

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PARTICIPAÇÃO POPULAR: SOBRE A POSSIBILIDADE DE NOVAS RELAÇÕES ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO

*CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND POPULAR PARTICIPATION:
ON THE POSSIBILITY OF A NEW RELATIONSHIP BETWEEN THE
JUDICIARY AND THE LEGISLATIVE*

*JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN POPULAR: SOBRE LA POSIBILI-
DAD DE NUEVAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES JUDICIAL Y LEGISLATIVO*

Fernando de Brito Alves¹

1 Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra (CEIS20) e *Ius Gentium Conimbrigae* (Centro de Direitos Humanos) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino – Bauru – SP. Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito. Professor das FIO – Ourinhos.

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar breves anotações sobre o controle de constitucionalidade na teoria constitucional contemporânea. Aborda questões relacionadas à tripartição de poderes e à teoria dos freios e dos contrapesos. Termina sugerindo a necessidade de se estabelecer novos arranjos institucionais com vistas à redistribuição das atribuições de interpretação da Constituição, hoje exclusividade do Supremo Tribunal Federal (STF), como demanda de um constitucionalismo popular. O método utilizado para enfrentar o tema foi o de revisão bibliográfica e de análise da jurisprudência do STF.

Palavras-chave: Teoria da Tripartição dos Poderes. Teoria dos Freios e Contrapesos. Interpretação da Constituição. Constitucionalismo Popular.

Abstract: This article presents brief notes on the control of constitutionality in contemporary constitutional theory. It addresses issues related to the theory of tripartition of powers and the theory of checks and balances. It ends by proposing a need to establish new institutional arrangements with a view to redistributing the tasks of interpreting the Constitution, which is currently exclusive to the Supreme Federal Court (STF), as the demand for a popular constitutionalism. The method used to address the issue was a literature review, and analysis of jurisprudence of the Supreme Court.

Keywords: Theory of Tripartition of Powers. Theory of Checks and Balances. Interpreting the Constitution. Popular Constitutionalism.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo presentar breves anotaciones sobre el control de la constitucionalidad en la teoría constitucional contemporánea. Aborda cuestiones relacionadas a la tripartición de poderes y a la teoría de los frenos y de los contrapesos. Termina sugiriendo la necesidad de que se establezcan nuevos arreglos institucionales con el

propósito de redistribuir las atribuciones de interpretación de la Constitución, hoy exclusividad del Supremo Tribunal Federal (STF), como demanda de un constitucionalismo popular. Para estudiar el tema se utilizó el método de revisión bibliográfica y el análisis de la jurisprudencia del STF.

Palabras clave: Teoría de la Tripartición de los Poderes. Teoría de los Frenos y Contrapesos. Interpretación de la Constitución. Constitucionalismo Popular.

INTRODUÇÃO

Recentemente temos visto no Brasil a polarização de posições entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, cujas motivações não podem ser cientificamente precisadas, mas que lançam questões sobre a teoria da “separação de poderes” e o papel das cortes constitucionais na contemporaneidade.

O Poder Legislativo brasileiro tem sido acusado de tentar submeter o Poder Judiciário a si, principalmente pela PEC 33/2011. O debate acalorado tem ganhado progressivo espaço na mídia social e tem sido conduzido com muita paixão por todos os envolvidos.

Para além disso, surge a necessidade de uma reflexão séria sobre o papel da jurisdição constitucional e sobre os modelos de controle de constitucionalidade praticados pelas democracias contemporâneas, a fim de se considerar a possibilidade de novos arranjos institucionais que ressoem de forma adequada os valores substantivos das democracias contemporâneas, especialmente aqueles relacionados com a participação popular.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA NA CONTEMPORANEIDADE

A justiça constitucional, seja inspirada no *judicial review* americano ou no *constitutional review* europeu continental, se popularizou principalmente depois

da Segunda Guerra Mundial, e tem sido acompanhada pela “proliferação de modelos e recíproca hibridização”, o que faz com que a doutrina elabore uma infinidade de novos esquemas e novas categorias, que não têm sido suficientes para abarcar a complexidade do fenômeno da jurisdição constitucional².

Nosso objetivo aqui não é estabelecer novas categorias de análise, mas, a partir da abordagem da experiência constitucional contemporânea, e da reflexão sobre a jurisprudência constitucional brasileira, apresentar breves considerações sobre o papel das cortes constitucionais e das assembleias congressuais na proteção dos direitos fundamentais e dos valores republicanos das democracias contemporâneas.

É certo que as cortes constitucionais, ou órgãos com funções jurisdicionais ou quase-jurisdicionais análogas, tiveram suas atribuições bastante infladas ao longo da segunda metade do século passado e, atualmente, como no caso do Brasil, exerce o monopólio da última palavra.

Além de ressignificar o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas e sua relação com os demais poderes e instituições, devemos pensar se no modelo constitucional brasileiro seria possível o partilhamento do controle de constitucionalidade repressivo com o poder legislativo.

Isso porque a subsistir o sistema funcionando como se encontra, o juiz constitucional estabelece uma espécie de “drenagem axiológica” e passa a “encarnar os valores constitucionais”, com exclusividade, o que não é razoável em democracias substantivas, cujo principal fundamento é o pluralismo.

A teoria constitucional contemporânea do controle judicial de constitucionalidade encontra-se polarizada entre o interpretacionismo e o não interpretacionismo, consistindo o primeiro na postura que afirma que os juízes decidem as questões constitucionais, limitando-se a cumprir normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição positiva; enquanto o segundo, ao contrário, considera que os juízes devem ir além desse conjunto de referências, deduzindo normas não claramente consignadas no texto escrito³.

2 MEZZETTI, Luca. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios constitucionales*. 2009, vol.7, n.2, p. 289.

3 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucio-*

É de se esclarecer que esse embate teórico não é novo, mas acompanha a teoria constitucional do controle judicial de constitucionalidade. Alguma novidade pode residir, contudo, tanto nos termos em que a questão é colocada atualmente quanto no fato de o interpretacionismo ter (pelo menos nesse momento da história) um maior apelo popular, que decorre da congruência que esta concepção teórica tem com nossa expectativa do que é o direito e de como ele funciona, e das dificuldades que podemos encontrar ao tentar conciliar o não interpretacionismo com a concepção de democracia que se consolidou na *communis opinio* dos membros de nossa comunidade política.

O tema da justiça constitucional e da democracia pode assumir intensidades variáveis de acordo com o contexto histórico-jurídico. Frequentemente os juízes são acusados de subverterem a clássica separação de poderes, atuando como legisladores e, por isso, na seara política, a questão pode reportar-se à indistinção e preponderância de um poder sobre os outros. Não sem razão, *“as cortes, se tem dito com ironia, poderiam aspirar a ser super-legisladores simplesmente porque são super”*⁴.

Um dos principais argumentos em favor da atuação política dos juízes retoma a polêmica clássica entre Sócrates e Protágoras⁵, e consiste em reconhecer que as Cortes são, ou pelo menos deveriam ser, a “aristocracia do saber”, que segundo Zagrebelsky⁶ são compelidas a atuar para conter a tendência da democracia em degenerar-se em demagogia, fixando um ponto firme, e oferecendo as opiniões racionais no caos em que costuma incorrer a opinião pública.

Como evidência dessa percepção, entre os inúmeros epítetos atribuídos às Cortes Constitucionais, encontramos: “vanguarda moral”, “Moisés secular”, entre outros, que muitas vezes refletem uma espécie de sarcasmo majoritário quanto ao papel da jurisdição constitucional⁷.

nalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 3 *et seq.*

4 *“Las Cortes se há dicho con ironía, podrían aspirar a ser súper-legisladores simplemente porque “son super” (están por encima).”* ZAGREBELSKY, Gustavo. Juices constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano XXXIX, nº 117, setembro-dezembro, 2006, p. 1146.

5 WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 167

6 ZAGREBELSKY, 2006, op. cit., p. 1145.

7 TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 539-547.

Em outro sentido seria a posição jurídico-metodológica que defende uma atuação discreta das Cortes Constitucionais, que reconhece a primazia do legislador na interpretação das aspirações das comunidades políticas, sob a égide de uma ética das consequências⁸.

Evidentemente nos distanciamos de qualquer forma de legitimação teológica da função dos Tribunais Constitucionais, bem como do radicalismo cético quanto à natureza da atuação das Cortes, como decorrência de uma concepção crítica de democracia.

Zagrebelsky⁹ considera que, para uma concepção crítica de democracia (chamada por ele de *democracia crítica*), a forma mais autêntica e intensa de idolatria política se expressa na máxima *vox populi, vox dei*¹⁰.

Ela é uma espécie de adulação interesseira, que traduz conceitos triunfalistas e acrílicos do poder do povo, materializada em uma grosseira teologia política.

O povo, ao contrário, é limitado e falível, não possui qualidades sobre-humanas (onipotência e infabilidade, por exemplo) e não deveria ter a sua autoridade deduzida dessas supostas qualidades.

Esse ponto parece, à primeira vista, conter uma contradição que deve ser esclarecida. Como se pode confiar na decisão de alguém como se pode atribuir-lhe autoridade, quando sabemos que este alguém tem vícios e falhar, em vez de méritos e virtudes? A resposta está justamente na generalidade dos vícios e das falhas. A democracia em geral e a democracia crítica em especial estão fundamentadas em um ponto essencial: de que as virtudes e os defeitos de um indivíduo são também os de todos. Negando essa igualdade no valor político, já não teríamos, ao invés, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores). Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou se não existe critério algum para estabelecer hierarquias de mérito ou demérito, nós não temos alguma possibilidade de

8 ZAGREBELSKY, 2006, op. cit., p. 1147.

9 ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

10 ZAGREBELSKY, 2011, op. cit., p. 129-130

atribuir a autoridade a outrem senão a todos no seu conjunto. Para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende então se suas virtudes, mas provém – é necessário concordar com isso – da insuperável falta de algo melhor ¹¹.

Ora, considerando que a descrição de Zagrebelsky é correta e que a legitimidade moral da democracia reside justamente no reconhecimento da inexistência de algo melhor, devemos compreender que isso implica uma prelibação negativa (no sentido de um juízo moral antecedente) quanto às outras formas de governo, especialmente a autocracia.

Isso significa que ainda que a democracia não seja a forma ideal de governo, ela deve ser organizada de modo a assegurar o máximo de legitimidade moral, consistente no máximo de participação (pluralismo), e na proteção dos grupos minoritários.

É de se constatar, ainda, que ante o pluralismo que povoa os Estados atuais, melhor do que falar em soberania da Constituição seria falar de “Constituição sem soberano”¹², o pluralismo nas Constituições democráticas é uma proposta de soluções e coexistências possíveis, que permite a espontaneidade da vida social.

Isso caracteriza a maleabilidade (ductibilidade) constitucional: a coexistência de valores e princípios, que se assumem com caráter absoluto, mas ao mesmo tempo compatíveis com aqueles que devem conviver. Pondera Zagrebelsky que *“somente assumiria caráter absoluto o meta-valor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (aspecto substancial) e a lealdade no seu enfrentamento (aspecto procedimental)”* ¹³ e continua,

Os termos aos quais se tem que associar a maleabilidade constitucional de que aqui se fala são a coexistência e o compromisso. A visão da política que está implícita não é a de relação de exclusão e imposição pela força (no sentido do amigo-inimigo hobbesiano e schmittiano), mas a inclusiva, de integração através da rede de valores e procedimentos comunicativos que é, ademais, a única visão não catastrófica de política possível em nosso tempo¹⁴.

11 ZAGREBELSKY, 2011, op. cit., p. 135.

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 13.

13 ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 14.

14 ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 15.

A contemporaneidade aspira à convivência de valores e princípios, de modo que uma espécie de pluralismo conforma a convivência coletiva por meio de valores como: a livre iniciativa, mas também as reformas sociais; a igualdade perante a lei, mas também as ações afirmativas; os direitos individuais e por outro lado os direitos coletivos, etc.

O trabalho da jurisprudência seria realizar a concordância prática dessa diversidade, que pode ser considerada teoricamente contraditória, mas que é desejável do ponto de vista pragmático. *"Nesse sentido, se tem falado com acerto de um 'modo de pensar possibilista' ou 'da possibilidade', como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo"*¹⁵.

Zagrebelsky afirma ainda que o positivismo legalista tentou estabelecer uma ordem subordinando a intervenção a critérios lógicos e a presunções legais, todavia o pluralismo metodológico está arraigado nas exigências do direito atual:

[...] se se tem em conta alguns fatos – que hoje os princípios contêm valores de justiça se tem convertido em direito positivo integrado na Constituição; que, por conseguinte, a apelação à justiça, junto ou frente às regras jurídicas, já não podem ver-se como um gesto subversivo e destruidor do direito (a diferença do que ocorria à época do positivismo jurídico), senão que é algo previsto e admitido; que tais princípios consistem fundamentalmente em "noções de conteúdo variável" e, portanto, cumprem uma função essencialmente dinâmica -, se compreenderá então que se tem introduzido no ordenamento uma força permanentemente orientada à mudança ¹⁶.

Os juízes ocupam, no Estado constitucional contemporâneo, uma especial e difícil posição de intermediação entre o Estado e a sociedade, que não encontra paralelo em outros funcionários públicos.

Desse modo, afirma Zagrebelsky que o *"'constitucionalismo' envolve completamente a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser reconhecida pelos juízes, sobretudo por juízes constitucionais"*¹⁷, movimento contrário ao legalismo, que se preocupava com a autonomia do legislador.

15 ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 16-17.

16 ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 146.

17 ZAGREBELSKY, 2007, p. 151.

Atualmente o legislador deve resignar-se ao ver suas leis consideradas partes do direito e não todo o direito. Os juízes é que são os garantidores da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, e isso permite a coexistência maleável da lei, do direito e da justiça¹⁸.

Nesse contexto, Kelsen¹⁹ considera que a jurisdição constitucional tem as feições que lhe são impressas pela própria Constituição, concretamente considerada, ao lado de sua significação geral, comum a todas as Constituições.

A importância da jurisdição constitucional é substantiva para regimes republicanos e democráticos, nos quais a existência de órgãos de controle é condição *sine qua non* de sua própria existência.

Na verdade, como afirmamos alhures (nos tópicos referentes à transparência e ao acesso à informação de interesse público), a multiplicação de órgãos e mecanismos de controle é salutar para o desenvolvimento da democracia, e é nesse contexto que a jurisdição constitucional se insere.

Ela garante não apenas a elaboração constitucional das leis (aspecto procedimental), mas também a elaboração de leis constitucionais (aspecto material), sendo bastante eficaz na proteção da minoria, contra eventuais arbitrariedades passíveis de serem cometidas pelas maiorias parlamentares.

Devemos considerar que a própria Constituição possui uma funcionalidade instrumental de limitar objetivamente a atuação congressual, tanto no que diz respeito ao processo legislativo quanto aos valores substantivos assumidos pelo texto constitucional.

Resta evidenciado que o fato da Constituição exigir forma especial para que seja reformada, normalmente dependente de uma maioria qualificada²⁰, indica que,

18 ZAGREBELSKY, 2007, p. 153.

19 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 181-182.

20 No caso brasileiro, a proposta de emenda à constituição deve ser aprovada por uma maioria qualificada (§ 2º. do artigo 60 da Constituição Federal). Apenas para exemplificar, o processo de reforma da Constituição, nos Estados Unidos da América, também assume feições especialíssimas quando comparado com o processo legislativo ordinário, estabelece o artigo V da Constituição estadunidense que: "O Congresso, sempre que dois terços de ambas as Câmaras julgarem necessário, proporá emendas a esta Constituição, ou, a pedido das legislaturas de dois terços dos vários Estados, convocará uma convenção para propor emendas, que, em qualquer caso, será válida para todos os efeitos, como parte desta Cons-

como já observou Kelsen²¹, as questões constitucionais dependem de uma minoria para serem solucionadas, dito de outro modo, as maiorias simples, dissociadas das minorias, não são suficientes para aprovação de reformas constitucionais, e dessa forma não possuem o "*direito de impor sua vontade à minoria*".

Isso significa que:

Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias para a reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas o compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado a realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da maioria²².

Evidentemente a principal tarefa da Constituição é proteger as minorias dos desmandos das maiorias, mas a tarefa não é simples, isso porque não se pode proteger as minorias sem incorrer numa flagrante contradição: "as maiorias governam, mas a maioria não governa".

Por isso, o constituinte democraticamente preferiu estabelecer a priori as *limitações colaterais* ao governo das maiorias, antes de qualquer controvérsia concreta ²³.

tituição, quando ratificado pelos Legislativos de três quartos dos diversos Estados ou por convenções em três quartos dos mesmos, como a um ou outro modo de ratificação pode ser proposto pelo o Congresso, desde que não alteração que seja feita antes do ano de mil oitocentos e oito, e não deve de qualquer maneira afetar a primeira e quarta cláusulas da Seção IX do primeiro artigo, e que nenhum Estado, sem o seu consentimento, deve ser privado de seu sufrágio igual no Senado".

21 KELSEN, 2003, op. cit., loc. cit.

22 KELSEN, 2003, op. cit., loc. cit.

23 ELY, 2010, op. cit., p. 12-13.

Essa posição sem dúvida é muito mais democrática do que simplesmente estabelece critérios coercitivos de correção das decisões políticas lesivas e excludentes.

É possível se atribuir um conteúdo inteligível a certas disposições constitucionais, tendo-se como referência apenas a sua linguagem objetiva, ou recorrendo-se a sua história legislativa²⁴, todavia, não é possível excluir injeções de conteúdos extratextuais (não interpretacionistas), haja vista que os julgadores, na fixação do conteúdo das normas extraídas do texto constitucional²⁵, se utilizam de valores substantivos, e até mesmo de ideologias, não necessariamente extraídas do texto, e negar isso, além de denotar alguma ingenuidade quanto à natureza dos intérpretes, atribuindo-lhes uma imparcialidade sobre-humana, aponta para uma objetivação utópica do texto, como se toda leitura conduzisse a uma única interpretação possível.

Do mesmo modo, consideramos com segurança que nossa sociedade não acredita na existência de um conjunto de valores objetivos, ou princípios morais universalmente válidos, passíveis de serem descobertos, e úteis (do ponto de vista pragmático) para afastar as decisões dos nossos representantes eleitos²⁶.

Isso significa que o papel das Cortes Constitucionais, nas democracias contemporâneas, não consiste na imposição de valores substantivos, extraídos da Constituição ou de fora dela, até porque a determinação do conteúdo de uma norma constitucional não é "jurisdição constitucional" em sentido próprio, mas antes, "legislação constitucional"²⁷.

O papel dessas Cortes é figurar como árbitros do processo de representação das democracias contemporâneas para que as maiorias não destruam as minorias, não existe sentido mais nobre para o controle de constitucionalidade.

Madison consignava, entre as considerações sobre o sistema federativo estadunidense, que:

24 ELY, 2010, op. cit., p. 16.

25 Vale a pena conferir as polêmicas em torno da decisão do STF proferida no julgamento da Reclamação 4335-5/AC.

26 ELY, 2010, op. cit., p. 72.

27 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Princípios y votos*. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2088, p. 34-35.

[Ele] É de grande importância em uma república, não só para proteger a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas para guardar uma parte da sociedade contra a injustiça da outra parte. Diferentes interesses devem necessariamente existir em diferentes classes de cidadãos. Se a maioria esta unida por um interesse comum, os direitos da minoria não está assegurado. Há apenas dois métodos prevenir esse mal: a uma, criando uma vontade da comunidade independente da maioria, isto é, da própria sociedade, a outra, pela compreensão de que na sociedade é possível tantas descrições de cidadãos que a sugestão de um conceito de maioria, resulta de uma injusta combinação, e por isso é improvável, se não for impraticável. O primeiro método prevalece em todos os governos que possuem uma autoridade hereditária ou auto-nomeada. Isso, na melhor das hipóteses, é apenas uma segurança precária, porque um poder independente da sociedade também pode defender pontos de vista injustos com relação a maioria, como os legítimos interesses das minorias, e possivelmente pode ser voltado para ambas as partes. O segundo método será exemplificado pela República Federal dos Estados Unidos²⁸.

Dessa forma, para os federalistas, a moderação é necessária e decorre da impossibilidade de se obter grandes consensos, sendo quase uma imposição nos sistemas federativos. A necessidade de um órgão de controle e limitação das maiorias parlamentares decorre da predominância do poder legislativo nos sistemas republicanos contemporâneos²⁹. Isso porque a mera separação de poderes não é suficiente para assegurar que os governos sejam inclusivos³⁰.

28 In verbis: *"It is of great importance in a republic not only to guard the society against the oppression of its rulers, but to guard one part of the society against the injustice of the other part. Different interests necessarily exist in different classes of citizens. If a majority be united by a common interest, the rights of the minority will be insecure. There are but two methods of providing against this evil: the one by creating a will in the community independent of the majority that is, of the society itself; the other, by comprehending in the society so many separate descriptions of citizens as will render an unjust combination of a majority of the whole very improbable, if not impracticable. The first method prevails in all governments possessing an hereditary or self-appointed authority. This, at best, is but a precarious security; because a power independent of the society may as well espouse the unjust views of the major, as the rightful interests of the minor party, and may possibly be turned against both parties. The second method will be exemplified in the federal republic of the United States."* Texto original disponível em: <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed51.htm>. Acesso em: 01/05/2012.

29 Carl Schmitt assevera que *"Se a maioria pode fixar de forma arbitrária a legalidade e a ilegalidade, também pode declarar ilegais a seus adversários políticos internos, é dizer, pode declará-los fora da lei, excluindo-os assim da homogeneidade democrática do povo. Quem domine 51% poderia ilegalizar, de modo legal, os outros 49%. Poderia fechar atrás de si, de modo legal, a porta da legalidade pela qual entrou, e tratar como um delinquente comum ao partido político contrário, que talvez golpeava a porta que se encontrava fechada."* (Tradução nossa. Cf. texto original em: SCHIMMITT, Carl. *Legalidad y ilegalidad*. Madrid: Aguilar, 1971, p. 46)

30 ELY, J. H., 2010, op. cit. p. 107

DAS OBJEÇÕES DOCTRINÁRIAS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Restou devidamente demonstrada a necessidade de, para além do controle de constitucionalidade prévio, exercido pelo próprio Poder Legislativo, o Poder Judiciário seja titular de um controle de constitucionalidade repressivo.

Existem, contudo, objeções tanto doutrinárias quanto da tradição jurídica, ao controle de constitucionalidade, especialmente no tocante a sua eficácia supostamente ilusória. Na doutrina francesa encontramos duas explicações para as objeções ao controle de constitucionalidade: (1) o mito da lei, que impõe um respeito cego às decisões do parlamento, que expressam a vontade da nação, e não podem ser controladas por um órgão externo; ou, (2) que embora a maioria dos sistemas atribua a juízes o poder de controlar a constitucionalidade das leis ou atos normativos tipos das atividades executivas, existe uma desconfiança profunda quanto à justiça de se atribuir essa tarefa ao judiciário, por conta de, no imaginário, ele estar comprometido com privilégios de ordem oligárquica ou aristocrática (como na França, que tinha a imagem do Judiciário profundamente vinculada ao papel que desempenhava no antigo regime).³¹

31 Diria Ardant: "Confrontando objeções de princípio ao controle de constitucionalidade, alguns sistemas jurídicos não oferecem quaisquer procedimentos de controle". Além de muitos regimes do Terceiro Mundo (que a evolução continua em curso) ou marxistas, e a Grã-Bretanha, a melhor ilustração das objeções tem sido fornecida pela França.

A tradição francesa, de fato, foi desfavorável ao controle de constitucionalidade. Por exceção, quando ela aceitou o princípio, a sua implementação foi cercada de tantas condições, que sua eficácia era meramente ilusória. Isso tem duas explicações:

- A primeira é a relação singular com relação ao trabalho do legislador, o mito da lei mencionado alhures. Parece inaceitável que as decisões do Parlamento, que expressam a vontade da nação, podem ser controladas por um organismo que está fora dele;

- A segunda é a fraqueza do poder judicial, ligada a nossa concepção da separação de poderes. Sem surpresa, a maioria dos sistemas legais atribui a um juiz o poder de rever a legislação. Na França, esta solução era menos provável de ser aceita que em outros lugares, ante a consideração que se tinha pelos juízes com relação aos legisladores. Na revolução de 1789, "os grandes ancestrais", manifestaram uma profunda desconfiança com relação ao Judiciário. O comportamento dos Parlamentos do antigo regime – que eram tribunais – tinham deixado más recordações. Por sua casta, o apego a seus privilégios e interesses, foram desacreditados de antemão. Ao mesmo tempo, muitas vezes, as dificuldades de implementação das decisões "judiciais" – boas ou más – o poder real nunca pode fazer justiça

John Hart Ely³² pondera que a jurisdição constitucional deve atuar de forma análoga, ao que, economicamente, poderíamos chamar de orientação “antitruste” (diferente de uma atuação meramente “reguladora”).

Isso significa que ela atuaria não para ditar valores substantivos, mas apenas quando o mercado político está funcionando mal de modo sistêmico. Discordância com os resultados, ou com as decisões, de um determinado governo não são argumentos para considerá-lo em mau funcionamento sistêmico.

A desconfiança é legítima quando (1) os canais de mudança política estão obstruídos pelos incluídos, e não existe qualquer possibilidade de transformação social ou inclusão dos excluídos, ou ainda quando (2) os representantes das

na França, houve um esvaziamento do poder no final do antigo regime. Essas usurpações criaram precedentes que ameaçaram as novas instituições. Nós também fizemos todo o possível para reduzir o prestígio da justiça, e a idéia de dar a juizes a revisão constitucional, era tão limitada e insignificante, que até ajudou a reforçar as reservas inspiradas no princípio.”

Textualmente: *“Devant les objections de principe au contrôle de la constitutionnalité, certains systèmes juridiques ne prévoient aucune procédure de contrôle. En dehors de beaucoup de régimes du Tiers Monde (encore qu'une évolution soit en cours) ou marxistes et de la Grande-Bretagne, la meilleure illustration de cette situation a été longtemps fournie par la France.*

La tradition française, en effet, a été durablement défavorable au contrôle de la constitutionnalité. Quand par exception elle en acceptait le principe, sa mise en oeuvre était entourée de tant de conditions que son efficacité était illusoire. A ceci deux explications:

- la première est le respect singulier attaché à l'oeuvre du législateur, le mythe de la loi, évoqué ci-dessus. Il apparaît comme intolérable que les décisions du Parlement, exprimant la volonté de la Nation, puissent être contrôlées par un organe qui lui soit extérieur;

- la seconde est la faiblesse du pouvoir juridictionnel, liée à notre conception de la séparation des pouvoirs. Assez logiquement, la plupart des systèmes juridiques confient à un juge le pouvoir de contrôler les lois. En France, cette solution avait moins de chances d'être acceptée qu'ailleurs car la considération dont bénéficient les législateurs y contraste avec l'abaissement o'u est tenu le juge. Les révolutionnaires de 1789, "les grands ancêtres", manifestèrent une profonde méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire. Le comportement des Parlements d'Ancien Régime - qui étaient des tribunaux - avait laissé de mauvais souvenirs. Par leur esprit de caste, l'attachement à leurs privilèges et intérêts, ils s'étaient en part discrédités. En même temps ils avaient souvent entravés la mise en oeuvre des décisions - bonnes ou mauvaises - du pouvoir royal; jamais peut-être la justice n'a été en France aussi indépendante du pouvoir qu'à la fin de l'Ancien Régime. Mais ces empiètements créaient des précédents menaçants pour les nouvelles institutions. Aussi fit-on tout pour réduire le prestige de la justice et l'idée d'accorder aux juges le contrôle de la constitutionnalité furent limitées et dérisoires, elles contribuèrent même à renforcer les réserves qu'inspirait le principe.” (ARDANT, Philippe. *Institutions politiques e droit constitutionnel*. 11 ed. Paris: L.G.D.J., 1999., p. 105-106)

32 ELY, 2010, op. cit., p. 136-137

maiorias colocam em desvantagem uma determinada minoria, ainda que ninguém lhe negue explicitamente o direito de participar do processo político, e por mera hostilidade ou preconceito lhe nega a proteção oferecida pelo sistema representativo a outros grupos.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em mais de uma ocasião (ver, por exemplo, os votos no julgamento do **RE 477554 AgR / MG** ou do **RE 633703/ MG**), o papel contramajoritário da jurisdição constitucional e sua posição de guardião das minorias que é imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

Em voto no Recurso Extraordinário 633703 de Minas Gerais, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que “[...] a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetus da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária.” Do contrário, a função do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, é reforçar as condições normativas da democracia, ainda que contra a opinião majoritária.

Dessa forma, o controle judicial de constitucionalidade não deve apenas alcançar o conteúdo das normas e atos do poder público, mas também (1) os objetivos legislativos inconstitucionais³³ que devem ser explicitados seja no preâmbulo, seja na própria norma para que o povo os conheça; (2) as motivações suspeitas³⁴, já que o mesmo ato pode ser considerado constitucional ou inconstitucional dependendo dos motivos pelos quais foi efetuado³⁵; ou ainda

33 ELY, 2010, op. cit., p. 168

34 ELY, 2010, op. cit. p. 184

35 Aqui faz-se necessária alguma explicação quanto ao que se deve entender por “motivação suspeita”. Evidentemente a “motivação psicológica” do legislador escapa ao controle do judiciário, haja vista que é tendente a permanecer no foro íntimo. Todavia, não há por que supor que leis (inclusive formalmente constitucionais) não possam ter sua constitucionalidade discutida, caso seus motivos suspeitos sejam supervenientemente descobertos. Essa tese foi albergada pela Suprema Corte Americana no julgamento de *Gomillion v. Lightfoot*. *Entre nós a questão não foi debatida*. Todavia, Saul Tourinho Leal, relata, referindo-se ao julgamento da Lei da Ficha Limpa, que: “Durante o julgamento, chamou a atenção manifestação do ministro Gilmar Mendes para quem: “A lei é casuística, reprovável e hedionda”. Para Sua Excelência a alínea ‘k’ da lei, que torna inelegível o político que renuncia evitando sua cassação, foi incluída pelo Partido dos Trabalhadores (PT) para “resolver a eleição no Distrito Federal”. No DF, o principal adversário do candidato petista ao governo era Joaquim Roriz, que, em 2007, renunciou ao mandato de senador evitando uma possível cassação. Essa afirmação, contudo, fora contestada posteriormente, sustentando-se que o dispositivo, na verdade, constava da versão original da proposta da Lei da Ficha Limpa. Ainda assim, o argumento trazido pelo ministro Gilmar sai do senso comum reinante e

(3) as classificações suspeitas³⁶, quando, por exemplo, uma lei classifique os indivíduos segundo a raça e traga desvantagens para determinada minoria, e ainda que a minoria em questão esteja sempre do “lado errado” da classificação legislativa, por motivos injustificáveis.

Nesses casos o judiciário deve restabelecer o equilíbrio substantivo³⁷, fazendo com que predisposições preconceituosas não contaminem substantivamente o processo legislativo.

CONSTITUCIONALISMO POPULAR E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora compreendamos as Cortes Constitucionais como “guardiã das promessas da democracia”, vale a pena pontuar algumas ressalvas quanto ao recente avanço do direito em detrimento da política, e da ampliação substantiva da autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos³⁸.

Oscar Vilhena Vieira³⁹, inventariando a doutrina, aponta algumas possíveis causas desse fenômeno, que não é estritamente brasileiro. O fortalecimento da autoridade dos tribunais pode estar relacionado com (1) a expansão dos sistemas de mercado, tendo em vista que os tribunais poderiam oferecer maior segurança, estabilidade e previsibilidade, que são demandas imprescindíveis às

caminha em direção a um dos mais fascinantes temas do controle de constitucionalidade contemporâneo, qual seja, a possibilidade de o Judiciário declarar uma lei inconstitucional em razão de suas motivações violarem a Constituição.” (O debate em torno do controle da motivação da lei, disponível em http://www.conjur.com.br/2011-mar-23/lei-ficha-limpa-control-e-motivacao-lei-eua#_ftnref2_3224, com acesso em 12 de novembro de 2012), entendemos que houvesse sido comprovada a afirmação do eminente ministro, de que a lei era casuística, e da mesma forma houvesse sido efetivamente demonstrada sua motivação suspeita, a Corte Constitucional poderia in tesse declarar a sua inconstitucionalidade, com fundamento exclusivamente na motivação espúria.

36 ELY, 2010, op. cit., p. 195ss

37 ELY, 2010, op. cit., p. 226

38 Embora a questão da separação (divisão) dos poderes tenha sido discutida de forma própria no tópico anterior, é mister fazer uma pequena digressão para considerar que os conflitos substantivos entre as funções do Estado nas democracias contemporâneas, de acordo com a nossa análise, ocorreriam entre a função administrativa (judiciária e executiva) e a função legislativa; enquanto a maioria das abordagens correntes concentra a discussão nos conflitos do judiciário e do executivo.

39 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 485-486

dinâmicas econômicas, ou ainda, (2) como reflexo de uma retração do sistema representativo, e da incapacidade dos legislativos em concretizar as demandas da justiça e da igualdade.

É certo que a ampliação da autoridade dos tribunais evidencia um processo, que o mesmo Oscar Vilhena denominou de *"hiper-constitucionalização da vida contemporânea"*⁴⁰ decorrente da desconfiança na democracia.

Isso fez com que algumas Constituições contemporâneas, como a brasileira, assumissem *compromissos maximizadores*⁴¹ em detrimento da discricionariedade política do legislativo, e conferissem competências superlativas⁴² às Cortes Constitucionais.

Tal fato indica que, apesar de guardadores das promessas da democracia, as Cortes Constitucionais não podem se desnaturar em círculos de imunidade de poder⁴³.

Deve haver uma progressiva reconquista pelo povo do poder de interpretar a Constituição⁴⁴ em uma espécie de *"constitucionalismo popular"*⁴⁵, que leve em conta a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, bem como as demandas heterogêneas de uma sociedade cada vez mais complexa⁴⁶.

40 VIEIRA, 2009, op. cit., p. 485

41 Daniel Sarmento considera que a Constituição brasileira acabou incorporando interesses corporativos e decisões políticas conjunturais, de caráter profundamente antidemocrático, o que faz com que cada alteração social significativa tenha por consequência uma emenda à Constituição, fazendo com que ela seja mais instável do que a maior parte da legislação ordinária. Textualmente considera o autor que: "[...] *do ponto de vista do design institucional do país, não temos dúvida de que a Constituição realmente precisa de uma "lipoaspiração". Mas que fique claro: a gordura constitucional que, na nossa opinião, deve ser extirpada, nada tem a ver com os compromissos substantivos da Carta de 88 com a justiça social e a igualdade material. Não defendemos a desconstitucionalização dos direitos fundamentais sociais, nem a adoção de um modelo constitucional procedimental e desencarnado*". SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 189.

42 O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem funções de três naturezas distintas associadas (1) ao controle de constitucionalidade, (2) ao processamento originário de demandas como justiça especializada e (3) corte de cassação ou tribunal de recursos de última instância.

43 VIERIA, 2009, op. cit., p. 500.

44 STAMATO, Bianca. *Constitucionalismo popular: o Povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem sobre o libelo acusatório ao judicial review norte-americano*. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 63.

45 KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

46 André Ramos Tavares na obra *"Teoria da Justiça Constitucional"* (op. cit., 2005) se pergunta se a justiça constitucional não desempenharia papel mais amplo que o controle de

A doutrina tem apresentando uma variante de controle de constitucionalidade, denominada variante de forma fraca, que *in tese* atenderiam às exigências do constitucionalismo contemporâneo.

Prima facie, a principal objeção que lhe dirigem é o fato de que as decisões judiciais que interpretam a Constituição, nesses sistemas de forma fraca, podem ser revistas pelo Poder Legislativo em um curto espaço de tempo, que se utiliza de procedimentos não muito distintos daqueles do processo legislativo ordinário.⁴⁷

A principal diferença dos sistemas de forma fraca e de forma forte é a “definitividade” normativa, conferida à interpretação jurisdicional da Constituição nesse último sistema.

Atualmente, encontra-se assente na doutrina constitucional que a visão das Cortes constitucionais é profundamente marcada por sua composição, e por isso relacionada com as pré-concepções constitucionais da coalisão dominante.

Nas formas fracas de controle de constitucionalidade, a multidão, como sujeito político, poderia influenciar na construção do direito constitucional, principalmente por meio da expressão de visões constitucionais alternativas, inclusive opostas às veiculadas pelos Tribunais, fazendo com que a interpretação constitucional se transforme em um lapso menor de tempo⁴⁸.

constitucionalidade em sentido estrito, papel “reconduzível à função legislativa”. Não sem razão, o autor afirma com Malberg, “se se considerar o tema da função jurisdicional mais a fundo será possível constatar, igualmente, sua proximidade com a função legislativa. Nesse caso, só se diferenciará por uma diferença de forma e não de fundo” (p. 187). Dessa forma é possível que o controle das leis e outras funções da justiça constitucional sejam entregues a instâncias políticas (p. 447-448), sendo nesse caso apenas alterada a técnica aplicada, de jurídica para política, com todas as implicações decorrentes disso. Devemos reconhecer que se a Constituição é a opção política fundamental, as questões constitucionais são preponderantemente políticas e não jurídicas. Afirmar isso, como ponto de partida, não significa esvaziar o caráter normativo da Constituição e, tampouco, o caráter jurídico das decisões que se apóiam nela. (p. 459-463). Mas isso não impossibilita o partilhamento da decisão jurídica sobre a Constituição com o Parlamento (enquanto representante do povo), já que a decisão inicial fundamental sobre o que é a Constituição, permanece *in tese* com ele.

47 TUSHNET, Mark. Formas alternativas de controle judicial. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45

48 TUSHNET, 2010, p. 59

Mark Tushnet⁴⁹ acredita ser possível sistemas mistos nos quais sistemas de forma forte seriam utilizados para o controle de constitucionalidade quando ocorra a violação de valores constitucionais substantivos, e a forma fraca de controle de constitucionalidade nas demandas que versarem sobre outras normas apenas formalmente constitucionais.⁵⁰

A doutrina⁵¹ tem apresentado dificuldades de duas ordens: (1) primeiro, seria difícil distinguir quais as normas mereceriam ser abrigadas por formas fortes de controle de constitucionalidade, já que todas as normas estão na Constituição, (2) em segundo lugar, os tribunais poderiam deixar de observar suas responsabilidades interpretativas, nas matérias sujeitas ao controle fraco, ou ainda, o legislativo poderia simplesmente desconsiderar a interpretação das cortes, naquelas matérias constitucionais cuja interpretação pudesse ser alterada por processos de deliberação similares ao processo legislativo ordinário.

49 TUSHNET, 2010, p. 61

50 José Lamartine Corrêa de Oliveira havia considerado que: "(...) *partindo do princípio de que a soberania popular se exerce, principalmente, no Poder a Legislativo, por meio do Congresso Nacional, no caso específico da minha proposta, propus, levando em conta principalmente as experiências alemã e portuguesa, bem como a brasileira, que esse tribunal constitucional seja escolhido pelo Congresso Nacional, com mandato de nove anos, para assegurar-lhe o maior mandato, superior ao do Presidente da República e ao de senador. Mas e um tribunal constitucional, composto em um terço por magistrados de tribunal federal; e, em dois terços, por advogados ou juristas de reconhecido saber, escolhidos pelo Congresso Nacional. A ideia de transferir para o Congresso Nacional a escolha dos membros do tribunal constitucional tem um profundo significado.*" (Anais da Assembléia Constituinte. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, p. 102, disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/3c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DO%20PODER%20JUDICI%C3%81RIO.pdf>, com acesso em 19 de julho de 2012). Não nos resta dúvidas que a sugestão do referido constituinte esboça um tipo de forma fraca de controle de constitucionalidade, especialmente pela possibilidade de revisão das decisões da corte, pela alteração de sua composição em períodos mais curtos de tempo, inclusive com a possibilidade de interferência dos movimentos políticos. Continua o constitucionalista retocitado: "*A indagação de maior dificuldade consiste em saber como conciliar o princípio do mandato temporário com o princípio da independência do juiz. Parece-me, porém, que pior do que isto é a solução oposta da vitaliciedade. Realmente, o princípio da vitaliciedade, a meu ver – já estou respondendo ao mesmo tempo ao meu querido amigo Professor Roberto Santos –, é incompatível com a ideia de um Tribunal Constitucional. Porque o Tribunal Constitucional pressupõe inclusive um contato, uma possibilidade de que o órgão da soberania popular, no caso o Legislativo, tenha condições de renovação. Poderia haver a possibilidade de uma reeleição, mas a experiência portuguesa nesta matéria – pelo menos fui informado por pessoa que conhece de perto a experiência portuguesa – não foi das melhores. Os juízes que queriam ser reeleitos passavam a um tipo de comprometimento político com o Legislativo que acabava diminuindo mais ainda a garantia de independência. De maneira que só vejo uma solução: criar alguma norma de natureza previdenciária, alguma forma de aposentadoria que, embora onere a Nação, seja um prejuízo muito pequeno diante da importância enorme do que está em jogo.*"

51 TUSHNET, 2010, p. 62-63

Entendemos, no entanto, que no caso brasileiro a adoção de um sistema dialógico encontra-se bastante facilitada pela própria sistemática constitucional, que estabeleceu quais são as cláusulas pétreas (as que veiculam valores substantivos – artigo 60, § 4º da Constituição Federal: a) forma federativa de Estado, b) voto direto, secreto, universal, periódico, c) separação dos Poderes, d) direitos e garantias individuais), e que, por isso, não são passíveis de revisão ou emenda. Por isso, a primeira objeção encontra-se razoavelmente superada.

Exemplificando, vislumbramos uma possibilidade à qual seria excepcionalmente admissível a revisão pelo parlamento da interpretação da corte constitucional, nas matérias reservadas (art. 60, § 4º), e isso ocorreria quando o Judiciário retroceder sua interpretação, adotando postura restritiva ou supressiva de direitos.

O Supremo Tribunal Federal interpretava o § 2º do artigo 37 do Decreto Federal nº 3.298/99, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência da seguinte forma:

A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que **a fração deve ser arredondada**. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. (RE 227.299, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 14-6-00, DJ de 6-10-00) (grifo nosso)

Não há dúvida que a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal era garantista dos direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência e dava máxima eficácia ao artigo 37, VIII da Constituição Federal.

Todavia, o Pretório Excelso no julgamento do MS 26310-5/DF pronunciou-se de forma diversa e restritiva dos direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência, em decisão que se constitui em verdadeiro e substantivo retrocesso⁵².

52 *“Ora, considerado o total de vagas no caso – duas –, não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas*

A ementa do referido acórdão constou:

CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, **afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas.** (STF, MS 26310/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 20/09/2007; Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifo nosso)

Em hipóteses como essa, em que o Judiciário viola a garantia de proibição de retrocesso social, e interpreta restritivamente direitos fundamentais, não nos restam dúvidas de que o Legislativo poderia restabelecer a interpretação adequada da Constituição, assegurando-se a ampla efetividade dos direitos fundamentais. Seria a uma nova hipótese de troca de sujeitos constitucionais⁵³.

vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimos, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade. Há de se conferir ao texto constitucional interpretação a preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário, consubstanciando exceção a separação de vagas para um certo segmento. A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se, com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existentes apenas duas. Daí concluir pela improcedência do inconformismo retratado na inicial, razão pela qual indefiro a ordem” (STF, MS 26310/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 20/09/2007)

- 53 A melhor doutrina tem defendido a possibilidade de troca de sujeito “*decorrente da perda de competência constitucional como modalidade de sanção por omissão inconstitucional, com a substituição do sujeito originariamente legitimado a realizar comandos constitucionais*” (ROTHENBURG, Walter Claudius, *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 93). É correto considerar que o principal defensor dessa possibilidade (mudança da legitimidade constitucional como sanção) talvez ofereça objeções severas à modalidade de troca de sujeitos proposta aqui, isso porque em outras ocasiões já considerou que “*uma maioria ocasional e despreparada oferece riscos à democracia, que desse perigo precisa resguardar-se. O antídoto, para ser legítimo, por sua vez, deve assentar-se numa maioria esclarecida e duradoura [referência à Corte Constitucional], que por suposição inspira o poder constituinte*” (Id. Ibid., p. 106). É certo também, que eminente doutrinador considera que “*... a ocupação paulatina de espaços de conformação jurídica ocorre por conta do vazio deixado pela abstenção ou ineficiência de órgãos inicialmente competentes para atender às demandas sociais, [hipótese em que] a legitimidade originariamente conferida não foi exercida a contento e cede espaço a uma legitimidade emergente*”, (Id. Ibid., p. 139 – sem grifos no original). Dessa forma, temos que a troca de sujeitos decorrente do retrocesso social eventualmente

É de se esclarecer por fim que o retrocesso a que nos referimos aqui é a passagem de uma interpretação na qual se afirmava a necessidade de arredondamento da fração, quando fosse inferior a um (RE 227.299), para outra, na qual não se admite o arredondamento em qualquer hipótese (MS 26.310). Sem entrar no mérito do acerto das decisões, não há razões para acreditar que a passagem do “sempre” para o “nunca” encerre a melhor hermenêutica da questão, já que ocorreu verdadeira supressão de direitos. Em sendo o caso de restrição dos direitos das pessoas com deficiência, a melhor técnica apontaria para a assinalação das hipóteses nas quais o arredondamento deveria e daquelas nas quais não poderia ocorrer⁵⁴.

Ainda, a segunda objeção apresentada à adoção de formas fracas ou híbridas de controle de constitucionalidade pode ser dividida em dois momentos: 2.a) “os tribunais poderiam deixar de observar suas responsabilidades interpretativas” e, 2.b) “o legislativo poderia simplesmente desconsiderar a interpretação das cortes”.

Com relação ao primeiro aspecto, a experiência tem demonstrado que os tribunais, contemporaneamente, têm ampliado suas responsabilidades interpretativas, de modo que não é razoável supor uma renúncia pacífica de suas prerrogativas, ainda que haja uma redistribuição democrática dessas prerrogativas com o parlamento.

O segundo aspecto da segunda objeção também não se sustenta se considerarmos que a atuação do parlamento sempre estará sujeita ao controle judiciário, especialmente se violar a “separação dos poderes”, simplesmente desconsiderando a posição hermenêutica das cortes.

De qualquer forma, é imperioso que haja uma reflexão séria sobre o papel das Cortes constitucionais em contextos democráticos, e que haja abertura do processo de interpretação constitucional aos movimentos sociais, ainda que seja pela adoção de estratégias do sistema fraco de controle de controle de constitucionalidade.

provocado por decisões do judiciário, não é de todo incompatível com a teoria da troca de sujeito constitucional decorrente da inconstitucionalidade por omissão.

54 Acreditamos, contudo, que as razões do retrocesso foram em certa medida enunciadas por Eros Grau, em voto, no julgamento da ADI 3510 (que não guarda relação temática com a espécie analisada), mas que cruamente afirmou: “*Não nos iludamos: levantado o véu, o que há sob ele [...] é o mercado*”. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043

Não pretendemos, todavia, sugerir uma nova versão da divisão de trabalho estabelecida por Dworkin entre “fórum de princípio” e “fórum de utilidade”, para diferenciar corte e parlamento⁵⁵, como se o primeiro fosse encarregado de decidir sobre valores substantivos, enquanto os parlamentos deliberariam sobre as políticas públicas.

De acordo com Jeremy Waldron⁵⁶, atribuir exclusivamente a juízes constitucionais o papel de controlar a constitucionalidade das leis (decidir sobre controvérsias morais) é desprezar o sentido primordial da democracia, que consiste na inexistência de hierarquia entre os integrantes da comunidade política. É necessário por isso maximizar “[...] *direito de participação, o direito dos direitos, que permite a todos se realizarem igualmente como sujeitos autônomos em votação pública*”⁵⁷, mesmo Dworkin⁵⁸, com suas conhecidas críticas à concepção majoritarista de democracia (que aqui denominamos de concepção agregativa), considera que os juízes não devem monopolizar a discussão de questões que envolvam os grandes princípios políticos, já que as legislaturas também são responsáveis por isso, e que eles incluem os princípios constitucionais.

Stephen Holmes considera que:

[...] os juízes das cortes constitucionais não deveriam identificar os problemas sociais básicos como a “a tirania da maioria” personificada no poder legislativo. E, por outro lado, não deveriam apresentar-se a si mesmos como os únicos guardiões verdadeiros dos interesses do povo, já que sobre-legitimar aos tribunais desta forma seria implicitamente desacreditar a idéia nascente de representação através de eleições periódicas.⁵⁹

55 MENDES, Conrado Hübner. *Diretos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado em Ciência Política – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 7

56 WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

57 MENDES, 2008, op. cit., p. 13

58 DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premise mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald C. (Orgs.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: 2004, p 133.

59 “[...] *los jueces de las cortes constitucionales no deberían identificar los problemas sociales básicos como la “tirania de la mayoría” personificada en el poder legislativo. Y, por otro lado, no deberían presentarse a si mismos como los únicos guardianes verdaderos de los intereses del pueblo, ya que sobrelegitimar a los tribunales de esta forma sería implícitamente desacreditar la idea naciente de representación a través de elecciones periódicas.*” HOLMES, S. El constitucionalismo, la democracia y la desintegración Del Estado. In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald C. (Orgs.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Bar-

Embora Holmes seja declaradamente liberal e adepto das concepções agregativas de democracia, não temos dúvida que um dos principais desafios das democracias contemporâneas é o crescente espírito antiparlamentar, verificado no discurso e no sentimento comum do povo.

O autor⁶⁰ considera que, especialmente em sociedades desprovidas de recursos, não é “necessariamente sábio” utilizar os tribunais para concretizar os direitos de minorias éticas, por exemplo. Isso porque a promoção judicial dos direitos de minorias poderia criar a falsa sensação de que os direitos são categorias “apolíticas”, e que a tutela judicial de direitos não produz perdedores, situações que são capazes de “criar problemas” de inúmeras ordens.

Ajudicialização dos direitos das minorias (ou dos grupos vulneráveis, entendendo-se esses dois conceitos como sinônimos) em estados quase-democráticos poderia gerar uma visibilidade perigosa capaz de canalizar as frustrações públicas. De acordo com Holmes, os direitos das minorias são mais bem protegidos quando o sistema político é capaz de resolver os principais problemas sociais, especialmente pela redução progressiva da frustração social, que ocorre em contextos de desenvolvimento, promoção dos direitos e redução das desigualdades.

Apesar disso, Amy Gutmann⁶¹ levanta uma série de objeções a essa argumentação. Ela pondera:

A regra da maioria perde seu atrativo moral quando existem minorias discretas e insulares, cujas idéias políticas têm menos probabilidades de prevalecer que aquelas de uma maioria relativamente coesa. Em tal contexto, o majoritarismo prejudica injustamente as minorias desvantajadas, e não existe nada caracteristicamente democrático

celona: 2004, p. 159

60 Id., *ibid.*, p. 162-163.

61 Textualmente “*La regla de la mayoría pierde su atractivo moral cuando hay minorías discretas e insulares cuyas meritorias ideas políticas tienen permanentemente menos probabilidades de prevalecer que aquellas de una mayoría relativamente cohesionada. En tal contexto, el majoritarismo perjudica injustamente a las minorías ya desaventajadas, y no hay nada característicamente democrático en la defensa de la regla de la mayoría, a pesar de que produce resultados sistemáticamente injustos si existen alternativas procedimentales que protegerían con mayor igualdad los intereses básicos de las minorías y permitirían que sus voces estuviesen más igualmente representadas en los órganos de toma de decisiones.*” GUTMANN, Amy. Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron. In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald C. (Orgs.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: 2004, p. 275.

em defesa da regra da maioria, a pesar de que produz resultados sistematicamente injustos, se existem alternativas procedimentais, que protegeriam com maior igualdade os interesses básicos, das minorias e permitiriam que suas vozes estivessem mais igualmente representadas nos órgãos de tomada de decisão.

Por isso, da mesma forma que o judiciário não pode exercer o monopólio da interpretação constitucional, o parlamento não é a única fonte da legitimidade democrática, de forma que devem existir instituições que assegurem a proteção dos interesses individuais, especialmente em face da maioria, e por essa mesma razão, essas instituições não podem ser controladas pelas maiorias⁶².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que a democracia não pode ser reduzida a um sistema que converte preferências individuais em preferências coletivas, ela, antes de qualquer coisa, deve assegurar a existência de foros adequados para a discussão dos valores aceitos e compartilhados pelas comunidades morais⁶³, isso porque determinados valores substantivos, as dinâmicas de representação não podem ser capazes de mudar.

Jeremy Waldron, antes de nós, considera que a democracia deliberativa e os processos de votação majoritária podem ser conciliados e sugere a necessidade de postularmos *“uma teoria que não apenas reconcilie a deliberação com o desacordo e o voto, senão que também faça parecer que o voto é o resultado natural dos processos de tomada de decisão democrática”*⁶⁴, ainda que o voto ocorra no contexto das cortes supremas.

O partilhamento da faculdade de interpretar a Constituição⁶⁵, hoje

62 CASAMIGLIA, Alberto. Constitucionalismo y democracia. In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald C. (orgs.) *Democracia deliberative y derechos humanos*. Barcelona: 2004, p. 168.

63 CASAMIGLIA, 2004, op. cit., p. 169.

64 In verbis: *“una teoría que no solo reconcilie la deliberación con el desacuerdo y el voto, sino que también haga parecer al voto como el resultado natural de los procesos de toma de decisiones democráticas”*. WALDRON, Jeremy. *Deliberación, desacuerdo y votación*. . In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald C. (orgs.) *Democracia deliberative y derechos humanos*. Barcelona: 2004, p. 263.

65 Dworkin (2004, op. cit., p. 114) critica nossa tese sobre as vantagens do partilhamento da faculdade de interpretar a Constituição, ao afirmar textualmente que: *“Los constitucionalistas a menudo dicen que debemos evitar tanto los errores de la lectura moral, que da demasiado poder a los jueces, como los del originalismo, que have de la Constitución con-*

monopolizado pelo judiciário, poderia contribuir para o fortalecimento da cidadania ativa, inclusive possibilitando uma articulação verdadeiramente nova entre o Estado e os movimentos sociais, constitutivo da abertura societal que caracteriza a democracia substantiva⁶⁶.

REFERÊNCIAS

ARDANT, Philippe. *Institutions politiques e droit constitutionnel*. 11. ed. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), 1999.

CASAMIGLIA, Alberto. Constitucionalismo y democracia. In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald C. (Orgs.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: 2004.

DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premise mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald C. (Orgs.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: 2004.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.

HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na sociedade aberta. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na sociedade aberta. In: TAVARES, André Ramos;

temporánea la mano muerta del pasado. El método correcto, dicen, es alguno em el médio, que establece um balance correcto entre la protección de los derechos individuales esenciales y la deferencia a la vontade popular. Pero no indican cuál es el balance correcto, ni siquiera qué tipo de balanza deberíamos utilizar para encontrarlo. Dicen que la interpretación constitucional debe tener en cuenta la historia y la estrutura general de la Constitución, así como también la filosofia moral o política. Pero no dicen por qué la historia o la estrutura, que, como he dicho, figuran em la lectura moral, deben figurar de alguna manera más relevante o diferente, o cuál sería esa manera diferente, o qué objetivo general o estándar de interpretación constitucional debería guiarnos em la búsqueda de uma estrategia interpretativa diferente". Talvez nossa proposta resista a essas críticas em virtude de não estabelecer critérios estritamente hermenêuticos de distinção das clausulas que seriam abordadas pelo originalismo e aquelas que seriam interpretadas de acordo com a leitura moral da Constituição. Nossa sugestão, que funcionaria de forma bastante mais adequada com as Constituições analíticas, é que caso o sistema se encaminhe para o partilhamento democrático da faculdade de interpretar entre os vários sujeitos, instituições e estruturas que compõem as sociedades abertas, talvez, a reserva da última palavra aos tribunais deva ser adstrita às clausulas pétreas para que seja assegurada a integridade constitucional, atribuindo-se aos demais atores, especialmente ao Poder Legislativo, a faculdade de interpretar aquelas cláusulas apenas formalmente constitucionais.

66 HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na sociedade aberta. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123-141. Cf. ainda, _____. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010

HOLMES, S. El constitucionalismo, la democracia y la desintegración Del Estado. In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald C. (Orgs.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: 2004.

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

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Diretos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado em Ciência Política – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MEZZETTI, Luca. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios constitucionales*. 2009, vol.7, n.2

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

STAMATO, Bianca. Constitucionalismo popular: o Povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem sobre o libelo acusatório ao judicial review norte-americano. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: *ARGUMENTA*, Jacarezinho, 2007, n. 7.

TUSHNET, Mark. Formas alternativas de controle judicial. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIMITT, Carl. *Legalidad y ilegalidad*. Madrid: Aguilar, 1971.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. 7. ed.

Madrid: Trotta, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Juices constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano XXXIX, nº 117, setembro-dezembro de 2006.

_____. *Principios y votos*. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011.