas agonísticas propostas por Chantal Mouffe. Para isso, o presente escrito irá traçar as principais linhas estruturais desenvolvidas pela democracia radical. Após, irá averiguar o caminho histórico traçado pelo controle de constitucionalidade e os campos teóricos que o norteiam atualmente. Com isso, no fim será estabelecida qual a possível relação entre o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e a teoria da democracia radical, concluindo-se então, pela assimilação da hipótese traçada, marcada pela incompatibilidade, em certa dimensão, dessas figuras, haja vista a impossibilidade de manutenção do pluralismo agonístico no âmbito judicial.

Palavras-Chave: Democracia radical. Constitucionalismo. Controle de constitucionalidade. Revisão Judicial. Legitimidade democrática.

*Graduando do 9º módulo do curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9795413074176139>. E-mail: arthur.pmsc@hotmail.com.

**Graduanda do 9º módulo do curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0784861170431200>. E-mail: yvbaraujo@gmail.com



Abstract: The clash between democracy and constitutionalism is a controversial figure that has repercussions in several historical moments of constitutional theory. At the same time, this debate would not work differently. In view of the visible disagreement between the Judiciary's action and social practice, it becomes necessary to analyze the circumstances surrounding these issues, especially with regard to legitimacy. In this sense, precisely because the theory of radical democracy does not focus on the field and limits of action of institutions, one must imagine, based on the writings developed by its main authors, which state entity would be left with the task of dealing with the control of constitutionality. Furthermore, to verify if the Judiciary Power's action is sufficient to nourish the agonistic arenas proposed by Chantal Mouffe. For this, the present writing will trace the main structural lines developed by radical democracy. Afterwards, it will investigate the historical path traced by the control of constitutionality and the theoretical fields that currently guide it. With this, in the end, it will be established what is the possible relationship between the control of constitutionality exercised by the Judiciary and the theory of radical democracy, concluding then, by the assimilation of the outlined hypothesis, marked by the incompatibility, in a certain dimension, of these figures, given the impossibility of maintaining agonistic pluralism in the judicial sphere.

Keywords: Radical democracy; Constitutionalism; Constitutionality control; Judicial Review; Democratic Legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

No cenário atual, as tensões que atravessam a relação entre o constitucionalismo e a democracia emergem cada vez mais, principalmente no que tange à atuação das instituições e a legitimidade democrática no processo de decisão. Após inúmeras discussões e produções textuais acerca da temática, surgiu, no contexto acadêmico, o modelo da democracia radical, tendo como autores precursores e principais Chantal Mouffe e Ernesto Laclau. Para essa corrente teórica a noção do conflito permeia a democracia em todas suas esferas, isto é, a política é determinada pelo seu caráter agonístico, marcado pelo dissenso político. Nesses espaços, a divergência política é vista de forma benigna e desejável. Esse modelo político enxerga com bons olhos a falta de consenso e vê como impossível a racionalidade atribuída às decisões e escolhas tidas como ideais. Para esse cenário, portanto, atribuir à determinada escolha o locus de decisão correta é modo incorreto de visualizar o que está de fato em jogo no contexto político, vez que, toda escolha, ainda que transvestida de correta é, em suma, apenas uma das escolhas dentre as possíveis.

Tendo essa análise como base teórica e sendo o controle de constitucionalidade um dos instrumentos mais controversos da teoria constitucional, desde Kelsen



e Schmitt até Dworkin e Waldron, torna-se necessário estabelecer um exercício ponderativo e imaginativo a respeito do modo como esse instituto seria pensado pela teoria da democracia radical. Espera-se, com o estudo tangencial e inicial aqui apresentado, formular presunções a respeito de como o modelo de democracia radical enxerga o controle de constitucionalidade, em especial em sua nuance forte e procedimentalista, na qual o órgão judiciário, representante de uma racionalidade máxima, é capaz de invalidar por completo atos das demais funções estatais. A hipótese aqui traçada é a de que a democracia radical enxota esse modelo de controle de constitucionalidade forte, por ele desprezar, nesta visão, o dissenso inerente das questões políticas, ao mesmo tempo em que se manifesta como um protetor racional da população, quase como uma personificação de um superego da sociedade, capaz de dar sempre a melhor e mais certa respostas para as questões levadas a ele.

Essa compreensão será efetivada a partir da utilização de um método descritivo, com uma abordagem qualitativa do tipo exploratória, com o uso de uma literatura bibliográfica sobre a teoria democrática radical e o controle de constitucionalidade. Ademais, será efetuada por meio de um estudo *ex-post-facto*, vez que investigará as relações cabíveis entre uma determinada teoria e um certo fenômeno do constitucionalismo, culminando em algumas conclusões que instigarão o debate no que diz respeito à temática tratada.

Possuindo como ponto de partida a legitimidade das instituições democráticas e do papel da sociedade no processo decisório, o presente artigo se debruçará, inicialmente, sobre as definições atinentes à democracia radical. Posteriormente, analisará a figura do controle de constitucionalidade por meio de sua evolução histórica e sobre os alicerces teóricos que o embasam. Por fim, tecerá um possível liame entre a teoria da democracia radical e o controle de constitucionalidade, a fim de verificar quais os resultados dessa intercessão.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A IDEIA DEMOCRÁTICA NA ATUALIDADE

Democracia é um conceito amplamente discutido nas mais diversas arenas sociais e acadêmicas. Nesse meio, fato que merece destaque é a amplitude que, no período hodierno, este conceito adquire na organização política global. Sem pormenores, parte considerável da doutrina que se dedica à temática trata a demo-



cracia como uma forma de governo na qual o poder de ordem é concentrado no povo. Entretanto, a ideia de democracia adquire significação abstrata e ambígua, sendo passível de se levar a registro um amplo dissenso das diversas escolas de pensamento a esse respeito.

Nesse cenário, são várias as definições e aplicações do conceito de democracia na atualidade. Desse modo, qualificar algo como democrático é pouco ou quase nada descritivo, visto que governos amplamente diversos e excludentes vestem-se com esses trajes e se proclamam democráticos. As investigações, nesses meios, portanto, não cuidam mais de dizer se determinada figura ou política é *democrática*, mas em inquirir o *que se define por democrático em certo meio*. Fato é que o compromisso democrático é quase uma parte indispensável da legitimidade política, como se pode extrair da observação de que os governos com as mais variadas posições se apresentam como democráticos. Essas lideranças políticas podem ser progressistas ou conservadoras, meritocratas ou igualitaristas, nacionalistas ou cosmopolitas, multiculturais ou favoráveis a uma única cultura, mas dificilmente se opõem abertamente à democracia. Ante o exposto, é corolário lógico que a ideia democrática é peça fundamental da organização política, de tal maneira que

No mundo contemporâneo, portanto, a aprovação à ideia de democracia é praticamente inegociável. As instituições internacionais normalmente tentam condicionar a ajuda aos países em desenvolvimento à adoção, por parte deles, de eleições regulares e de outras reformas democráticas. Os movimentos de libertação insistem que são mais democráticos que os regimes cujo lugar procuram ocupar. É verdade que as formas de governo constitucionais às vezes limitam o raio de ação da democracia, particularmente aquelas em que, como nos Estados Unidos, impera a separação de poderes. Mas geralmente as constituições também trazem dentro de si as garantias de um governo democrático. Além disso, elas próprias podem ser revistas mediante a convocação de uma assembleia constituinte ou por meio de mecanismos de emenda cuja legitimidade é confirmada pela população. Até mesmo constitucionalistas de esquerda como Bruce Ackerman concordam que as etapas decisivas da criação e da alteração da Constituição devem ser validadas democraticamente pela população, para que sejam consideradas legítimas ao longo do tempo (SHAPIRO, 2006, pp. 245-246).

Embora a importância da democracia hoje seja praticamente inquestionável, seu significado é aberto e amplamente debatido. Há uma grande divergência teórica sobre o conteúdo desse componente jurídico-político. Dentre as diversas configurações obtidas pela democracia está aquela que busca ser radical e plural, objeto de análise do presente trabalho acadêmico.



2.1.1. Teoria da Democracia radical

O modelo democrático radical vê a divergência como um elemento intrínseco da política. Para reformular as ideias envolvidas no conceito de democracia, o modelo proposto visa criar uma sociedade em que indivíduos com diferentes ideias políticas se vejam como adversários e não como inimigos. Sobre este modelo, KOZICKI (2000, p. 3, grifo nosso) leciona:

Esta matriz, nos moldes em que ela vem sendo desenvolvida no eixo anglo-saxão, principalmente por Chantal Mouffe, assume como premissa a efetivação dos princípios da liberdade e da igualdade. Ao mesmo tempo, ela parte do reconhecimento da importância do papel do poder e do conflito nas relações sociais. Nesta perspectiva, a democracia é entendida sempre como um “*jogo inacabado*”.

Em resumo, o modelo em questão, cujo expoente é Chantal Mouffe, caracteriza-se por uma organização política centrada no dissenso. Nesses termos, o que se defende é um governo em que os princípios de organização social sejam abertos e mutáveis. Este é um modelo em que o jogo político é um jogo inacabado, no qual a configuração social é volátil e se encontra em constante mudança, promovendo adaptações de acordo com as necessidades das massas.

Isso se dá porque a democracia radical rejeita configurações hegemônicas estáveis, ao mesmo tempo que advoga pelo desenvolvimento de mecanismos que permitam que os valores sociais vigentes possam ser substituídos de acordo com as necessidades sociais. A democracia radical proposta pode, dessa maneira, ser implementada apenas por meio de uma organização política na qual o conteúdo dos valores sociais tenha um significado aberto e variável; pretende-se, através dessa organização, criar uma sociedade em que a diversidade é elemento fundamentalmente resguardado. Nas palavras de MOUFFE (2005, p. 20):

Vislumbrada a partir da óptica do “pluralismo agonístico”, o propósito da política democrática é construir o “eles” de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão.

Dessarte, enquanto as formas anteriores de democracia baseavam-se em uma “visão positiva e unificada da natureza humana” e criavam um espaço único em que a natureza da liberdade e igualdade radicais poderiam se manifestar, a proposta de democracia radical se encontra lastreada em uma “polifonia de vozes”



que leva à construção de identidades discursivas irreduzíveis (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 282).

A identidade discursiva irreduzível é composta por várias posições de sujeito, oposições e pontos de ruptura, de modo que as posições de sujeito não podem ser contidas e explicadas por um único discurso. Dessa forma, essas identidades abandonam o discurso sobre a universalidade e seus pressupostos implícitos sobre o acesso à verdade, que só pode ser alcançado por um número infinito de sujeitos.

Assim, experiências democráticas radicais se constituem no espaço entre a lógica da identidade completa e a lógica da pura diferença, reconhecendo a diversidade das lógicas sociais e a necessidade de sua expressão. No entanto, essa formulação muitas vezes precisa ser reinventada e renegociada (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 278). Portanto, conclui-se que nesta proposta teórica, os conteúdos dos termos “justiça”, “equidade”, “liberdade” etc. são sempre apresentados de forma aberta a fim de permitir diferentes debates e conclusões sobre seu conteúdo legítimo¹.

Recorrendo ao pensamento de Carl Schmitt, Mouffe (2005, pp. 13-14) argumenta que a constituição de uma identidade sempre acarreta a formulação de diferenças, o que maximiza, dessa maneira, os antagonismos presentes nos debates políticos. Todavia, o raciocínio mouffeano propõe uma transformação dos caracteres antagonísticos em formatos agonísticos, tidos como modelos discursivos em que as divergências políticas são entendidas como legítimas e desejáveis.

Nesse ponto, então, a construção teórica proposta por Mouffe diverge da ideia de Schmitt de que “[...] a vontade da minoria derrotada na verdade é idêntica à vontade da maioria” (SCHMITT, 1996, p. 26). Enquanto para esse autor, a adoção de práticas endossadas pela maioria acarreta uma eliminação da minoria que, dessa maneira, reconhece a ilegitimidade de seus posicionamentos derrotados, para Mouffe os derrotados no debate político não devem abandonar sua defesa, mas apenas aceitar a derrota política, tendo em perspectiva a disputa em outras hegemônias que irão se formar.

Além disso, nesse campo de debate, a democracia deve se basear no conflito, que é natural das pessoas e das relações de poder que se estabelecem entre elas.

¹ Embora não seja a primeira preocupação de Mouffe, a institucionalização de medidas nesse sentido pode ser encontrada em outros autores, como Joel Colón-Ríos. Este autor propõe a implementação de um constitucionalismo fraco/débil, caracterizado pela promoção da participação e do diálogo de massas no contexto da reforma constitucional. Nesta perspectiva, o povo, que detém o poder constituinte, não tem sua participação na construção de uma constituição apenas através de uma Assembleia Constituinte. De fato, o autor sugere que as pessoas possam demonstrar seu poder por meio de programas de revisão constitucional ou de substituição (COLÓN-RÍOS, 2013; HUTCHINSON e COLÓN-RÍOS, 2013).



Isso se deve à abundância de ideais na sociedade. No entanto, apesar de tomar esse argumento do ponto de vista schmittiano, Mouffe aponta para o fato de que essa relação não deve se dar na forma de *amigo/inimigo*, mas na construção de uma relação modelada no formato de *nós/eles*.

Dessa forma, o que esse modelo propõe é uma democracia adversarial na qual as diferenças políticas são desejáveis e respeitadas.

Nessa seara, Mouffe propõe a substituição da política antagonista por uma política agonística, que será responsável pelo sentido pleno da identidade do sujeito. Essa satisfação plena ocorre porque, em um estado sem estruturas opostas, nenhuma pessoa ou força oposta é capaz de fazer sua presença conhecida. A motivação deste evento baseia-se no fato de que os sujeitos se exprimem como um *ser* e um *não ser* de tal forma que a pluralidade nessa organização não possibilita uma positividade plena. Nessa perspectiva, “o antagonismo escapa à possibilidade de ser apreendido pela linguagem, uma vez que a linguagem só existe como esforço para fixar aquilo que o antagonismo subverte” (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 202).

Contextualmente, a construção da democracia real, segundo os princípios mouffeanos, baseia-se na adoção de processos políticos capazes de promover, ao mesmo tempo, diálogo e abertura quanto ao conteúdo de cada aspecto do sistema político, bem como organizar a dissidência para que o indivíduo que detém o discurso dissidente possa obter legitimidade política. O resultado dessa construção democrática é que sempre é possível que diferentes vozes se expressem.

Desse modo, portanto, Mouffe tece fortes críticas ao modelo de democracia liberal como é atualmente formulado e defendido, em especial à incorporação de caracteres morais à política que se tem observado na contemporaneidade². A autora argumenta que, como o debate político atualmente se dá no campo da ética, a relação entre adversários políticos também é repleta de aspectos éticos. Dessa forma, as relações políticas que antes tinham o formato *nós/eles* passam a ser vistas de forma *certa/errada* (MOUFFE, 2015, p. 5). Dito isto, quando as discussões políticas são baseadas em uma discussão do bem contra o mal, tem-se que “[...] os antagonismos não podem assumir uma forma agonística” (MOUFFE, 2015, pp. 74-75) fazendo com que a controvérsia seja vista como uma forma pela qual os adversários políticos, mesmo quando não encontram uma saída lógica do conflito, não

² É necessário deixar claro que Mouffe não nega o liberalismo. A autora, inclusive, não afasta a conformação da sociedade baseada em igualdade e liberdade. Lado outro, Mouffe almeja novas perspectivas para essa posição política. A cientista política defende, desse modo, uma constante resignificação dos valores político-sociais, realizada por meio da construção de hegemonias precárias, sempre passíveis de mudança.

enxerguem legitimidade das declarações conflitantes. Portanto, quando o quadro é organizado com base nessas diretrizes, não só se deve lutar contra os pensamentos opostos, mas contra aqueles que os produzem.

Nesses termos, o pensamento de Mouffe defende que as organizações democráticas não podem superar o conflito baseado na dicotomia *nós/eles* construindo consensos, mas sim mecanismos amplos que permitam que o conflito ocorra de tal forma que todos os pensamentos encontrem seu lugar, mantendo, neste caso, o pluralismo e preservando a dimensão plural fundante da democracia.

Ainda na análise de Mouffe da crise da democracia liberal como atualmente proposta, a racionalização da política e de suas instituições, que encontra defesa em alguns autores liberais, na verdade é tida como uma ideia errada e ineficaz na formulação do que está em jogo na política.

Por conseguinte, como observa Mouffe, o racionalismo liberal surge do desconhecimento sobre o papel desempenhado pela influência política. No contexto criado pela racionalização da política, os atores políticos são vistos como “[...] indivíduos racionais, orientados apenas por seus interesses racionais, atuando no melhor dos casos sob as coações da moralidade. As paixões são apagadas do campo da política, que é reduzido ao campo neutro do jogo de interesses” (MOUFFE, 2003, p. 12). Este fato traz como consequência a incapacidade de compreender as organizações políticas coletivas e massificadas. Nesses casos, os partidos tradicionais não conseguem alcançar o sucesso almejado no processo eleitoral, pois não se orientam pelas reais demandas populares e promovem a exclusão dos fanáticos políticos. Por outro lado, partidos populistas de direita dão ao povo esperança de mudança social, muitas vezes ilusória e baseada em mecanismos de exclusão inaceitáveis, o que, nesse cenário, entretanto, acaba por levá-los ao poder. Esse acontecimento se baseia na ideia de que:

[...] quando as paixões não podem ser mobilizadas pelos partidos democráticos porque eles privilegiam um “consenso ao centro”, essas paixões tendem a encontrar outras saídas, em diversos movimentos fundamentalistas, em volta de demandas particularistas, questões morais não negociáveis ou em partidos populistas anti-establishment. (MOUFFE, 2003, p. 20).

O resultado desses eventos é o fortalecimento de uma identidade coletiva que odeia a governança democrática. A politização, nesta formulação, é responsável por desenvolver governos que carecem de responsabilidades democráticas.



Finalmente, na sistematização da teoria da democracia radical, ainda que as propostas se baseiem na interpretação sempre aberta de símbolos sociais e políticos, esse modelo requer algum consenso. No entanto, tal consenso deve ser dado apenas em relação a quais ideais morais e políticas devem compor a sociedade. Essas ideias precisam, posteriormente, ser definidas por meio de uma intensa discussão que advém de várias e contraditórias interpretações sobre que conteúdo e significado que estes conceitos devem adquirir. Desse modo, o consenso possível na democracia deve ser uma espécie de “consenso conflitual” de modo que o conceito a ser formulado acerca dos fatos sociais sempre esteja aberto a debates e reformulações. Nessa perspectiva:

Desde que esses princípios [valores ético-sociais fundantes do modelo democrático], contudo, possam apenas existir através de muitas interpretações diferentes e conflitantes, tal consenso está prestes a ser um “consenso conflitual”. Por essa razão, uma democracia pluralista necessita oportunizar o dissenso e instituições através das quais ele possa se manifestar. Sua sobrevivência depende das identidades coletivas formadas em torno de posições claramente diferenciadas, assim como da possibilidade de escolha entre alternativas reais. Daí a importância de encarar a natureza da cidadania numa perspectiva agonística. Neste caso, não existe uma única concepção de cidadania que deveria ser aceita por todos. (MOUFFE, 2003, p. 17)

Por isso, os processos sociais, em todas as suas dimensões, são categorizados como articulatórios. Desse modo, nesse cenário, o social não é a expressão de alguma coisa já adquirida, mas uma constante construção de novas diferenças. Decorre dessa construção, assim, a ideia de que o político e seus desdobramentos não podem ser algo *a priori* consensual, mas um espaço aberto em constante debate.

2.2. A RELAÇÃO ENTRE A DEMOCRACIA E O CONSTITUCIONALISMO PELA ÓTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade consiste, em síntese, na declaração de invalidade e na paralisação da eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição (BARROSO, 2015, *passim*), agindo como um mecanismo de adequação no âmbito formal.

Nesse esteio, a origem prática do controle de constitucionalidade judicial remonta à discussão do caso *Marbury vs. Madison*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1803, decidiu pela aplicação da “supremacia da cons-

tituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes e negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma” (CAPPELLETTI, 1992, p. 47). Na decisão desse precedente, tornou-se evidente a necessidade de uma escolha entre as constituições rígidas e flexíveis, de forma que as soluções foram enunciadas com insuperável clareza (CAPPELLETTI, 1992, *passim*).

Com efeito, sob o argumento de John Marshall, houve a difusão da hipótese de que a constituição é superiormente hierárquica e deve preponderar sobre as leis ordinárias, de modo que o texto contrário àquele definido pela Carta Magna não deve prosperar em um ordenamento jurídico submetido a ela³. Ademais, foi consolidada a tese de que a lei que viole a constituição é passível de nulidade, tal como de que competiria aos juízes aferir a compatibilidade entre a legislação e à constituição; nesse sentido, sendo função fundamental do Poder Judiciário promover a interpretação da lei, ainda que a constituição não houvesse determinado a autoridade judicial como detentora do controle de constitucionalidade, cumpriria àquele exercer tal função, principalmente ante independência do Judiciário quando comparado aos poderes Legislativo e Executivo.

Insta ressaltar que as bases teóricas que norteiam a figura do controle de constitucionalidade judicial foram identificadas em momentos anteriores, a partir da obra *Os Federalistas* (1787), mais especificamente através da leitura dos ensaios de Hamilton e Madison, uma vez que, para os autores, a compreensão de um Judiciário independente, pela natureza de suas ações, fez com que este se tornasse o poder mais apto a resguardar os direitos políticos declarados pela Carta Magna. De tal modo, sendo a Constituição a lei fundamental, caberia aos juízes efetuar a interpretação de outras leis a partir de suas disposições normativas⁴.

3 Segundo Ackerman (2006, p. 10), um novo equilíbrio institucional surgiu desse conflito entre republicanos e federalistas, o presidencialismo e os partidos ganharam um grande poder que os founding fathers não haviam imaginado, e a independência judicial da Suprema Corte, em relação aos outros poderes, conseguiu sobreviver e assentar as bases para reivindicar poder no futuro. Contudo, na medida em que se distanciou no tempo das circunstâncias turbulentas em que a decisão foi tomada, *Marbury v. Madison* adquiriu maior dimensão e passou a ser exaltada universalmente como o precedente que inaugurou o controle judicial de constitucionalidade no constitucionalismo moderno (BARROSO, 2011b, p. 32).

4 Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar [...] que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem. [...] De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. (HAMILTON, 2003, p. 480-481).



Para mais, a perspectiva de um judiciário independente, nos escritos em tela, apresentou-se como necessária à proteção dos direitos individuais, principalmente no que diz respeito à influência de conjunturas particulares, haja vista que estas poderiam gerar perigosas inovações governamentais e graves opressões às minorias (HAMILTON, 2003, *passim*). Assim, a autonomia judicial seria o mecanismo apto a manter a forma e estabilidade da constituição.

Por decorrência lógica, tendo como pano de fundo essas considerações, a atuação judicial corroboraria de maneira direta “como uma espécie de imparcialidade e desinteresse no raciocínio jurídico no exercício do julgamento” (BUSTAMANTE; FERNANDES, 2016, p. 1 *apud* PAULINO, 2016, p. 24), além de exercer um papel essencial na política de freios e contrapesos, delineada por Montesquieu em épocas ainda mais remotas.

Imbuído dessa lógica, a noção do *judicial review* encontra-se respaldada, mais recentemente, pela teoria do filósofo do direito Ronald Dworkin. Para o autor, o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário funciona como um fórum de princípios, afastando-se de uma noção antidemocrática, no que diz respeito às questões sensíveis à escolha, de modo a proporcionar uma conjuntura política na qual há uma proteção especial às liberdades – sobretudo, a de expressão – além de promover a possibilidade de discussão por parte do cidadãos, culminando em um incentivo das minorias, que praticamente não têm nenhum incentivo na política comum (DWORKIN, 2005, *passim*). Em suma, a revisão judicial funcionaria como ato de salvaguarda das garantias fundamentais, com um propósito contramajoritário.

Em sentido diametralmente oposto, no entanto, o *judicial review* também é alvo de críticas por boa parte da teoria constitucional, tendo estas como ponto nevrálgico o argumento de legitimidade. Essa argumentação decorre justamente da não participação popular no procedimento decisório, dentro das Cortes Constitucionais, fator que promove uma certa inviabilização da consecução do ideal da igualdade política, já que provoca uma falta de transparência dos casos abordados – no tocante à interpretação por parte da sociedade como um todo – e privilegia a vontade de uma minoria restrita formada por ministros não eleitos.

Nesse diapasão, destaca-se que as críticas são dirigidas, principalmente, ao controle de constitucionalidade forte, haja vista que a decisão jurisdicional, em tais hipóteses, acaba por modificar os efeitos propostos por uma lei elaborada pelo Poder Legislativo, mecanismo, em tese, representante do povo, ou, até mesmo, recusam sua aplicação, gerando, dessa forma, uma perda de eficácia.



Consoante a estes entendimentos, depreende-se que os atos decisórios do Judiciário, quando formam precedentes vinculantes, funcionariam como estratégia de exclusão das normas elaboradas pelo Congresso, composto por representantes democraticamente eleitos, em prol da suposta defesa de direitos fundamentais. Ato contínuo, esses atos corroborariam para uma solução definitiva dos dissensos sociais, sem a consagração do debate efetivo sobre o assunto.

Não raro, quando se vislumbra tais disputas no âmbito social, torna-se inviável que a resposta da problemática seja realizada sem a participação popular. É precisamente na busca pelo acordo entre os dissensos em que se molda a imperatividade necessária, através do debate das razões defendidas por todas as partes.

Portanto, em observância às visões anteriormente descritas, em uma resposta à tensão entre a democracia e o constitucionalismo, nota-se que a definição do agente que irá exercer o controle abordado poderá transitar por dois meios hegemônicos, quais sejam o judicial e o político. É imbuída dessa noção que cumpre trazer à baila o seguinte comentário:

[...] a enorme variação institucional em relação a que órgãos podem exercer o controle, e em que momento, é o fator mais ilustrativo de que se trata de decisão baseada em considerações de conveniência e oportunidade, não de decorrência supostamente lógica da rigidez e supremacia constitucional (SILVA, 2021, p. 564).

Resta saber, então, qual dos modelos mais se adequa à compreensão da democracia radical, conforme os termos traçados por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe.

2.3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A DEMOCRACIA RADICAL

Inicialmente, é precípua destacar que nenhum dos principais teóricos da democracia radical se debruçou propriamente a respeito das instituições e suas definições no desenho democrático, muito menos traçou limites de ações para cada um dos poderes definidos pela teoria de sua separação. Assim, o presente tópico irá realizar um exercício imaginativo, a partir do uso das bases da democracia radical, delineando quais as possíveis repercussões de sua adoção no tocante às instituições e ao controle de constitucionalidade.



2.3.1. A possibilidade de justificação do *judicial review* a partir da democracia radical

Em primeiro lugar, é uma tarefa inviável desvencilhar a democracia do direito, haja vista que este último é o meio pelo qual as salvaguardas dos indivíduos são declaradas. Sob a égide dessa noção, para a democracia radical, a Constituição, como carta de direitos, distancia-se dos debates acerca da legitimidade, atuando não apenas como um texto morto a ser interpretado, mas sim, como uma operação contínua, de alterações e criações constantes.

Tendo isso como pano de fundo, a atividade jurisdicional funcionaria como um meio de formação de direitos, principalmente nas hipóteses em que são verificadas certas falhas democráticas no que diz respeito ao sistema representativo.

No momento em que a postura ativa do Poder Legislativo, por intermédio de seus representantes, distancia-se dos compromissos traçados por aqueles que os elegeram, não remanescem opções variadas para que estes os obriguem a manter o comprometimento realizado no momento das eleições. Assim, nessa conjuntura, a produção de efeitos pelo Poder Judiciário não assumiria uma caracterização antidemocrática, mas, pelo contrário, estabeleceria a possibilidade de manutenção e aplicação dos direitos delineados constitucionalmente, de forma a atender as demandas sociais.

Sobre isso, cabe mencionar a exposição elaborada por Trindade, De Marco e Moller (2020, p. 30) acerca da matéria:

Outros meios mais indiretos de alcançar a democracia foram buscados: os contrapoderes, formas de desconfiança frente à democracia representativa. O primeiro foi o poder de controle (vigilância, denúncia e qualificação); o segundo, de sanção e obstrução; a terceira forma de contrademocracia é o aumento do poder do povo-juiz, marcado principalmente pela judicialização da política, causado pela passividade do governo diante das demandas sociais. O direito acaba ganhando via judicialização o discurso necessário para desvelar as relações de poder na sociedade. A judicialização ganha forma metapolítica considerada superior às eleições porque produz resultados mais tangíveis. Assim, manifestações contrademocráticas são modos de superar a democracia eleitoral-representativa. A contrademocracia é social pois é uma força material, resistência prática, reatividade direta, já a democracia eleitora obedece ao ritmo lento das instituições.

Um outro argumento, nesse ínterim, seria que a aplicação e desenvolvimento dos direitos não deve incumbir, unicamente, aos atores extrajurídicos. Essa visão, inclusive, aparenta ser problemática. Nos termos da crítica elaborada por Unger

(1996, *passim*), a adversidade relacionada a esse pensamento é concernente ao abandono da tarefa de pensar as medidas apropriadas para o restabelecimento do direito, seja a curto ou a longo prazo. A consequência disso, para o teórico, é que o direito deixa de servir como fonte de imaginação institucional e que impossibilita o surgimento de propostas de arranjos institucionais mais promissórios que aqueles existentes, justamente para promover a promessa transformadora na realidade.

Em suma, a adoção dessa ideia impediria a consecução do cerne da democracia radical, vez que não permite a transformação da esfera pública informal e do sistema formal da democracia por meio de conexões e arranjos na resolução de questões políticas que versem sobre direitos, principalmente quando adotados mecanismos de participação popular no processo decisório, como a implementação de um constitucionalismo fraco/débil, caracterizado pela promoção da participação e do diálogo de massas no contexto da reforma constitucional ou a adoção de programas de revisão constitucional ou de substituição. De tal modo, o Judiciário poderia servir, como uma das principais instituições, para transformar as estruturas de poder.

2.2 UM POSSÍVEL CONTRAPONTO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO

No entanto, essa visão explicitada anteriormente corresponderia, exclusivamente, aos casos em que as garantias mínimas políticas houvessem sido ameaçadas, não sendo possível ampliar o controle de constitucionalidade forte a situações diversas. Isso porque o controle de constitucionalidade promove o consenso como uma maneira de solução, racionalizando o processo de construção da decisão.

Entretanto, Mouffe (2015, *passim*) assume que as organizações democráticas não devem superar as divergências políticas por meio da eliminação do conflito, mas promover uma sociedade em que todos os pensamentos possam ser defendidos de forma legítima. Desse modo, os adversários políticos, independentemente do grau de divergência existente, devem ser vislumbrados como integrantes legítimos da mesma sociedade, integrando, logo, o fenômeno político do agonismo, isto é, “[...] uma relação nós/eles em que as partes conflitantes, embora reconhecendo que não existe nenhuma solução racional para o conflito, ainda assim reconhecem a legitimidade de seus oponentes” (MOUFFE, 2015, p. 19).

Por essa razão, o controle de constitucionalidade seria apartado da democracia radical, justamente por privar, em grande parte, a possibilidade de construção



de uma arena que estabelecesse discussões agônicas sobre o político. Como interpretado por Kozicki (2000, p. 112), no modelo de democracia radical-plural “o direito e os direitos, sempre estão sujeitos a uma intrínseca abertura de sentido, não havendo jamais um supremo juiz que lhes possa outorgar um sentido definitivo”.

Dessarte, uma performance mais incisiva do Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, poderia mitigar a relação permanente entre o poder constituinte e a democracia, na medida em que “[...] ambos reforçam um ao outro em seu compromisso com a noção de que pode e deve haver uma participação em massa, direta e contínua no processo de elaboração da constituição” (HUTCHINSON, COLÓN-RÍOS, 2013, p. 8)⁵. Sendo o processo de elaboração decidido por alguns juízes togados, sem a oitiva dos desacordos ecoados na sociedade, poder-se-ia definir tais decisões como antidemocráticas.

É com base nessa concepção que Mouffe tece uma crítica às visões procedimentalistas e liberais da democracia, a exemplo das matérias elencadas por Rawls e Dworkin:

Isso demonstra que procedimentos somente existem como um conjunto complexo de práticas. Essas práticas constituem formas específicas de individualidade e identidade que tornam possível a aliança quanto a procedimentos. É porque elas estão inscritas em formas compartilhadas de vida e acordos de valores que procedimentos podem ser aceitos e seguidos. Eles não podem ser vistos como regras criadas com base em princípios e posteriormente aplicadas a casos específicos. Regras, para Wittgenstein, são sempre atalhos para práticas, que são inseparáveis de específicas formas de vida. Assim sendo, a distinção entre o procedimental e o substancial não pode ser tão clara e precisa como muitos liberais gostariam que fosse. No caso da justiça, por exemplo, isso significa que alguém não pode – como muitos liberais fazem – aceitar a ideia de justiça material e justiça formal sem reconhecer que a justiça formal/procedimental já pressupõe ela própria a aceitação de alguns valores. É a concepção liberal de justiça que afirma a prioridade do direito sobre o bem, mas esta já é a expressão de uma noção específica de bem. A democracia não é somente uma questão de estabelecer os procedimentos corretos, independentemente das práticas que tornam possíveis formas democráticas de individualidade (MOUFFE, 2004, p. 385-386).

O trâmite judicial, no controle de constitucionalidade, por não observar as formas democráticas de individualidade e identidade, constituiriam, dessa forma, o processo decisório menos adequado à resolução de demandas comuns e extensivas à coesão social-constitucional mínima.

5 No original: “[...] they both reinforce each other in their commitment to the notion that there can and should be mass, direct and continuing participation in the constitution-making process.”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou tecer algumas considerações acerca da relação entre o constitucionalismo e a democracia a partir da teoria da democracia radical e do instituto do controle de constitucionalidade. Mediante um exercício criativo de compreensão, foi possível elencar o papel da jurisdição constitucional como mister, todavia, desde que fundado no pressuposto de uma sociedade democrática, utilizando-se dos instrumentos de debate e participação popular, nas hipóteses de um controle de constitucionalidade forte concernente à violação de direitos e ao mínimo político.

Nas situações de atuação do Judiciário que se afastam dessas prognoses, o ideal, a partir de uma concepção emancipadora da cidadania, seria decidir as questões que surgem através da emergência de arenas agonistas. A última palavra deve pertencer aos membros da comunidade política, eis que promoventes do poder constituinte de maneira contínua. Contudo, sem possuir uma pretensão de uma solução final, de um consenso imutável atinente ao conteúdo das normas constitucionais.

Em síntese, Mouffe (2005, p. 4) aponta que a democracia liberal requer sucesso no tocante às regras do jogo, mas também demanda a constituição de identidades coletivas que girem em torno de posições certamente diferenciadas e a possibilidade de escolha dentre alternativas reais. Nessa perspectiva, o “pluralismo agonístico” é elemento constitutivo da democracia moderna e, ao invés de vislumbrá-lo como ameaça, o que se deve é percebê-lo como representante da própria condição de existência de tal democracia

Exsurge disso que a conexão entre direitos, democracia e constitucionalismo sempre será um debate complexo, uma vez que tais elementos irão conviver em uma tensão inevitável e constitutiva de sua interação. Assim sendo, no eixo definido pela democracia constitucional e pelo controle de constitucionalidade, este último nunca atingirá um consenso permanente e a jurisdição não poderá ser declarada como a instituição a que incumbe esta última palavra, na maior parte das vezes, mas sim os locais de pluralismo agonístico.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernado (org.). *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
- COLÓN-RÍOS, Joel I.. *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON; James. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- HUTCHINSON, Allan; COLÓN-RÍOS, Joel I.. Democracy and Revolution – an enduring relationship. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, v. 3, n. 5, pp. 1-18, 2013.
- KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios; Brasília: CNPq, 2015.
- MOUFFE, Chantal. *The return of the political*. London: Verso, 2005.
- MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Política & Sociedade*, v. 2, n. 3, pp.11-26, 2003.
- MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Dossiê Democracias e Autoritarismos*. Curitiba, v. 1, n. 25, p. 11-25, 2005.
- MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- MOUFFE, Chantal. *Teoria política, direitos e democracia*. Trad. Katya Kozicki. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo horizonte: Forum, p. 380- 392, 2004.
- SCHMITT, Carl. Democracia e sistema parlamentar. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, pp. 23-32, 1996.
- SHAPIRO, Ian. A democracia. In: SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 245-291.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.