

O CONSTITUCIONALISMO COMO LIMITE AO PROCESSO DEMOCRÁTICO: UMA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA EM RONALD DWORKIN

CONSTITUTIONALISM AS A LIMIT TO THE DEMOCRATIC PROCESS: A CONSTITUTIONAL CONCEPTION OF DEMOCRACY IN RONALD DWORKIN

Marcelo Fonseca Gurniski¹

RESUMO

O crescente fenômeno da judicialização da política no Brasil e o tensionamento entre os Poderes da República que decorre de tal prática, aliados ao contexto de banalização do discurso de ódio e *fake news* crescente nas redes sociais e que se manifesta em discursos ideológicos, em ataques às minorias e às instituições republicanas, levam a discussão sobre qual seria o limite ao processo democrático, em especial se há limites a serem fixados face ao direito de expressão. Para apreensão dos conceitos que subjazem ao tema, surgem as teorias procedimentalista e substancialista podem apontar um caminho para responder a questão atinente à legitimidade da jurisdição constitucional. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo, conclui-se que os procedimentos democráticos do procedimentalismo são importantes para o substancialismo, contudo, se aqueles são insuficientes na solvência de conflitos, especialmente em países como o Brasil, estes, carecem de aprofundamento para uma melhor compreensão e delimitação do tema.

Palavras-chave: Jurisdição. Legitimidade. Direito de Expressão. Limites.

ABSTRACT

The growing phenomenon of the judicialization of politics in Brazil and the tension between the Powers of the Republic that results from such practice, allied to the context of banalization of hate speech and fake news growing on social networks and which manifests itself in ideological discourses, in attacks on minorities and republican institutions, lead to the discussion about what would be the limit to the democratic process, especially if there are limits to be fixed regarding the right of expression. In order to apprehend the concepts underlying the theme, proceduralist and substantialist theories can point a way to answer the question concerning the legitimacy of constitutional jurisdiction. Using the deductive approach method, it is

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.
E-mail: marcelo@ng.adv.br

concluded that the democratic procedures of proceduralism are important for substantialism, however, if they are insufficient in the solvency of conflicts, especially in countries like Brazil, they need to be deepened for a better understanding and delimitation of the theme.

Keywords: Jurisdiction. Legitimacy. Right of Expression. Limits.

1. INTRODUÇÃO

Alguns marcos de nossa história, como a democratização social, democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que extinguiram seus regimes autoritários, criaram novos cenários às Constituições, especialmente a positivação dos direitos fundamentais e sociais, fruto das práticas desenvolvidas nos paradigmas dos Estados Liberal e de Bem-Estar Social.

Neste sentido, o Estado Moderno parte de uma concepção quase que estrita do liberalismo, no sentido de garantir igualdade perante a lei, de limitação do poder do próprio Estado e na criação de condições para a liberdade individual de seus cidadãos. Porém, aos poucos esse viés liberal do Estado foi sendo afetado por contornos sociais, já que o liberalismo e a democracia se interpenetram para permitir a redução das desigualdades econômicas e sociais entre os indivíduos. Assim, a Constituição passa a ter papel fundamental na promoção e na reestruturação das relações sociais, pois viabiliza não somente a garantia formal e material de direitos, mas sua real implementação pelo sujeito e pelo próprio Estado.

Esse é o pano de fundo em que se insere a problemática trazida por este artigo, no sentido de que o Estado Democrático de Direito se funda, basicamente, em dois pilares: (a) democracia e (b) direitos fundamentais. Assim, na tentativa de responder a tensão observada entre a liberdade de expressão e a preservação de valores da democracia, o presente artigo apresentará a corrente doutrinária do substancialismo, buscando harmonizar esses direitos tão caros ao Estado brasileiro.

Valendo-se do método dedutivo, desenvolvem-se argumentações e teorias sobre o recorte efetivado, de sorte a expressar a análise e as conclusões sobre o tema “O Constitucionalismo como Limite ao Processo Democrático”, em



especial a concepção constitucional de Democracia de Ronald Dworkin.

Inicia-se – capítulo 2 – apresentando um fato concreto, exemplo motivador para o presente estudo: o caso do Deputado Federal Daniel Silveira que intentou albergar, sob o manto do direito fundamental de liberdade de expressão, manifestações que violam outros direitos constitucionais de idêntica valia. No capítulo seguinte – capítulo 3 – tecem-se considerações sobre a importância do direito fundamental da liberdade de expressão, no contexto da Democracia. No capítulo 4, busca-se descrever fenômenos da contemporaneidade como a banalização do discurso de ódio nas redes sociais. Busca-se, ainda, no arcabouço acadêmico – no capítulo 5 – referencial teórico para análise da jurisdição, relacionando-a, sem esgotar o tema, à teoria substancialista de Ronald Dworkin. No capítulo 6 – discute-se o problema da liberdade de expressão *versus* princípio democrático, expondo-se o caráter tensional desse modelo de constitucionalismo. Por fim – no capítulo 7 – conclui-se, ainda que de forma breve, que o Estado Democrático de Direito não alberga discursos de ódio ou *fake news* em razão de que a teoria substancialista defende a harmonização de todos os direitos fundamentais.

2. O CASO DO DEPUTADO DANIEL SILVEIRA

O deputado federal Daniel Silveira, membro do Poder Legislativo, veiculou no canal “Política Play”, do *Youtube*, um vídeo em que expressamente propalou a adoção de medidas antidemocráticas contra o Supremo Tribunal Federal, defendeu o AI-5, atacou vários membros da mais alta Corte Judiciária deste país e propugnou pela substituição imediata de todos os Ministros (BRASIL, 2021).

Em que pese que a resposta do Supremo Tribunal Federal, reverberada pela mídia brasileira, tenha enfatizado a questão da ofensa da honra de seus integrantes, tem-se que, pela evidente magnitude de sua relevância e como recorte do tema, no presente estudo, foram selecionados alguns trechos da aludida publicação do deputado federal Daniel Silveira, que hostilizam e não somente

hostilizaram, uma vez que disseminados pela *internet* permanecem em efeito residual extremamente corrosivo à Democracia e a um dos poderes constitutivos da República Brasileira – o Supremo Tribunal Federal. O desbordar de tais comentários, para além das ofensas dirigidas aos membros do Supremo Tribunal Federal², conspurcaram o Estado Democrático de Direito ao defender a adoção de medidas antidemocráticas, numa clara afronta aos princípios Democráticos, Republicanos e de Separação dos Poderes.

No intuito de se debater os limites constitucionais do direito fundamental à liberdade de expressão em face ao princípio democrático, consideraram-se os comentários desairosos do parlamentar como ponto de partida da análise dessa prática de atuação, tão em voga nos tempos atuais e que, por solapar princípios constitutivos, visa a precarização da democracia. Segue-se o excerto:

Você lembra do AI-5 [Ato Institucional nº 5]. Você lembra. Para. Eu sei que você lembra. Ato Institucional número 5, de um total de 17 atos institucionais. Você lembra. [...]

Lá em 64 – na verdade em 35, quando eles perceberam a manobra comunista de vagabundos de sua estirpe – em 64, então foi dado o contragolpe militar, é que teve lá até os 17 atos institucionais, o AI-5 que é o mais duro de todos como vocês insistem em dizer, aquele que cassou 3 ministros da Suprema Corte, você lembra? Cassou senadores, deputados federais, estaduais, foi uma depuração. Com recadinho muito claro: se fizer besteirinha, a gente volta. [...]

Na minha opinião, vocês já deveriam ter sido destituídos do posto de vocês e uma nova nomeação convocada e feita de 11 novos ministros. (MACEDO, 2021, não p.)

Diante de tais dizeres, palavras e frases proferidas por um membro do parlamento federal brasileiro, que pretendeu valer-se de sua prerrogativa de livre manifestação para propagar conspiração e estimular atos antidemocráticos, questiona-se:

A liberdade de expressão abriga manifestação que convoca a atos que afrontam o regime democrático? A liberdade de expressão permite vociferar conspiração e estimular atos de desobediência civil? Há limites para essas manifestações, dentro do Estado Democrático de Direito? E, em sendo positiva a resposta, quais são esses limites?

² Estes trechos foram retirados das seguintes fontes jornalísticas: Fausto Macedo (MACEDO, 2021) e PODER360 (PODER360, 2021).

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No intuito de se relevar a importância do direito fundamental de liberdade de expressão no contexto da democracia, algumas considerações históricas são necessárias. Os mais importantes alicerces da democracia ateniense eram, sem dúvida, o direito a voz, o direito a ser ouvido e o direito a voto. Neste sentido, o direito a voz se traduz na “participação do cidadão nas discussões travadas nas praças públicas [como] um elemento central da cultura política grega.” (SARMENTO, 2013, p. 252). Segundo Chauí, a igualdade na Grécia antiga tinha um duplo significado ou dimensão. Para a autora, a igualdade se dava perante a lei, o que se resumiria a isonomia e a igualdade de se pronunciar publicamente, ou seja, a isegoria (CHAUÍ, 2003, p. 42).

Caldas, afirma que essa concepção de liberdade dos antigos é tida como uma liberdade positiva, na medida em que se refere às prerrogativas exercidas pelos cidadãos, ou seja, “aquelas que por sua condição de agentes políticos estão necessariamente vinculadas entre si.” (CALDAS, 2017, p. 73). Desta forma, a liberdade dos antigos refletia-se na interação na esfera pública e visava preservar a *pólis* grega e a *civitas* romana e não ao indivíduo.

Por outro lado, o autor também esclarece que na “modernidade a liberdade e a igualdade serão concebidas como direitos naturais dos indivíduos, portanto, como direitos fundamentais.” (CALDAS, 2017, p. 71). Dito de outra forma, a liberdade dos modernos é tida como uma liberdade negativa por relacionar-se aos direitos possuídos pelos indivíduos em suas relações privadas (CALDAS, 2017, p. 73-74). A liberdade nesse contexto aparece como “status de garantia voltada para a preservação de uma esfera de interesses particulares” (CALDAS, 2017, p. 81), e portanto, própria do indivíduo.

Assim, compreendendo “a liberdade como um poder de autodeterminação, reconhecido pelo Estado e positivado em suas constituições, por se tratar de um direito fundamental, cumpre-se indagar as reais possibilidades de se oporem limites ao seu exercício.” (DE FREITAS; DE CASTRO, 2013, p. 333).

Dworkin, analisando o tema da liberdade de expressão, assinala existirem dois aspectos elementares do princípio: (a) um instrumental que serve à democracia funcional, como um pluralismo inserido na prática coletiva; e (b) outro elemento constitutivo desta liberdade consistente na vivência da justiça democrática, isto é, o elemento constitutivo está ligado a ideia de igualdade onde todas as opiniões possam influenciar o debate político (DWORKIN, 2006, p. 264).

Para Dworkin, portanto, mesmo que as ideias expostas sejam de mau gosto ou insultuosas, a liberdade de expressão deve ser preservada e protegida contra censura prévia indevida (DWORKIN, 2006, p. 382). Na ocorrência de choques e colisões normativas, sustenta o autor que “opiniões não podem ser proscritas de antemão pelo direito civil ou penal; têm, ates, de ser desacreditadas pela repugnância, pela indignação e pelo desprezo das outras pessoas.” (DWORKIN, 2006, p. 382).

A plasticidade dada por Dworkin ao âmbito de proteção do princípio da liberdade de expressão, esclarece que o discurso de ódio pode ser admitido na sociedade para debate público, até porque, segundo o autor, tais discursos devem ser desacreditados pelas próprias pessoas da comunidade. Trata-se, portanto, da visão liberal do direito que reconhece como fundamental os direitos inerentes aos indivíduos, caso dos Estados Unidos, que se contrapõem à visão do direito europeu, de característica social.

Diferida é a contraposição de Waldron a respeito do *hate speech* (discurso de ódio). Conforme Ribeiro, as questões levantadas por Waldron advêm de análise a partir do foco para as restrições normativas ao direito à liberdade de expressão, reforçando o lado das limitações ao direito de se expressar, sendo que sua “abordagem parte em razão da compreensão analítica da colisão das normas de princípio, ou seja, do balanceio da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais.” (RIBEIRO, 2020, não p.).

Assim sendo, em que pese que o discurso de ódio seja debatido na comunidade, há outros direitos fundamentais, como direitos a honra, a privacidade, a intimidade, além de outros valores contidos em princípios fundamentais de nível constitucional, como a dignidade da pessoa humana e a democracia, que são

essenciais para desconstruir o pretenso direito ao discurso de ódio (RIBEIRO, 2020, não p.).

Portanto, a liberdade de expressão não se apresenta no contexto constitucional como um direito fundamental absoluto ou não restringível. Pelo contrário, existem outros direitos fundamentais com igual carga normativa que devem ser observados. E mais, no âmbito internacional o princípio da dignidade humana apresenta um norte indissociável à compreensão dos demais direitos fundamentais.

Sustenta Ribeiro, a partir da ideia de liberdade de expressão de Medrado, que há um dano inerente ao discurso do ódio, uma vez que o *hate speech* dificultaria “o gozo da igual cidadania por parte daqueles pertencentes a grupos vulneráveis” (RIBEIRO, 2020, não p.). Assim sendo, quando manifestado, o discurso de ódio ressoa como expressão de pensamento, porém gera efeitos negativos “que poderão perdurar no tempo e terão alcance conforme o veículo de transmissão utilizado” (DE FREITAS; DE CASTRO, 2013, p. 344).

4. DISCURSO DE ÓDIO E *FAKE NEWS*

Para Freitas e Castro, as relações estabelecidas entre liberdade de expressão e o discurso de ódio que, se registre, nos moldes liberais, poderia ser admitido como manifestação legítima; no Estado Social – que reconhece as assimetrias sociais e o compromisso que se estabelece, ainda que formalmente, com a justiça redistributiva indispensável à pacificação social – passa a ser repudiado e proibido pelos ordenamentos jurídicos (DE FREITAS; DE CASTRO, 2013, p. 328). Nesse contexto, a liberdade de expressão aparece como forma de garantir a expressão das minorias e o exercício da cidadania em comunidade.

O conteúdo do princípio da dignidade humana abandona, no dizer dos citados autores, a mera circunscrição às liberdades do séc. XVIII, para incorporar novos valores (DE FREITAS; DE CASTRO, 2013, p. 329). Assim, o Estado Social caracteriza-se pela tutela das liberdades, restritiva (negativa), mas também protetiva (positiva), em termos sociais, buscando compatibilizar o exercício das

liberdades com as necessidades da coletividade.

Liberdade, compreendida por Freitas e Castro como “poder de autodeterminação, reconhecido pelo Estado e positivado em suas constituições, por se tratar de um direito fundamental” (DE FREITAS; DE CASTRO, 2013, p. 333), constitui o fundamento básico da liberdade de expressão. Porém, concluem os autores dizendo que “a esfera de autodeterminação deve respeitar o que está traçado no ordenamento jurídico” (DE FREITAS; DE CASTRO, 2013, p. 333).

O discurso de ódio é expressão de pensamento que traz em seu bojo desqualificação, humilhação e diminuição de indivíduos, grupos sociais e instituições republicanas. Esse discurso pode propagar a discriminação daqueles considerados “diferentes”, quer seja por sua etnia, opção sexual, condição econômica, gênero, visando a sua exclusão social. Há que se observar, pela abrangência e complexidade, o dano difuso causado.

No atual cenário brasileiro o discurso de ódio banalizou-se³, é fenômeno crescente nas redes sociais e manifesta-se em discursos ideológicos, político-partidários, em questões, como já assinalado, de etnia, de gênero e de opção sexual, e agora, como no *case* destacado, em ataques a instituições republicanas fundamentais para preservação da democracia.

Para além do discurso, que poderia ser chamado de “opinativo”, ocorrem manipulações de fatos, posições negacionistas de ataque à ciência, de adulteração da verdade e da história, de desrespeito às instituições democráticas, de organização de verdadeiras quadrilhas voltadas para falsear conteúdo, com objetivos de obliterar decisões políticas fundamentais da sociedade. Dito de outra forma, esses discursos buscam a manipular a opinião pública com a finalidade de propagar uma “verdade” fabricada de acordo com o interesse de quem a dissemina.

Vive-se um tempo em que a distorção intencional da verdade, com disseminação massiva das *fake news*; das veiculações de ideias minoritárias relacionadas ao negacionismo científico; bem como da releitura de fatos históricos à luz de construções de matiz ideológico, são espécie de fenômeno social de

³ Banalização do mal aqui utilizada é aquela apresentada por Hannah Arendt (ARENDR, 2020).

comunicação que, pela sua perniciosidade ao regime democrático e pelo dano real e potencial que causam à sociedade, ensejam o oportuno debate da liberdade de expressão e de seus limites.

5. A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA CONSTITUCIONAL DE DWORKIN

Ronald Dworkin, pensador norte-americano, desenvolveu uma teoria do direito e da interpretação assentada na questão moral, isto é, em princípios de moralidade política. Em sua visão, não é possível separar direito e moral na medida em que tais valores morais integram o próprio direito, sendo que “os princípios dela decorrentes não estão sujeitos ao reconhecimento da autoridade competente, pois eles não nascem com a legislação, não precisam ser positivados.” (LEAL, 2004, p. 41-42).

Dworkin compreende por constitucionalismo como um sistema que prescreve direitos jurídicos individuais que o legislador não tem o poder de anular ou comprometer (DWORKIN, 1995, p. 1). Neste sentido, as perspectivas morais e valorativas têm que se fazer presentes por ocasião da interpretação, pois vinculantes para o juiz na aplicação do direito. Com efeito, Dworkin cria pressupostos interpretativos⁴ com a finalidade de justificar que a interpretação no ramo jurídico é uma atividade criativa, sendo a resposta correta aquela que atribui o melhor sentido à prática social em questão (LEAL, 2004, p. 43).

Uma questão que se impõe neste momento é determinar qual seria “a melhor interpretação das normas constitucionais?” (FRANCO, 2019, p. 132). Segundo Franco, o caminho é a leitura moral da constituição, o qual exige decisões substanciais que são “justamente as normas mais abstratas que trazem ao debate questões de moralidade política e, de acordo com a leitura moral, devemos interpretar e aplicar tais dispositivos” (FRANCO, 2019, p. 132), até porque, conforme

⁴ Leal consigna que Dworkin identifica três etapas distintas na interpretação “[...] uma primeira, tida como pré-interpretativa, que consiste na *identificação das regras sociais* (embora também aqui se exija uma atitude interpretativa, pois as regras sociais não possuem etiquetas de identificação); a segunda consiste na *justificação da prática* (debate sobre por que esta prática social é válida); e, por fim, a etapa pós-interpretativa, em que o intérprete ajusta o conteúdo da prática social para que ela possa servir à melhor justificação, identificada na etapa anterior.” (LEAL, 2004, p. 43).

Dworkin, “eles [os dispositivos] fazem referência a princípios morais de decência e justiça” (DWORKIN, 2006, p. 2).

Neste sentido, o verdadeiro significado da constituição para Dworkin estaria na ideia de que “a Constituição garante os direitos exigidos pelas melhores concepções dos ideais políticos de igualdade, de consideração e liberdade básica” (DWORKIN, 2006, p. 2), o que leva a conclusão de que “a leitura moral é uma estratégia que permite a atualização do direito – e consequentemente das normas constitucionais – segundo a moral pública atual da comunidade.” (FRANCO, 2019, p. 132).

Sem dúvida que a leitura moral que os juízes devem fazer da constituição “exprime uma decisão política, uma decisão preocupada com conteúdo” (FRANCO, 2019, p. 133) que pode causar espanto aos que têm a ideia de democracia como o governo da maioria. Todavia, para Dworkin, este fato não subverte a democracia, já que, em seu entendimento, há dois tipos de ação coletiva, a saber: estatística e comunitária.

Para Dworkin, a diferença entre a ação estatística e a comunitária apresenta duas concepções de democracia como ação coletiva. Dito de outra forma: (a) na concepção estatística as decisões políticas são tomadas conforme alguma função – uma maioria ou uma pluralidade – dos votos, decisões ou desejos de cidadãos individuais, refletindo uma comunidade egoísta, refletindo “os interesses individuais que constituem a maioria” (FRANCO, 2019, p. 133); e (b) na concepção comunitária as decisões políticas são extraídas por uma entidade distinta – o povo como tal – descrevendo “uma sociedade comprometida com a alteridade” (FRANCO, 2019, p. 133).

Esta forma de interpretação estatística de um governo democrático conjectura uma comunidade egoísta, uma vez que, a rigor, está fundamentada na visão individual de grupos e não na comunidade. Essa decisão “não oferece uma razão moral convincente justificando a coerção da maioria, a qual pode ter sido seriamente posta em desvantagem pela decisão.” (DWORKIN, 1995, p. 5). Mas mesmo que se adote essa concepção estatística, Dworkin destaca que a legitimidade da decisão requer: (i) que “todos os cidadãos tenham a independência



moral necessária para participar da decisão política como agentes morais livres” (DWORKIN, 1995, p. 5); e que (ii) “o processo político seja tal que trate todos os cidadãos com igual consideração e respeito.” (DWORKIN, 1995, p. 6).

Por outro lado, a interpretação comunitária exige dos indivíduos que “assumam a existência do grupo como uma entidade separada, ou seja, exige que façam uma separação entre a vontade geral e suas próprias vontades.” (FRANCO, 2019, p. 133). Há aqui, portanto, a exigência que os indivíduos ajam juntos em prol do conjunto, quando a decisão tomada será “compreendida como um ato de cada um deles” (FRANCO, 2019, p. 133).

Dworkin também considera que para que a interpretação comunitária seja alcançada, a concepção constitucional demanda certas condições de possibilidade democráticas. Assim, segundo Franco, apenas quando todos os membros da comunidade forem seus membros morais haverá autogoverno e, a partir dessa ideia, não basta a vontade da maioria para a solidificação de uma sociedade democrática legítima, pois uma “comunidade em que o governo realmente representa o seu povo pressupõe normas que limitem o poder desse povo, enquanto maioria.” (FRANCO, 2019, p. 134).

Conclui, Franco, que “enquanto a concepção majoritária (ou estatística) de democracia pretende ser puramente procedimental, a concepção constitucional possui uma abertura para questões de moralidade política” (FRANCO, 2019, p. 134), ou seja, na concepção constitucional de Dworkin, as decisões estão preocupadas com o conteúdo.

Lustosa afirma que Dworkin não representa, pois, a quebra do sistema democrático, “mas sim a vinculação do atendimento de alguns direitos fundamentais como pré-condição essencial da democracia, com o fim de balizar as decisões estatais” (LUSTOSA, 2010, p. 142), o que significa que, como o regime democrático ainda é incompleto, cabe ao juiz aperfeiçoá-lo, de modo que as decisões judiciais substanciais o completem. Para Leal, é neste aspecto que reside uma das maiores contribuições de Dworkin, porquanto a discussão sobre o papel e os limites da jurisdição constitucional não pode se desvencilhar de uma teoria da democracia, “isto é, de uma construção daquilo que se entende como sendo seus pressupostos e



atributos essenciais.” (LEAL, 2004, p. 47).

Assim, as atitudes substancialistas – como a de Dworkin – têm encarecido a constituição como “instrumentos vinculantes e programáticos, diretrizes e argumentos de conversação do Estado Democrático de Direito” (HOMMERDING, 2006, p. 19). Com efeito, o contrato social assume caráter discursivo com a constituição, “enquanto produto do processo constituinte” (HOMMERDING, 2006, p. 19).

Streck afirma que o posicionamento substancialista preconiza que o Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que destaca, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita do direito positivo, mormente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente da comunidade de origem, ou seja, não se trata somente de equilibrar e harmonizar os demais Poderes, “coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política” (STRECK, 2004, p. 162-163).

Para Kozicki e Barbosa, a tese substancialista admite valores contidos na Constituição que devem ser respeitados não somente pelos cidadãos, mas também pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que este último deve fiscalizar os demais Poderes “em razão de sua conformidade aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais previstos na Constituição.” (KOZICKI; BARBOSA, 2008, p. 163).

Em razão da insuficiência substantiva do critério majoritário manifestar o ideal democrático, Dworkin estabelece condições democráticas que possibilitarão a participação moral dos cidadãos numa comunidade política. Ainda, essa participação moral deverá ser fundada nas premissas dos princípios do autogoverno e da igual consideração e respeito, cuja inobservância não é possível pensar em democracia. Analisa, assim, Dworkin a concepção majoritária “no contexto de um sistema de governo representativo, fundadas nos ideais de igualdade política de influência e de impacto de todos os cidadãos” (MEDEIROS, 2019, p. 162-163).

Portanto, essa concepção de Dworkin sobre democracia, tendo como pano de fundo os princípios que a estruturam, intimamente interligadas por concepções substantivas de legitimidade e igualdade, superando, pois,

entendimentos meramente formais, apresenta a ideia de legitimidade da revisão judicial constitucional, “principalmente por resguardar a independência ética e a responsabilidade moral das minorias, garantindo sua autoridade moral e seu autogoverno, enquanto liberdade positiva.” (MEDEIROS, 2019, p. 164).

6. O PROBLEMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DEMOCRACIA

Segundo Schier, a democracia assumiu, no novo modelo de constitucionalismo, característica mais conflitual e tensional, porquanto a democracia não se restringe apenas a um procedimento de decisão no círculo do parlamento, mas passou, da mesma forma, a reivindicar “que o conteúdo das decisões do parlamento esteja materialmente vinculadas ao respeito e a realização de um determinado núcleo de direitos fundamentais.” (SCHIER, 2016, p. 265-266). Isto significa, na visão de Schier, que direitos fundamentais “não são mais, exclusivamente, pressupostos da democracia, mas também são limites da democracia.” (SCHIER, 2016, p. 266).

Importante observar que, no Estado Democrático de Direito, existe a necessidade de se compreender e se estabelecer um equilíbrio entre a democracia – no sentido de estabelecer uma forma de incluir os sujeitos de direito nas discussões políticas – e o constitucionalismo “como um regulamentador que instituiu os procedimentos que devem ser observados nesta inclusão” (PINHEIRO; PEPINO; COURA, 2018, não p.). Neste sentido, Chueiri e Godoy consignam que a Constituição de um país é a tradução democrática do povo decidindo as questões politicamente relevante de sua comunidade e, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, “então alguns conteúdos da Constituição [...] devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária” (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 160).

O alargamento das funções do judiciário frente a complexidade social reaviva o debate acerca da jurisdição constitucional entre as correntes procedimentalista e substancialista. Trata-se de judicialização política ou politização



do Poder Judiciário (Direito)?

Nesse debate entre o Direito e a Política surgiram as teses: a) substancialistas – esposada por Lenio Luiz Streck e Ronald Dworkin – da materialidade dos direitos fundamentais; b) procedimentalistas – defendida por Jürgen Habermas e Antonie Garapon – que buscam assegurar o processo democrático, de forma que a própria participação defina as prioridades.

Segundo Pinheiro, Pepino e Coura, os substancialistas observam a necessidade de uma Teoria da Constituição Adequada em países de modernidade tardia de acordo com suas especificidades, assim como uma atuação intervencionista da jurisdição constitucional, com o emprego dos direitos fundamentais. Para os substancialistas, a proposta procedimentalista não seria suficiente, pois relegaria ao Judiciário a tarefa de assegurar, por meio da cidadania, “a prática democrática de formação da vontade e da opinião” (PINHEIRO, PEPINO; COURA, 2018, p. 1179).

Assim, os pressupostos de constituição dirigente são importantes, mormente quando as promessas da modernidade (igualdade, justiça social e direitos fundamentais) necessitam de concretização (PINHEIRO, PEPINO; COURA, 2018, p. 1179). O que torna fundamental para o resgate de tais promessas o próprio Judiciário “onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais” (STRECK, 2013, p. 151).

Todavia, não se está falando na substituição da teoria procedimentalista, porquanto ela é fundamental, inclusive para a concepção da teoria substancialista. O que está a se dizer é que antes da observância dos procedimentos que implicam na teoria procedimentalista é necessário o procedimento hermenêutico da teoria substancialista.

Neste sentido, os procedimentos democráticos do procedimentalismo possuem grande importância para o substancialismo. Porém, é importante consignar que a realização dos referidos procedimentos consiste somente em uma parcela do regime democrático, “para o qual se faz imprescindível que a própria gênese seja efetivamente democrática, o que ultrapassa a esfera dos

procedimentos.” (PINHEIRO, PEPINO; COURA, 2018, p. 1180).

Aqui, portanto, apresenta-se o ponto de convergência entre as teorias procedimentalista e substancialista: defesa da democracia, dos direitos fundamentais e do núcleo político da Constituição, o que resulta na perspectiva de que não se pode admitir, para ambas as teorias, a negação aos direitos fundamentais e o incentivo ao decisionismo e a arbitrariedade.

Segundo Kozicki e Barbosa, em que pese a tensão entre jurisdição constitucional e democracia, é possível afirmar que ambas as teorias, procedimentalista e substancialista, aceitam “a proteção dos direitos fundamentais como garantia do próprio processo democrático” (KOZICKI; BARBOSA, 2008, p. 173-174), eis que sem sua garantia não seria possível a satisfação dos direitos individuais de liberdade de expressão e de igualdade de participação política, “necessários à existência de um processo democrático de discussão e deliberação.” (KOZICKI; BARBOSA, 2008, p. 173-174).

Lustosa afirma que, embora Dworkin seja contrário a tese de Habermas, isso não significa dizer que Dworkin rejeita os procedimentos democráticos pré-estabelecidos por Habermas, uma vez que aquele argumenta que os debates jurídicos não devem se voltar primordialmente sobre a forma, mas a respeito da justiça da decisão sob a ótica dos valores substanciais (LUSTOSA, 2010, p. 145). Neste sentido, o Judiciário tem o encargo de funcionar como guardião dos direitos fundamentais, “sendo que a expansão da Jurisdição Constitucional é vista como a evolução natural da própria democracia e como uma exigência da construção do Estado Democrático de Direito.” (LUSTOSA, 2010, p. 145).

Para Sarmento, embora haja variações entre os procedimentalistas, essa teoria tem em comum a visão de que o papel da jurisdição constitucional é resguardar os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, vale dizer, não se trata de tutelar valores substantivos, já que essa tutela caberia exclusivamente às instâncias que representam o povo (SARMENTO, 2006, não p.). No mesmo sentido se posicionam Kozicki e Barbosa que sustentam que a Constituição brasileira é uma constituição de valores, selecionados pela sociedade no momento constituinte e destacados à categoria de direitos fundamentais na

Constituição Federal de 1988 (KOZICKI; BARBOSA, 2008, p.173).

Portanto, levando-se em consideração que o Brasil é um país de modernidade tardia, a proposta procedimental de “relegar ao Judiciário a tarefa de assegurar a prática democrática de formação da vontade e da opinião pública, por meio da cidadania, não é suficiente” (PINHEIRO, PEPINO; COURA, 2018, p. 1179). Isto porque, para Streck, há uma aspiração de construção dos pilares do Estado Social no contexto brasileiro (STRECK, 2014, p. 26).

7. CONCLUSÃO

O caso do deputado federal Daniel Silveira trouxe à tona a questão referente a existência ou não de limites ao exercício da liberdade de expressão, consagrada na Constituição brasileira como o direito fundamental. O parlamentar, ocupante de um cargo no Poder Legislativo Federal, manifestou-se publicamente exaltando um ato de exceção de um governo totalitário, Ato Institucional nº 5, que violou instâncias democráticas e instalou regime de repressão no Brasil. Ainda, o deputado instigou o desrespeito às instituições republicanas e buscou intimidar membros de outros Poderes da República.

Tal manifestação pública caracteriza-se como discurso de ódio, pois, para além de ofender Ministros da Suprema Corte, propaga o desrespeito às instituições indispensáveis a manutenção da democracia brasileira, atacando-as no que no que elas têm de essencial, qual seja, sua credibilidade e finalidade institucional.

Mesmo que analisada perfunctoriamente a questão sob o viés da imunidade parlamentar, tem-se que a finalidade de tal instituto é, no dizer de Streck, a de “proteger a democracia e não a de servir de escudo para destruí-la” (STRECK, 2021, não p.). Continua o jurista afirmando que “o ataque-desprezo” à Corte não se faz apenas contra seus ministros, mas à própria função que ela desempenha na República, enquanto Suprema Corte (STRECK, 2021, não p.).

A teoria procedimentalista sustenta que o papel do Poder Judiciário é o de garantir os pressupostos necessários ao bom funcionamento da Democracia

(SARMENTO, 2006, não p.). A ideia central é que os tribunais constitucionais não são guardiões de uma ordem supra positiva de valores substanciais, mas são protetores do procedimento democrático da legislação, vale dizer, a legitimidade do Poder Judiciário está vinculada às condições processuais da formação democrática das leis. Nesta concepção, a liberdade de expressão ganha tamanha relevância que não pode ser objeto de restrição, sob pena de desregular o bom funcionamento da própria democracia. Portanto, em tese, o cidadão terá direito absoluto à liberdade de expressão, podendo até proliferar discursos de ódio, *fake news*, pois o que se está a resguardar aqui é a liberdade do procedimento democrático na formação da decisão.

De outro lado, a teoria substancialista, de Ronald Dworkin, concede legitimidade à jurisdição constitucional em nome da garantia e da promoção de valores substantivos presentes na Constituição (SARMENTO, 2006, não p.). Na visão substancialista, o procedimentalismo seria insuficiente, já que relega ao Judiciário a tarefa de garantir a prática democrática de formação de opinião e vontade. Nesta concepção, a liberdade de expressão não é absoluta, devendo ser relativizada ante aos demais direitos fundamentais estatuídos constitucionalmente.

Há um déficit, no contexto brasileiro, de igualdade, de justiça social e de garantia de direitos fundamentais que evidenciam a necessidade de concretização desses valores. Neste sentido, possibilitar que os discursos sejam contaminados com posições negacionistas de ataque à ciência, de adulteração da verdade e da história, de desrespeito às instituições democráticas, viabilizando a organização de verdadeiras quadrilhas voltadas para falsear conteúdo, com objetivos de obliterar decisões políticas fundamentais da sociedade, acaba negando os direitos fundamentais tão caros à democracia.

Portanto, a tese substancialista é a que melhor se enquadra no contexto constitucional brasileiro, cuja Constituição substancialista, até hoje, impende de efetivação, sendo, portanto, tarefa do Poder Judiciário analisar tais casos, harmonizando os direitos fundamentais e estabelecendo a melhor interpretação com vistas à integralidade do direito.

REFERÊNCIAS



ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** 27ª. ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília. DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4781 – Distrito Federal.** Relator: Min. Alexandre de Moraes, 16 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ4781FLAGRANTEDELI TODECISAO.pdf>. Acesso em 10 mar. 2021.

CALDAS, Camilo Onoda L. Liberdade política como direito fundamental na perspectiva do republicanismo. **Revista de direitos fundamentais & democracia**, Curitiba, v. 22, n. 3, p. 65-83, set./dez. 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia.** v. 1, 2ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n.1, p. 159-174, jan./jun., 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100009&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 10 jun. 2020.

DE FREITAS, Riva Sobrado; DE CASTRO, Matheus Felipe. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência**, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100014&script=sci_arttext. Acesso em 10 jun. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana.** Tradução de: CIPOLLA, Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Tradução de: CIPOLLA, Marcelo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Título original: Justice for hedgehogs.

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e democracia.** Tradução de: MEYER, Emílio Peluso Neder. 1995. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/50539204/44585350-Ronald-Dworkin-Constitucionalismo-E-Democracia.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.



FRANCO, Meliza Marinelli. Constitucionalismo e democracia em Ronald Dworkin: liberalismo igualitário e interpretação da constituição. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 126-145, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/161>. Acesso em: 10 fev. 2021.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e estado democrático de direito: a necessidade do debate “procedimentalismo *versus* substancialismo”. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 1, n.1, p. 11-38, dez., 2006. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/41/31>. Acesso em: 10 jun. 2020.

KOZICKI, Katia; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**, n. 56, p. 151-176, jun. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/47426893_Jurisdicao_Constitucional_brasil_eira_entre_Constitucionalismo_e_Democracia/link/0fff11fa0cf2b20ef07598a5/download. Acesso em: 10 jun. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 4, n.17, p. 1-225, jul./set., 2004. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/606>. Acesso em: 10 jun. 2020.

LUSTOSA, Helton Kramer. **Jurisdição constitucional e democracia: o controle judicial das escolhas orçamentárias como instrumento de garantia dos direitos prestacionais sociais**. Dissertação de mestrado. Faculdades Integradas do Brasil. Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2010. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_Helton-Kramer.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020

MACEDO, Fausto. Leia a transcrição do vídeo em que Daniel Silveira faz apologia do AI-5 e ataca ministros do Supremo. **Estadão**, São Paulo, 19 fev. 2021. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/video-completo-daniel-silveira-a-pologia-ai5-stf-transcricao/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MEDEIROS, Marcus Vinícius de. **A decisão judicial e o problema da discricionariedade**: contribuições crítico-teóricas a partir de Ronald Dworkin e em Jürgen Habermas para a articulação de uma resposta substancialista. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-Graduação em Direito. Natal, 2019. Disponível em:



<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/28149>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo no Brasil: as visões procedimentalista e substancialista. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, eletrônica, v. 24, n. 3, p. 1155-1190, set./dez., 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13770>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PODER360. Leia a transcrição do que disse Daniel Silveira e o que levou o STF a prendê-lo. **PODER360**, 21 fev. 2021. Disponível em <https://www.poder360.com.br/justica/leia-a-transcricao-do-que-disse-daniel-silveira-e-o-que-levou-o-stf-a-prende-lo/>. Acesso em 10 mar. 2021.

RIBEIRO, Kepler Gomes. Liberdade de expressão, discurso de ódio e 'fake news': o papel da jurisdição constitucional na construção do sentido jurídico-político de pluralismo. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/liberdade-de-expressao-discurso-de-odio-e-fake-news-o-papel-da-jurisdicao-constitucional-na-construcao-do-sentido-juridico-politico-de-pluralismo/>. Acesso em 13 março 2021.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalização: democracia e governabilidade no Brasil. p. 265/266. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 20, n. 20, p. 253/299, jul./dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teoria discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Deus morreu e agora tudo pode? Reflexões sobre a prisão do deputado. **Revista Consultor Jurídico**, fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/streck-deus-morreu-agora-tudo-prisao-deputado>. Acesso em: 14 abr. 2021.

**DIREITOS HUMANOS,
DEMOCRACIA E
POLÍTICAS PÚBLICAS NO
CONTEXTO DA COVID-19**



III SEMINÁRIO
INTERNACIONAL
EM DIREITOS
HUMANOS E SOCIEDADE

V Jornada de Produção
Científica em Direitos
Fundamentais e Estado

20 à 23 | SET | 2021 | PLATAFORMA ONLINE



PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO • UNESC