

Neoconstitucionalismo e democracia

Gustavo Ferreira Santos

Sumário

Introdução. 1. O paradoxo democrático da “Supremacia da Constituição”. 2. Do constitucionalismo liberal ao neoconstitucionalismo. 3. Por um novo constitucionalismo democrático e pela revalorização da política. 4. Considerações finais.

Introdução

Longe de se constituir em uma verdade inquestionável, a idéia central do constitucionalismo, que se expressa na supremacia da Constituição sobre as outras normas que compõem o sistema, suscita, desde sua origem, contestações de diversos matizes. Para os críticos, haveria um paradoxo na relação entre Constituição e democracia, já que, ao decidir adotar uma Constituição, os constituintes proíbem que a maioria retorne aos temas decididos, exigindo uma maioria qualificada para as alterações do texto.

Ultimamente, o tema tem sido objeto de intensa discussão no ambiente ibero-americano. Especialmente na Espanha, em Portugal, no Brasil, no México e no Chile, constitucionalistas e filósofos do direito retomam o antigo debate, impulsionados por novas contribuições apresentadas no tradicional debate constitucional norte-americano.

Não faremos neste texto uma arqueologia do problema, buscando suas origens mais remotas, nem apresentaremos a sua geografia, com um panorama do debate no direito comparado, mas tomaremos essas

Gustavo Ferreira Santos é Mestre (UFSC) e Doutor (UFPE) em Direito, Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco, Procurador Judicial do Município do Recife.

recentes contribuições como guia para problematizar a relação entre Constituição e democracia. Buscaremos trabalhar algumas virtudes e defeitos do pensamento constitucionalista, dando ênfase especial à sua versão mais forte.

1. O paradoxo democrático da “Supremacia da Constituição”

A relação entre Constituição e democracia é tensa por sua natureza (Cf. HOLMES, 1999, p. 227). A adoção de uma Constituição por uma comunidade, por meio do exercício legítimo do Poder Constituinte, pressupõe o reconhecimento da regra da maioria como instrumento apto à tomada de decisão pela sociedade. Assim, as constituições que resultam de processos constituintes legítimos, ou seja, que são promulgadas após um processo aberto de discussão e deliberação por representantes, são constituições democráticas. No entanto, ao adotarem a idéia de rigidez, impondo critérios mais rigorosos ao processo de rediscussão e reforma dos seus dispositivos do que aqueles critérios adotados em suas deliberações, vedam à maioria o acesso ao tema.

A maioria do povo, que decidiu pela necessidade de um novo parâmetro constitucional, delibera contra a futura maioria, interditando à política ordinária um conjunto de temas. Os que se consideram iluminados o suficiente para a compreensão dos temas debatidos na Constituinte duvidam das gerações vindouras e proíbem a rediscussão.

Essa tensão entre supremacia da Constituição e democracia parece insolúvel, mas pode ser amenizada por desenhos institucionais que demonstrem o compromisso interno entre os dois pólos da relação, equilibrando a estabilidade das regras e o fundamento popular do poder. As Constituições devem ser tomadas como regras do jogo democrático.

Há muito foi superado o conceito de democracia que a reduz ao sistema no qual as decisões são tomadas por maioria. Há cer-

tas condições que se espera preservadas para que a decisão majoritária se revele democrática. Para Robert Dahl (2002, p. 99), a democracia em larga escala exige (i) funcionários eleitos, (ii) eleições livres, justas e frequentes, (iii) liberdade de expressão, (iv) fontes de informação diversificadas, (v) autonomia para associações e (vi) cidadania inclusiva. O conceito de democracia do referido autor, que vai além da mera exigência da adoção da regra da maioria como método de decisão, cabe apenas a um “sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos” (DAHL, 2005, p. 26).

A existência e preservação do parâmetro constitucional podem mostrar-se, dessa forma, exigências da própria democracia. A supremacia da Constituição e a sua garantia judicial comumente são justificadas na necessidade de preservar direitos fundamentais. É passível de justificação uma relação interna entre democracia e tais direitos, com a identificação de uma relação mútua. Michelangelo Bovero (2002, p. 37) considera alguns direitos fundamentais condições (internas) para a democracia e outros direitos fundamentais pré-condições (externas). Seriam condições para a democracia os direitos políticos, direitos de participação, que realizam a igualdade e a liberdade democráticas. No rol das pré-condições, inclui algumas liberdades consagradas por posições liberais e alguns direitos sociais, como educação e subsistência.

Dessa forma, a supremacia constitucional, protegendo da política cotidiana certos parâmetros do jogo democrático, pode ser harmonizada com o conceito de democracia. No entanto, essa proteção não se justifica, a nosso ver, quando absolutiza a proteção.

Construímos uma convicção contrária ao congelamento de temas pelo texto da Constituição. A estratégia de vetar o retorno ao debate de certos temas, como a adotada por nossa Constituição, em seu art. 60, §4º, aprofunda a tensão entre Constituição e democracia.

Tal modelo nos parece inconveniente por diversas razões. Duas em especial merecem atenção. Em primeiro lugar, a proibição de retomada do tema para submetê-lo a nova deliberação parece considerá-lo definitivamente equacionado. Em segundo lugar, as pressões pela revisão da cláusula protegida podem significar, em uma radicalização das divergências, uma ameaça à própria Constituição.

O primeiro motivo citado é preocupante porque parte de uma idéia de que as decisões protegidas representam verdades reveladas. É como se, diante de decisões iluminadas, encontrássemos modelos inquestionavelmente adequados de organização, reservando-os, protegendo-os, para que não sofressem ataques no processo evolutivo que ainda devemos percorrer.

Quanto ao segundo motivo, a preocupação nossa recai no efeito “bola de neve” que pode a proibição da reforma produzir. Muitos dos defensores das cláusulas imodificáveis argumentam favoravelmente ao modelo lembrando que, quando tais cláusulas não mais correspondem às expectativas da sociedade, o caminho será o exercício do poder constituinte originário. Esquecem-se, no entanto, que de um novo processo constituinte qualquer coisa poderá sair, sendo objeto de nova decisão qualquer tema tratado na Constituição descartada. Porém, um procedimento de reforma é focado especificamente na cláusula questionada, não fragilizando os outros componentes da Constituição, preservados em sua integridade.

Há, inclusive, o risco de que adversários de certas normas constitucionais usem o questionamento de outras normas como alibi para a abertura de um novo processo constituinte. Assim, a busca, por exemplo, da adoção da pena de morte poderia ser um alibi para a fixação, em uma nova constituinte, de novos parâmetros para a ordem econômica, para a modificação do modelo de Administração pública etc.

Será que, diante desses riscos concretos, não valeria a pena submeter os temas cen-

trais da Constituição a um procedimento de reforma, mesmo que bem mais dificultoso do que o regularmente adotado pela Constituição para a sua reforma? Respondemos afirmativamente à pergunta e defendemos a superação do modelo de cláusulas imodificáveis.

2. Do constitucionalismo liberal ao neoconstitucionalismo

A idéia de supremacia da Constituição faz parte da própria definição de constitucionalismo. Porém, há uma diferença marcante entre o primeiro constitucionalismo, de matiz liberal, e o atual modelo de constitucionalismo, que muitos chamam de neoconstitucionalismo.

Em sentido amplo, constitucionalismo é um termo utilizado para expressar uma postura ideológica favorável à adoção de uma Constituição como um instrumento para a limitação do exercício do poder¹. Mas não há diversas manifestações de tal ideologia identificáveis no tempo e no espaço.

Um rápido olhar nas histórias constitucionais de França, Estados Unidos e Inglaterra demonstra que das idéias de limitação do poder surgiram os mais diversos desenhos institucionais. Algumas fontes comuns resultaram em soluções as mais diversas. Porém, neste trabalho, interessam-nos mais as variações no tempo do discurso constitucional.

Um primeiro constitucionalismo, eminentemente liberal, voltava-se a garantir um espaço de atuação individual perante o Estado (ASENSI SABATER, 1996, p. 16). As possíveis restrições à liberdade apenas seriam justificáveis quando realizadas pelos representantes, por meio da lei, avatar da racionalidade. O ato do Parlamento seria uma auto-restrição, já que ele é composto de representantes dos próprios destinatários de sua decisão.

Nessa versão do constitucionalismo, jogavam um papel central a declaração de direitos – limitada às liberdades – e a separação de poderes. É simbólico dessa fase o

art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, que era taxativo ao dizer não ter uma Constituição a sociedade que não garantia direitos e que não separava poderes.

O constitucionalismo social, que representa uma segunda versão do pensamento constitucionalista, decorre do esgotamento fático da visão liberal, impotente diante da chamada questão social, que abala o século XIX. O Estado indiferente é substituído por um Estado propositivo. Questões existenciais antes deixadas à solução individual passam a ser assumidas pelo Estado, que se transforma em um prestador de serviços.

Da Constituição de Weimar às constituições européias do pós-guerra, o constitucionalismo social transforma profundamente a relação entre Estado e sociedade. O catálogo de direitos fundamentais foi ampliado, abrangendo diversos direitos a prestações e à proteção da relação de trabalho. O Executivo assume, como provedor, um papel de destaque,

“pela necessidade de assegurar a governabilidade em um sistema que se legitima, fundamentalmente, por suas prestações sociais e pela necessidade de que o Estado se situe como eixo dos pactos sociais que efetuam entre si os partidos com os agentes econômicos e sociais” (ASENSI SABATER, 1996, p. 43).

Nomeadamente após a segunda guerra mundial, o papel da Constituição é alterado, passando a protagonizar os principais debates políticos. A adoção da jurisdição constitucional em diversos países dá um impulso a esse processo de constitucionalização de todo o Direito.

O termo neoconstitucionalismo é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma Jurisdição Constitucional atuante e expansiva.

As aprofundadas teses sobre a especificidade da hermenêutica constitucional, a ampliação dos catálogos de direitos fundamentais, com reconhecimento inclusive de inúmeros direitos implícitos, e a impregnação da Constituição nos diversos ramos do Direito são sintomas dessa nova perspectiva².

Essa versão de constitucionalismo busca estabelecer uma nova relação entre direito e moral. A Constituição tomada como norma abarca um plexo imenso de valores, sendo referências para a solução de problemas em várias áreas. Há nessa perspectiva um potencial ainda maior de choque com a forma democrática de solução de conflitos, pois tem esse discurso tendido à redução dos espaços de decisão democrática, transferindo ao intérprete / aplicador da Constituição a tarefa decisória.

3. Por um novo constitucionalismo democrático e pela revalorização da política

A circunstância de ter sido até aqui um debate que animou mais autores da área da Filosofia do Direito que autores dedicados especificamente ao Direito Constitucional não reduz, a nosso ver, o impacto que os seus argumentos têm sobre a Teoria da Constituição. Reafirmar o papel da Constituição e justificar a adoção da Jurisdição Constitucional exigem do constitucionalista a revisão de alguns dos cânones da Teoria da Constituição e a reflexão sobre desenhos institucionais mais voltados à valorização do elemento democrático no Estado contemporâneo.

A Jurisdição Constitucional tem, em sua atividade, um relacionamento estreito com o elemento político. Por isso, é prudente que se cuide para fugir de qualquer tentação de abuso desse poder. Na lição de Cristina Queiroz (1996, p. 351), “o juiz é visto *sempre* como ‘cavalcando’ entre dois mundos: o mundo do ideal e o mundo da prática, o mundo do valor público e o mundo da pre-

ferência subjectiva, o mundo da Constituição e o mundo da política”.

O debate constitucional dos países que têm um controle judicial da constitucionalidade bastante desenvolvido, especialmente nos Estados Unidos e na Alemanha, reconhece essa dificuldade de controle da atividade legislativa pelo Judiciário, deixando claro que o controle é a exceção.

Na Suprema Corte norte-americana, afirmou-se um conjunto de técnicas de auto-restrição no exercício de sua função de revisão da legislação (*judicial self-restraint*). Com isso, tinha-se por objetivo harmonizar o exercício das funções estatais dentro de uma lógica de freios e contrapesos.

Os seguintes elementos destacam-se nessa doutrina de autocontenção: (i) *cases and controversies*; (ii) *standing to sue*; (iii) *precedent*; (iv) *comity*; (v) *political questions* (Cf. SOUSA, 1998, p. 194). Com a primeira técnica, a controvérsia a ser analisada deve estar devidamente delimitada, uma vez que é função do Judiciário solucionar conflitos na aplicação da lei e não meramente emitir opiniões. A segunda técnica diz respeito à exigência de que prove a parte que requer a decisão da Suprema Corte o seu interesse direto na solução do conflito. Com a terceira técnica, o órgão de decisão apresenta-se vinculado a decisões anteriores, apesar de serem tais decisões passíveis de reapreciação, funcionando o precedente como uma espécie de guia às atividades, em razão da adoção da regra do *stare decisis*. A quarta técnica destaca o papel da Suprema Corte no sistema judicial da Federação, exigindo harmonização com os demais tribunais, o que faz necessária a exaustão dos recursos aos tribunais estaduais, como condição para que se exercite o direito de recurso ao tribunal superior. Na última técnica, que tem suscitado maiores polêmicas, a doutrina das questões políticas, exige a Corte que trate os casos levados à decisão da Suprema Corte de questões jurídicas *stricto sensu*, sendo presumida a constitucionalidade dos atos do legislador. Guarda, em algum grau, a dou-

trina das questões políticas uma postura semelhante àquela que, nos tribunais europeus, deu origem à teoria da interpretação conforme a Constituição.

Com nuances que representam as diferenças entre os sistemas constitucionais dos Estados Unidos e do Brasil, todos esses elementos, de alguma forma, refletiram-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou nas normas que regem o nosso controle de constitucionalidade das leis.

Na linha do *cases and controversies* norte-americano, o nosso Supremo Tribunal Federal, por exemplo, considera que, revogada lei questionada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, há perda de objeto, com a conseqüente extinção da ação³. Ainda pode ser comparada a essa linha de restrição a necessidade de demonstrar o abalo que já esteja ocorrendo na presunção de constitucionalidade de ato normativo em favor do qual é proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Essa exigência, que já era identificada pelo Supremo Tribunal Federal, foi reafirmada pela Lei nº 9.868/99, que cuida dos procedimentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que, em seu art. 14, III, diz que a petição inicial indicará “a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.

Podemos apontar como tributário da idéia do *standing to sue* a exigência de que demonstrem alguns dos legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade a relação direta entre sua atividade e o objeto na norma impugnada. A pertinência temática é exigida do Governador do Estado, da Mesa da Assembléia Legislativa e da Confederação ou Associação de Classe⁴. Também pode ser apontada como relacionada com essa idéia a proibição de intervenção de terceiros na Ação Direta de Inconstitucionalidade⁵.

Em relação ao *precedent*, a mais notável influência veio com a adoção da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pela

Emenda Constitucional nº 3, que abriu a possibilidade de decisões afirmativas de constitucionalidade terem força obrigatória. Também, agora, com a Emenda Constitucional nº 45, passa a existir a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal determinar que súmula de seus julgamentos seja reforçada para receber natureza vinculante.

O mais conhecido e debatido instrumento de auto-restrição está contido na doutrina das *political questions*. A Suprema Corte norte-americana, no caso *Baker v. Carr*, bem resumiu a sua visão sobre o tema, afirmando que, diante da falta de *standards* judiciais apropriados à decisão, não seria possível a edição de uma decisão fundamentada em elementos de caráter político, que representaria desrespeito a outros poderes constitucionais (Cf. MELLO, 2004, p. 251).

Essa doutrina teve alguma influência no Brasil, sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal como motivo para não declaração de inconstitucionalidade⁶. Porém, vítima de diversos questionamentos, tem conhecido declínio, não sendo mais tomada resolutivamente.

Otto Bachoff (1980, p. 12) aponta na jurisprudência dos órgãos do Poder Judiciário da Alemanha a existência dessa postura de autolimitação. Na lição de Bachoff (1980), assim procedem os órgãos do Judiciário perante a natureza política da decisão sob seu controle: (i) partem os tribunais do pressuposto de que, na dúvida, as leis são conformes à Constituição; (ii) não entram os tribunais na análise da correção e da oportunidade dos objetivos políticos visados pelo legislador; (iii) um tribunal somente corrige as valorações feitas pelo legislador na tomada da decisão política quando estas não encontrem qualquer fundamento racional; (iv) os prognósticos legislativos são geralmente aceitos pelo órgão de controle da constitucionalidade, dada a incerteza corrente nas expectativas de quem produz normas, somente atuando o Judiciário quando houver erro; (v) os tribunais são obrigados a ponderar as possíveis consequências de

suas decisões, para evitar, sob o manto de uma correção jurídica, produzir, na prática, uma injustiça; (vi) as decisões dos tribunais, antes consideradas com eficácia *ex tunc*, passaram a considerar possível a declaração de constitucionalidade sem decretação da nulidade; (vii) os tribunais se consideram legítimos, nos casos em que a decretação da inconstitucionalidade é inevitável e a ausência de regulação se mostra muito prejudicial à sociedade, para fazer uma “legislação sucedânea”, sobre o estritamente necessário, enquanto o legislador exercita a sua função.

Os juízes, da mesma forma que os constituintes ou os legisladores, não gozam de qualidades extracotidianas que os coloquem acima da espécie humana, como seres iluminados e portadores da melhor razão. Suas funções têm que ser exercidas de forma controlada, para evitar que a posição à qual eles foram alçados com a revisão judicial da legislação transforme-se em empecilho para a vida política de um país, ou até mesmo que ele seja submetido a pressões incompatíveis com suas funções (Cf. AMARAL, 1999, p. 112).

Hoje, mesmo de forma não declarada ou até mesmo inconsciente, no debate sobre funções de “representante” e de “juiz”, há quem defenda a segunda função exclusivamente com base em uma enumeração de defeitos da primeira função. Isso pode até desgastar a legitimidade do papel do representante, mas não sustenta por si só a expansão da jurisdição constitucional. Os dois, representante e juiz, inovam no direito, cada um à sua forma, mas aparentemente a decisão legislativa é mais arbitrária, imagem que, segundo Jeremy Waldron (2003), decorre do fato de que o legislador deixa clara a natureza de sua função, dizendo “esqueçam o que a lei foi o tempo todo. É assim que ela vai ser agora”, quando o juiz age como se estivesse “descobrimdo” um Direito desde sempre existente (WALDRON, 2003, p. 14).

Não somos adeptos, porém, da identificação pura e simples de um espaço de não-jurisdição, como ocorre com a técnica das

political questions. Todo ato normativo, em nosso sistema, é passível de revisão judicial. Aliás, esse deve ser um ponto de partida para o intérprete. Não será meramente a natureza política do ato atacado que afastará o controle pelo Poder Judiciário. Porém, deverá ser tomada em conta a dificuldade de controlar o conteúdo de certas decisões e, muitas vezes, a legitimidade do processo que levou à sua adoção influenciará a tomada de posição pelo Judiciário.

O juiz que recebe da Constituição o poder de aferir a constitucionalidade de leis não pode ser entendido como um elemento neutro. Questões políticas lhe são apresentadas por estarem envolvidas na aplicação do Direito e a elas ele deve dar respostas. Seria absurdo esperar que o juiz, diante de uma questão que envolvesse claramente elementos políticos, suspendesse o julgamento para aguardar uma definição dos representantes do povo ou, o que seria pior, deixasse de dar resposta adequada à demanda levada ao Judiciário.

Ao ser explícita na Constituição a função de sua guarda, o Judiciário recebe uma atribuição política inegável. É preciso que o juiz constitucional tenha sempre isso claro na hora de decidir. O exercício dessa função deve ser observado e controlado pela sociedade, com consciência da dimensão política das questões constitucionais. Isso é da essência de sistemas que permitem ao Juiz revisar a legislação. Nunca é demais lembrar que Tocqueville (1998, p. 113) identificava um poder político no juiz norte-americano e o justificava no fato de que, diferentemente da realidade de outros países, esse juiz fundava suas decisões na Constituição e não nas leis.

O que se espera é que ele esteja consciente dessa dimensão política da sua decisão, quando o conflito que lhe é apresentado envolve questões de inconstitucionalidade. Nesse julgamento, muitas vezes far-se-á necessário a autocontenção. Deve voltar-se o juiz a garantir o próprio espaço de decisão democrática.

Peter Häberle (1997), ao propor uma visão ampliada quanto aos sujeitos da interpretação constitucional, acaba por indicar que o Juiz constitucional tem que considerar o grau de participação no debate político que resultou no ato normativo atacado por inconstitucional. A seu ver, “um *minus* de participação deve levar a um *plus* de controle constitucional” (HÄBERLE, 1997, p. 46). Esse olhar democrático a ser exigido da Jurisdição Constitucional pode reconciliar, em alguma medida, democracia e revisão judicial.

Imagine-se uma norma infraconstitucional restritiva de direitos fundamentais, feita sob a justificativa de promover outro direito fundamental, e que, além de um processo legislativo extremamente aberto, acompanhado pela sociedade por meio dos órgãos de imprensa, ainda vá a referendo popular. Ponderar os dois direitos fundamentais envolvidos – o limitado pela norma e o por ela promovido – seria possível ao Judiciário no controle da constitucionalidade das leis, mas representaria não “a posição correta”, única forma de se apreciar a relação entre os dois direitos fundamentais, e sim a posição do Tribunal. Não sendo possível justificar uma ofensa direta, evidente, da norma que consagra o direito que sofreu restrição, por que declarar o Judiciário a inconstitucionalidade? Por que não considerar que o princípio democrático, consagrado na Constituição tal qual os dois direitos fundamentais em relação, não reforça a decisão legislativa, tornando legítima aquela específica forma de restrição de direitos?

Com Robert Alexy (1992, p. 162), podemos afirmar que “um princípio formal essencial é a competência decisória do legislador democraticamente legitimado”. Essa afirmação é feita no contexto de uma resposta ao que ele chama de *objeção competencial* ao chamado modelo de regras / princípios. Tal objeção teme que ocorra um deslocamento da competência dos Parlamentos para os tribunais, sob o pretexto de serem aplicados aos casos sob decisão princípios constitucionais.

A interpretação constitucional deve evitar fixar um único caminho possível para a decisão democrática. Um legislador totalmente vinculado significaria também uma sociedade atada. Quando razoavelmente justificáveis mais de uma posição para a adoção de uma norma infraconstitucional, o intérprete precisa evitar a interpretação da Constituição que indica a única providência material disponível ao Estado diante da Constituição.

Esse risco de obstrução da democracia, com a fixação pelo Poder Judiciário do “caminho correto” a ser percorrido pelo legislador e pelo administrador, decorre daquilo que Paulo Otero (1997, p. 608), ao criticar a Constituição Portuguesa de 1976, chamou de hipervoluntarismo, que consistiria em comportar as normas constitucionais “um verdadeiro programa de ação governativa e legislativa com a pretensão de tudo mudar”. A tentação de preencher os genéricos preceitos constitucionais com uma interpretação que dê respostas eficazes aos problemas que lhe são apresentados potencializa essa expansão dos poderes do Judiciário e pode produzir uma redução da capacidade da sociedade de dar novas respostas a novos problemas.

Evidentemente, deve conter a decisão um certo grau de objetividade, com a demonstração de que a decisão seguiu um caminho argumentativo justificável dentro da lógica do sistema. Conceitos morais vagos não podem ser tomados como fundamentos exclusivos para a declaração de inconstitucionalidade. A âncora na Constituição deve recorrer a técnicas interpretativas que explicitem o percurso entre o problema e a caracterização da inconstitucionalidade. Esse é um desafio que é colocado, por exemplo, pelo chamado “princípio da proporcionalidade”⁷.

As cláusulas gerais contidas na Constituição servem, muitas vezes, como álibis para a imposição pelo Judiciário de uma visão particular sobre um determinado problema moral. Ingeborg Maus (2000, p. 154)

afirma que, “quando a Justiça – em todas as suas instâncias – decide questões morais polêmicas por meio de pontos de vista morais, pratica assim a ‘desqualificação’ da base social”.

A experiência norte-americana mostra um país com um Judiciário que tem dado a última palavra em um conjunto amplo de temas morais. Hoje, com a mudança na composição da Suprema Corte, cada vez mais conservadora, especialmente com a nomeação de John Roberts para a presidência e a substituição da juíza Sandra O'Connor, teme-se por uma espécie de ativismo conservador, intervindo a Corte contrariamente à liberdade em matérias como eutanásia, aborto e direitos de homossexuais⁸.

John Hart Ely (1980) buscou conciliar a democracia com a existência do *judicial review*, deixando aos representantes a escolha dos valores fundamentais, mas preservando nas mãos dos juízes o poder de controlar o processo decisório, de tal forma que garantisse a participação de todos os grupos envolvidos na questão. Para Ely (1980, p. 117), o Judiciário atuará principalmente quando for verificado um bloqueio no processo democrático.

4. Considerações finais

Parece-nos que não está superada a idéia central do constitucionalismo que prega a limitação do poder por um parâmetro constitucional. A supremacia da Constituição pode funcionar como um instrumento a mais, em um Estado democrático, a garantir um processo deliberativo aberto, reforçando a natureza democrática desse Estado.

De toda crítica democrática ao constitucionalismo, porém, desde a que ataca a sua versão liberal até a que se volta ao neoconstitucionalismo, parece-nos ser possível extrair algumas lições. A possibilidade de justificação interna da supremacia da Constituição e de sua garantia judicial não invalida a aceitação de alguns elementos da crítica democrática.

Os parâmetros constitucionais, protegidos por exigências qualificadas de *quorum*, podem ser importantes para viabilizar o próprio funcionamento dos canais democráticos. Parece-nos, porém, que ao menos a existência de cláusulas imodificáveis torna-se de difícil justificação. As possibilidades de discussão e reforma das cláusulas centrais da Constituição podem servir de importantes momentos de reflexão e reafirmação dos fundamentos da vida da comunidade. Assim, em vez de bloquearmos o debate, sob a proteção de uma cláusula impeditiva de alteração, mostra-se mais rico o estabelecimento de procedimentos que foquem no tema questionado, oportunizando o debate aberto, envolvendo toda a sociedade.

Identificamos, ainda, uma necessidade de que a interpretação da Constituição se reconcilie com a natureza democrática do Estado, encontrando para o princípio democrático um papel de relevo. O intérprete / aplicador da Constituição não deve atuar com vistas a fechar as portas aos representantes e ao povo, mas deve velar pela abertura dos canais de participação e decisão, evitando criar empecilhos ao debate político não razoavelmente encontráveis no texto constitucional. Trata-se de uma recomposição do papel da política na vida cotidiana, que exige uma nova postura de quem busca interpretar a Constituição.

Notas

¹ “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo” (COMANDUCCI, 2002, p. 77).

² “El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución ‘invasora’, por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y la aplicación de la ley” (COMANDUCCI, 2002, p. 83).

³ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PERDA DE OBJETO. I. – Regimento Interno do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, acoimado de inconstitucional por vício formal e argüida a inconstitucionalidade material de dispositivos seus: perda do objeto da ação, dado que o citado Regimento Interno foi substituído por novo Regimento elaborado pelo Tribunal de Justiça do Estado, revogados os dispositivos acoimados de inconstitucionalidade material. II. – Ocorrendo a revogação superveniente da norma atacada em ação direta, esta perde o seu objeto, independentemente de a referida norma ter, ou não, produzido efeitos concretos. III. – Precedentes do STF: ADIn 2.097-PR, Moreira Alves, Plen., 04.5.2000; ADIn 1.203-PI, Celso de Mello, Plen., 19.4.95. IV. – ADIn julgada prejudicada” (BRASIL, 2002).

⁴ “Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional têm legitimidade ativa universal para propor ação direta de inconstitucionalidade, não incidindo, portanto, a condição da ação relativa à pertinência temática” (BRASIL, 1999); “Presente a necessidade de defesa de interesses do Estado, ante a perspectiva de que a lei impugnada venha a importar em fechamento de um mercado consumidor de produtos fabricados em seu território, com prejuízo à geração de empregos, ao desenvolvimento da economia local e à arrecadação tributária estadual, reconhece-se a legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura de ADIn” (BRASIL, 2001c); “Em se tratando de Mesa de Assembléia Legislativa – que não é daquelas entidades cuja legitimação ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade lhe é conferida para a defesa da ordem jurídica em geral –, em nada lhe diz respeito, para sua competência ou para sofrer os seus efeitos, seja constitucional, ou não, o preceito ora impugnado que se adstringe à determinação da aposentadoria compulsória dos membros do Poder Judiciário, inclusive estadual, aos setenta anos de idade” (BRASIL, 2001b); “(...) em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independe do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a ordem e entidade de classe” (BRASIL, 1992).

⁵ “Questão de Ordem resolvida no sentido de que é incabível a interposição de qualquer espécie de recurso por quem, embora legitimado para a

propositura da ação direta, nela não figure como requerente ou requerido” (BRASIL, 2001a).

⁶ “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA: URGÊNCIA E RELEVÂNCIA: APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NÃO REJEITADA EXPRESSAMENTE. CF, art. 62. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO: CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. Medida Provisória 661, de 18.10.94. Lei 9.131, de 24.11.95. I. – Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIn 295-DF e ADIn 1516-RO. II. – Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedente. No sentido de que urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia: RE 62.739-SP, Baleeiro, Plenário, RTJ 44/54; RDP 5/223. III. – Pedido de suspensão cautelar da alínea c, do § 1º do art. 9º da Lei 4.024/61, com a redação da Lei 9.131/95, bem assim das alíneas d, e, f e g do mesmo artigo: indeferimento. IV. – Medida cautelar indeferida” (BRASIL, 1997).

⁷ Tratamos, em obra destinada à análise do princípio da proporcionalidade, dos riscos de subjetivismos inerentes à idéia de proporcionalidade (SANTOS, 2004).

⁸ Erwin Chemerinsky (2004, p. 689) faz uma interessante análise do atrativo que a crítica ao *judicial review* exerce sobre estudiosos, o que o preocupa, na medida em que constata que o debate intelectual sobre a constituição e o *judicial review*, na história americana, tem determinado a forma como, anos depois, o Judiciário se comporta, podendo a atual tendência a um constitucionalismo popular levar a um enfraquecimento, em nome da auto-restrição, da capacidade do Judiciário de tomar decisão.

Referências

- ALEX, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge M. Seña Barcelona: Gedisa, 1992.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ASENSI SABATER, José. *Constitucionalismo y derecho constitucional: materiales para una introducción*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.
- BACHOFF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 56, p. 9-24, 1980.
- BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, Alicante, n. 16, abr. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3/DF. Relator: Min. Moreira Alves, Distrito Federal, [1992?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 7 fev. 1992.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1105 ED-QO/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, Distrito Federal, [2001?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 23 ago. 2001a.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1397 MC/DF. Relator: Min. Carlos Velloso, Distrito Federal, [1997?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 28 abr. 1997.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1963 MC/PR. Relator: Min. Maurício Corrêa, Paraná, [1999?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 18 mar. 1999.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2242/DF. Relator: Min. Moreira Alves, Distrito Federal, [2001?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 7 fev. 2001b.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2396 MC/MS. Relator: Min. Ellen Gracie, Mato Grosso do Sul, [2001?]. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 26 nov. 2001c.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2515/CE. Relator: Min. Carlos Velloso, Ceará, 2001. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 1 mar. 2002.
- CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, Illinois, v. 2004, p. 673-690, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, Alicante, n. 16, p. 89-112, 2002.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- _____. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. Brasília: Universidade de Brasília, 2005.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: con-*

tribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Tradução Amónica Utrilla de Neira. México: FCE, 1999.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE*, Recife, n. 11, p. 125-156, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OTERO, Paulo. A “desconstrução” da democracia constitucional. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra, 1997. 2 v.

QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. 1 v.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SOUSA, João Ramos de. Self-Restraint. *Sub judice: justiça e sociedade*, Lisboa, n. 12, jan./jun. 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 1998.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2003.