

CONSTITUIÇÃO
E
DEMOCRACIA

Antonio G. Moreira Maués (Org.)

Carlos Ayres Britto

Clèmerson Merlin Clève

Fernando Facury Scaff

Hermes Afonso Tupinambá Neto

Jorge Alex Nunes Athias

José Antonio Estévez Araujo

José Eduardo Faria

José Heder Benatti

Luis Aguiar de Luque

Maria Manuel Leitão Marques

Menelick de Carvalho Netto

Otávio Mendonça

Paulo Bonavides

Vital Moreira

São Paulo

**Max
Limónad**

2004



ção informal; é uma mutação lógica, operacionalizada ao nível da interpretação. Só quando a interpretação é incapaz de esgotar as possibilidades todas de um princípio constitucional é que se recorre a uma emenda. Não estão respeitando isso no Brasil. O Governo Federal está esqueteando, estilizando a Constituição de 1988. Daí o justo protesto, o brado de indignação do professor Ivo. A Constituição é estável, é rígida, mas ela é processual por si mesma e tem flexibilidade para acompanhar a emergência dos novos fatos.

Portanto, meus senhores, minhas senhoras, foi uma honra muito grande falar para todos. Eu sei que estou a dizer coisas que parecem ultrapassadas porque o neoliberalismo vem de cima para baixo e do centro do mundo capitalista para a periferia, onde nós nos encontramos. E vem com a força das coisas inevitáveis, como se as novas idéias significassem imperativos naturais, a exemplo da força da gravidade. Fala-se de globalização, de Constituição européia, de Constituição sul-americana, de enxugamento da máquina administrativa, de reengenharia, de terceirização, de privatização, de um mercado que já não se contenta em ser motor da história e quer ser mentor da história, não mais permitindo que o Estado tome decisões de mercado, mas ele a tomar decisões de Estado, e essas idéias não são discutidas nos seus fundamentos. São idéias de poucos, passadas pela mídia como se fossem idéias de todos. Vivemos uma perigosa Idade Média (para nos lembrarmos da Idade Média) e, por isso, eu sinto que posso ser chamado de ultrapassado e até de dinossauro. Mas sempre que me chamam de dinossauro, nesse plano da minha rejeição às principais teses neoliberais, eu me sinto cada vez mais digno. Isso para não dizer "dignossauro". E eu só posso responder que as utopias dão significado à vida porque nos levam a acreditar no futuro, como dizia Victor Hugo: "nada como um sonho para construir o futuro". E as utopias de hoje serão as realidades de amanhã. Eu concluo com um pensamento de Bernard Shaw, que disse o seguinte, genialmente: "vocês sonham com coisas que existem e se perguntam: por quê? Eu sonho com coisas que não existem e me pergunto: por quê não?"

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA

Clèmerson Merlin Clève
Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná.

Foi com grande alegria que recebi o convite para estar, pela segunda vez, nesta belíssima cidade de Belém, desta feita para discutir a Constituição. O motivo de satisfação, na verdade, é triplo: (i) a satisfação decorre do fato de estar nesta cidade entre queridos amigos; (ii) do fato de discutir-se a Constituição no instante em que ela completa dez anos e, por fim, (iii) por compor uma mesa de elevada notoriedade como esta que integro.

A belíssima conferência do professor Menelick de Carvalho, que tenho a honra de conhecer de longa data, demonstra muito bem o modo como as escolas de direito deste país estão trabalhando a teoria constitucional. Digo isso porque esse debate vem a lume num momento de estranheza. Em 1988, ganhamos uma nova Constituição que carrega uma narrativa utópica. Uma Constituição que aparecia como uma resposta a um passado que queríamos esquecer e que substanciava um projeto igualitário e libertário para um país que queríamos construir.

E se é certo que em 1988 ganhamos uma Constituição, não tínhamos ainda, naquele momento, teoria constitucional para compreender a, a não ser os escritos dos nossos notáveis professores, entre os quais quero citar o prezadíssimo professor Paulo Bonavini

des, líder e, ao mesmo tempo, exemplo para as gerações de constitucionais que vão-se sucedendo. Não tínhamos ainda discurso constitucional projetado nos termos que hoje temos. Todavia, o que experimentamos hoje, talvez seja exatamente o inverso: embora tenhamos teoria constitucional (e teoria constitucional sofisticada, mercê da atividade incansável das escolas de direito espalhadas por todo o território nacional), corremos o risco de não termos mais Constituição.

Não temos mais Constituição porque experimentamos, nos últimos anos, uma crítica constante ao projeto do constituinte de 1988, uma crítica por vezes legítima, é verdade, mas uma crítica, de outro ângulo, nem sempre comprometida com a sinceridade. E por força dessa circunstância, o que aprendemos, com tristeza, é que a Constituição vai sendo banalizada, a Constituição vai sendo fragmentada no seu espírito e na sua unidade discursiva, a Constituição vai sendo instrumentalizada, a Constituição passa a integrar uma posição menor, como uma espécie de discurso subordinado a uma política econômica que aceita-se muitas vezes, sem maior reflexão, como inexorável e necessária. O discurso constitucional, um discurso com essência utópica – ou a Constituição é uma narrativa libertária e igualitária ou não é Constituição! – vai perdendo a sua alma, vai perdendo o seu espírito.

Apesar disso, ainda há tempo para a defesa do núcleo da Constituição. Mas a verdade é que alguns danos já ocorreram, danos esses que maculam o seu espírito e a sua identidade. De modo que esse debate, neste momento, é extremamente salutar para que possamos (quem sabe) reconstruir a Constituição com a lembrança de que ela serve de símbolo para a identidade de um povo que quer um futuro comprometido com a justiça social e com a igualdade.

A discussão a propósito da Constituição, da democracia e do controle de constitucionalidade vem, portanto, nesse momento, a calhar. Ora, mas o que é uma Constituição? É simplesmente a descrição de uma dada conformação do poder? Seria simplesmente um conjunto normativo dotado de superior hierarquia e nada mais? É apenas a regra matriz do ordenamento jurídico? Um conjunto

que pode comportar qualquer conteúdo? É um instrumento de governo feito à imagem e semelhança do poder? Presta-se para favorecer a atividade governamental ou antes, muito pelo contrário, presta-se para estabelecer limites para a atuação dos Poderes?

Ou uma Constituição tem conteúdo e identidade ou não é uma Constituição. E a Constituição Brasileira de 1988, se é certo que reclama alguma alteração aqui e acolá, porque é uma Constituição que veio a lume exatamente em 1988, na antevéspera da queda do muro de Berlim, ocorrida em 1989, não é menos certo que a sua eventual modificação haverá de ocorrer por meio do devido processo constitucional, com amplo debate na sociedade brasileira, e debate realizado com sinceridade e boa-fé.

Uma reforma constitucional feita às pressas, a partir de argumentos de terror, é uma reforma que precisa ser severamente criticada. E o que é mais grave é que a essência desta Constituição diz respeito à sua identificação com uma norma ativa, conformadora, prospectiva, absolutamente informada com o *status quo*. Não queremos uma Constituição neutra, não queremos uma Constituição vinculada à vontade da maioria conjuntural, da maioria eventual. Queremos uma Constituição que imponha limites a esta mesma maioria. E neste ponto emerge a discussão sobre a democracia e a atuação das Cortes Constitucionais ou mesmo do Poder Judiciário, no momento em que ele exerce o controle da constitucionalidade das leis.

A compreensão da relação entre Constituição, democracia, jurisdição, controle de constitucionalidade, exige a apreensão do debate constitucional, que vivenciamos nos últimos 50 anos. Esse debate constitucional pode ser sintetizado em quatro ou cinco momentos.

O primeiro é o momento da compreensão da Constituição como norma, mas de toda a Constituição como norma, portanto, o momento da discussão acerca da normatividade dos dispositivos constitucionais e, inclusive, dos dispositivos assim denominados programáticos, cada vez mais comuns nos textos constitucionais do séc. XX. Portanto, a emergência das Constituições “programáticas”, a emergência das Constituições que pretendiam organizar

um tipo de Estado distinto daquele que conhecemos no séc. XIX, suscitou um novo debate constitucional e, ao mesmo tempo, uma nova teorização sobre as relações entre democracia e jurisdição constitucional. Desse debate, podemos extrair um relativo consenso a propósito da afirmação segundo a qual todos os dispositivos da Constituição são norma, produzindo, salvo esta ou aquela exceção, uma eficácia de vinculação, de modo que em determinadas circunstâncias, mesmo demandando integração legislativa, seriam capazes de criar situações jurídicas negativas de vantagem.

A compreensão da Constituição como norma e como tarefa envolverá certamente um novo tipo de atuar jurisdicional, um atuar jurisdicional comprometido com a plena eficácia da Constituição. Lamentavelmente, esse consenso (da Constituição como norma) não pôde ir adiante. O debate não foi adiante porque os teóricos comprometidos com a plena efetividade da Constituição precisaram voltar-se não mais para a busca da Constituição integral, mas sim, em virtude da emergência do discurso neoliberal, para a defesa da própria Constituição. Não mais a Constituição integral, mas pelo menos a manutenção dela na forma como ela se encontra.

O segundo momento do debate constitucional envolve a emergência dos Tribunais Constitucionais e, portanto, o crescimento da importância da jurisdição constitucional. Esse momento é o que podemos chamar de momento do apelo ao juiz contra o legislador. Se é verdade que já conhecíamos a experiência americana, se é verdade que nosso país já experimentava o controle difuso incidental da constitucionalidade a partir da proclamação da República, não é menos verdade que esse controle assume uma dimensão absolutamente distinta, nomeadamente depois da Segunda Guerra Mundial. Uma primeira onda de emergência dos Tribunais Constitucionais neste século, vimos com a criação do Tribunal Austríaco, na década de 20, com a criação também do Tribunal Constitucional Espanhol, na década de 30. A segunda é a onda dos vários Tribunais Constitucionais que foram criados após a Segunda Guerra Mundial. Estou a me referir, por exemplo, ao Tribunal Italiano, ao Tribunal Alemão e mesmo, colocando aqui

com uma certa generosidade, à experiência do Conselho Constitucional Francês.

A terceira foi a onda de redemocratização dos países peninsulares da Europa Continental, isto é, de Portugal, Espanha e mesmo da Grécia, exceto, portanto, o caso da Itália. E a quarta onda é esta, a onda dos Tribunais Constitucionais criados pelos Estados da Europa Oriental.

O que ocorreu neste século, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial foi efetivamente o apelo ao juiz contra o legislador. E nessa ordem de configuração, podemos perceber uma mudança na compreensão do princípio da separação dos poderes e uma mudança também na compreensão do papel dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou mesmo da jurisdição constitucional, conforme estejamos neste ou naquele país.

O que experimentamos foi mesmo uma espécie de mudança paradigmática, onde em vez de falarmos da *Constituição nos termos da lei*, porque os cidadãos não tinham acesso direto à Constituição na experiência constitucional clássica – por vezes mesmo os juízes não tinham acesso direto à Constituição na concepção clássica – falamos, agora, das *leis nos termos da Constituição*. Ou seja, nós que aprendemos a encontrar na lei a expressão da vontade geral; que aprendemos a localizar na lei a defesa da sociedade contra o arbítrio do Poder Público; nós que aprendemos a ver a lei como uma espécie de declaração de um direito, de um direito encontrado pelo debate racional ocorrente no seio do Parlamento, vamos nos surpreender com a descoberta de que o legislador, feito exatamente para proteger o cidadão, ele mesmo pode ser o veículo da opressão, ele mesmo pode ser o veículo da quebra dos direitos fundamentais, ele mesmo pode ser o violador da Constituição.

A compreensão inicial era, afinal de contas, de que o legislador seria incapaz de ofender os direitos fundamentais, seria incapaz de agredir a igualdade e a liberdade, exatamente porque ele encarnava a vontade popular, e encarnando por meio da representação a vontade popular, sendo ele mesmo o povo, não seria capaz de agredir a si mesmo. A história constitucional demonstrou exatamente o contrário. E o curioso é que o sufrágio universal –

essa descoberta fantástica na história da humanidade — talvez tenha sido o responsável pela compreensão de um novo papel da lei e, ao mesmo tempo, pela visualização da lei como, possivelmente, um instrumento de agressão à Constituição e também aos direitos fundamentais. Porque, num contexto de representação censitária, onde o Parlamento era mesmo composto por homens iguais, integrantes todos de uma mesma classe social, onde não havia disputas de interesses, certamente que aí, mediante um debate de homens iguais que professavam a mesma fé, era possível conceber a lei como uma espécie de descoberta de algo natural que já era dado.

Mas, com o sufrágio universal, com a clivagem corrente no seio do Parlamento, com a presença, no Parlamento, de representantes de todas as classes sociais e frações de classes sociais, acabamos por descobrir que a lei não é uma declaração, não carrega necessariamente uma idéia de justiça, ainda que professada por uma classe social, a classe hegemônica. A lei é o resultado de um amplo debate político e, por isso, a lei não é declaração, a lei não declara, a lei constitui. A lei, portanto, é o resultado da atuação no espaço de luta, é a manifestação da vontade política majoritária em dado momento histórico, e essa vontade pode carregar o melhor conteúdo, mas pode, em determinadas circunstâncias, agredir conquistas históricas e até a Constituição e os direitos fundamentais. É nessa circunstância, portanto, que emerge a necessidade da criação de órgãos eventualmente exercentes de função jurisdicional, mas órgãos capazes de proteger a Constituição, e estou a me referir às Constituições democráticas do segundo pós-guerra. É evidente que a preferência recaiu sobre os Tribunais Constitucionais, órgãos compostos por homens investidos não pelo voto popular, mas órgãos exercentes de uma atividade técnica, ou pretensamente técnica, e capazes de promover a defesa da Constituição contra o legislador.

A propósito da legitimidade desses Tribunais Constitucionais, da compatibilidade da sua atuação com os preceitos democráticos, o debate é antigo, recorrente e insuperável. Podemos certamente nos reportar à célebre polêmica envolvendo Kelsen e Carl Schmitt. Na experiência americana, podemos nos reportar ao

debate envolvendo interpretativistas e não-interpretativistas, originalistas e não-originalistas, adeptos da auto-restrição ou do elastecimento do controle. A literatura americana é vasta. Os livros de Dworkin, por exemplo, dão um panorama completo da questão. A posição de Dworkin, por exemplo, que parte de uma distinção entre conceito e concepção, deixando claro que o conceito é encontrável nas palavras vagas da Constituição, mas que a concepção haverá de mudar, cambiar, a cada momento, para atualizar a Constituição, envolve evidentemente uma posição que confere maior poder à jurisdição constitucional. Na Alemanha, a compreensão da Constituição como ordem de valores também, evidentemente, é capaz de trazer uma nova compreensão a propósito do papel que deve ser exercitado pela jurisdição constitucional.

Nos Estados Unidos, a célebre posição dos republicanos, que pretendiam, tentando produzir uma crítica à experiência do ativismo judicial, nomear membros vinculados a uma política conservadora e capazes, por isso mesmo, de restringir a atuação jurisdicional. Com Reagan, na tentativa de nomear Bork para a Suprema Corte, esse debate mais uma vez emergiu e daí a riqueza dos escritos de Dworkin a propósito dessa matéria.

Na Alemanha, hoje, curiosamente, há uma literatura jurídica mesmo de esquerda fazendo a crítica da atuação do Tribunal e ensaiando uma reformulação do direito. E Habermas, em "Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade", fazendo inventário desse debate, faz a crítica da racionalidade material do direito que emergiu após a Segunda Guerra Mundial. Faz a crítica, portanto, dessa mudança paradigmática, produzindo a defesa daquilo que poderíamos chamar de uma reformulação do direito, de modo que em Habermas, surpreendentemente, vamos ver a defesa de uma espécie de restrição da atuação da Corte Constitucional em defesa de uma compreensão específica da separação dos poderes. Diz ele que temos de estabelecer a distinção entre normas e valores e, portanto, que os tribunais devem trabalhar apenas com normas, perquirindo a propósito da validade ou invalidade de um determinado ato normativo, mas que não devem manejar valores que importariam a decisão acerca de uma ordem de preferência, o

que envolveria uma tarefa típica, inserida no monopólio do legislador.

Os Tribunais Constitucionais, portanto, vão atuando de uma maneira crescente, e o debate a respeito dos limites de sua atuação é um debate necessariamente recorrente. Esses Tribunais Constitucionais ensaiarão produzir a defesa da coerência e da unidade de ordem jurídica presidida pela Constituição, eventualmente encarregar-se-ão da resolução de conflitos entre poderes; num país como o nosso serão os responsáveis pela proteção do pacto federativo e, ao mesmo tempo, poderão encarregar-se da proteção dos direitos fundamentais. Esse último campo, a proteção dos direitos fundamentais, tem permitido o crescimento da importância da jurisdição constitucional.

O nascimento eventual de conflitos entre poderes, com a vitória hoje provisória dos Tribunais em alguns lugares, ao mesmo tempo tem permitido a recriação ou a revisão da teoria constitucional, em função do florescimento de novas técnicas de decisão, e uma nova compreensão da norma e da interpretação constitucionais. Portanto, o primeiro debate é um debate que envolverá a eficácia das normas constitucionais: até que ponto poderá atuar a jurisdição constitucional, até que ponto ela poderá atuar tendo em vista, inclusive, a promoção da eficácia integral da Constituição? Se é certo que temos mecanismos capazes de controlar a atuação positiva do Estado, quando essa atuação positiva esteja em compasso com a Constituição, que remédios dispomos para a proteção do cidadão diante da inércia do legislador ou em face da inércia do Poder Público? E é nesse ponto que o debate constitucional lamentavelmente parou. Não se está a defender a substituição do legislador pelo Poder Judiciário. O que se está evidentemente a defender é a criação de mecanismos que eventualmente somem a contribuição vinda das técnicas políticas com aquelas provenientes das técnicas jurídicas para a censura da omissão institucional, da inércia institucional do legislador e mesmo do Poder Público.

Um outro debate é o da mudança paradigmática dos direitos fundamentais. O debate para nós é extremamente importante

porque aprendemos, em nosso país, a fazer história dos direitos fundamentais, a produzir escritos de natureza filosófica a propósito dos direitos fundamentais, eventualmente temos escritos sobre os direitos individuais compreendidos como liberdades públicas, naquela velha tradição francesa. Hoje, todavia, em nosso país, emerge um discurso sofisticado a propósito dos direitos fundamentais. A mudança paradigmática dos direitos fundamentais foi capaz de alterar o sentido e de alterar o alcance da atuação jurisdicional. Tem-se como certo que todos os poderes estão vinculados aos direitos fundamentais; que os direitos fundamentais exigem uma atuação comprometida do intérprete; portanto, os direitos fundamentais como norma, mas também como tarefa, e aqui voltamos a Hesse, exigem a potencialização dos direitos positivos, a compreensão de que os direitos negativos também carregam dimensões positivas, e aí a exigência de políticas para os direitos fundamentais, a idéia de que o legislador encontra-se limitado pelo quadro, pelo catálogo dos direitos fundamentais e, portanto, que há limites inclusive à possibilidade de restrição dos direitos fundamentais.

Uma mudança paradigmática que envolve, afinal de contas, a idéia de que os direitos fundamentais não precisam ser regulamentados para incidirem. Os direitos fundamentais, portanto, tendencialmente são auto-aplicáveis, o juiz tem acesso direto à normativa constitucional envolvendo direitos fundamentais. Não vamos mais pensar nos direitos fundamentais nos termos da lei; vamos pensar agora na lei nos termos dos direitos fundamentais.

E nesse ponto precisamos de um outro tipo de operador jurídico, um operador jurídico que saiba superar, afinal de contas, os postulados da compreensão positivista. Precisamos superar o decisionismo por um lado, mas precisamos, por outro lado, produzir uma espécie de operador jurídico que seja responsável pela sua obra hermenêutica. Um operador jurídico que entenda que o objeto do discurso jurídico não é simplesmente um dado ao qual o operador terá acesso em virtude de uma mágica, da manipulação de uma teoria; que compreenda que o direito também tem uma dimensão de construído; e que entenda, finalmente, que a relação entre o

operador jurídico e o objeto não envolve necessariamente uma atitude de descoberta, mas sim um compromisso com a construção, compromisso esse controlado, evidentemente, pela disputabilidade intersubjetiva, envolvendo o momento de diálogo, portanto, de sujeito a sujeito, para a busca da configuração do objeto. Precisamos de um tipo de operador jurídico que compreenda a Constituição como um processo, como um espaço de luta, como compreendendo uma identidade que não pode ser absolutamente quebrada, que compreenda a Constituição como tarefa, mas também como limite, e que entenda, por outro lado, que a Constituição não está aí para ser subordinada a determinadas políticas, para ser instrumentalizada, para ser banalizada, para ser fragmentada.

O último momento do debate constitucional é o momento que experimentamos agora no nosso país. O Brasil talvez tenha sido, na América do Sul, o último a abraçar os postulados do neoliberalismo, mas com que vontade ele abraçou esses postulados depois! Com uma vontade, uma determinação, capazes de encabeçar os presidentes das nossas Repúblicas vizinhas. Ou seja, o nosso país não é capaz de construir o seu próprio futuro, o nosso povo não é capaz de construir um projeto próprio, o nosso país não é capaz de se inserir na comunidade internacional de modo autônomo, independente; ele precisa se inserir de maneira subordinada, ele precisa vincular-se, portanto, aos fins de uma política que, inclusive, começa a ser criticada nos países do norte. E aqui cumpro lembrar a advertência de George Soros: nos países emergentes não precisamos de Estado de Direito, de Constituição, porque as leis do mercado regem os interesses desses países e o primeiro sinal da bolsa de valores é capaz de reorientar as políticas governamentais. Sábias palavras de George Soros. Não há necessidade, portanto, de Constituição e a Constituição pode ser instrumentalizada; não há necessidade, portanto, de Estado de Direito — o Estado está aí para servir o mercado.

Este é o momento em que buscamos a governabilidade, um conceito de governabilidade claramente comprometido com algumas idéias, e para isso votamos a emenda da reeleição. Este é o momento em que os direitos sociais deixam de ser tarefa que

vincula a atividade do governantes. Este é o momento de um Estado que antes voltava-se para a consecução ou prosequção de políticas públicas, políticas públicas preocupadas com a efetividade dos direitos sociais, e que agora se compromete exclusivamente com os interesses do mercado: o Estado cativo do mercado internacional. Porque o Estado deve manter seu equilíbrio fiscal, ainda que à custa do dinheiro externo, e gasta seus recursos orçamentários no pagamento de títulos que remuneram o investidor internacional, não há recursos para os direitos sociais. Esse é o contexto da internacionalização da economia, da globalização, imposta pelos países do norte, pelos organismos internacionais, pelas organizações supranacionais. Não estou a dizer que a globalização não seja inexorável, o que eu estou a dizer é que podemos reagir ao processo inexorável da globalização, desse modo ou daquele modo. Podemos reagir de maneira subordinada ou podemos reagir de maneira autônoma.

A Constituição integral, a Constituição de 1988, tal como a compreendemos com narrativa tendencialmente igualitária e libertária, essa Constituição corre risco. E se é certo que ela eventualmente precisaria sofrer reformas aqui e acolá, porque congelou determinadas concepções, essas alterações haveriam de se produzir nos termos do devido processo constitucional e certamente com amplo debate, e debate imbuído de lealdade e de boa-fé. Mas o que vemos é a realização de uma reforma econômica com objetivos de quebrar monopólios, muito bem!, mas para o efeito de abrir a economia de uma maneira açodada e para privatizar serviços públicos, portanto, para criar mercados. O que vemos é a possibilidade de uma reforma previdenciária que será realizada muitas vezes com o objetivo de restringir direitos dos trabalhadores, especialmente do setor público, mas também para permitir a criação de empresas de previdência e, portanto, também para criar mercado. O que vimos foi uma reforma administrativa que procurou restringir direitos dos funcionários para permitir demissões de forma mais simplificada, que bom!, mas igualmente para terceirizar atividades-meio, para fundar uma administração gerencial em substituição à burocrática, para "flexibilizar" a Administração Pública, para criar Organiza-