

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

GUILHERME SOARES

OS DIREITOS, OS JUÍZES, O POVO:
A CLÁUSULA PÉTREA DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS
INDIVIDUAIS E O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE
DAS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Florianópolis

2006

GUILHERME SOARES

OS DIREITOS, OS JUÍZES, O POVO:
A CLÁUSULA PÉTREA DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS
INDIVIDUAIS E O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE
DAS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Sílvio
Dobrowolski

Florianópolis

2006

GUILHERME SOARES

**OS DIREITOS, OS JUÍZES, O POVO:
A CLÁUSULA PÉTREA DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS E O
CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS EMENDAS À
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski – Orientador/Presidente

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois

Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva

Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 24 de março de 2006.

Dedico este trabalho aos meus pais
Ricardo e Maria Tereza

Agradecimentos

Um trabalho acadêmico de investigação, como uma dissertação ou uma tese, não é fruto do esforço e da reflexão de uma única pessoa. Tampouco é concebido em um só ato. As pesquisas desenvolvem-se e amadurecem no curso dos anos, às vezes de vários anos, numa empresa coletiva que vai muito além daquela pessoa que subscreve o seu produto final. Certamente, ser o autor de uma tese é antes assumir a responsabilidade pelas idéias nela expostas do que assumir a paternidade dessas idéias.

Esta foi uma tese de gestação particularmente longa e cooperativa. Longa, porque ela se iniciou ainda antes do ingresso no curso de mestrado em Direito, e só veio a ser concluída ao final do doutorado. Cooperativa, porque dela participaram, de uma forma ou de outra, todas as pessoas com quem convivi no últimos anos. Não são poucos, por isso, os agradecimentos devidos.

Meus pais, Ricardo e Maria Tereza, a quem dedico este texto, e meus irmãos, Ricardo e Mariana, são, desde muito antes do início desse projeto acadêmico, fonte inesgotável de estímulo, motivação, compreensão, orientação e apoio. Sem eles, nada disso teria sido possível.

Há também amigos que estiveram presentes desde larga data. Roberto Benghi Del Claro e Vinicius Klein têm sido exemplos de companheirismo, auxílio e cumplicidade desde os tempos do curso de graduação em Direito. Outros, embarcaram nessa aventura comum posteriormente, todavia, não mais saíram dela. Marcelo de Carvalho Lima, Isaac Reis, Antônio Armando Ulian do Lago Albuquerque, Alexandre Reis Siqueira Freire, Marisse Queiroz, Erika Dmitruk, José Manuel Pina Delgado, Ney de Barros Bello Filho, Roberto D. Machado, Jairo Schafer, David Wilson de Abreu Pardo, Cláudio Ladeira e tantos outros colegas de estudos de pós-graduação, mostraram-se verdadeiros amigos e brilhantes e insubstituíveis companheiros de reflexão. Cada um deles, mediante conversas, sugestões e provocações, contribuiu para o aperfeiçoamento desse trabalho.

Ao lado desses colegas e amigos, diversos professores, tanto da Universidade Federal de Santa Catarina, quanto de outras instituições, colaboraram generosamente no curso desse trajeto. O Prof. Dr. José Rubens Morato Leite e o Prof. Dr. Orides Mezzaroba supervisionaram a rica experiência do estágio de docência. O Prof. Dr. Fernando Noronha, a Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Phillipi e a Profa. Dra. Josiane R. Petry

Veronese compuseram a banca que, em abril de 2002, qualificou o então projeto de dissertação como projeto de tese, possibilitando a passagem direta do mestrado para o doutorado. O Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva e a Profa. Dra. Cecília Caballero Lois dispuseram-se gentilmente a participar da banca de avaliação da tese, no que foram acompanhados, com igual cordialidade, pelos professores doutores Clèmerson Merlin Clève e Oscar Vilhena Vieira. Todos, com seus apontamentos críticos, fomentaram o reexame de uma série de questões e a formulação de muitas outras. A Profa. Cecília, ademais, tem sido incansável na tentativa de promover os estudos e debates em torno das questões de filosofia política e constitucional no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, criando um ambiente de florescimento de idéias e debates.

Dois ilustres professores e constitucionalistas, contudo, tiveram um papel central no curso dessa pesquisa. O Prof. Dr. Jorge Miranda, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, além da generosa acolhida em terras lusitanas, na condição de orientador do estágio de doutoramento, apontou caminhos precisos num momento crucial da redação do texto. Esse ajuste de rumos foi fundamental para conferir um norte seguro à investigação. O Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski, orientador da tese, não foi apenas um excelente orientador, com comentários seguros e críticas desconcertantes, foi alguém que sempre acreditou na possibilidade de o projeto vir a ser bem-sucedido, impulsionando a elaboração de uma tese por um aluno que mal havia deixado o curso de graduação.

É preciso anotar, porém, que uma pessoa, em especial, forneceu, dia após dia, o nutriente essencial para a continuidade da empreitada. Existem pessoas que têm uma genuína capacidade de, com gestos simples, como um sorriso, um toque ou um olhar, causar-nos uma sensação incomparável de acolhimento, compreensão e felicidade. São elas que nos fazem ter uma vontade interminável de ir adiante. Por isso, e por tudo mais que se pode agradecer à alguém, eu agradeço à Fernanda.

Se o presente trabalho tiver algum mérito, ele se deve a todas essas pessoas, já os defeitos são de responsabilidade exclusiva do autor.

Por fim, os servidores da Secretaria do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, em especial a servidora Adriana Rodrigues, não mediram esforços para atender, com simpatia, eficiência e prontidão, tudo aquilo que lhes foi requerido. O trabalho beneficiou-se, ainda, em momentos subseqüentes, do financiamento da CAPES e do CNPq, que possibilitaram, mediante a concessão de bolsas no país e no exterior, a dedicação exclusiva do autor à pesquisa e aos estudos de pós-graduação.

“The Rights of Man are the rights of all generations of men, and cannot be monopolized by any.”

Thomas Paine

“If the policy of the Government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court [...] the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal.”

Abraham Lincoln

A aprovação da presente tese não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina às idéias e opiniões que a fundamentam ou que nela são expostas.

Resumo

Existe uma dificuldade na relação que envolve os direitos, os juízes e o povo. Os direitos enunciados numa Constituição geralmente são tidos como indisponíveis às maiorias eleitorais e legislativas ordinárias, porém, sujeitos ao discernimento de minorias judiciais. Esta tese almeja levar a sério essa tensão, reconstruir suas premissas, e sugerir uma teoria do controle judicial de constitucionalidade capaz de sustentar a intervenção dos juízes na interpretação da Constituição sem que tal prática funcione como um impedimento a que cada cidadão possa participar significativamente das decisões que dizem respeito aos seus próprios direitos. O trabalho retoma, com esse intento, o problema específico do controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988 em face da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais. Descreve as questões profundas que estão na base das discussões em torno da legitimidade dos limites materiais de reforma constitucional e da ação do Poder Judiciário como intérprete desses limites. Apresenta uma reformulação dessas questões, que abordam o fundamento da respeitabilidade da Constituição e o papel da instituição judicial num regime democrático, à luz de uma teoria moral dos direitos e de uma concepção deliberativa da política. Contrapõe essa teorização abstrata à prática de aplicação da cláusula dos direitos e das garantias individuais pelo Judiciário brasileiro observada nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Conclui que apenas a compreensão dos juízes como participantes não privilegiados num diálogo entre iguais acerca do sentido das normas constitucionais permite equacionar a tensão entre os direitos, os juízes e o povo. Propõe que essa concepção dialógica do controle judicial de constitucionalidade seja implementada por meio de uma postura identificada como minimalismo judicial, cujas principais características são a provisoriedade, superficialidade e estreiteza das decisões. Defende, com base nessa orientação dialógica e minimalista, que, no âmbito específico do controle de constitucionalidade de emendas, os juízes interfiram exclusivamente para promover a responsabilidade democrática do órgão de revisão e o caráter deliberativo do processo de reforma, jamais para julgar definitivamente o conteúdo das emendas.

Palavras-chave: Direitos. Controle Judicial. Participação. Cláusulas Pétreas. Diálogo. Minimalismo.

Abstract

There is a certain difficulty in dealing with the relationship between rights, judges and the people. Constitutionally stated rights are usually seen as immune to ordinary electoral and legislative majorities, although subject to the judgements of judicial minorities. The aim of this is to analyse this tension seriously, reconstruct the premises for it and suggest a theory of judicial review that supports the intervention of judges in constitutional interpretation without removing the right of every citizen to participate meaningfully in decisions concerning their own rights. With this purpose, the paper revisits the specific problem of the judicial review of amendments to the Constitution of 1988 with its entrenched clause of individual rights and guaranties. It outlines the deep questions that lie in the basis of arguments concerning both the legitimacy of substantive limits to constitutional amendment and the action of the judicial power as the interpreter of these limits. It presents a reformulation of those questions, which involve both the grounds of respectability of the Constitution and the role of the judicial institution in a democratic regime in light of a moral theory of rights and a deliberative conception of politics. It opposes that abstract theorization to the practice of adjudication of the individual rights and guaranties clause by the Brazilian judiciary viewed in the precedents of the Federal Supreme Court. It concludes that only the understanding of the judges as unprivileged participants in a dialogue among equals as to the meaning of constitutional provisions is capable of equating the tension between rights, judges and the people. It argues that the dialogical conception of judicial review must be implemented by a posture identified as judicial minimalism, of which the essential characteristic is to take provisory, narrow and shallow decisions. Based on that dialogical and minimalist guidance, it defends that in the specific dominion of judicial amendment review, judges must intervene exclusively to promote the democratic responsibility of the amendment power and the deliberative character of the amendment process, they must never definitively adjudicate the content of the amendments.

Keywords: Rights. Judicial Review. Participation. Entrenched Clauses. Dialogue. Minimalism.

Resumen

Existe una dificultad en la relación que involucra los derechos, los jueces y el pueblo. Los derechos enunciados en una Constitución generalmente son considerados como indisponibles para las mayorías electorales y legislativas ordinarias, pero, sujetos al discernimiento de minorías judiciales. Esta tesis pretende tomar en serio esa tensión, reconstruir sus premisas, y sugerir una teoría del control judicial de la constitucionalidad capaz de sustentar la intervención de los jueces en la interpretación de la Constitución sin que tal práctica funcione como un impedimento a que cada ciudadano pueda participar significativamente de las decisiones que se refieren a sus propios derechos. El trabajo retoma, con ese intento, el problema específico del control judicial de la constitucionalidad de las enmiendas a la Constitución de 1988 frente a la cláusula pétrea de los derechos y garantías individuales. Describe las cuestiones profundas que están en la base de las discusiones en torno a la legitimidad de los límites materiales de reforma constitucional y de la acción del Poder Judicial como intérprete de esos límites. Presenta una reformulación de esas cuestiones que abordan el fundamento de la respetabilidad de la Constitución y el papel de la institución judicial en un régimen democrático, a la luz de una teoría moral de los derechos y de una concepción deliberativa de la política. Contrapone esa teorización abstracta a la práctica de aplicación de la cláusula de los derechos y garantías individuales por el Poder Judicial brasileño observada en los jurados del Supremo Tribunal Federal. Concluye que apenas la comprensión de los jueces como participantes no privilegiados en un diálogo entre iguales acerca del sentido de las normas constitucionales permite ecuacionar la tensión entre los derechos, los jueces y el pueblo. Propone que esa concepción dialógica del control judicial de la constitucionalidad sea implementada a través de una postura identificada como minimalismo judicial, cuyas principales características son la provisoriedad, superficialidad y estrechez de las decisiones. Defiende, con base en esa orientación dialógica y minimalista, que, en el ámbito específico del control de la constitucionalidad de enmiendas, los jueces interfieran exclusivamente para promover la responsabilidad democrática del órgano de revisión y el carácter deliberativo del proceso de reforma, jamás para juzgar definitivamente el contenido de las enmiendas.

Palabras-clave: Derechos. Control Judicial. Participación. Límites de Revisión. Diálogo. Minimalismo.

Sumário

Introdução	13
1 Problemas de teoria constitucional: limites materiais de reforma constitucional judicialmente controláveis	23
1.1 Supremacia da constituição, controle judicial de constitucionalidade e emendas constitucionais	23
1.2 A inconstitucionalidade das emendas violadoras de direitos e garantias individuais	35
1.3 Fundamentos da vinculação constitucional da ação reformadora	43
1.3.1 Poder de reforma constitucional	44
1.3.2 Identidade da constituição	50
1.3.3 Direito supralegal	58
1.4 Juízo de constitucionalidade e interpretação	61
1.5 Interpretação e aplicação dos limites materiais de reforma	73
1.6 O domínio da teoria constitucional	82
2 Os direitos: uma teoria da interpretação constitucional	92
2.1 Contra a teoria constitucional	93
2.2 Decisão judicial e teoria constitucional	98
2.3 Direitos morais	106
2.3.1 Direitos como argumentos de justificação	108
2.3.2 Justificação dos direitos	119
2.4 Uma teoria da interpretação constitucional baseada nos direitos	135
2.4.1 Legitimidade política e adesão à constituição	136
2.4.2 Interpretação constitucional e responsabilidade judicial	151
3 Os juízes, o povo: uma teoria da decisão judicial constitucional	160
3.1 O controle judicial de constitucionalidade como problema moral e institucional: a justificação pragmática	162
3.2 Métodos de decisão judicial constitucional	181
3.2.1 Método da ponderação	185
3.2.2 Objeções ao método da ponderação	190
3.2.3 Método do direito como integridade	202

3.3	Democracia e o papel dos tribunais como intérpretes da constituição ..	213
3.4	Limites institucionais do judiciário: o minimalismo judicial	228
4	Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais (CRFB/88, art. 60, § 4º, IV) e o controle judicial de constitucionalidade das emendas	254
4.1	Duas versões do paradoxo da democracia constitucional	256
4.2	Democracia e controle judicial de constitucionalidade das emendas	258
4.2.1	Os juízes ou o povo	259
4.2.2	O sentido das cláusulas pétreas	263
4.2.3	O judiciário como intérprete das cláusulas pétreas	272
4.2.4	Os juízes e o povo	284
4.3	Teses sobre a interpretação judicial da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais	294
4.3.1	Tese formalista: o texto	302
4.3.2	Tese mista (1): a topografia do texto	309
4.3.3	Tese mista (2): a história	311
4.3.4	Tese mista (3): o conteúdo essencial dos direitos	316
4.3.5	Tese substancial: a integridade da constituição	321
4.4	Uma proposta dialógica e minimalista: em torno da ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.946/99	326
	Conclusão	340
	Referências	345

Introdução

As pessoas em geral, e os juristas em particular, parecem acreditar que ter uma declaração constitucional de direitos implica ao menos duas coisas. De um lado, que os direitos nela enunciados não estão disponíveis às maiorias eleitorais e legislativas ordinárias. De outro, que a fiscalização do respeito a esses direitos por essas maiorias deve caber ao Poder Judiciário ou, então, a um órgão com características tão semelhantes às de um órgão judicial que possa ser chamado de tribunal.

Essa crença comum tem sua base em certas convicções gerais acerca do que seja uma Constituição rígida e de qual seja a função do Poder Judiciário num regime constitucional. Uma Constituição rígida estabelece um governo limitado. Um governo em que nenhum dos poderes do Estado pode ultrapassar os limites que estão solenemente declarados numa lei, superior a todas as demais leis, denominada Constituição. Num regime constitucional, até mesmo o poder que faz as leis está submetido a uma lei superior que ele não pode contrariar. O Poder Judiciário, por sua vez, é o ramo estatal encarregado de aplicar as leis criadas por outrem. Para evitar que o mesmo organismo que faz as leis veja-se na cômoda posição de aplicá-las às situações concretas, podendo se tornar, por isso, juiz em sua própria causa, essa incumbência é reservada a um corpo independente de agentes públicos. Magistrados distanciados do processo legislativo e independentes das forças políticas que agem nesse processo parecem ser uma garantia da aplicação imparcial das leis.

Isso vale, inclusive, para as leis que regem o processo de formação das outras leis. Na sua condição de intérpretes fiéis e desinteressados da Constituição, juízes podem impedir que legisladores façam vistas grossas aos compromissos firmados no nível constitucional. O controle judicial é tido, assim, como um instrumento idôneo para assegurar até mesmo que os legisladores não extravasem suas atribuições constitucionais.

Essa posição de mecanismo último de defesa da Constituição, ou de intérprete privilegiado da Carta Política, não faz do Judiciário, segundo a opinião comum, um Poder superior ao Poder Legislativo. Ela supõe apenas que a Constituição é superior a ambos; e nos casos em que a vontade da legislatura, declarada em seus atos, está em oposição à Constituição, os juízes devem ser governados por esta mais do que por aquela. Logo, ter direitos constitucionais significa que, quando uma pessoa entende que seus direitos foram violados pelos legisladores, ela pode ir ao Judiciário reclamar contra essa violação. Se os

juízes acharem essa reclamação bem fundada, eles podem declarar a invalidade do ato legislativo impugnado e, assim, preservar o direito resguardado pela Constituição.

Esse raciocínio pressupõe, no entanto, duas idéias. A primeira é que as pessoas devem respeitar os direitos constitucionais mesmo quando a maioria dos eleitores ou de seus representantes pensa que seria melhor deixá-los de lado. A segunda é que, quando existe uma controvérsia sobre se uma determinada lei repugna aos direitos constitucionais, é aos juízes que cabe resolver essa controvérsia. É tentador imaginar que essas duas premissas suportam-se mutuamente. Se os direitos constitucionais não estão disponíveis às maiorias eleitorais e representativas ordinárias, não são essas maiorias eleitorais e representativas ordinárias que devem julgar a compatibilidade entre seus próprios atos e os direitos constitucionais. Não se pode entregar os direitos nas mãos daqueles que os direitos querem constranger. O Judiciário, portanto, parece uma alternativa natural para a proteção dos direitos constitucionais.

Sem embargo, essa argumentação não é tão persuasiva quanto parece. Seu principal defeito está em tratar dois problemas distintos como se fossem um só. Assim, ela procede como se a solução de um deles apresentasse logicamente a solução do outro. A questão é que isso não ocorre. Dizer o que os direitos são, ou definir qual é o seu papel nas relações entre os cidadãos e o Estado, não é o suficiente para dizer quem deve ser responsável por controlar o respeito aos direitos. Dizer que um direito assegura um bem a um sujeito que é o portador desse direito, ainda quando a maioria das pessoas prefira que esse bem não venha a ser dado a esse sujeito, não esclarece quem deve deter a atribuição de fiscalizar que esse bem efetivamente não seja negado a esse sujeito. Para isso, são necessárias outras considerações que demonstrem por que certas pessoas ou instituições são mais bem capacitadas para lidar com questões atinentes a direitos.

Essa exigência produz um enorme embaraço para a convicção arraigada de que os juízes devem ser os fiscais mais autorizados da observância dos direitos constitucionais. A idéia de direitos, ao menos a idéia de direitos que serve de alicerce à edição de declarações constitucionais de direitos, está baseada numa visão do indivíduo humano como um ser essencialmente pensante, possuidor de uma capacidade de deliberar moralmente, de ver as coisas do ponto de vista dos outros, e de transcender a preocupação com seus próprios interesses particulares e sectários. A atribuição de um direito depende do pressuposto de que o titular do direito seja, ainda que potencialmente, capaz de agir e raciocinar moralmente. Os portadores de direitos são concebidos primordialmente como pessoas capazes

de pensar sobre direitos, pessoas capazes de decidir o que é certo e o que é errado na forma como elas são tratadas pelas outras pessoas e na maneira como elas tratam as outras pessoas. A idéia de direitos traz em si não apenas a suposição de que os indivíduos ordinários são um foco digno de consideração política e moral, mas também a noção de que indivíduos comuns são juízes competentes em questões que envolvem direitos.

Conceber pessoas como portadoras de direitos é muito mais do que tratá-las simplesmente como potenciais vítimas de comportamentos arbitrários cujos interesses merecem proteção. O discurso dos direitos naturais que serviu de base às declarações constitucionais de direitos deixa isso evidente. Tais direitos eram atribuídos aos indivíduos num estado de natureza, uma circunstância em que cada pessoa não tinha nada mais do que seus próprios recursos, seu intelecto e sua razão, para indicar quais direitos ela e os outros possuíam. Não se pressupunha a existência de nenhum aparato institucional organizado para elucidar às pessoas quais eram seus direitos. A existência de direitos num estado de natureza reflete a crença de que o tipo de raciocínio em que se pode esperar que cidadãos ordinários se envolvam não é inadequado para enfrentar as questões que eles necessariamente colocarão uns aos outros na tentativa de viver conjuntamente e de estabelecer padrões comuns de regulação. Nesse contexto, pensar numa pessoa como portadora de direitos é pensar nela como alguém que possui a espécie de aptidão que é necessária para entender quais são seus próprios direitos.

Não é por acaso que teorias contemporâneas acerca dos direitos enfatizam o caráter de reivindicação ou reclamação pessoal que marca cada direito. Um direito assegura a uma pessoa a capacidade de reivindicar algo, de reclamar quando algo que lhe é devido lhe é negado. Isto significa que quando as pessoas discutem sobre os direitos de alguém, é de se presumir que esse alguém, cujos interesses são objeto da conversação, tem uma visão pessoal refletida sobre a matéria em debate. Uma vez que o foco de qualquer discussão sobre direitos tem a ver com o respeito que é devido a uma pessoa como um ser capaz de raciocinar moralmente, dificilmente poder-se-á dizer que uma conversa leva a sério os direitos de uma pessoa se, ao mesmo tempo, os participantes dessa conversa ignoram qualquer coisa que essa pessoa tenha a dizer sobre a questão. Existe, em razão disso, um forte argumento para se sustentar que os portadores de direitos devam ser aqueles que decidirão quais direitos eles têm quando surgirem divergências sobre esse tema. E, também, que existe algo inapropriado e desrespeitoso na visão que afirma que questões sobre direitos são por demais difíceis e importantes para serem deixadas aos cidadãos para decidirem por si próprios.

Não causa surpresa, por isso, que um juiz da reputação do norte-americano Learned Hand tenha dito, certa vez, num célebre discurso pronunciado na Universidade de Harvard, não por acaso intitulado “*The Bill of Rights*” (A Declaração de Direitos), em desfavor daqueles que tratam o Judiciário como um porta-voz autorizado em questões atinentes aos direitos constitucionais, que “seria aborrecido em demasia ser governado por um bando de Guardiões Platônicos”¹ (LEARNED HAND, 1958, p. 73). Segundo o Juiz Learned Hand, isto levaria os cidadãos a perderem o estímulo de viver em uma sociedade em que, ao menos teoricamente, eles tomam parte na direção dos negócios públicos. Mesmo sabendo o quanto é ilusória a crença de que o voto de uma única pessoa determina alguma coisa, ele advertia que, a despeito disso, quando um cidadão vai às urnas ele tem uma satisfação no sentido de que toda a cidadania está engajada numa aventura comum. Para ir um pouco além do Juiz Hand, pode-se falar que o voto garante ao menos que todos os cidadãos sejam ouvidos de forma equânime na tomada das decisões fundamentais de uma comunidade política.

Significaria isso que os direitos constitucionais repudiam a existência de qualquer mecanismo judicial de controle de constitucionalidade da legislação? A premissa subjacente à teoria dos direitos de que cada cidadão é suficientemente competente para deliberar sobre seus direitos seria incompatível com o poder dos juízes de invalidar atos oriundos dos representantes do povo – ou seja, dos portadores de direitos – por violação a esses direitos? A demanda por autogoverno popular, embutida na própria noção de direitos, seria francamente contrária a qualquer papel destacado do Judiciário no processo de interpretação constitucional? Enfim, o controle judicial de constitucionalidade seria uma barreira a que os cidadãos exercessem, de qualquer forma significativa, seu direito a tomar parte nas decisões políticas da comunidade?

Essas são as perguntas que confeccionam o pano de fundo do presente trabalho. Toda a exposição será construída com o objetivo de oferecer uma resposta coerente para esses problemas. A hipótese a ser trabalhada é que o controle judicial de constitucionalidade não precisa ser visto obrigatoriamente como um obstáculo à participação do povo no governo. É admissível que ele possa ser descrito como mais um instrumento num esquema complexo de governo democrático, em que diferentes mecanismos institucionais, com o objetivo de assegurar o governo segundo razões de estima pública, conformam um amplo fórum de discussão e participação receptivo às demandas populares. Em outras palavras, parece atraente compreender o processo judicial de controle de constitucionalidade

¹ “[...] *it would be most irksome to be ruled by a bevy of Platonic Guardians*”. (LEARNED HAND, 1958, p. 73)

como mais um artifício mediante o qual cidadãos comuns tentam instrumentalizar seu desejo de governarem a si próprios.

É preciso observar, contudo, o risco eminente de que essa discussão se desenvolva num nível excessivamente abstrato. É útil, por conseguinte, tanto para tornar mais claros os contornos do debate, quanto para poder testar concretamente as afirmações teóricas que serão avançadas, buscar uma situação específica em que essa tensão que envolve os direitos, os juízes e o povo, apareça em evidência. A experiência constitucional brasileira pós-1988 parece conter um exemplo mais do que apropriado. Trata-se do debate sobre o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988 em face da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais, prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

Esse tema coloca em pontos extremos todos os aspectos da dificuldade existente no fato de se estabelecer, num regime em que os cidadãos têm um direito básico a tomar parte na condução dos negócios públicos, direitos que a um só tempo desconfiam das maiorias políticas e são judicialmente impositivos. Na condição de cláusulas pétreas, os direitos são apresentados sob um ângulo em que é impossível olvidar a incontornável desconfiança por eles ostentada em face das maiorias políticas. Enquanto limites materiais de revisão constitucional, os direitos limitam até mesmo o âmbito daquilo que o processo de reforma da Constituição, geralmente tido como o mais exigente e agravado processo legislativo de um regime constitucional, pode decidir.

Por outro lado, os juízes são vistos no exercício de sua atribuição mais elevada. Quando uma emenda é declarada inconstitucional não existe mecanismo institucional apto a contestar essa declaração. Diversamente do que se passa com o controle judicial constitucionalidade das leis, não há, aqui, outro procedimento do qual se possa lançar mão. Se uma lei é julgada inconstitucional por um tribunal supremo, resta ao povo, caso este entenda que as medidas a serem implementadas por tal lei eram necessárias e bem fundadas, apelar para o processo de reforma constitucional. Por esse processo os cidadãos e seus representantes podem contestar a interpretação que os tribunais fazem da Constituição. Tratando-se de emendas as coisas são diferentes. Não há mais nenhum outro procedimento institucionalizado por meio do qual o povo possa impor sua visão aos juízes. O que eleva ao último grau a suspeita com relação ao afastamento da participação popular das decisões sobre os direitos constitucionais.

Essas duas características do controle judicial das emendas constitucionais desenham uma imagem bem delimitada das dificuldades que cercam um sistema

constitucional que trata os direitos como reivindicações fundamentais dos cidadãos e, ao mesmo tempo, coloca os juízes numa posição importante como intérpretes desses direitos. Sendo assim, um tratamento mais detalhado desse tema específico do Direito Constitucional brasileiro pode auxiliar tanto na compreensão do problema quanto na formulação de uma construção teórica voltada a enfrentá-lo. A partir da visualização das dificuldades teóricas abstratas fica mais fácil entender as dúvidas e divergências que circundam o problema concreto. Tendo em conta os elementos e opiniões que definem o problema concreto é possível estipular, avaliar e revisar teorias abstratas que orientem a sua superação.

O objetivo é desenvolver uma teoria constitucional que, reconhecendo uma posição de proeminência aos direitos, reconstrua as potencialidades do controle judicial de constitucionalidade num sistema político em que os cidadãos tenham motivos para se sentirem como participantes significativos na direção dos negócios públicos. Não basta, porém, elaborar uma teoria atraente. É preciso elaborar uma teoria que seja viável aos olhos dos participantes da prática constitucional brasileira. É indispensável que a teoria mostre-se apta a sensibilizar os atores que encenam essa prática. A teoria deve ser tal que os participantes dessa narrativa constitucional concreta possam encará-la como um retrato plausível de sua prática comum. Ela deve apresentar-se a essas pessoas como se estivesse subjacente às convicções que elas têm acerca da sua prática. É dizer, ela não pode se revelar apenas como um modelo ideal, ela tem que dar conta das idéias gerais e dos juízos específicos que geralmente são tidos como elementos de identificação dessa prática, idéias e juízos sem os quais essa prática não seria a mesma.

Essa exigência confere ao trabalho um segundo objetivo, qual seja, formular uma concepção acerca da interpretação judicial da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais que, de um lado, seja coerente com a teoria constitucional desenvolvida e, de outro, pareça ajustada àquilo que têm sido até aqui a narrativa institucional em torno dessa cláusula específica da Constituição de 1988.

A empresa, portanto, não é nem puramente descritiva nem inteiramente normativa. Ela envolve uma apreensão hermenêutica das práticas sociais, que são entendidas como existindo com independência em relação à perspectiva do observador, mas, apesar disso, como subsistindo em estruturas de propósitos cujos requerimentos estão continuamente submetidos à determinação e ao debate. Isso significa que não há como olhar de fora para as questões levantadas. É preciso buscar um ponto de vista interno às práticas que se quer avaliar e com as quais se quer colaborar. Nesse intento, o trabalho estará orientado pelo ponto de

vista de alguém que se vê como um participante da prática social que tem na Constituição de 1988 um elemento referencial. Alguém que não olha com indiferença para as práticas interpretativas desse diploma constitucional, mas, ao invés disso, relaciona-se com este texto e com os seus demais intérpretes como qualquer outra pessoa que enxerga naquele um parâmetro normativo dotado de autoridade e nestes seus concidadãos.

Trata-se, ademais, de alguém que se esforça para empreender uma atitude reflexiva em relação à prática constitucional com a qual convive. Alguém interessado não apenas em se sujeitar a essa prática, mas, além disso, em questionar as razões que o levam a compactuar com ela, e, após tomar consciência a respeito dessas razões, reconstruir essa prática da forma que lhe pareça a melhor possível à luz dos propósitos que a justificam.

Se é que essas premissas constituem um receituário metodológico, e que ele mereça um rótulo, talvez seja apropriado denominá-lo método hermenêutico-constutivo. Tal abordagem pode ser descrita por meio de um procedimento constituído de três etapas. A primeira é a identificação de alguns lugares-comuns que caracterizam uma prática social aos olhos daqueles que participam dela. A segunda é a elaboração de uma justificativa coerente que permita reunir da melhor maneira possível todos aqueles lugares-comuns como se eles fossem a expressão de uma única visão atraente da prática interpretada. A terceira é pôr à prova essa visão de fundo, aplicando-a a situações concretas ainda não levadas em conta, para constatar se ela não se vê frustrada quando estendida a casos não previstos no momento de sua formulação.

Ressalve-se que essa seqüência não constitui uma via de mão única, de modo que superada uma fase não há mais como voltar atrás. Essa descrição de etapas é meramente didática. Em verdade, a abordagem consiste no trânsito incessante entre cada uma dessas etapas, sem que exista qualquer ordem de precedência entre elas. Uma falha ou aperfeiçoamento em qualquer nível pode levar à revisão dos demais. O importante é que a concepção resultante desse processo se mostre ajustada à prática que pretende interpretar, mantenha coerência entre suas premissas e conclusões, e possa se mostrar convincente àqueles que a vivenciam.

O desenrolar da presente investigação consistirá no enfrentamento dos dois problemas antes apontados, o problema mais abstrato da vivência conflituosa entre direitos, juízes e povo, e o problema mais concreto e localizado da aplicação judicial da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais, de acordo com um enfoque hermenêutico-constutivo. Com esse fim, proceder-se-á a quatro momentos distintos e complementares de argumentação.

Em um primeiro momento, a intenção será olhar cuidadosamente para a questão da implementação judicial dos limites materiais de revisão constitucional. A partir da análise das premissas que estruturam esse debate, que vão desde a idéia de supremacia da Constituição até as diferentes teorias que visam justificar a existência de dispositivos constitucionais irreformáveis, espera-se compreender o que realmente está em jogo quando juízes constitucionais divergem sobre o sentido e o alcance de uma determinada cláusula pétrea. Pretende-se, assim, chamar a atenção para o fato de que as controvérsias entre os juízes constitucionais dizem respeito a questões mais profundas do que simplesmente o que consta e o que não consta no texto constitucional. Suas discordâncias dizem respeito, basicamente, a compreensões diversas acerca de quais sejam as razões que fundamentam seu dever de impor a observância da Constituição, e a visões diferentes sobre o papel que deve caber ao Judiciário como intérprete da Constituição num regime democrático. Sem responder a essas indagações, não se pode fundamentar nenhuma visão específica sobre como os juízes devem interpretar a cláusula dos direitos e das garantias individuais da Constituição de 1988. Logo, o primeiro capítulo do trabalho percorrerá o trajeto que vai do problema concreto para a teoria abstrata.

Proceder-se-á, num segundo momento, ao aprofundamento teórico da discussão. Constatada a insuficiência do discurso situado no espaço restrito do Direito Constitucional, pretende-se avançar para o domínio da teoria constitucional. A intenção, nesse passo, será, de início, sustentar a viabilidade desse discurso teórico. Após isso, o foco será orientado para as diferentes visões teórico-constitucionais apresentadas pela literatura. Dentre essas visões procurar-se-á selecionar e justificar aquela que conceder uma posição de proeminência para os direitos. O objetivo, então, será avaliar as implicações de uma teoria constitucional que toma os direitos como base para a interpretação constitucional. Ao fim desse itinerário, ter-se-á uma visão sobre como se deve interpretar a Constituição, ou melhor, sobre a espécie de argumentos de que os intérpretes constitucionais podem se valer para solucionar suas dúvidas e controvérsias acerca do significado das normas constitucionais. Tal será o intento do segundo capítulo.

O próximo passo, a ser executado num terceiro momento, será justificar o papel dos juízes como intérpretes dos direitos constitucionais. A partir da análise das características institucionais do processo judicial, será esboçado um argumento a favor do controle judicial de constitucionalidade. Tal argumento, entretanto, será de caráter meramente pragmático. Ele não poderá, haja vista que não se pode negar aos portadores de direitos a

condição de julgadores competentes de seus próprios direitos, ser uma imposição de princípios. Esta aproximação inicial será seguida por um escrutínio das duas teorias mais amplamente difundidas em matéria de interpretação judicial de direitos constitucionais: o método da ponderação e o método do direito como integridade. Será demonstrado por essa análise crítica que apenas a segunda proposta é compatível com a idéia de direitos. A seguir, serão apresentadas de forma um pouco mais detalhada as exigentes condições requeridas pelo método do direito como integridade, ou mais propriamente, por qualquer raciocínio voltado a construir decisões publicamente justificadas em questões política e moralmente controvertidas. Essas observações conduzirão a análise para uma perspectiva que, embora recomende a existência do controle judicial de constitucionalidade, irá negar que os juízes possam deter uma posição de supremacia na interpretação constitucional. A pretensão, a partir daí, será construir um retrato do processo de interpretação constitucional em que os juízes sejam tomados como participantes do diálogo pelo qual as pessoas deliberam, na condição de cidadãos livres e iguais, sobre os problemas fundamentais que afligem a sua convivência conjunta. Defender-se-á que, nesse cenário de cooperação dialógica, os juízes devem intervir apenas em determinados casos. Não basta, para motivar essa intervenção, que o sentido correto da Constituição esteja em disputa. E, além disso, que, como regra, os juízes devem produzir decisões cautelosas, marcadas pela provisoriedade, estreiteza e superficialidade. Esta será a temática do terceiro capítulo.

Finalmente, num quarto momento, o último capítulo retomará especificamente o tema do controle judicial de constitucionalidade das emendas impugnadas em face da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais. O modelo teórico desenvolvido nos capítulos anteriores será, então, aplicado a este problema concreto, de forma a atestar a viabilidade da teoria, a dar mais densidade a ela, e a contrapô-la a outras visões concorrentes. Nesse contexto, será preciso, inicialmente, defender um papel para os tribunais na interpretação das cláusulas pétreas que não caracterize um empecilho ao direito de cada cidadão tomar parte nas decisões políticas fundamentais da sua comunidade. Depois, serão apreciadas criticamente as diversas teses sobre a interpretação da cláusula dos direitos e das garantias individuais das quais se tem servido o Supremo Tribunal Federal. Por fim, será esboçada uma proposta acerca da proteção judicial dos direitos e das garantias individuais ante as emendas constitucionais que, sem pôr em risco o direito do povo de definir seu próprio futuro, leve a sério a questão tanto sobre como as cláusulas pétreas devem ser

interpretadas como sobre quando, e em que medida, os juízes devem intervir nessa interpretação.

A hipótese é que juízes que compreendam a si próprios como participantes não privilegiados no diálogo franco e aberto pelo qual homens e mulheres tentam deliberar sobre seu destino comum, sobre a justiça e os direitos, podem estimular o caráter deliberativo desse processo e promover a responsabilidade democrática dos seus atores, sem que, para isso, precisem retirar determinados temas dos fóruns democráticos tradicionais. Juízes podem se ver como parceiros dos legisladores, especialmente dos legisladores que reformam a Constituição, cujo papel é assegurar a confiabilidade do processo legislativo. Eles podem funcionar como instâncias que advertem os poderes do Estado e a cidadania de que, numa sociedade de portadores de direitos, não há espaço à arbitrariedade, nem mesmo por meio das emendas constitucionais. O que este trabalho tentará sugerir é que os juízes podem fazer isso, sem que, para tanto, se convertam em árbitros últimos acerca do sentido dos direitos. Juízes podem proteger direitos individuais e minorias vulneráveis sem reivindicar para si próprios a condição de guardiões platônicos que transformam a soberania popular em soberania judicial.

1 Problemas de teoria constitucional: limites materiais de reforma constitucional judicialmente controláveis

Este é um trabalho que trata da dificuldade decorrente da existência de direitos que, a um só tempo, são indisponíveis às maiorias populares e estão submetidos ao discernimento de minorias judiciais. Desde o momento em que se admite que portadores de direitos devem ser tratados como julgadores competentes a respeito de seus direitos, a existência de um órgão apartado da representação popular, responsável por controlar o que essa representação pode ou não fazer em relação a seus direitos, parece desrespeitar a prerrogativa básica de cada cidadão de participar das decisões que afetam seus direitos.

Essa tensão subjaz à presença de qualquer catálogo de direitos constitucionais judicialmente reclamáveis. Mas ela é levada a níveis extremos diante da existência de direitos constitucionais inalcançáveis pelo poder de reforma da Constituição. Esse é precisamente o quadro atual do Direito Constitucional pátrio em face do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988. A vigência de uma prática de controle judicial dos limites materiais de revisão constitucional autoriza os juízes a invalidarem decisões tomadas pelo mais exigente processo legislativo institucionalizado, o processo de reforma da Constituição. O que é ainda mais notável, os juízes podem fazer isso mesmo sabendo que essas decisões invalidadas não são fruto da má-fé, da parcialidade, ou da ignorância dos legisladores, mas, sim, de concepções divergentes acerca do sentido dos direitos.

O objetivo desta seção é trazer à luz, por meio da análise do que está dito e do que está suposto na discussão sobre os limites materiais de reforma e seu controle judicial, as questões profundas que estão por trás da aplicação da cláusula dos direitos e das garantias individuais por juízes e tribunais. Questões que, como se verá, dizem com a própria legitimidade da Constituição e da função judicial.

1.1 Supremacia da constituição, controle judicial de constitucionalidade e emendas constitucionais

“Certamente, todos os que têm fundado constituições escritas contemplam-nas como formadoras do Direito fundamental e supremo da nação e, conseqüentemente, abraçam a teoria de que cada governo deve aceitar que uma lei ordinária em conflito com a

constituição é inoperante”.² Nestes termos, o *Chief Justice* John Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos, enunciou, em 1803, na decisão do famoso caso *Marbury v. Madison*, um dos princípios estruturantes do constitucionalismo moderno: o princípio da supremacia da Constituição. A idéia de que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico de uma comunidade política estatalmente organizada, e, como tal, exige a conformidade de todas as demais normas que compõem esse ordenamento. Caso contrário, ou seja, na hipótese de uma lei não se apresentar em conformidade com a Constituição, então, “um ato legislativo contrário à constituição não é Direito”.³

Marshall, contudo, não se limitou a externar o postulado da supremacia da Constituição e a apontar a inoperacionalidade das leis inferiores como consequência da sua desobediência. Ele foi além. Extraiu daí mais uma decorrência, celebrada por uns e questionada por outros, cujo impacto, intensidade e alcance têm sido, por mais de duzentos anos, objeto de disputas e incertezas (FALLON JR., 2003). Não desconhecia ele o fato de que nas democracias modernas, onde vige o império do Direito e onde os poderes estão separados em diversos departamentos, a lei, fruto do autogoverno democrático do povo e ato típico do departamento legislativo, é fonte do Direito por excelência⁴. Nem que, em consonância com o princípio da separação de poderes, se é ao Legislativo que cumpre fazer as leis, é a outro departamento, o Judiciário, que incumbe aplicá-las. Em suas próprias palavras, “é província e dever do departamento judicial dizer o que o Direito é”.⁵ Logo, se, por um lado, a lei contrária à Constituição não é Direito e, por outro, é ao departamento judicial que cabe dizer o que o Direito é, juízes e tribunais são competentes para rever as leis editadas pelo Poder Legislativo. Estabeleceu-se, assim, o que os norte-americanos denominaram poder de “*judicial review of legislation*”⁶ e que, na Europa continental e áreas sob a sua influência, é conhecido como

² “*Certainly, all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void*” *Marbury v. Madison*, 5 U.S (1Cranch) 137 (1803) (Marshall, C.J.). (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 109; SWISHER, 1964, p. 11)

³ “*The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act, contrary to the constitution, is not law*” *Marbury v. Madison*, 5 U.S (1Cranch) 137 (1803) (Marshall, C.J.). (grifo nosso)

⁴ Na expressão do próprio Marshall: “um governo de leis, e não de homens” (“*a government of laws, and not of men*”). *Marbury v. Madison*, 5 U.S (1Cranch) 137 (1803) (Marshall, C.J.).

⁵ “*It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is*”. *Marbury v. Madison*, 5 U.S (1Cranch) 137 (1803) (Marshall, C.J.).

⁶ O uso do termo “*judicial review*” para descrever tal poder dos juízes é bastante posterior ao caso *Marbury v. Madison*. Existem indicações de que ele foi inventado por doutrinadores norte-americanos do início do século XX. (PERRY, 1994, p. 15, nota 2.)

controle judicial de constitucionalidade das leis; a autoridade atribuída aos órgãos judiciais para a fiscalização da conformidade, ou contrariedade, dos atos legislativos à Constituição.⁷

Isso não significa, porém, como demonstrou James B. Thayer, já em 1893, que o princípio da supremacia da Constituição e o poder dos juízes de fiscalização da constitucionalidade das leis tenham de andar sempre juntos, como se o segundo fosse uma decorrência lógica e necessária do primeiro (THAYER, 1893, p. 130). Corolário disso é que nem todos os países cujos ordenamentos jurídicos atribuem posição de superioridade à Constituição, mesmo países com Constituição rígida – Thayer baseava-se no exemplo francês – reconhecem a competência de órgãos do Poder Judiciário para defender a Constituição. A guarda da Constituição pode ser endereçada a um órgão político, do Legislativo ou do Executivo, ou mesmo não estar especificamente designada para nenhum órgão ou poder.⁸

A afirmação acima, por sua vez, não implica a suposição da ausência absoluta de vínculo entre supremacia da Constituição e controle judicial de constitucionalidade. Pelo contrário, tal afirmação quer apenas destacar que a supremacia da Constituição é uma condição necessária, mas não suficiente, do controle judicial de constitucionalidade das leis. Em que pese a supremacia da Constituição não implique fiscalização judicial, o poder de controle judicial de constitucionalidade, diversamente, pressupõe o princípio da supremacia da Constituição. Não há como falar do poder dos juízes de rever as leis com base na Constituição sem que a Constituição seja superior às leis.

Além disso, podem muito bem existir boas razões para que um Estado Constitucional – que têm a Constituição como lei suprema, na qual estão estabelecidas a estrutura e os limites do poder político bem como assegurados os direitos dos cidadãos – deva atribuir a um órgão judicial determinado, ou ao Judiciário como um todo, o poder de rever os atos dos demais departamentos do poder público em face da Constituição. O fato é,

⁷ A influência de *Marbury v. Madison* sobre o direito constitucional brasileiro pôde ser vista já em 1893. Nesse ano, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 410, de 16-08-1893, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, pela primeira vez, sobre o seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e decretos regulamentares: “incumbe aos tribunais de justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes, e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país”. (RODRIGUES, 1991, p. 161)

⁸ Por sinal, foi precisamente a doutrina de que a Constituição não pode ter por responsável nenhum órgão ou poder submetido a ela, que deu origem à concepção de soberania popular, formulada por John Locke, no segundo tratado da sua obra “*Two Treatises of Government*”, especialmente no § 149 e § 222 – o direito de resistência do povo ao governante arbitrário – (LOCKE, [1689] 1999, p. 123-124; 168-169; FRANKLIN, 1978, p. 93), fonte da própria noção de poder constituinte (VIEIRA, 1999, p. 38; BRITO, 2000, p. 14). Samuel Freeman (1992, 12) afirma mesmo que é de Locke a noção de poder constituinte titularizado pelo corpo de cidadãos, o que pretende comprovar citando a seguinte passagem: “Somente o povo é que pode escolher e estabelecer a forma da república, que vem a ser estabelecendo o legislativo, e designando a pessoa em cujas mãos deve ser depositado”. (LOCKE, 1999, p. 117, § 141)

simplesmente, que essas razões não se apóiam em algum imperativo de necessidade lógica, devendo residir em outra seara (por exemplo, moral, política, histórica ou cultural).⁹

Como defendeu o jurista argentino Carlos Santiago Nino (1989a, p. 82), ao debruçar-se criticamente sobre a argumentação do Juiz Marshall, não há nada na lógica de ter uma Constituição superior às leis que obrigue a optar por um sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis (de inspiração norte-americana), em detrimento de um controle político (de molde francês). Não há nada na lógica que determina quando uma norma é válida que defina quem deve ser competente para declarar a sua invalidade. Ainda nos sistemas que seguem o modelo preconizado pelo Juiz Marshall, uma lei inconstitucional tem uma série de efeitos vinculantes e de obrigatoriedade que não podem ser alcançados pelos juízes (NINO, 1989a, p. 81).¹⁰ Por exemplo, nesses sistemas não existe *a priori* a faculdade de os cidadãos ou dos órgãos públicos desobedecerem a uma lei inconstitucional. Até que a inconstitucionalidade de uma lei venha a ser declarada segundo o processo previsto pelo próprio sistema jurídico, ninguém se encontra livre para desconsiderá-la. Por isso, quando a inconstitucionalidade é declarada mediante o controle difuso, a lei inconstitucional é afastada apenas no caso concreto em que ela foi impugnada, permanecendo válida para todos os demais casos. Pela mesma razão, pode acontecer que uma lei possivelmente inconstitucional jamais venha a ser questionada perante o Poder Judiciário e, assim, mantenha sua força vinculante e obrigatória por todo o seu período de vigência.

Para Santiago Nino, isso significa que existem normas que possuem algum grau de obrigatoriedade devido a uma simples aparência de legalidade, uma espécie de *colour*

⁹ Samuel Freeman (1994) oferece uma análise preciosa das questões que estão em jogo na adoção, ou não, do controle judicial de constitucionalidade, bem como a exposição de fortes razões, baseadas na tradição do contratualismo democrático (Locke, Rousseau, Kant, Rawls), para a existência de mecanismos institucionais – não necessariamente a cargo do Poder Judiciário – de controle de constitucionalidade das leis, no seio de uma democracia constitucional.

¹⁰ A posição exposta por Santiago Nino está claramente influenciada pela opinião de Hans Kelsen de que num sistema jurídico organizado não existe propriamente algum tipo de vicissitude normativa que se possa chamar nulidade, mas apenas anulabilidade. Isto porque para que algum vício de validade seja reconhecido é preciso que operem os mecanismos que o próprio sistema prevê para esse reconhecimento – no sistema jurídico brasileiro, por exemplo, não é suficiente que um cidadão qualquer declare a inconstitucionalidade de uma norma, é imprescindível que um juiz ou tribunal faça essa declaração. Assim, como afirma Kelsen: “Do ponto de vista do direito positivo, isto é, da autoridade que decide sobre o ato supostamente nulo, nunca há nada mais que anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade – uma anulação com efeito retroativo” (KELSEN, [1928] 2003, p. 143). Essa teoria defendida por Kelsen está, para alguns, sujeita a críticas e ajustes – por exemplo, fala-se no Brasil do dogma da nulidade da lei inconstitucional (“reveste-se de nulidade o ato emanado do Poder Público que vulnerar, formal ou materialmente, os preceitos e princípios inscritos o documento constitucional. Um ato inconstitucional do Poder Público é um ato nulo, desprovido, conseqüentemente, no plano jurídico, de qualquer validade e conteúdo eficaz”). (Ministro Celso de Mello, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 466-2/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 03.04.1991, p.61) –, mas isto não parece comprometer a argumentação de Santiago Nino.

of law (NINO, 1989a, p. 81). Estas normas são vinculantes mesmo que não cumpram as condições estabelecidas para sua própria criação. Assim, os sistemas jurídicos desenvolvidos agasalham regras de obrigatoriedade que estabelecem que, quando uma norma tem certa aparência de legalidade, em determinadas circunstâncias ela é obrigatória para as pessoas em geral, para os juízes etc., exceto naquelas circunstâncias que o próprio ordenamento prevê para a sua invalidação (NINO, 1989a, p. 81). A diferença entre o sistema judicial e o sistema político de controle de constitucionalidade reside, então, nas circunstâncias de invalidação que cada um deles estabelece.¹¹ No sistema norte-americano, uma lei ditada sob condições diferentes das previstas na própria Constituição, quando têm certa aparência, é obrigatória, salvo se um juiz declará-la inconstitucional num caso concreto. Outros sistemas têm normas de obrigatoriedade diferentes com respeito às condições sob as quais as normas que têm aparência de legalidade deixam de ser vinculantes, e são diferentes os órgãos encarregados de fiscalizar essas situações (NINO, 1989a, p. 82).

Em suma, as normas que estabelecem a obrigatoriedade de leis inconstitucionais podem estatuir condições diferentes acerca de como essa obrigatoriedade pode ser cancelada; sendo assim, a eleição de um ou outro sistema de controle de constitucionalidade “não depende de uma questão de lógica, não depende de ter uma constituição operativa, mas de outro tipo de considerações” (NINO, 1989a, p. 82).

De qualquer modo, o que importa frisar é que, naqueles países onde está presente ao controle judicial de constitucionalidade, os problemas constitucionais, os quais envolvem questões de suprema importância para as autoridades públicas, a comunidade e os particulares, deixam de ser tratados como questões exclusivamente políticas, e passam a experimentar uma tendência contínua de transferência para o âmbito da juridicidade. Tais questões abandonam o domínio estritamente político, recolocando-se no espaço do discurso jurídico. Vale para esses sistemas aquilo que Tocqueville ([1835] 2002, p. 319) disse acerca do sistema norte-americano: “Quase não há questão política, nos Estados Unidos, que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, como uma questão judicial”.

Se um tribunal – órgão detentor de uma autoridade específica, a qual não se confunde com as dos demais departamentos de governo, que são coordenados e não

¹¹ O mesmo se diga da distinção entre o sistema difuso e o sistema concentrado de controle de constitucionalidade das leis, em que se opta entre um único órgão ou a multiplicidade dos órgãos jurisdicionais como competentes para realizar a fiscalização de constitucionalidade.

subordinados a ele – tem poder de decisão sobre as controvérsias constitucionais,¹² as razões nas quais ele se baseia não podem ser do mesmo tipo daquelas utilizadas em outros departamentos, como, por exemplo, as razões de preferência política que levam o parlamento a aprovar uma determinada lei, ou as razões de conveniência e oportunidade que levam um administrador público a realizar um determinado ato administrativo. Não cabe aos tribunais “a tarefa de, sob os mais nobres propósitos, substituir-se aos órgãos republicanos competentes para legislar e para definir políticas públicas, nem tampouco de se fazer intérprete de aspirações populares que encontram, nas urnas, o instrumento constitucional de expressão e decisão” (Ministro Cezar Peluso, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 3.105-8/DF, Relator para Acórdão Ministro Cezar Peluso, 18.08.2004, p. 250).

Um tribunal, cujos membros não são eleitos pelo povo, que pretende motivar a aceitabilidade¹³ dos seus julgados, não pode reivindicar razões unicamente políticas ou de conveniência para embasar suas decisões. Como pregava Alexander Hamilton ([1788] 2003, p. 479), se os tribunais “estiverem dispostos a exercer a VONTADE em lugar do JULGAMENTO, a consequência será também a substituição pelo seu bel-prazer do bel-prazer do corpo legislativo. A observação, se provar alguma coisa, provaria que não deveria haver juízes distintos daquele órgão”.

Não se trata, com isso, de sustentar a opinião inocente de que os tribunais jamais motivam suas decisões em razões de preferência política ou de conveniência¹⁴, mas apenas de afirmar que este não pode ser o único, nem tampouco o principal, suporte das decisões judiciais. O departamento judicial “não tem nenhuma influência sobre a espada ou

¹² A posição de exclusividade ou centralidade dos tribunais na interpretação constitucional é uma das questões mais controvertidas da teoria constitucional contemporânea, não faltando correntes críticas questionadoras do papel dos tribunais como principais intérpretes constitucionais dotados de autoridade, que intentam valorizar o dever de cada cidadão de interpretar a Constituição por si mesmo. (SUNSTEIN, 1993, p. 9; BALKIN; LEVINSON, 1998, p. 1003; TUSHNET 1999)

¹³ Segundo o jusfilósofo finlandês Aulis Aarnio, é importante distinguir entre *aceitação* e *aceitabilidade* de enunciados interpretativos de normas jurídicas. A *aceitação* atual de um enunciado interpretativo por uma comunidade jurídica pode ser irracional, pode surgir, por exemplo, mediante manipulação. Diversamente, a *aceitabilidade* depende de justificação racional. A *aceitabilidade* não pode estar baseada em quaisquer causas, mas apenas em razões sustentáveis num discurso racional. Já a *aceitação* não precisa satisfazer esse critério de racionalidade. O fato de uma interpretação ser efetivamente aceita por uma comunidade – ou seja, possua *aceitação* – não significa que ela goze de *aceitabilidade* (AARNIO; ALEXY; PECZENIK, 1981, p. 439).

¹⁴ Trata-se antes de negar o ponto de vista oposto, ou seja, “um enfoque explicitamente político do direito constitucional” como proposto por Mark Tushnet, um dos mais ilustres representantes do movimento *Critical Legal Studies* (CLS). Para Tushnet, não passa de ilusão dos operadores jurídicos acreditar que os juízes baseiam suas decisões em razões diferentes daquelas em que se apóiam quaisquer outros atores políticos. Tendo em conta a experiência constitucional norte-americana, ele sustenta que as decisões da Suprema Corte não passam de decisões arbitrárias em que os juízes impõem suas próprias preferências políticas subjetivas. Nessa perspectiva, seria recomendável, em seu entender, que os juízes abandonassem os parâmetros habitualmente utilizados para decidir casos constitucionais e buscassem abertamente implantar suas opções políticas (TUSHNET, 1981, p. 416, 424). Para a crítica dessa visão, ver ELY 1991.

sobre a bolsa; nenhuma condução da força ou da riqueza da sociedade; e não pode tomar nenhuma resolução ativa, seja ela qual for. Pode ser dito com verdade que não tem Força nem Vontade, mas apenas juízos” (HAMILTON, 2003, p. 476).

Se essas visões não forem absurdas, pode-se concordar que, no mínimo, existe um forte apelo intuitivo, nos Estados que seguem um regime democrático e que gozam de um Judiciário independente, para a crença de que os tribunais limitam-se a decidir, diante de um litígio concreto, de acordo com as normas de Direito, quais direitos e deveres as pessoas têm.¹⁵ Mais do que isso, cada uma dessas decisões deve, de alguma forma, poder ser reconduzida a uma fonte de direito legítima preestabelecida, mormente ao direito legislado. Os motivos para isso foram muito bem resumidos numa passagem célebre do *Espírito das Leis*, quando Montesquieu, no Livro Sexto, Capítulo III, distinguiu a relação entre o juiz e a lei no Estado Despótico, no Estado Monárquico e no governo republicano.

Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida. (MONTESQUIEU, [1747] 1996, p. 87)

A influência desse argumento é atestada por duas afirmações correntes no discurso jurídico-constitucional: a afirmação de que “o papel dos juízes e tribunais é aplicar o Direito existente e não criar Direito novo”, e a afirmação de que “as questões políticas constituem um limite à intromissão do Poder Judiciário na ação dos demais departamentos de governo”.

Tanto juízes quanto jurisdicionados parecem identificar um forte argumento em favor de uma decisão judicial quando dizem e ouvem que ela está firmemente amparada na Constituição ou na lei. Contrariamente, ocorre o oposto quando uma decisão parece se fiar mais nas preferências individuais do juiz do que nas fontes legais; é comum ouvir, nesses casos, que a decisão foi política e não técnico-jurídica. Do mesmo modo, nos litígios que envolvem questões jurídico-constitucionais, sempre é um trunfo em prol de uma linha de decisão mostrar que ela é mais conforme ao dever, que incumbe a juízes e tribunais, de não se fazerem substituir aos órgãos políticos de governo.¹⁶

¹⁵ Não por acaso, tal idéia faz-se explícita no próprio texto da Constituição de 1988, art. 5º., XXXV, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

¹⁶ Como assinalou o Ministro Francisco Rezek, no julgamento da medida cautelar na ADIn 939-7/DF (Relator Ministro Sydney Sanches, 15.09.1993, p. 1976), em que se questionava a constitucionalidade da criação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF) pela Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993:

Aliás, ambas expressões já encontraram sistematização teórica no *conceito de “Rule of Law”* e na *doutrina das questões políticas*, ambas intimamente relacionadas com a antes mencionada *doutrina da separação dos poderes*, que parece ser a idéia preferida pelos juristas práticos para justificar a existência dessas barreiras à ação judicial.

A formulação clássica do conceito de *Rule of Law* deve-se ao constitucionalismo inglês, encontrando sistematização sobretudo na obra de A. V. Dicey *“Introduction to the Study of the Law of the Constitution”*. De acordo com Dicey, o sentido da expressão “regra, supremacia ou predominância do Direito”, para o constitucionalismo inglês, abarcava três aspectos: 1) *Ausência de poder arbitrário* – o que exclui a autoridade amplamente discricionária por parte do governo, que só pode punir um cidadão em decorrência de uma violação do Direito, e nunca por outro motivo; 2) *Igualdade perante a lei* – a igual sujeição de todas as classes ao Direito comum administrado por tribunais comuns. Restando, assim, excluída qualquer isenção das autoridades públicas do dever de obediência ao Direito e da jurisdição dos tribunais comuns a que se submetem os demais cidadãos; 3) *O fato de que os princípios gerais da constituição são resultado do Direito comum*; eles não são a fonte mas a consequência dos direitos dos indivíduos, na forma em que estes são definidos e aplicados pelos tribunais (DICEY, [1885] 1959, p. 202-203). No constitucionalismo americano a expressão clássica da doutrina do *Rule of Law* é a já mencionada afirmação do *Chief Justice Marshall*: “um governo de leis, e não de homens”.¹⁷ Recentemente, Michel Rosenfeld (2001, p. 1307) caracterizou o conceito de *Rule of Law* pelos seguintes três elementos: 1) *a exigência de que o Estado somente submeta seus cidadãos a leis publicamente promulgadas*; 2) *que a função legislativa do Estado seja separada da função judicativa* e 3) *que ninguém dentro da comunidade política esteja acima do Direito*.

A doutrina das questões políticas, por sua vez, é um artifício decisório que os tribunais usam para se escusarem de decidir certas questões que afetam os poderes dos outros ramos do governo (FREEMAN, 1992, p. 19, nota 25). A literatura costuma referir-se às questões políticas em dois sentidos diversos. Laurence H. Tribe distingue as “verdadeiras questões políticas” (*true political questions*) das “falsas questões políticas” (*false political*

“Não nos é dado fazer uma avaliação da conveniência ou da oportunidade, da maior ou menor sabedoria política com que o governo da República e o Congresso Nacional, valendo-se do poder de emenda, terão decidido modificar a Carta de 1988. Aquilo que se nos submete a exame, independentemente da essência da discussão em sociedade, é unicamente a questão constitucional.”

¹⁷ Já a elaboração teórica mais influente sobre o tema é a de Lon Fuller (1969), que definiu esse conceito em oito critérios que devem ser atendidos por um sistema de normas comunitárias para que o império do Direito seja possível: generalidade, publicidade, caráter prospectivo, não-contraditoriedade, capacidade para serem obedecidas, estabilidade, e congruência entre as normas como declaradas e as normas como aplicadas.

questions). Uma verdadeira questão política é uma questão que a Constituição regula, mas que, no entanto, é deixada para ser resolvida pelos órgãos políticos do governo, sem que haja possibilidade de controle judicial. Já as falsas questões políticas são aquelas em que a Constituição simplesmente é neutra – decisões que a Constituição deixa completamente abertas à discricionariedade do Legislativo ou do Executivo (TRIBE, 1985, p. 27, nota 47).

A seu turno, uma “doutrina pura” da separação de poderes entende que é essencial para o estabelecimento e manutenção da liberdade política que o governo seja dividido em três poderes ou departamentos: a Legislatura, o Executivo e o Judiciário. Para cada um desses três departamentos é identificável uma função de governo correspondente: legislativa, executiva e judicial. Cada departamento de governo deve estar confinado ao exercício da sua própria função e proibido de imiscuir-se nas funções dos outros departamentos. Além disso, as pessoas que compõem esses três departamentos de governo devem ser mantidas separadas e distintas, não sendo permitido a qualquer indivíduo ser ao mesmo tempo membro de mais de um departamento. Dessa forma, cada um dos departamentos será um freio aos outros e nenhum grupo particular de pessoas será capaz de controlar o aparato estatal (VILE, 1967, p. 13).

Não cabe aqui analisar os detalhes de cada uma dessas doutrinas. Cumpre tão-somente reconhecer que, caso façam sentido, elas estabelecem dois tipos de critérios de demarcação, ambos cercando a ação do Poder Judiciário com relação aos demais órgãos de governo. Em primeiro lugar, elas permitem distinguir entre aqueles argumentos que se apresentam como boas razões para uma decisão judicial e aqueles que não o fazem. Esta é uma consequência direta da idéia, contida no preceito do “*Rule of Law*”, de que o exercício coercitivo do poder do Estado sobre os cidadãos deve estar amparado em leis publicamente promulgadas, e não nas preferências pessoais do agente estatal. Em segundo lugar, elas deixam ver que existem situações que se apresentam aptas à interferência judicial e situações que repelem a intromissão dos tribunais. Esta é uma implicação da idéia, claramente refletida na doutrina das questões políticas, de que certas controvérsias devem ser decididas pelos órgãos políticos do Estado.¹⁸ A famosa, e muitas vezes convincente, crítica que qualifica o comportamento ativista de algumas cortes judiciais como “governo dos juizes” (BOUDIN,

¹⁸ Para isso chama atenção o voto do Ministro Paulo Brossard no julgamento definitivo da ADIn 939-7/DF (15.12.1993, p. 300): “no tratamento de matéria como esta, resultante de emenda constitucional, o Tribunal há de ser, particularmente, discreto. Se é certo que não se declara a inconstitucionalidade de uma lei, senão quando for manifesta, porque se presume a sua constitucionalidade, creio que esta regra sobe de ponto quando se trata de emenda constitucional e não de lei ordinária. Algumas das observações feitas teriam pertinência se se tratasse de lei ordinária, mas, como se trata de emenda constitucional, é preciso considerar a natureza da lei questionada.”

1968, p. 12; BERGER 1977), não é mais do que uma advertência concernente à violação de uma dessas duas distinções. Por isso, a autoridade e a legitimidade dos tribunais estão diretamente relacionadas com a sua observação.

Um dos objetivos deste trabalho é destacar, com uma certa margem de precisão, os contornos de tais critérios de intervenção judicial legítima. Por enquanto, contudo, basta sustentar uma asserção muito menos pretensiosa. Parece justo afirmar que, nos sistemas que reconhecem o poder de controle judicial de constitucionalidade, os juízes e tribunais têm autoridade para decidir sobre o sentido e a aplicação da Constituição.

Diante disso, surge um entendimento comum, que neste momento não precisa ser contestado, de que não apenas os órgãos jurisdicionais são competentes para interpretar e aplicar a Constituição, como também são eles que retêm autoridade para fazer isso em último grau. É dizer, é um órgão jurisdicional – seja ele representado por um tribunal supremo na graduação judicial ou por uma corte constitucional – que tem a *última palavra* acerca dos direitos e deveres que a Constituição estabelece. Ante essa crença, cumpre, por enquanto, apenas apresentar a ressalva formulada por Larry Kramer:

Existe um mundo de diferença entre ter a *última* palavra e ter a *única* palavra: entre a supremacia judicial e a soberania judicial. Nós podemos escolher aceitar a supremacia judicial, porque nós precisamos de alguém que defina certas questões constitucionais e, por uma variedade de razões históricas e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal parece ser nossa melhor opção. Mas não se segue daí nem que o Tribunal deva exercer sua autoridade sobre todas as questões nem que, quando ele o faça, possa desconsiderar ou suplantear apressadamente as visões de outras, mais democráticas, instituições. Em outras palavras, nada na doutrina da supremacia judicial exige que se negue que a Constituição tem qualidades que a colocam à parte da lei, e que essas qualidades conferem autoridade interpretativa legítima aos atores políticos como uma forma de assegurar contínuo insumo popular no delineamento do significado constitucional. (KRAMER, 2001, p.13, tradução livre)¹⁹

Sem aprofundar esse debate, pode-se constatar que, além do controle das decisões dos próprios órgãos judiciais inferiores, tal poder de controle judicial de constitucionalidade, no Brasil, expande-se ao controle das ações e omissões dos órgãos legislativos e administrativos das diversas entidades federativas, e até mesmo dos sujeitos privados. O presente texto, contudo, não almeja tratar de todos esses potenciais objetos do

¹⁹ “There is a world of difference between having the last word and having the only word: between judicial supremacy and judicial sovereignty. We may choose to accept judicial supremacy, because we need someone to settle certain constitutional questions and, for a variety of historical and jurisprudential reasons, the Supreme Court seems like our best option. But it does not follow either that the Court must wield its authority over every question or that, when it does, the Court can dismiss or too quickly supplant the views of other, more democratic institutions. Nothing in the doctrine of judicial supremacy, in other words, requires denying either that the Constitution has qualities that set it apart from ordinary law, or that these qualities confer legitimate interpretive authority on political actors as a means of ensuring continued popular input in shaping constitutional meaning.” (KRAMER, 2001, p. 13)

controle de constitucionalidade, nem sequer de um certo número deles, mas apenas de um. Trata-se especificamente do controle das emendas constitucionais, ou seja, das mudanças formais do texto constitucional;²⁰ as alterações levadas a cabo segundo as formas e condições estabelecidas no texto constitucional, pelo órgão que detém competência constitucionalmente prevista para executá-las, é dizer, perpetradas pelo poder de reforma da Constituição.²¹

Reforma é o processo formal de mudança expressa da Constituição, por meio da atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas na própria Constituição para o exercício do poder reformador (SILVA, 1996, p. 64). Dela se diferencia a mutação constitucional. A mutação constitucional consiste na modificação do conteúdo das normas constitucionais sem que se produza uma alteração do texto constitucional (HESSE, 1992, p. 87; BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 185). Refere-se a uma modificação “tácita” da Constituição, a um processo não formal de mudança, que se desenrola à margem dos procedimentos e maiorias constitucionalmente previstos. Enquanto a reforma, como modificação expressa, produz-se como resultado de um ato especificamente dirigido à mudança do texto; a mutação, como modificação tácita, é uma consequência que se extrai *a posteriori* de um fato normativo historicamente localizado (MIRANDA, 2000, p. 133).

²⁰ Cumpre ressaltar a distinção entre *emenda* e *revisão* constitucional, feita pela doutrina brasileira, provavelmente inspirada na divisão entre emenda (*amendment*) e revisão (*revision*) reconhecida pelo Direito constitucional norte-americano. De acordo com as constituições de certos estados norte-americanos a revisão é uma espécie de modificação voltada a transformações mais fundamentais que, portanto, estão sujeitas a condições mais exigentes de aprovação (LEVINSON, 1995, p. 19-20). No Brasil, parcela mais significativa dos estudiosos tem entendido o termo *reforma* constitucional como gênero (LOPES, 1993, p. 127-128). Dentro dele distinguem-se duas espécies, a *revisão* e a *emenda*. Em seu texto original a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) reconheceu expressamente essa distinção, estatuiu normas tanto sobre *emenda* (art. 60) quanto sobre *revisão* (art. 3º, ADCT/88). A Constituição de 1988, contudo, não se manteve fiel ao modelo norte-americano, pois essas normas foram lidas como se a *revisão* abarcasse um processo mais facilitado e amplo de modificação da Constituição, enquanto o processo de *emenda* estaria voltado a alterações mais pontuais e dificultadas. Todavia, como a norma que previa a *revisão* constava da parte transitória da Constituição e a *revisão* já se realizou, resta atualmente apenas a *emenda* como meio de mudança formal da CRFB/88. (BONAVIDES, 2000, p. 185-186; SILVA, 1996, p. 65)

²¹ A doutrina se utiliza de uma multiplicidade de termos para se referir a tal poder: “poder constituinte derivado”, “poder constituinte instituído”, “poder constituinte de 2º grau”, “poder de revisão”, “poder reformador” ou “poder de emenda”. No Brasil, a posição majoritária segue a obra pioneira de Nelson de Sousa Sampaio (1954, p. 42-43), preferindo a denominação poder reformador ou poder de reforma, na qual não há qualquer alusão ao termo “constituinte”, já que a natureza desse poder é “constituída”. Poder constituinte é apenas aquele poder superior que estabelece originariamente uma Constituição, seja no momento da fundação de um Estado, seja em decorrência de uma revolução, seja num caso de transição constitucional; não aquele que reforma a Constituição. Essa visão que atribui natureza constituída ao poder de revisão é contestada por diversos autores, que afirmam a inexistência de uma distinção qualitativa entre o poder que estabelece originariamente uma Constituição e aquele poder que a reforma. Na Itália, por exemplo, Paolo Barile definiu o poder constituinte como “a fonte suprema de produção de normas constitucionais, expressão da soberania popular, compreensiva do poder de revisão mas, a diferença desse último, ilimitada na sua força de produzir transformações ainda que totais do ordenamento jurídico” (BARILE, 1967, p. 76). Em sentido contrário, também na doutrina italiana, pode-se ver a posição de Costantino Mortati que nega natureza constituinte ao poder de revisão. (MORTATI, 1952, p. 38-39)

Os processos informais de mudança da Constituição reservam uma série de discussões da maior significância (VEGA, 1985, p. 179; FERRAZ 1986; HORWITZ 1993) e atualidade. Na doutrina norte-americana, por exemplo, os debates recentes opõem aqueles que defendem a possibilidade de promover-se alterações à Constituição fora do procedimento explicitamente estabelecido para tanto (art. V) (ACKERMAN, 1995; AMAR, 1995) – havendo até mesmo quem, sustentando um ponto de vista ainda mais radical, afirme a irrelevância do processo formal de emenda (STRAUSS 2001) – e os que, baseando-se na autoridade inescusável do texto constitucional, contestam a legitimidade dessas mudanças informais (TRIBE, 1995; DOW, 1995). O tema das mutações constitucionais, contudo, não será privilegiado nessa investigação.

Além disso, mesmo no âmbito das mudanças formais da Constituição, propõe-se um enfoque mais restrito. Como bem ressaltou o Ministro Carlos Velloso, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADInMC) 1.497-8/DF, (Relator Ministro Marco Aurélio, 09.10.1996):

O constituinte derivado, instituído ou de 2º grau, pode tudo, só não pode desrespeitar as limitações postas a sua ação pela Constituição, criatura do poder constituinte originário. Essas limitações ou são formais, ou são temporárias, ou são circunstanciais, ou são materiais, explícitas ou implícitas. A Constituição do Brasil, de 1988, estabelece: a) limitações formais: o órgão do poder de reforma (o Congresso Nacional), a iniciativa reservada da proposta de emenda (CF, art. 60, I, II, III), o processo especial de elaboração (CF, art. 60, § 2º, 3º e 5º); b) limitações circunstanciais: a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (C.F., art. 60, § 1º); c) limitações materiais (C.F., art. 60, § 4º, I, II, III e IV). (ADInMC 1.497/96, p. 60, grifo no original)

Mesmo sabendo-se que as emendas podem conter vícios formais, temporais e circunstanciais, este texto não os levará em conta. Ele diz respeito somente a um dos vícios que podem dar azo à inconstitucionalidade das emendas: a violação de limites materiais de reforma constitucional. Mais especificamente, ele trata de apenas uma classe desses limites, aquela contida no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), “os direitos e garantias individuais”. Deixa-se de lado, desta forma, o tratamento particularizado das demais cláusulas de limites materiais expressos no texto constitucional, presentes nos outros três incisos do artigo 60, § 4º (separação de poderes, federação e o voto direto, secreto, universal e periódico), bem como, em certa medida, o problema dos limites implícitos ou inerentes – aqueles que se impõem ainda no silêncio do texto constitucional (SAMPAIO, 1954, p. 92).

Também, não se está diante de um trabalho centrado no controle de constitucionalidade, dirigido à definição dos parâmetros, objetos, sujeitos, procedimentos e efeitos da fiscalização judicial de constitucionalidade das leis e outros atos jurídicos no Direito constitucional brasileiro. Pretende-se, tão-somente, definir contornos mais nítidos para o quadro de razões que podem ser oferecidas por um juiz ou tribunal num julgamento acerca da constitucionalidade de uma emenda à CRFB/88, quando esteja em jogo um potencial atentado aos direitos e garantias individuais.

1.2 A inconstitucionalidade das emendas violadoras de direitos e garantias individuais

Desde já, é preciso ressaltar que o propósito aqui enunciado é muito diferente daquele de tentar prever, com o máximo de exatidão possível, quais os argumentos que os juízes do Supremo Tribunal Federal, ou de qualquer outra corte, efetivamente adotariam para declarar a inconstitucionalidade de uma emenda à CRFB/88, quando esta fosse acusada de violar direitos e garantias individuais.²² Trata-se, antes, de apresentar, com um mínimo de segurança e clareza, algumas questões que obrigatoriamente fariam parte de uma decisão desse tipo. Uma aproximação dessas questões foi oferecida pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento da ADInMC 939-7/DF:

tenho sérias dúvidas a respeito do alcance das denominadas “cláusulas pétreas” a que se refere o § 4º do art. 60 da Constituição. Principalmente no tocante à cláusula pétrea concernente aos direitos e garantias individuais, se se considerarem como tais não só os constantes nos setenta e sete incisos do art. 5º, mas também os demais direitos e garantias expressos na Carta Magna, bem como os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Só essa cláusula petrificaria quase toda a Constituição, além de petrificar os tratados – que persistiriam ainda quando denunciados – de que decorrem direitos e garantias. Por outro lado, há o problema do alcance da expressão “emenda tendente a abolir” que implica que há um espaço onde ainda não ocorre essa tendência, certo como é que a Constituição não declarou que as matérias concernentes a essas cláusulas pétreas são imutáveis. (ADInMC 939-7/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, 15.09.1993, p. 2032, grifo no original)

O raciocínio do Ministro Moreira Alves tem como ponto de partida o texto constitucional. Com efeito, preceitua o art. 60, § 4º, IV, CRFB/88, que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Desse mesmo texto o magistrado extraiu duas questões distintas: 1) a questão do alcance da cláusula

²² Sem ignorar a existência do controle preventivo de constitucionalidade das emendas efetuado pelo próprio órgão competente para reformar a Constituição, ou seja, pelo Congresso Nacional, conforme dispõe a CRFB/88, art. 60.

dos direitos e garantias individuais; é dizer, quais são os direitos e as garantias que se oferecem como limites materiais às alterações formais da Constituição? 2) a questão do alcance da expressão “tendente a abolir”; é dizer, qual a intensidade da proteção de que gozam esses direitos e garantias em face da ação erosiva do poder de reforma constitucional?

A primeira pergunta remete à definição de um critério de reconhecimento dos direitos abarcados pelo dispositivo constitucional assecuratório. O tema, como asseverou o Ministro Carlos Velloso:

[...] exige considerações a respeito dos direitos fundamentais, no sentido de se saber se todo e qualquer direito assegurado ao indivíduo estaria incluído na cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, ou se seria lícito, presente a teoria geral dos direitos fundamentais, distinguir entre direitos individuais que, por sua importância, constituiriam a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, e outros direitos que, não obstante conferidos pela Constituição, não se elevam à categoria de direitos fundamentais e, por isso, não seriam intangíveis, como os primeiros, à mão do legislador constituinte derivado. (ADInMC 1.497/96, p. 64)

Seria suficiente a alusão a um critério formal de reconhecimento dos direitos e garantias protegidos, por exemplo, a história ou a letra fria do texto constitucional? Como, de um lado, pareceu indicar o Ministro Paulo Brossard, ao dizer, no julgamento da ADInMC 939-7/DF, que a edição da Emenda Constitucional n. 03/93 que instituiu o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras:

[...] afrontou alguns dogmas do nosso Direito, não apenas legislado, mas, do nosso Direito histórico, daquele que, a despeito das deploráveis alterações constitucionais, sucessivas alterações constitucionais, é conservado, formando uma espécie de patrimônio cultural, de lastro histórico da nação e com o qual a nação se identifica. (ADInMC 939-7/93, p. 2021)

E, de outro foco, pareceu entender o Ministro Marco Aurélio, ao sustentar, na mesma ADInMC 939-7/DF, como fundamento para a inclusão do princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “b”, CRFB/88) sob o manto da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais, que:

[...] no próprio art. 150, com utilização de vocábulo muito sugestivo – e não posso atribuir ao legislador constituinte a inserção na Carta de palavras sem sentido vernacular – limitou-se a atividade do Estado no campo da criação de tributos. O caput do artigo 150 é explícito ao rotular como garantias o que se contém nos incisos. (ADInMC 939/93, p. 1985)

Ou, ao revés, esse problema exige algum tipo de critério material para ser enfrentado? Como defendeu o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento final da ADIn 939-7/DF (15.12.1993, p. 253), quando disse que “na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional [...] o intérprete não pode fugir a uma

carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos ou garantias nela inseridos.”

Questionamento que se vê agravado por outro: como lidar com as dificuldades decorrentes da interpretação das cláusulas de abertura, que dão margem à existência de direitos constitucionais não enumerados, como o artigo 5º, § 2º, da Constituição Brasileira?²³

Alguns intérpretes, como é o caso do Ministro Moreira Alves, pensam que se se considerarem como acobertados pela cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais não só as prerrogativas constantes nos incisos do art. 5º, mas também os demais direitos e garantias expressos na Carta Magna, bem como os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, só essa cláusula petrificaria quase toda a Constituição.²⁴ Outros intérpretes, no entanto, defendem ponto de vista contrário, como é o caso do Ministro Carlos Velloso:

Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º, no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.²⁵ (ADInMC 939/93, p. 2006-2007)

Já a segunda questão, concernente à intensidade da proteção dos direitos e das garantias individuais, cobra a análise dos cânones adequados para demarcar a linha que separa as limitações permitidas das restrições proibidas e, assim, distinguir os casos em que uma emenda apresenta-se como “tendente a abolir direitos e garantias individuais” daqueles

²³ A redação do art. 5º, § 2º, CRFB/88 é a seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²⁴ No mesmo sentido, pronunciaram-se o Ministro Octavio Gallotti, “estou também convencido de que os direitos e garantias individuais, preservados de emenda pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição, são, em princípio, os enumerados nos setenta e sete incisos do art. 5º da Constituição, e que se estendem por todo o Capítulo I do Título II, da mesma, precisamente denominado ‘Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos’ (ADInMC 939/93, p. 2034); e o Ministro Maurício Correia, “para precisar exatamente o que seria a perpetuidade dos direitos e garantias fundamentais de que trata o Título II da Constituição, a ponto de não se admitir qualquer ingerência do poder constituinte derivado, embora paire uma nuvem cinzenta sobre essa temática, entendo que a imutabilidade reside na avaliação estrita do art. 5º e seus incisos da Carta de 1988”. (ADInMC 1.497/96, p. 79)

²⁵ Destaque-se que o entendimento afirmado pelo Ministro Carlos Velloso, que no caso acompanhava o do relator do julgado, Ministro Sydney Sanches, no sentido de que a cláusula dos direitos e das garantias individuais não se restringe aos incisos do art. 5º, foi o que ao final prevaleceu no Supremo Tribunal Federal. No julgamento definitivo da ADIn 939-7/DF, em 15.12.1993, o Tribunal julgou parcialmente inconstitucional a Emenda 3/93, dentre outras razões, por desrespeito à cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, fruto da violação do princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “b” da Constituição), e da norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: b) templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

casos em que isso não ocorre. Existem ao menos três roupagens diferentes de demonstração desse problema. A primeira foi exposta pelo Ministro Paulo Brossard no julgamento da ADIn 830-7/DF (Relator Ministro Moreira Alves, 14.04.1993):

Gostaria de observar que com sabedoria o constituinte usou um verbo que vem sendo empregado desde 1891: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir...” “Abolir”, quer dizer: extinguir, apagar, desfazer, suprimir, eliminar.

[...]

Ao que me parece, o fato de se dizer que não será admitida emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais não significa que a declaração dos direitos e o elenco das garantias não sejam suscetíveis de emendas, desde que não venham a ser abolidas as garantias e os direitos. (ADIn 830/93, p. 233, 237, grifo no original)

Outra forma de apresentar o problema é comparar a dicção do art. 60, § 4º, da CRFB/88, com os termos do art. 79, 3, da Constituição alemã. Essa forma de exibição foi apresentada pelo Ministro Moreira Alves na mesma ADIn 830-7/DF:

Constituição de Bonn, na qual, na parte final da alínea 3 do artigo 79, é categórica no sentido de que “não é permitida qualquer modificação desta lei fundamental que atinja a divisão da Federação em Estados, ou o princípio da cooperação dos Estados na legislação, ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20” (“*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze behürt erden, ist unzulässig*”)

No Brasil, em que se adota uma fórmula mais mitigada – a de não se admitir proposta de emenda tendente a abolir (o que implica dizer que não há imutabilidade absoluta, mas proibição de alteração que demonstre a abolição dos princípios previstos nos quatro incisos do § 4º do art. 60 da Constituição) -, tem-se que admitir, no mínimo, que as cláusulas pétreas, por serem princípios excepcionais, são normas de interpretação restrita. (ADIn 830/93, p. 183-184, grifo no original)

E, posteriormente, retomada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADIn 2.024-2/DF (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 27.10.1999):

De resto, é importante não perder de vista que – malgrado ampla como poucos na sua extensão material dos princípios que enumera – o art. 60, § 4º, da Constituição brasileira traduz vedação de intensidade menor que cláusulas congêneres de outras cartas políticas.

Assim – em primoroso trabalho dedicado ao tema (**A Constituição e sua Reserva de Justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**, Malheiros, 1999, p. 179) – assinala Oscar Vilhena Vieira que, enquanto a Lei Fundamental alemã (art. 79.3) proíbe admissão a proposta de emenda que **afete** os direitos e princípios fundamentais que protege, a do Brasil, no ponto menos restritiva, veda a deliberação sobre as que tendam a **aboli-los**. (ADIn 2.024/99, p. 87, grifo no original)

Uma terceira forma, essa diretamente oriunda da Tribunal Constitucional Federal alemão, foi exposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADIn 3.105-8/DF:

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune à controvérsia. Se se entender que elas contêm uma “*proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais*”

(*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (*Revolutions- und Verfassungsbeseitigungsverbot*). É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de *erosão* da própria Constituição. (ADIn 3.105/04, p. 196-197, grifo no original)

Além dessas posições, que enfatizam a separação entre *abolição* e *insuscetibilidade à alteração*, ou entre *abolição* e *afetação*, ou entre “*proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais*” e “*proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição*”, que parecem concordar com a idéia de que não é qualquer interferência com um direito ou garantia individual que caracteriza ofensa à cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, CRFB/88, existem aqueles que, divergindo, enxergam o termo *tendência à abolição* como sinônimo de *afetação*. Essa visão, que teve seu ponto alto na ADIn 939-7/DF²⁶ (medida cautelar em 15.09.1993 e decisão final em 15.12.1993), tem sido capitaneada, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Marco Aurélio. No julgamento da ADInMC 1.497-8/DF (09.10.1996, p. 76), ele teve a oportunidade de afirmar, “o art. 60, § 4º, inciso IV, é categórico no que veda deliberação sobre proposta de emenda que vise a abolir direito ou garantia constitucionais.” E, no seu pronunciamento na apreciação da medida cautelar no Mandado de Segurança n. 23.047-3/DF (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 11.02.1998, p. 2568), ele reiterou: “retiro desta menção a ‘direitos e garantias individuais’ a maior eficácia possível”.

O aspecto notável acerca do posicionamento do Ministro Marco Aurélio é que ele esvazia a importância do problema da intensidade da proteção dos direitos e garantias individuais. Se a vedação constitucional é categórica, não havendo margem de relativização admissível, a pergunta, nos casos de ofensa a direitos e garantias individuais, restringe-se a indagar se o direito ou garantia em discussão é, ou não, acobertado pela cláusula do art. 60, § 4º, IV. Em caso positivo, a emenda é inconstitucional; em caso negativo, ela é constitucional. Não há que se discutir a intensidade da interferência.

²⁶ Nesse julgamento, o relator, Ministro Sydney Sanches, após defender que o princípio da anterioridade tributária estaria acobertado pela cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, assentou: “Nem me parece que, além das exceções ao princípio da anterioridade, previstas expressamente no § 1º do art. 150, pela Constituição originária, outras pudessem ser estabelecidas por emendas constitucional, ou seja, pela Constituição derivada. Se não se entender assim, o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos”(ADIn 939/93, p.240). Diante dessa linha majoritária, o Ministro Paulo Brossard fez constar em seu voto, ainda na apreciação da medida cautelar: “acompanho o eminente relator, concedendo a cautelar, sem endossar, no entanto, as eruditas considerações feitas a respeito da imutabilidade de boa parte das normas constitucionais, que direta ou indiretamente seriam intocáveis, quando a Constituição, fala apenas em sua abolição.” (ADInMC 939/93, p.2023) Como observou atentamente Oscar Vilhena Vieira (1999, p.180), “embora a Constituição brasileira empregue o termo *abolir*, no caso do IPMF [ADIn 939/93], o Tribunal o interpretou como se significasse *afetar*.”

Não há consenso, portanto, nem ao menos sobre quais as perguntas que devem ser respondidas quando da análise da interpretação e da aplicação judicial da cláusula dos direitos e garantias individuais. Percebe-se, assim, que os contornos da discussão sobre os direitos e garantias individuais como limites ao poder de reforma da Constituição englobam muitas divergências e poucos acordos. E que um passo importante a ser dado na análise do problema consiste na correta compreensão dos contrapontos que ele envolve. Para isso, no entanto, será necessário desenvolver uma série de considerações adicionais. A despeito disso, o objetivo, no momento, é apenas apresentar os problemas. E eles não param por aí.

A rigor, as perguntas a serem elucidadas não seriam apenas aquelas tocantes ao alcance da proteção garantida pela CRFB/88 aos direitos e garantias individuais. De fato, tais indagações só têm sentido e utilidade a partir do momento em que está reconhecida a vinculação constitucional da função reformadora e a capacidade dos juízes de fiscalizarem tal vinculação.

Certamente, esta não é uma colocação imune a desentendimentos. Com efeito, se a competência do Judiciário limita-se à aplicação da lei e a Constituição é a lei das leis, à primeira vista, é um contra-senso afirmar que uma emenda ao texto constitucional – portanto, norma pertencente à Lei Suprema – pode ter sua constitucionalidade controlada. Conforme já foi dito, o controle de constitucionalidade pressupõe supremacia da Constituição, ou seja, pressupõe que a Constituição imponha limites jurídicos ao poder que realiza o ato a ser controlado. Isso significa que o controle de constitucionalidade das emendas supõe que o poder do qual elas emanam seja limitado pela própria Constituição. Mas se as reformas constitucionais produzem emendas aditivas, modificativas ou supressivas de normas constitucionais, como podem elas serem frutos de um poder menor do que aquele que dá a própria Constituição? Como um poder constituído poderia produzir normas com o mesmo valor do poder constituinte?

Evidentemente, um trabalho mais dilatado sobre o tema deveria dar conta dessas questões, e preocupar-se em sustentar tanto a natureza juridicamente vinculada da função reformadora quanto a competência judicial na matéria (BACHOF, [1951] 1994, p. 14, 37, 70). Ambas as questões, sem embargo, perdem centralidade neste texto. O objetivo aqui almejado é mais reduzido. Quer se saber apenas como devem ser interpretadas, por juízes e tribunais, cláusulas específicas de limites materiais, como a “cláusula de direitos e garantias individuais” da CRFB/88, tendo em conta um sistema jurídico que consagra a vinculação jurídica das reformas constitucionais e atribui poder ao Judiciário para fiscalizá-las.

Não caracteriza um disparate fazer essas duas suposições com relação ao sistema constitucional brasileiro. Em que pese exista discussão doutrinária em torno da força jurídica dos limites materiais ao poder de reforma da Constituição²⁷ e da competência dos tribunais para controlar esses limites,²⁸ tais divergências não parecem ter abalado os alicerces da tese de que as emendas constitucionais podem ter sua constitucionalidade material e formal controlada pelos órgãos judiciais. Sobretudo, porque o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do aparelho judiciário brasileiro, cuja função precípua é a guarda da Constituição, parece ter consolidado entendimento nesse sentido.

O *leading case* na matéria é a já mencionada ADIn 939-7/DF (Relator Ministro Sidney Sanches, 15.12.1993), a qual julgou parcialmente inconstitucional a Emenda Constitucional n. 3/93, que instituía o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), por violação às cláusulas pétreas da CRFB/88. Nela o Supremo Tribunal Federal decidiu que “uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição” (ADIn 939/93, p. 160).²⁹

²⁷ De acordo com o magistério de Jorge Miranda (2000, p. 192-193), acerca do sentido a conferir aos limites materiais de reforma constitucional três teses principais, com cambiantes vários, se defrontam: a daqueles que os tomam como imprescindíveis e insuperáveis; a daqueles que impugnam a sua legitimidade ou a sua eficácia jurídica; e a daqueles que admitindo-os, os tomam apenas como relativos, porventura suscetíveis de remoção mediante dupla revisão. Na doutrina brasileira, ao menos três autores de grande influência já defenderam alguma versão da terceira tese. Cármen Lúcia Antunes Rocha (1993, p. 182) disse não encontrar razões para “considerar oponíveis ao direito dos povos, em cada tempo, de adotar as suas próprias normas, sem precisar de para tanto promover a elaboração integral de uma nova Constituição, o direito da geração anterior e que traçou as normas fundamentais originárias de sua Constituição de subsistir mesmo depois de cumprido o seu percurso histórico em vida. Seria orientar-se no sentido de resguardar os direitos dos mortos e sobrepô-los aos dos vivos.” Ressalvou, no entanto, que “a reforma que possibilita a modificação das cláusulas irreformáveis há que ser feita para isto, e após a sua concretização é que ela pode vigorar para outras formas que sobrevenham”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p.49) sustentou que “as ditas ‘cláusulas pétreas’ são apenas um caso de rigidez acentuada, podem ser suprimidas, embora não possam ser contraditadas, enquanto vigorem”. Gilmar Mendes, ainda antes de ser nomeado para o Supremo Tribunal Federal, teve a oportunidade de afirmar que, em sua opinião, “pareceria bastante razoável” o entendimento de que “a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição”. (MENDES, 1994, p. 254)

²⁸ O que é demonstrado pelo fato de que em outros sistemas constitucionais as coisas se passam de forma diversa. Nesse sentido, por exemplo, a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Coleman v. Miller*, que considerou a questão da regular execução do procedimento de reforma constitucional como questão política, portanto, excluída da alçada do Judiciário. (ROTUNDA; NOWAK, 1992, p. 283)

²⁹ A particularidade da ADIn 939/93 é que nela, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma emenda à Constituição em um julgamento definitivo. Note-se, porém, que o julgamento final da ADIn 939/93, em 15.12.1993, serviu como julgamento conclusivo de duas ações diretas, sendo que ambas haviam anteriormente tido seu pedido de medida cautelar apreciado pela Corte, a ADIn 926-5/DF, cuja liminar foi concedida em 01.09.1993, e a própria ADIn 939-7/DF, cuja liminar foi deferida em 15.09.1993. Logo, o rigor exige que se reconheça que a primeira vez que o Supremo julgou uma emenda inconstitucional foi na ADInMC 926-5/DF, em 01.09.1993. Precedentemente a ela, contudo, o Supremo Tribunal Federal, em decisões tanto anteriores quanto posteriores à vigência da Constituição de 1988, já havia reconhecido seu poder

Nesse contexto, é perfeitamente razoável manter, como um dado de partida, que, no regime da CRFB/88, compete aos juízes e tribunais decidir sobre a constitucionalidade das emendas constitucionais restritivas de direitos e garantias individuais.³⁰ O que não significa, por outro lado, nenhuma de duas coisas: nem que esta seja uma questão imune a divergências, ou mesmo alterações de entendimento;³¹ nem que o reconhecimento dessa atribuição dos tribunais baste para definir a forma e o alcance da intervenção judicial no âmbito do controle das emendas constitucionais. O que se afirma é, primeiro, que, no sistema constitucional brasileiro, diante de dúvidas relativas à autoridade dos tribunais para a interpretação das cláusulas pétreas, o ônus de argumentação recai sobre aqueles que questionam a competência dos tribunais para aplicá-las e não sobre aqueles que

de controlar a constitucionalidade das emendas. No primeiro pronunciamento nesse sentido, após a promulgação da Constituição de 1988, datado de 03.04.1991, disse o Supremo Tribunal Federal: “O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.” (ADIn 466-2/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 03.04.1991). Pouco depois, em 14.04.1993, o Tribunal reiterou esse entendimento: “Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o S.T.F. competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas” (ADIn 830/93). A consolidação da tese veio na ADInMC 1.946-5/DF (Relator Ministro Sydney Sanches, 29.04.1999). Na oportunidade, o Tribunal, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de impossibilidade de fiscalização abstrata de constitucionalidade que tenha por objeto emenda à Constituição, nos seguintes termos, constantes da ementa do acórdão: “O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da C. F.).”

³⁰ Como averbou o Ministro Celso de Mello, já em 14.04.1993: “A esta altura, não parece haver dúvida quanto à possibilidade de às emendas à Constituição Federal virem à constituir, elas próprias, objeto de controle de constitucionalidade” (ADIn 830/93, p. 206). Ou, como consta da ementa do acórdão que decidiu a ADIn 2.024/99: “Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento – afirmado no STF desde 1926 – para questionar a compatibilidade da emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente.”

³¹ A verdade é que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha declarado seu poder de controlar a constitucionalidade das emendas reiteradas vezes – ao que consta a primeira delas foi em 1926 (HC n. 18.178, Relator Hermenegildo de Barros) –, esse é um posicionamento que tem sido aceito sem discussão, pois até agora nenhum Ministro divergiu desse entendimento. Como explicitou o Ministro Sepúlveda Pertence (ADIn 830/93, p.220): “Poder limitado, porque constituído, a obra do poder de reforma – a emenda constitucional – sujeita-se ao controle jurisdicional dos ordenamentos que o admitem. [...] é ponto que gerou vacilações na doutrina e na jurisprudência americanas, mas que não chegou a causar controvérsia nesta Casa, nas duas vezes em que teve de enfrentar o tema, seja no *Habeas-corpus* 18.178 de 27/09/26, seja no Mandado de Segurança 20.257, de 1980.” Nesse passo, não é impossível, embora seja improvável, vislumbrar mudanças no futuro. A principal razão para essa possibilidade é que o argumento tido como essencial em defesa dessa competência do Supremo envolve um *non sequitur*. Conforme exposto pelo Ministro Celso de Mello (ADIn 939/93, p.294), o Tribunal entende que “as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí a sua plena sindicabilidade jurisdicional”. Como já foi demonstrado no início desse trabalho, do fato de que um ato possa ser inconstitucional não se segue logicamente que esse ato deva ser fiscalizado pelo Poder Judiciário. Para tanto, são necessárias razões adicionais. Essas razões o Tribunal, por enquanto, não apresentou.

defendem essa competência. E, segundo, que dizer meramente que os tribunais detêm autoridade para fiscalizar a observância das cláusulas pétreas não esclarece nem *como* nem *em que medida* eles devem exercer essa atribuição.

O intuito deste capítulo, portanto, não é defender a tese da vinculação jurídica da reforma constitucional contra seus possíveis adversários. Diversamente, o propósito restringe-se a descrever os principais argumentos que têm respaldado a tese da vinculação. Isto porque, adiante, espera demonstrar-se que tais argumentos deixam mais perguntas que repostas para os intérpretes constitucionais. Pois, antes de apontarem soluções para os problemas interpretativos, que, como foi visto, surgem reincidentemente no momento da aplicação das cláusulas de limites, o que eles viabilizam é somente a percepção desses problemas. Em outras palavras, eles são os pontos de partida a serem levados em conta por qualquer teoria acerca da interpretação de uma cláusula super-rígida da Constituição, mas nunca o ponto de chegada. Ou seja, essas justificativas são mais aptas a colocar problemas do que a fornecer respostas para as dúvidas pertinentes à aplicação de dispositivos da espécie contida no art. 60, § 4º, IV, CRFB/88.

1.3 Fundamentos da vinculação constitucional da ação reformadora

Na defesa do caráter juridicamente limitado da reforma constitucional três fundamentos têm sido apresentados: 1) o conceito de poder de reforma constitucional; 2) o princípio da identidade da Constituição material; 3) a obediência ao “Direito supralegal”.³² Por óbvio, existem formulações variadas de cada um desses argumentos, bem como autores que se apóiam em mais de um deles ao mesmo tempo. No entanto, como o objetivo é apresentar o núcleo dos argumentos ao invés de inventariar opiniões doutrinárias, parece suficiente fazer uma exposição restrita às vigas mestras de cada uma dessas justificativas, sem qualquer intenção de esgotamento do tema. Nesse intuito, proceder-se-á a um esboço de demarcação de cada uma dessas vertentes.

³² Não há uma enumeração acerca dos fundamentos de vinculação da reforma constitucional que goze de consenso doutrinário. Aqui tomou-se por base a indicação feita por Jorge Miranda (2000, p. 193), que aponta as duas primeiras justificativas – embora ele use o termo “poder de revisão” e não “poder de reforma” como é característico da doutrina portuguesa –, a qual se adicionou o argumento da obediência ao “Direito supralegal”. Espera-se que a seqüência do texto seja suficiente para justificar essa escolha.

1.3.1 Poder de reforma constitucional

A apresentação clássica da tese da vinculação jurídica da função reformadora, na doutrina brasileira, deve-se a Nelson de Sousa Sampaio, em seu trabalho *O Poder de Reforma Constitucional*, editado em 1954. Como o próprio título revela, esse trabalho é um notável exemplo do uso da primeira espécie de argumento justificador, aquele que se apóia no conceito de poder de reforma. Nele o publicista baiano sustentou que o poder que reforma a Constituição é, por natureza, um poder limitado, que deve obedecer aos limites formais, materiais e temporais estabelecidos, de modo expresso ou implícito, pelo poder constituinte no texto constitucional. Sendo que, assim, a desobediência a ditos limites causaria a inconstitucionalidade da reforma constitucional, a qual deveria ser declarada pelo Poder Judiciário.

Segundo o autor, consiste num descuido injustificável de alguns teóricos constitucionais equiparar poder constituinte e poder reformador. O poder constituinte, teorizado por Sieyès às vésperas da Revolução Francesa, representaria o mais alto poder do Estado, em cuja obra se baseariam todas as outras instituições. Por conta disso, não poderia haver limites a sua atividade³³ (SAMPAIO, 1954, p. 40). Inversamente, o poder reformador definir-se-ia como “uma competência intermediária entre o poder constituinte e o legislativo ordinário (...) de natureza “constituída”, pois encontra sua base na Constituição, que lhe traça os contornos e estabelece o processo de sua atuação” (SAMPAIO, 1954, p. 42). O poder reformador é poder constituído e, por isso, “jamais atingirá a eminência representada pela ilimitação da atividade constituinte” (SAMPAIO, 1954, p. 42). Logo, uma assembléia reformadora que se atrevesse a ultrapassar seus limites, deixaria de obedecer à função reformadora para usurpar a função constituinte.

Assim, diferenciando poder constituinte (soberano e independente) e poder reformador (constituído e limitado), Sampaio definiu o caráter vinculado deste último, pois um poder criado por outro não pode ter a mesma hierarquia do que o criou. Entretanto, fica a pergunta, o que faz crer que o poder reformador é um poder necessariamente criado pela Constituição e, conseqüentemente, limitado por ela?

³³ O que não quer dizer que Sampaio concorde com a tese da ilimitação absoluta do poder constituinte, que a seu ver não havia sido preconizada nem mesmo por Sieyès. O que não pode haver, segundo ele, são limites de direito positivo interno. (SAMPAIO, 1954, p. 38)

De início, não custa lembrar que o próprio Sieyès, tido por muitos como criador do conceito de poder constituinte, não reconhecia esta dicotomia entre poder constituinte e poder reformador, tratando a reforma da Constituição como uma manifestação típica do poder constituinte. Com efeito, não era outro seu entendimento quando afirmava que, “em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte” (SIEYÈS, [1789] 2001, p. 49). Para Sampaio, contudo, essa compreensão é equivocada, ao menos quando se considera uma Constituição rígida.³⁴ Isso fica evidente na forma como Sampaio analisa uma outra questão: “existirá em toda a Constituição algo que está fora do alcance do poder de reforma, algo irreformável?” (SAMPAIO, 1954, p. 85) De acordo com ele, no caso de Constituições rígidas, aquelas cuja reforma se verifica por processos diferentes da elaboração da lei ordinária, existem limitações que se impõem ainda no silêncio do texto constitucional.³⁵ É no desenvolvimento desse ponto de vista que se revelam as razões pelas quais a limitação da função reformadora “se estriba no próprio conceito de reforma constitucional e na distinção evidente entre poder revisor e poder constituinte” (SAMPAIO, 1954, p. 93).

A chave do problema, para Sampaio, está na idéia mesma de Constituição rígida. No dizer do autor, “toda a Constituição rígida é em parte, por definição, também uma Constituição fixa” (SAMPAIO, 1954, p. 93). Sendo fixas aquelas Constituições que somente podem ser modificadas por um poder de competência igual ao que as criou, ou seja, por nova manifestação do poder constituinte.

Como as Constituições rígidas são justamente aquelas cuja modificação requer condições diversas e mais agravadas do que as que são exigidas para a edição de leis ordinárias, elas trazem em si, por necessidade, a definição dos contornos do poder reformador. Para que uma Constituição seja rígida, é necessário que ela seja capaz de controlar a sua

³⁴ O conceito de Constituição rígida foi formulado pelo constitucionalista britânico James Bryce, em sua conhecida obra *Flexible and Rigid Constitutions* (trad. esp. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*), publicada em 1901, com base na comparação entre a Constituição inglesa e a norte-americana, caracterizando a primeira como flexível e a segunda como rígida. Para Bryce ([1901] 1988, p. 13), o ponto essencial que caracteriza as Constituições rígidas é que elas possuem uma hierarquia superior às leis ordinárias e não são modificáveis pela autoridade legislativa ordinária. Isto significa que o conceito de Constituição rígida comumente utilizado pelos constitucionalistas – conceito seguido por Nelson de Sousa Sampaio, inclusive –, segundo o qual Constituição rígida é aquela que prevê um procedimento especial de reforma, não guarda estrita fidelidade ao pensamento de Bryce. (PACE, 1995, p. 26)

³⁵ Sampaio distingue, quanto ao processo de modificação, quatro tipos de Constituições: *imutáveis*, *fixas*, *rígidas*, *flexíveis*. *Imutáveis* são as Constituições que pretendem ser eternas, não admitindo que nenhum poder as possa legitimamente reformar. *Fixas* aquelas que só podem ser reformadas por um poder de competência igual ao que as criou. *Constituições rígidas* são aquelas cuja reforma se verifica por processos diferentes da elaboração da lei ordinária. *Flexíveis* são as Constituições que se reformam pelos mesmos métodos de feitura e alteração das leis ordinárias (SAMPAIO, 1954, p. 37). Para ele, a visão preconizada por Sieyès encaixa-se em uma Constituição fixa e não numa Constituição rígida. (SAMPAIO, 1954, p. 55)

própria reforma. Se isso for impossível, a própria idéia de Constituição rígida também o será. Por isso, diante de uma Constituição rígida, o poder reformador é sempre criatura e o poder constituinte criador. Uma vez que não houvesse limites à reforma, qualquer decisão, tomada por qualquer órgão – inclusive o legislador ordinário –, segundo qualquer procedimento, desde que versasse sobre tema constitucional, poderia reivindicar o *status* de norma constitucional.

Se os procedimentos de elaboração das emendas não fossem diferentes dos procedimentos de elaboração das leis, não seria possível distinguir entre lei e emenda. Desapareceria a separação entre forma constitucional (emenda) e forma legal ordinária (lei), oriunda do fato de que as normas constitucionais submetem-se a um procedimento especial de modificação, que comporta condições mais difíceis de serem reunidas do que aquelas a que se sujeitam as leis (KELSEN, 2003, p. 131). Longe dessa distinção de formas, lei e emenda não se podem separar. Essas formas só existem se a função reformadora for juridicamente condicionada. Por isso, é possível dizer que a supremacia formal de uma Constituição rígida sobre a lei implica o caráter juridicamente conformado das emendas constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, são os mesmos fundamentos que servem para afirmar a supremacia da Constituição sobre a lei que conduzem a definir a reforma constitucional como especialmente agravada e, conseqüentemente, constitucionalmente vinculada. Conforme o constitucionalista italiano Alessandro Pace já teve a oportunidade de observar, a superioridade jurídica da Constituição e a rigidez constitucional são as duas caras da mesma moeda. A causa da superioridade da Constituição sobre os atos jurídicos e normativos que compõem um determinado ordenamento é, também, a causa de sua rigidez com relação ao legislador (PACE, 1995, p. 71).

A Constituição é hierarquicamente superior à lei porque a “Constituição é a norma que rege a elaboração das leis” (KELSEN, 2003, p. 130), ou seja, a Constituição é o fundamento de validade da lei. É da essência da Constituição trazer em seu bojo a definição dos órgãos e dos procedimentos próprios da legislação (KELSEN, 2003, p. 131). Não existiriam leis válidas se não existissem normas que definissem órgãos e procedimentos responsáveis pela sua elaboração. Da mesma forma, não existiriam emendas constitucionais válidas se não existissem normas, distintas daquelas que regem a formação das leis, que determinassem o órgão e o procedimento de elaboração das reformas constitucionais.

Não se deve esquecer que as normas que regulam o processo de reforma não podem estar na esfera de disponibilidade do próprio poder que emenda a Constituição. Se

assim fosse, haveria o paradoxo das emendas pretenderem integrar o ordenamento constitucional negando exatamente os fundamentos da sua integração. Deste modo, estaria rompido o enunciado lógico que determina que da validade de uma norma é impossível derivar a validade de qualquer outra norma em conflito com ela (ROSS, 1982, p. 228). Por isso, ressalta Sampaio (1954, p. 105): “Assim como o legislador ordinário não pode simplificar as normas que a Constituição prescreve para a elaboração legislativa, não pode o reformador simplificar o processo previsto pelo constituinte para a tramitação de uma reforma constitucional”.

O que é ainda mais grave, desconhecendo-se a disciplina constitucional da função reformadora, somem os meios para averiguar a invalidade das leis ordinárias. Mesmo que elas fossem claramente incompatíveis com a Constituição, poderiam sempre reivindicar o *status* de emenda, já que a Constituição poderia ser alterada por qualquer forma, apesar de terem seguido o procedimento destinado à lei ordinária. Nesse estranho contexto, a afirmação em que se consubstancia o princípio da supremacia da Constituição, segundo a qual uma lei inconstitucional não o seria se, em lugar de ter sido aprovada como lei ordinária, houvesse seguido a tramitação da reforma, não faz qualquer sentido. Portanto, a supremacia da Constituição sobre a lei significa, paralelamente, a submissão das emendas à Constituição.

A competência dos tribunais para controlar a constitucionalidade das emendas deriva-se, por conseguinte, das mesmas causas pelas quais os tribunais são competentes para julgar as leis em face da Constituição. Essas causas têm seus fundamentos necessários, mesmo que não suficientes, nas idéias de rigidez constitucional e supremacia constitucional. A Constituição, por servir de fundamento de validade das demais normas jurídicas e por se revestir de uma forma específica, diferente da forma legal ordinária, deve vincular tanto o legislador ordinário quanto o reformador. Desse modo, o controle de constitucionalidade, nos dois casos, desempenha, aparentemente, o mesmo papel. Ele confecciona uma garantia da rigidez constitucional; conforma processos e órgãos destinados a evitar que a Constituição se reforme de modo diverso do que ela prescreve (SAMPAIO, 1954, p. 72).

Assim, considerando-se que qualquer ato de produção legislativa (lei e emenda) é manifestação de um poder constituído e limitado, envolvendo um *agente* que, em determinadas *circunstâncias*, decide a respeito de uma determinada *matéria*, conforme um *procedimento* determinado (ROSS, 1982, p. 205), as limitações postas ao poder reformador podem versar sobre qualquer desses pontos. Por essa razão, Sampaio fala de limites formais,

temporais e materiais que obrigam o poder reformador. Porquanto, aceita a tese da natureza constituída do poder reformador, todos os limites, independente da sua espécie, digam eles respeito ao processo, às circunstâncias ou à matéria da deliberação, têm idêntica força jurídica.

Para além dessa justificação jurídico-formal da vinculação constitucional do poder reformador, existe outra de carácter substancial. Esta, que é provavelmente a mais comumente utilizada, apóia-se na formulação original da teoria do poder constituinte. Tal construção, marcadamente democrática, identifica poder constituinte com povo soberano (VEGA, 1985, p. 230; PACE, 1995, p. 63). Segundo essa visão, quem se pronuncia – e mais do que isso, só quem se pode pronunciar – no ato de feitura de uma Constituição é o povo. “*We, the people*”, na fórmula celebrizada pelo preâmbulo da Constituição norte-americana. Já nos momentos de reforma constitucional, que, como o próprio termo já enuncia, visam reformar, e não destruir, a Constituição, quem fala são os representantes do povo. Um delegado jamais pode atuar adiante dos limites da sua delegação. O poder reformador, vez que é exercido pelos representantes do povo, e não pelo próprio povo, não pode ser soberano e ilimitado, sob pena de usurpar as atribuições que só o verdadeiro soberano, o povo ou a nação, podem exercer. Trata-se, então, o poder reformador, de um poder constituído e limitado.³⁶

Tanto o primeiro quanto o segundo argumento em prol da vinculação do poder reformador avançam, sem maiores sobressaltos, à posição de que se tem servido o Supremo Tribunal Federal quando assinala a existência de freios constitucionais ao exercício do poder de emenda à CRFB/88, como se pode perceber da seguinte manifestação do Ministro Celso de Mello:

As denominadas **cláusulas pétreas** representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte **derivado**. [...] O poder reformador, portanto, é um poder derivado e subordinado às prescrições jurídicas condicionantes que, estabelecidas **com absoluta supremacia** pelo texto da Lei fundamental do Estado, pautam, **necessariamente**, a ação do Parlamento no exercício dessa competência

³⁶ Ademais desse argumento dualista, o princípio da soberania popular dá ensejo a uma outra estratégia justificativa das limitações à ação reformadora. Trata-se do argumento do pré-compromisso. O legislador constituinte pode desenhar amarras aos futuros legisladores para tornar disponíveis, a estes, possibilidades que de outro modo estariam fora de seu alcance. Por meio de uma Constituição, uma geração A pode ajudar uma geração C a proteger-se de ser vendida como escrava por uma geração B. Para salvaguardar seus sucessores distantes, os criadores da Constituição restringem as possibilidades dos sucessores próximos. Para que cada geração futura seja senhora de si mesma, a geração atual limita voluntariamente seu próprio poder sobre o futuro, submetendo-se à autoridade do passado (HOLMES, 1993, p. 226). Nesse sentido, um povo que pretende rever sua Constituição deve respeito às decisões da geração constituinte por estar ele próprio previamente comprometido, ainda que de forma tácita, com as restrições por ela estabelecidas.

institucional.³⁷ [...] Emendas à Constituição podem, assim, incidir, **também elas**, no vício da inconstitucionalidade, configurado este pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias. (Ministro Celso de Mello, ADIn 939/93, p.294-295, 296, 297, grifo no original)

A estratégia do argumento fundado no conceito de poder reformador consiste, portanto, em definir, com base nas idéias de Constituição rígida, supremacia constitucional e poder constituinte do povo, uma entidade intermediária entre o poder constituinte e os poderes tradicionalmente tidos por constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário –, que compartilha características do primeiro e aspectos dos segundos; o poder de reforma ou poder constituinte derivado. À semelhança com o poder constituinte, o poder reformador também cria normas constitucionais, que servem de fundamento de validade das demais leis. Todavia, sua natureza é de poder constituído, porque sua atuação está sujeita a regras e condições estabelecidas na Constituição, ou seja, tem sua validade fundada nela. Na síntese do Ministro Carlos Velloso:

O poder constituinte originário é inicial e ilimitado, enquanto o poder constituinte derivado é um poder secundário, subordinado à Constituição, que lhe impõe limites. Aquele cria a Constituição, este simplesmente a reforma. Daí a conclusão no sentido de que a revisão é constituída pela Constituição. Na verdade, o poder de reforma constitucional não passa de um poder constituído [...] O poder constituinte derivado, porque limitado pela obra do poder constituinte originário, assim limitado pela Constituição, há de agir [...] com observância das limitações que lhe são impostas, expressas e implícitas. (ADIn 830/93, p.198)

O retrato que essas observações revelam é o de um poder de duas faces. Uma que olha para frente, disposta a criar, alterar ou suprimir vínculos jurídicos, com força obrigatória para toda a ordem jurídica infraconstitucional. Os atos do poder reformador, de forma idêntica aos do poder constituinte, gozam de superioridade, instituindo, suprimindo ou alterando os limites à ação dos demais poderes constituídos. É dizer, uma lei ou ato normativo que viole tanto uma disposição constitucional originária quanto uma emenda à Constituição é igualmente inconstitucional. Outra face que olha para trás, enxergando os laços que prendem o poder reformador à Constituição originária. Aqui há certo espaço de supremacia da Constituição sobre a emenda, formalizado nas cláusulas de limites formais, temporais e

³⁷ Essa primeira apresentação da justificativa pode sintetizar uma razão ainda mais simples para a natureza vinculada do poder reformador: a função reformadora é limitada por que está regulada explicitamente no texto constitucional. Como a Constituição é lei – norma jurídica – ela tem pretensão de eficácia. À medida que um dispositivo constitucional expresso disciplina as reformas constitucionais, essa norma, como parte da Constituição, reclama obediência, e seus destinatários têm o dever de observá-la. A diferença desse argumento para os demais é que, na ausência de previsão constitucional explícita do poder de emenda, a atividade reformadora seria desvinculada.

materiais, expressos e implícitos, cuja desobediência por parte do poder reformador é causa da inconstitucionalidade das emendas constitucionais.

Em suma, o valor jurídico dos limites à reforma constitucional apresenta-se assentado nesse dualismo conceitual. De um lado, o poder constituinte: inicial, autônomo e incondicionado (BURDEAU, 1950, p. 174). De outro, o poder reformador: derivado, condicionado e limitado.

1.3.2 Identidade da constituição

O conceito de poder reformador não é, porém, o único caminho que leva à vinculação das reformas constitucionais. Um segundo argumento pode ser buscado no *princípio da identidade da Constituição material*. É lícito afirmar que, enquanto o primeiro argumento funda-se principalmente na *autoridade* superior do poder constituinte, essa segunda estratégia apóia-se essencialmente na idéia de *identidade* substancial da Constituição. O alicerce desse argumento encontra-se na busca de um conteúdo característico e essencial do gênero Constituição,³⁸ aquilo que Costantino Mortati denominou “Constituição em sentido material”; um conteúdo absoluto, típico e determinável por meio de pesquisa da constante função que a Constituição executa em qualquer tipo de Estado (MORTATI, 1940, p. 16).

Assim raciocinando, torna-se imprescindível separar o sentido formal e o sentido material da Constituição. Distinguir a forma constitucional, derivada do fato de que determinadas prescrições jurídicas situam-se em um texto cuja modificação se sujeita a um procedimento específico, do conteúdo que é próprio à Constituição. Essa idéia foi solidamente exposta por Carl Schmitt ao diferenciar “Constituição” e “lei constitucional”. Para o autor alemão, aquelas prescrições que se avolumam nos textos constitucionais não passam de leis para as quais se elegeu, por qualquer causa, a forma constitucional. Elas são leis constitucionais, particularizadas apenas por se sujeitarem a um procedimento especial de modificação. Já a Constituição é “a decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política”, a “determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política”, “a decisão política adotada sobre modo e forma da existência estatal”³⁹ (SCHMITT, [1928] 1982, p. 45, 46, 104). Essa “decisão política fundamental”

³⁸ A pergunta que se coloca é: o que é uma Constituição?

³⁹ “*La Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política*”; “(...) *la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad*

esgota a substância da Constituição, seu sentido material – aquilo que Schmitt (1982, p. 45) denomina “conceito positivo de Constituição”. A inserção de outras normas no texto constitucional tem apenas uma significação técnico-jurídica: a defesa contra a reforma por meio de um procedimento especial (SCHMITT, 1982, p. 94).

O resultado prático dessa distinção é que, pela via dos procedimentos de reforma constitucionalmente previstos, podem alterar-se as leis constitucionais, mas não a Constituição. Que o texto constitucional possa ser reformado não quer dizer que as decisões políticas fundamentais, que integram a substância da Constituição, possam ser suprimidas e substituídas por outras quaisquer mediante ato do legislador que reforma a Lei Magna (SCHMITT, 1982, p. 49). Enquanto decisão política fundamental, a Constituição é irreformável. Na expressão de Carl Schmitt:

Os limites da faculdade de reformar a Constituição resultam do bem entendido conceito de reforma constitucional. Uma faculdade de «reformar a Constituição», atribuída por uma normação legal-constitucional, significa que uma ou várias regulações legal-constitucionais podem ser substituídas por outras regulações legal-constitucionais, porém somente sob o suposto de que restem garantidas a *identidade* e a *continuidade* da Constituição considerada como um todo.⁴⁰ (SCHMITT, 1982, p. 119, tradução livre, sem grifo no original)

Assim, também “o ato de dar a Constituição é *qualitativamente* distinto do de reformá-la [...] porque, em um caso, se entende por Constituição a decisão de totalidade e, no outro, a lei constitucional”⁴¹ (SCHMITT, 1982, p. 50). O ato de reformar ou revisar a Constituição não pode ser sinônimo de sua supressão ou destruição. Perante o sentido substancial da Constituição, parece natural fazer tal diferenciação entre reforma e supressão da Carta política. A reforma atinge as leis constitucionais, podendo significar a sua alteração, eliminação ou a inclusão de novas prescrições legal-constitucionais. A supressão atinge a Constituição, a decisão política fundamental. As opções fundamentais que compõem a identidade da Constituição não podem ser alteradas sem que haja descontinuidade, porque aí não se estaria diante de uma verdadeira reforma, mas em face de uma supressão; a substituição de uma Constituição por outra. Schmitt (1982, p. 115) defende, inclusive, que

política”; “la decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal”. (SCHMITT, 1982, p. 45, 46, 104)

⁴⁰ “Los límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de «reformar la Constitución», atribuida por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo”. (SCHMITT, 1982, p. 119)

⁴¹ “El acto de dar la Constitución es cualitativamente distinto del de reformala [...] porque en un caso se entiende por constitución la decisión de totalidad, y en otro, la ley constitucional”. (SCHMITT, 1982, p. 50)

mesmo a palavra reforma constitucional (revisão) é inexata, porque não se trata de reformas da Constituição propriamente dita, mas tão só das determinações legal-constitucionais.

Desta maneira, o argumento da identidade da Constituição material afirma que em toda a Carta Política existem conteúdos que escapam ao exercício da competência reformadora, haja, ou não, previsão explícita dessa reserva de identidade. Nesse sentido vem a lição do próprio Schmitt, ao consignar que, nas ocasiões em que uma expressa prescrição legal-constitucional proíbe uma certa reforma da lei fundamental, isto não é mais que confirmar a diferença entre revisão e supressão da Constituição. Fato ainda mais notório nos casos em que se vedam expressamente as reformas que vulnerarem o *espírito* ou os *princípios* da Constituição (SCHMITT, 1982, p. 121).

Todavia, cumpre frisar que nem sempre o conteúdo irreformável da decisão política fundamental coincide com as matérias que o poder constituinte originário, mediante a enunciação de limites expressos ao poder de revisão, recobre com o manto da intangibilidade. Essa discordância pode-se dar para mais ou para menos. Em alguns casos, como, por exemplo, naquelas Constituições que não trazem quaisquer cláusulas expressas de irreformabilidade, o resguardo da identidade da Constituição material certamente colocará limites mais abrangentes ao poder reformador. Em outros, as coisas são diferentes. Em textos constitucionais que trazem um extenso rol de limites explícitos, basear a vinculação do poder reformador no princípio da identidade da Constituição material pode servir para minorar o valor jurídico de alguns dos limites expressos.

Nesse caso, a utilização do princípio da preservação da identidade da Constituição material bem poderia delimitar diferentes categorias de limites. Algumas intransponíveis, por dizerem com o núcleo de identidade da lei maior; outras superáveis, mediante alguma técnica específica de reforma, por situarem-se fora dessa circunscrição.

Exemplar, nesse sentido, é a distinção, proposta por Jorge Miranda (2000, p. 204-205), em face da Constituição da República Portuguesa, entre dois graus de limites expressos de revisão. De um lado, situam-se os limites de revisão de primeiro grau, aqueles que exibem direta e imediatamente princípios fundamentais da Constituição. De outro, limites de segundo grau, aqueles que incorporam princípios que o legislador constituinte alçou ao nível de limites materiais, sem que, apesar disso, estejam identificados com a essência da Constituição. No primeiro caso, a natureza da norma que enuncia o limite é meramente declarativa. No segundo, adquire também função constitutiva, pois atribui aos limites nela enunciados um regime de supra-rigidez, o qual não existiria na falta dessa cláusula explícita.

A implicação prática dessa categorização revela-se diante de uma potencial supressão destas cláusulas pelo legislador de revisão. Segundo o constitucionalista português, na hipótese de eliminação das cláusulas de limites de segundo grau, à medida que são as próprias cláusulas explícitas que os constituem como limites, haverá, automaticamente, o desaparecimento dos respectivos limites. Assim, eles não terão de ser observados numa próxima revisão, aplicando-se, nesse caso – e apenas nele –, o mecanismo da dupla revisão⁴² (MIRANDA, 2000, p. 210). Contrariamente, se forem eliminadas cláusulas concernentes a limites de revisão de primeiro grau, nem por isso estes limites deixarão de se impor ao futuro legislador de revisão (MIRANDA, 2000, p. 209). Eles permanecem implícitos como componentes do núcleo de identidade da Constituição.

Fica evidente, assim, que o princípio da identidade da Constituição material circunscreve o âmbito dos limites materiais à função reformadora de maneira diferente daquela que é feita pelo argumento do poder reformador.

De acordo com o argumento do poder reformador, o que determina a existência de limites é uma regra de *autoridade*. Tudo aquilo que for definido pela autoridade superior, o poder constituinte, com respeito à forma ou substância da reforma constitucional, obriga o poder reformador.⁴³ O posicionamento do Ministro Celso de Mello, antes citado, é lapidar no uso desse referencial, ao tratar o poder reformador como um poder “subordinado às prescrições jurídicas condicionantes estabelecidas com absoluta supremacia pelo texto da Lei fundamental”.

Já no caso da aplicação do princípio da identidade da Constituição material, os requisitos para a identificação dos limites são outros. Aqui vale uma regra de *identidade*.

⁴² A dupla revisão pretende a superação dos limites materiais explícitos por meio de um processo de duas etapas. Num primeiro momento, seguindo-se o procedimento regular de emenda constitucional, modifica-se a norma de limites expressos. Num segundo momento, fazendo novo uso do procedimento de emenda, modifica-se a norma anteriormente protegida por aquela cláusula, norma esta que já não mais se encontra petrificada, haja vista a alteração precedente da cláusula de limites expressos.

⁴³ Como foi destacado, a única categoria de limites materiais implícitos necessariamente imposta pelo conceito de poder reformador é aquela que impede o órgão de revisão de alterar o processo de reforma constitucional. Se esse impedimento é de *grau mínimo*, ou seja, proíbe apenas a transformação de uma constituição rígida em constituição flexível; de *grau médio*, o qual proíbe apenas modificações voltadas à facilitação do processo de reforma; ou de *grau máximo*, proibindo absolutamente qualquer alteração no processo de reforma, seja para facilitar ou dificultar tal processo, é uma questão que foge ao âmbito desse trabalho, a qual, entretanto, ganha relevância prática em face da edição da Emenda Constitucional n.º 45, de 8.12.2004. Esta Emenda criou um novo mecanismo de reforma da CRFB/88, além daquele já previsto no art. 60, ao inserir no artigo 5º o § 3º que preceitua: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” A constitucionalidade dessa Emenda pode vir a ser questionada na medida em que já houve, no Supremo Tribunal Federal, manifestação, ainda que isolada, no sentido de que “as matérias relativas ao processo de emenda ou de revisão são intangíveis, não podem ser alteradas pelo poder de revisão, que é poder constituído”. (Ministro Carlos Velloso, ADIn 830/93, p. 200)

Tudo aquilo que disser respeito à decisão política fundamental, à Constituição material, aos princípios basilares da Constituição, ou seja, todos aqueles elementos que compõem o núcleo de identidade da Lei Magna, conformam barreiras ao legislador de revisão. Representativa desta hipótese foi a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence quando, na ADIn 1.497-8/DF, em 09.10.1996, negou que o princípio tributário da não-cumulatividade fosse cláusula pétrea da Constituição de 1988. Disse ele: “A cumulatividade, sim, reflete-se como um direito do contribuinte, mas, ainda, assim, recuso-me a dar-lhe um caráter de princípio, de tópico de identificação da Constituição, porque é isso que dá sentido às limitações materiais” (ADIn 1.497/96, p. 109).

O efeito digno de nota dessa distinção de critérios é que os intérpretes, ao optarem por uma ou outra estratégia argumentativa, poderão muito bem chegar a resultados conflitantes no delineamento dos limites materiais à competência reformadora. O que caracteriza um limite irrenunciável para um adepto da teoria do poder reformador pode não ser nada de mais para aqueles que proclamam o argumento da identidade da Constituição material e vice-versa.

Fixados esses parâmetros, é possível avançar ainda mais duas diferenças que separam a justificação dos limites de reforma baseada no princípio da identidade da Constituição material daquela fundada no conceito de poder reformador.

Em primeiro lugar, convém destacar que a necessidade de respeito ao núcleo de identidade da Constituição – à decisão política fundamental – não depende da existência de uma Constituição rígida. É dizer, ela subsiste mesmo em face de Constituições flexíveis – como a da Inglaterra, por exemplo –, nas quais não existe uma supremacia formal da lei constitucional sobre a lei ordinária, e o dogma da soberania do Parlamento possibilita acordarem-se leis constitucionais pelas vias do procedimento legislativo ordinário. Como postula Schmitt (1982, p. 114), “seria inexato sustentar que a Inglaterra poderia transformar-se em uma República soviética mediante ‘simple acordo majoritário do Parlamento’”.⁴⁴

Em segundo lugar, o argumento da identidade não está atrelado a nenhuma teoria específica da legitimidade do poder constituinte, como a teoria do poder constituinte do povo que opera na definição do conceito de poder reformador. O decisionismo de Schmitt não deixa margem a discussões nesse ponto:

⁴⁴ “Seria inexacto sostener que Inglaterra pudiera transformarse en una República soviética mediante ‘simple acuerdo mayoritario del Parlamento’”. (SCHMITT, 1982, p. 114)

No fundo de toda a normação reside uma *decisão política do titular do poder constituinte*, é dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica.⁴⁵ (SCHMITT, 1982, p. 47, tradução livre, grifo no original)

Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política.⁴⁶ (SCHMITT, 1982, p. 93, tradução livre)

Uma constituição é legítima – isto é, reconhecida, não só como situação de fato, mas também como ordem jurídica – quando a força e autoridade do Poder constituinte em que descansa sua decisão é reconhecida.⁴⁷ (SCHMITT, 1982, p. 104, tradução livre)

Não restam dúvidas, portanto, que se trata de duas formas distintas de fundamentação da natureza juridicamente vinculada do poder de emenda. Mas, cabe inquirir: seriam elas as únicas?

Há quem se limite a estas duas opções no enfrentamento do problema (MIRANDA, 2000, p. 193). Há, de outro modo, quem arrole uma ampla gama de argumentos justificadores para a existência dos limites às emendas constitucionais. Em um instigante estudo sobre o tema, Walter F. Murphy (1995, p. 175-181), professor da Universidade Princeton, chega a apresentar um catálogo de cinco fontes de limites materiais: 1) proibições explícitas no texto; 2) distinções textuais entre emenda, revisão e transformação; 3) proibições encravadas na estrutura do texto; 4) proibições impostas pela teoria normativa que serve de base à Constituição; 5) proibições impostas pelos direitos, a justiça e o Direito natural.⁴⁸ Sem querer optar por uma ou outra posição, cabe reconhecer que a classificação mais dilatada de Murphy, embora forneça argumentos que, às vezes, podem sobrepor-se uns aos outros, deixa ver algumas faces até agora submersas do problema da contenção jurídica das reformas constitucionais. Dentre estes, dois merecem especial consideração.

Um deles é que, em rigor, a tese do princípio da identidade da constituição material envolve três aspectos mais ou menos complementares. São eles: o conceito de

⁴⁵ “*En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía Auténtica*”. (SCHMITT, 1982, p. 47)

⁴⁶ “*Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política*”. (SCHMITT, 1982, p. 93)

⁴⁷ “*Una Constitución es legítima – esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica – cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida*”. (SCHMITT, 1982, p. 104)

⁴⁸ Os termos utilizados por Murphy são os seguintes: “*prohibitions explicit in the text*”; “*textual distinctions among amending, revising and transforming*”; “*prohibitions embedded in the structure of the text*”; “*prohibitions imposed by the normative theory in the constitution*”; “*prohibitions imposed by natural law, justice and rights*”. Optou-se por traduzir a expressão “*prohibitions imposed by the normative theory in the constitution*” como “proibições impostas pela teoria normativa que serve de base à constituição” pelo fato de que o enunciado “*in the constitution*”, traduzido como “na constituição”, dá margem a dubiedades desnecessárias. Como o próprio autor esclarece, este tipo de limitação refere-se à “força limitadora das teorias normativas sobre as quais a democracia constitucional está baseada” (“*the limiting force of the normative theories on which constitutional democracy is based*”). (MURPHY, 1995, p. 178)

reforma (emenda); a noção de *estrutura* da Constituição; a idéia de *legitimidade* da Constituição.

O primeiro é um aspecto semântico, apontado no ponto nº 2 do rol de Murphy. A palavra *emendar* significa corrigir ou melhorar; não substituir um sistema por outro ou abandonar seus princípios primários (MURPHY, 1995, p. 177). Por isso, pode-se dizer, com Schmitt (1982, p. 119-120), que os limites da faculdade de reformar a Constituição resultam do bem entendido conceito de reforma constitucional, à medida que reforma constitucional não é supressão da Constituição.

Os outros dois aspectos tangem ao correto entendimento e apreensão daquilo que o argumento denomina “identidade da Constituição material”. Eles definem duas orientações teórico-interpretativas em torno desse conceito. Uma está presente naquilo que Murphy nomeia “proibições encravadas na estrutura do texto”. A Constituição, tomada como uma unidade, reflete certos princípios gerais e decisões fundamentais aos quais suas disposições individuais são subordinadas (MURPHY, 1995, p. 177-178). Logo, a identidade da Constituição material deve ser captada através da sua conformação estrutural, valorizando-se a sua integridade arquitetônica, sua qualidade geral como desenho institucional. Ao invés de estender-se por todo o esquema constitucional para pontuar elementos questionavelmente mais fundamentais segundo uma hierarquia de valores qualquer, deve-se buscar os princípios essenciais da Constituição, tendo como referencial a coerência do documento constitucional como um todo, não seus preceitos isolados. São os princípios estruturantes da Constituição que formam seu núcleo intangível.

A outra orientação sobressai na esfera das “proibições impostas pela teoria normativa que serve de base à Constituição”. A identidade da Lei fundamental torna-se, então, dependente do referencial de legitimidade normativo-material em que a Carta repousa. Assim, numa democracia constitucional, reformas constitucionais que viessem a destruir ou causar um dano irreparável aos valores e princípios fundamentais da democracia e do constitucionalismo seriam inválidas (MURPHY, 1995, p. 178-180). Uma emenda que eliminasse o direito de uma minoria ou maioria, atual ou futura, à participação significativa no autogoverno, não poderia ser legitimamente aceita. Da mesma forma, uma revisão cujo conteúdo fosse atentatório à dignidade humana seria insuportável. Nessa perspectiva, o núcleo de identidade da Constituição é delimitado pela teoria normativa que funda a sua legitimidade.

É na conjunção desses três aspectos que se devem compreender afirmações como a de Jorge Miranda (2000, p. 201-202), para quem, “o problema dos limites materiais de revisão reconduz-se, no fundo, ao traçar de fronteiras entre o que vem a ser a função própria de uma revisão e o que já seria convalidação em uma Constituição diferente”. Pois, essa demarcação de fronteiras depende, essencialmente, de qual é o critério que serve de referencial à identidade de uma determinada Constituição. E, como visto, esses critérios podem ser de duas ordens. De um lado, critérios de *estrutura* da Constituição. De outro, critérios de *legitimidade* da Constituição. Estrutura e legitimidade nem sempre coincidem. Conforme pontua Gustavo Just da Costa e Silva (2000, p. 108), “um determinado elemento da Constituição pode ser estruturalmente central para a sua caracterização mas, ao mesmo tempo, irrelevante ou secundário para a sua legitimação”.

Essa variedade de critérios acarreta conseqüências não desprezíveis para o intérprete interessado na aplicação de um determinado limite material de reforma. Sem embargo, sua importância poderá variar de acordo com as peculiaridades de cada texto constitucional e das suas tradições interpretativas. De qualquer modo, na presente ocasião, basta tão-somente chamar atenção para os dois sentidos do princípio da identidade da Constituição material: a identidade-estrutura e a identidade-legitimidade.

A outra face, por enquanto negligenciada, do problema das justificativas à vinculação do legislador que reforma a Constituição reside no último dos fundamentos indicados por Murphy, as “proibições impostas pelos direitos, a justiça e o Direito natural”. Em consonância com esse fundamento, o legislador reformador deve respeito aos princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica. Nesse sentido, uma emenda à Constituição pode ser inválida por infração do Direito supralegal não positivado. A nota particular desta sorte de limitações é que elas geralmente existem fora do sistema constitucional (MURPHY, 1995, p. 180-181). Conquanto algumas constituições incorporem expressamente estes elementos, fazendo deles parte do Direito positivo, um intérprete pode reclamar a sua operatividade ainda na ausência de uma firme base textual.

A questão que se coloca é saber se as proibições impostas pelo Direito natural – obviamente, diante do ponto de vista daqueles que aceitam essa teoria – confeccionam uma justificativa autônoma para a existência de limitações ao legislador de revisão. Ou se, pelo contrário, ela estaria absorvida por algumas das justificativas anteriormente expostas.

1.3.3 Direito supralegal

Não apresenta grandes dificuldades reconhecer que a existência de proibições impostas por um Direito supralegal não pode ser reconduzida ao conceito de poder reformador. O Direito natural sobrepõe-se e serve de fundamento de validade ao Direito positivo, portanto, à própria Constituição. A obrigatoriedade do Direito natural é prévia e independente de qualquer poder estatal. Ele antecede o próprio Estado. Mesmo o poder constituinte – para muitos uma entidade pré-jurídica, que tem o poder de fundar tudo, sem estar fundado em nada –, em qualquer hipótese, superior ao poder de revisão, deve sujeitar-se ao Direito natural. Como decidiu o Tribunal Constitucional do Estado alemão da Baviera, em 24 de abril de 1950: “Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional” (*apud* BACHOF, 1994, p. 23).⁴⁹ O Direito supralegal é, por definição, lógica e cronologicamente anterior ao Direito positivo, sendo assim, não há como ser abarcado por uma competência que é criada pelo próprio texto constitucional.

Já a separação entre os limites decorrentes do Direito supralegal e os limites decorrentes do princípio da identidade da Constituição material levanta maiores problemas. Basta lembrar que o mais conhecido defensor da tese da vinculação das normas constitucionais ao Direito supralegal, Otto Bachof (1994, p. 38), utiliza-se da distinção entre Constituição em sentido formal e Constituição em sentido material como ponto de partida da teoria das normas constitucionais inconstitucionais. Entretanto, é indispensável notar que Bachof se aparta fortemente do conceito de Constituição proposto por Schmitt, modelo de definição de Constituição material até aqui utilizado.

Enquanto Schmitt define Constituição como decisão política, Bachof restringe o uso do termo a um sistema de normas jurídicas:

Por constituição em sentido material entende-se em geral *o conjunto das normas jurídicas* sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objetiva mas funcionalmente, então a constituição em sentido material será “o sistema daquelas *normas* que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador”.⁵⁰ (BACHOF, 1994, p. 39, sem grifo no original)

⁴⁹ Em 1951, essa mesma passagem foi citada com aprovação pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do *Southwest Case*, 1 BVerfGE 14 (1951). (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 209)

⁵⁰ Essa definição divide-se claramente em duas partes. Primeiro, a delimitação objetiva do conceito de Constituição material, cuja base está em Georg Jellinek. Segundo, a delimitação funcional desse conceito,

Esta oposição entre decisão política e norma jurídica produz dois padrões completamente antagônicos de avaliação da validade das normas constitucionais. Para Schmitt (1982, p. 46), “a Constituição vale por virtude da vontade política existencial daquele que a dá”.⁵¹ Como decisão política, a Constituição não precisa estar justificada em nenhuma norma ética ou jurídica. Distanciando-se desta posição, Bachof (1994, p. 42) sustenta que a validade de uma Constituição compreende dois aspectos: a positividade e a obrigatoriedade.

A *positividade* deriva da existência da Constituição como expressão de um poder efetivo. A *obrigatoriedade*, por sua vez, tem o sentido de vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado. Se o primeiro sentido da validade é bastante próximo daquele aceito por Schmitt, o segundo é radicalmente divergente. Isto porque a obrigatoriedade refere-se à suportabilidade moral da Constituição, ou seja, diz com normas (éticas ou suprapositivas), não com fatos ou decisões.⁵² O seguinte ensinamento de Bachof não deixa margem à incerteza:

Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os “princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica” e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias. Mas, além disso, só existirá ainda [...] se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente. (BACHOF, 1994, p. 42-43)

Sendo assim, não há como negar que o Direito supralegal transcende a própria idéia de Constituição material, ao menos de acordo com o sentido que tem sido atribuído a esta no curso desse trabalho. Ainda que não se entenda a Constituição material como a decisão política fundamental à forma de Schmitt, mas sim como sinônimo do conjunto de normas essenciais destinadas à função integradora do Estado – aproximando-se, assim, de Rudolf Smend ([1928] 1985, p. 132, 135-137) –, a compreensão da validade e obrigatoriedade de uma Constituição não pode ser reduzida apenas a seu aspecto funcional de integração política. Tratando-se de normas que reclamam obrigatoriedade perante seus destinatários, é preciso levar em conta os padrões do Direito superior que lhes servem de

buscada em Rudolf Smend (BACHOF, 1994, p. 39, notas 46, 47). Isso demonstra que, para Bachof, a Constituição material compõe-se de duas faces. Uma face objetiva: norma. Outra, funcional: integração política.

⁵¹ “*La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da*”. (SCHMITT, 1982, p. 46)

⁵² Elucidativa, a este respeito, é a lição do próprio Bachof, quando justifica a opção de deixar de lado, em sua análise sobre a invalidez das normas constitucionais, todos os significados atribuídos à palavra “Constituição” em que se entende algo diferente de normas jurídicas. Em verdade, diz BACHOF (1994, p. 38), “uma norma só pode ser medida por normas, não por uma situação ou um processo evolutivo.” A questão que se coloca, então, é saber se essas normas-parâmetro são apenas aquelas pertencentes ao ordenamento jurídico positivo, ou se, diversamente, envolvem também um Direito supralegal.

fundamento de validade, ou seja, o Direito natural. Em outras palavras, “o conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o Direito supralegal” (BACHOF, 1994, p. 46). Nesse viés, as normas constitucionais operam num quadro de limitação supralegal. Por conseguinte, “Constituição vigente em sentido material serão apenas os elementos componentes da tentativa jurídico-positiva de realização do ordenamento integrador que não ultrapassem esses limites preexistentes” (BACHOF, 1994, p. 47).

O fato de o Direito supralegal preceder a Constituição positiva – tanto quanto a decisão política fundamental antecede às leis constitucionais e a Constituição material preexiste à Constituição formal – fazendo com que a sua enunciação pelo texto constitucional tenha apenas significado declaratório, não significa que esse Direito supralegal seja equiparado ao núcleo de identidade da Constituição material. Por mais que um seguidor do argumento do núcleo de identidade e um defensor do argumento do Direito natural, eventualmente, ofereçam a mesma resposta quando indagados acerca de quais são os limites à função reformadora; eles o fazem por razões diferentes. Se não por outros motivos, porque o primeiro faz referência a limites cuja fonte é imanente ao próprio sistema constitucional, enquanto o segundo aponta limites cuja fonte transcende esse sistema.⁵³

No caso da identidade da Constituição material, o fundamento dos limites é a própria Constituição enquanto decisão política fundamental. Logo, o limite não está fora do sistema constitucional; está, sim, no seu âmago. Por isso, as transformações internas ao sistema não podem suprimir a Constituição e, conseqüentemente, a atividade de reforma, revisão ou emenda constitucional está sujeita a contenções.

Por sua vez, a autoridade do Direito supralegal pode ter as mais diversas origens: a razão do homem, a vontade divina ou a natureza das coisas. Em todo caso, ela sempre reside fora e acima de qualquer unidade política constitucionalmente organizada. Concepções em torno do Direito natural, dos direitos inalienáveis do homem ou da justiça têm autonomia, em maior ou menor grau, em relação a qualquer experiência jurídico-constitucional determinada.

Essa distinção entre fontes imanentes e fontes transcendentais pode ser percebida, por exemplo, quando Bachof classifica dois tipos independentes de violação do

⁵³ A noção de sistema constitucional aqui utilizada é extremamente ampla e ultrapassa em muito a idéia de um sistema de normas positivadas. Com base nas categorias de Schmitt poder-se-ia dizer que um sistema constitucional é composto da soma da decisão política fundamental com as leis constitucionais. O que se pretende demonstrar é que o Direito supralegal é um dado prévio a qualquer decisão política ou formalidade jurídico-positiva. A distinção entre fontes imanentes e fontes transcendentais de limitações às reformas constitucionais é feita por Mark E. Brandon (1995, p. 220).

direito constitucional não escrito: (a) *infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição*; (b) *infração do direito supralegal não positivado*. Na primeira hipótese, a barreira é posta por aquilo que o publicista alemão denomina, na esteira de E. v. Hippel, “princípios constitutivos menos patentes do sentido da Constituição”, entre os quais estaria inserida, por exemplo, num Estado federal, a máxima do comportamento não prejudicial à Federação (BACHOF, 1994, p. 64). Já o segundo grupo de limites seria composto pelos “princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica” (BACHOF, 1994, p. 42); por “uma ordem de valores anterior ao Direito e a que este está sujeito” (BACHOF, 1987, p. 46).

Seja lá o que o autor entenda pela expressão “princípios constitutivos do sentido da Constituição”, a verdade é que eles não se confundem com o Direito supralegal não positivado. Uma norma constitucional que infrinja este último, ainda que produzida pelo poder constituinte, não pode reivindicar nenhuma obrigatoriedade jurídica (BACHOF, 1994, p. 68). De outro modo, os princípios constitutivos “encontram-se – na medida em que não forem expressão de Direito supralegal – à disposição do titular do poder constituinte” (BACHOF, 1994, p. 64).

Ademais, não é surpresa nenhuma que ao incluir a obediência a tais “princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição” como condição de validade das emendas constitucionais, Bachof faça expressa referência a Carl Schmitt. Chega mesmo Bachof (1994, p. 65) a citar o trecho em que o constitucionalista de Weimar assinala que a faculdade de revisão “não pode romper o quadro da regulamentação legal-constitucional em que assenta”. O que significa que não apenas o argumento do Direito suprapositivo e o argumento da identidade da Constituição diferem enquanto razões para a existência de limites à reforma, como também que eles podem muito bem levar a conclusões diferentes quando da identificação pormenorizada desses limites.

1.4 Juízo de constitucionalidade e interpretação

De acordo com os três tipos de argumentos levantados, quando ocorre um conflito entre uma norma constitucional, que limita expressamente o conteúdo das decisões do poder de revisão, e uma emenda constitucional, a solução se dá por um de três cânones: 1) o que distingue “poder constituinte” de “poder reformador”, atribuindo primazia ao primeiro; 2) o que separa a “Constituição material” da “Constituição formal”, ou, na expressão de Schmitt,

a “Constituição” das “leis constitucionais”; 3) o que define a preeminência do “Direito supralegal” sobre o “Direito positivo”. Em qualquer caso, o controle judicial de constitucionalidade das emendas segue a mesma lógica. Existe uma norma com pretensão de validade jurídica, editada pelo órgão competente, em conformidade com os procedimentos e as condições devidos, que deve ser comparada a um parâmetro normativo superior. Havendo desconformidade entre o preceito introduzido pelo processo de reforma e tal parâmetro mais elevado, a emenda é julgada inconstitucional.

Contudo, ninguém enxerga nenhum dos três cânones que auxiliam a resolver o conflito entre limites materiais de reforma e emendas constitucionais – a primazia da autoridade constituinte, da constituição material, ou do direito supralegal – presente no interior das próprias normas conflitantes. Esses critérios não são referidos nem na norma que estabelece uma cláusula imodificável nem, tampouco, na emenda que com ela contrasta. A primazia daquela em relação a esta é fruto de considerações exteriores às próprias normas, sejam elas concernentes às idéias de Constituição rígida, de supremacia da Constituição ou de poder constituinte do povo; de alguma teoria acerca da identidade da Constituição material; ou do reconhecimento de um Direito pré-estatal.

O fato é que, diante das mesmas normas em conflito, poder-se-iam aplicar critérios absolutamente opostos. Inclusive, tendo em conta apenas os textos legais, aqueles três cânones poderiam até mesmo ser frontalmente contrariados, ou seja, o próprio caráter vinculativo dos limites materiais de reforma poderia ser contestado. É plausível, por exemplo, que alguém defenda a ausência de força obrigatória das cláusulas de intangibilidade, pois, segundo esse intérprete, deve vigor, acima de tudo, a máxima de que “um povo é sempre senhor de alterar a sua Constituição”. Logo, a geração presente não pode estar atada às opções das gerações passadas, não devendo, por isso, observância a limites materiais de revisão. Do mesmo modo, seria possível infirmar a distinção entre Constituição formal e material, bem como, sustentar que o Direito se reduz às regras postas pelo Estado, e, em razão disso, não há nada que se possa assemelhar a um Direito supralegal. Perante tais argumentos, não há dúvida, seriam as emendas que prevaleceriam sobre as cláusulas de limites explícitos.

Não obstante, independentemente da aceitação ou negação de qualquer desses pontos de vista, uma coisa é indiscutível, quando duas normas entram em conflito não há como estabelecer relações de prioridade entre elas senão apelando para alguma outra regra, máxima, ou diretiva exterior às próprias regras conflitantes. Quando o aplicador se encontra na impossibilidade de cumprir, diante de uma mesma situação de fato, os mandamentos de

duas normas diferentes, ele se vê obrigado a apelar para uma terceira regra – uma regra sobre conflito de normas – que lhe possibilite determinar qual a norma aplicável ao caso. Com a inconstitucionalidade – desconformidade de uma lei, ato normativo ou emenda com a Constituição – não é diferente.

Tendo em vista que este trabalho focaliza os problemas de aplicação dos limites materiais de reforma oriundos da cláusula dos direitos e garantias individuais da CRFB/88 – ou seja, determinados conteúdos que não podem ser contrariados pelo legislador reformador – importa abordar com atenção especial o juízo de constitucionalidade. A consciência dos principais aspectos e problemas envolvidos nessa espécie de julgamento permitirá compreender por que nenhum dos três fundamentos tradicionalmente apresentados para a vinculação constitucional do poder de emenda mostra-se suficiente para resolver as dúvidas que, invariavelmente, surgem no momento da aplicação das provisões de limites materiais.

“Inconstitucional é, como é óbvio, a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição” (BITTENCOURT, [1949] 1997, p. 53). É justo ressaltar que a doutrina costuma distinguir dois tipos de fundamentos que dão margem à inconstitucionalidade. Fala-se em inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material (CLÈVE, 2000, p. 39, 42). A inconstitucionalidade formal origina-se da inobservância de algum dispositivo constitucional relativo à forma de elaboração do ato controlado, diga ela respeito ao agente competente, ao procedimento ou às circunstâncias do exercício desta competência. De outro modo, a inconstitucionalidade material deve-se à inobservância das restrições de conteúdo impostas pela Constituição. É o caso em que uma lei autoriza ou obriga uma conduta que uma norma constitucional proíbe. Por motivos óbvios, as considerações seguintes restringir-se-ão apenas a essa segunda modalidade.

O juízo de constitucionalidade material é a decisão de um conflito de normas jurídicas com base em uma regra específica de colisão. Tal regra é aquela que diz que, num conflito entre normas de diversa hierarquia, a norma superior precede a inferior (*lex superior derogat legi inferior*). Pelo menos, é assim que o juízo de constitucionalidade tem sido pensado e aplicado. Foi este o sentido dado por Alexander Hamilton em *O Federalista*, n. 78, ao defini-lo como um exercício de arbitramento judicial na decisão entre duas leis contraditórias (HAMILTON, 2003, p. 478).

Aliás, é justamente no fato de o julgamento de constitucionalidade não passar da solução de um caso de conflito entre leis contraditórias que se apóia o argumento tradicional em defesa do controle judicial de constitucionalidade (FREEMAN, 1994, p. 194-195). A lógica do argumento é evidente. A interpretação das leis é província de juízes e tribunais. A Constituição é a lei fundamental. Portanto, incumbe aos juízes averiguar seu significado, bem como o de qualquer outra lei. No caso de divergência irreconciliável entre Constituição e lei, a norma que tem obrigatoriedade e validade superior deve, sem dúvida, ser preferida; isto é, prevalece a Constituição.

Pergunta-se: o juízo de constitucionalidade seria, então, derivado pura e simplesmente da contraposição de um texto superior, a Constituição, a um texto inferior, a lei? É cediço que os julgamentos de constitucionalidade exigem que seja apontado qual o preceito legal objeto de controle e qual o dispositivo constitucional que estaria a ser violado por ele, ao que se segue a contraposição de ambos (BITTENCOURT, 1997, p. 53). Mas isso é apenas metade da verdade. O que se confronta, de fato, são interpretações a respeito de ambos os textos. Compara-se o sentido que o juiz retira do dispositivo constitucional com o sentido extraído do texto da lei.

Como não são apenas textos, mas interpretações de textos, que são contrapostas, surge um novo problema. Como aferir que o sentido que o juiz extraiu de cada um dos textos é o sentido verdadeiro ou correto? Chega a ser um truísmo afirmar que pessoas diferentes podem chegar a conclusões diferentes derivadas da leitura de um mesmo texto. Quando, por exemplo, uma norma proíbe a condução de veículos em um parque público, algumas pessoas enxergam aí apenas uma proibição do trânsito de carros e caminhões, enquanto outras pessoas podem reivindicar que também charretes e bicicletas estão proibidas. Como, então, definir qual interpretação é legítima?

Alcança-se, mais uma vez, o desafio de estabelecer relações de precedência entre enunciados conflitantes, não mais as próprias normas, porém enunciados que interpretam normas. Quer dizer que, para solucionar este conflito de interpretações, é preciso apelar para regras, máximas, ou diretivas externas aos próprios enunciados interpretativos.

As considerações acima enfatizam uma característica importante do juízo de constitucionalidade. Como assentaram Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf (1991, p. 69), “o controle judicial de constitucionalidade é em si uma prática extratextual”.⁵⁴ No intuito de

⁵⁴ “[...] *judicial review is itself an extra-textual practice*”. (TRIBE; DORF, 1991, p. 69)

solucionar conflitos interpretativos, é preciso que o intérprete vá para fora dos quatro cantos do texto constitucional. Nesses casos controversos, a interpretação inevitavelmente terá de buscar auxílio em recursos que nem são puramente lingüísticos nem estão implícitos no texto. Assim, mostra-se essencial o uso de argumentos políticos,⁵⁵ ou de argumentos de moral política, para lembrar o termo preferido por Ronald Dworkin. De modo que a correta interpretação dos dispositivos constitucionais – aquela que se mantêm fiel ao sentido do texto – dependerá da argumentação sobre princípios políticos (LYONS, 2000, p. 380).

Existem várias formas de lidar com isso. Uma forma de resolver o conflito de interpretações seria identificar um único sujeito como responsável pela interpretação obrigatória. Assim, em caso de dúvida, valeria sempre a interpretação desse ser supremo. No âmbito do controle de constitucionalidade, tal visão teve seus defensores. Não era outra a proposta de Carl Schmitt ([1931] 1983, p. 249) quando advogava que o guardião da Constituição alemã, ao invés de ser um tribunal, deveria ser o Presidente do *Reich*. Contudo, essa opção, tomada isoladamente, leva à institucionalização da arbitrariedade. Ela define um critério de força e autoridade, não de validade.⁵⁶ A não ser que venha acompanhada de alguma crença nas capacidades divinas dessa autoridade, o que parece pouco plausível nas modernas democracias ocidentais, ela simplesmente desobriga este sujeito supremo de seguir qualquer regra que não as suas próprias inclinações. As interpretações valem não porque estão amparadas em boas razões, mas porque são frutos de uma vontade cuja força é superior às demais.⁵⁷ Contra esta visão pesa sempre a objeção de ser propícia à tirania, seja do *Führer*, seja das maiorias populares, seja de um tribunal supremo.

⁵⁵ O termo “argumentos políticos” não é aqui utilizado com o sentido de argumentos voluntaristas e alheios ao Direito, como ocorre quando se traça uma oposição entre juízes que decidem politicamente e juízes que decidem juridicamente, diante da qual razões políticas são sinônimos de motivos discricionários. Argumentos políticos – ou melhor, argumentos de moral-política – são aqueles que são externos ao texto da Constituição, mas que nem por isso estão menos sensíveis à exigência de justificação racional. Nesse sentido, eles são indispensáveis à fiel interpretação do texto.

⁵⁶ Para Schmitt (1983, p. 90), um pronunciamento que, resolvendo uma divergência de opiniões, define o conteúdo duvidoso de uma lei formulada na Constituição não tem a pretensão de convencer a todos do seu resultado, mas sim suprimir a dúvida de um modo autoritário. Nesses casos, é o elemento decisão e não o elemento de respeito às normas constitucionais que prepondera. É por essa razão que, em seu entender, “quando se adotam critérios jurídico-constitucionais interessa mais, e exclusivamente, o *quis judicabit*, é dizer, a decisão concreta e pessoal do que a pseudonormatividade de uma competência judicial” (*quando se adoptan criterios jurídico-constitucionales interesa más, y exclusivamente, el quis judicabit, es decir, la decisión concreta y personal que la pseudonormatividad de una competencia judicial*) (SCHMITT, 1983, p. 69).

⁵⁷ O que não significa que nos sistemas jurídicos desenvolvidos não exista uma grande margem de autoridade para que as decisões judiciais, independentemente da legitimidade que elas exprimem, devam ser obedecidas (FISS, 1982, p. 755). Contudo, isso é muito matizado no âmbito do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, pois aí o confronto se dá entre dois poderes coordenados do Estado, Judiciário v. Legislativo ou Judiciário v. Executivo. Nesta seara, mais que em qualquer outra, a força das decisões judiciais

Outra alternativa para dito conflito seria apelar para algum critério objetivo que permita diferenciar quais as interpretações aceitáveis e quais as interpretações inaceitáveis. Aqui, novamente, duas fronteiras se abrem. Pode-se optar por um critério procedimental, segundo o qual uma interpretação correta é aquela produzida em conformidade com as condições e exigências de um procedimento previamente determinado, independente de qual o resultado concreto dessa interpretação. Pode-se, também, optar por um critério de correção substancial, segundo o qual uma interpretação é correta quando atinge determinados resultados previamente definidos como valiosos.⁵⁸

Neste ponto, não cabe analisar qual seja a melhor linha de justificação política que deverá guiar a interpretação constitucional. Pretende-se apenas identificar os problemas envolvidos em juízos de constitucionalidade. São ao menos dois os problemas. Um, pouco controvertido. *O juízo de constitucionalidade envolve a aplicação do critério hierárquico para solucionar conflitos entre normas jurídicas.* O outro, fonte de infundáveis discussões. *O juízo de constitucionalidade envolve um problema interpretativo.*

Reconhecer a dimensão interpretativa do juízo de constitucionalidade significa aceitar a presença de desacordos, por parte dos intérpretes constitucionais, sobre o fiel sentido do texto constitucional. Essa é uma compreensão que permeia o discurso constitucional moderno desde seus primórdios. Seu enunciado clássico pode ser encontrado na opinião do juiz Joseph Story, da Suprema Corte norte-americana, no caso *Martin v. Hunter's Lessee*, julgado em 1816, quando ele sustentou, com o objetivo de garantir a uniformidade da interpretação constitucional em todo o território dos Estados Unidos, o poder do Judiciário Federal de rever as decisões sobre a Constituição norte-americana tomadas pelos tribunais estaduais:

Um motivo [...] perfeitamente compatível com o mais sincero respeito pelos tribunais estaduais pode induzir a admitir o poder de apelação sobre as suas decisões. Este motivo é a importância, e mesmo a necessidade, de uniformidade das decisões por todo os Estados Unidos [...]. Juizes de igual erudição e integridade, em diferentes estados, podem interpretar diferentemente uma lei, ou um tratado dos Estados Unidos, ou mesmo a Constituição: Se não houvesse autoridade revisora para controlar estes julgamentos discordantes e dissonantes, e harmonizá-los dando-lhes uniformidade, as leis, tratados, e a constituição dos Estados Unidos seriam diferentes em diferentes estados, e poderiam, talvez, nunca ter a mesma construção, obrigação,

está ligada ao seu poder de convencimento. Como dizia Hamilton, o Judiciário não tem nem a bolsa nem a espada, só o juízo.

⁵⁸ A distinção apresentada entre correção procedimental e correção substancial de enunciados interpretativos inspira-se, em larga medida, na discussão de John Rawls (1997, p. 90-92) em torno do conceito de justiça procedimental pura – que o autor diferencia dos conceitos de justiça procedimental perfeita e da justiça procedimental imperfeita.

ou eficácia, em quaisquer dois estados.⁵⁹ (*apud* PAULSON, 2003, p. 226, tradução livre)

Isso cria um enorme desafio. Torna-se irremediável enfrentar aquilo que Stanley Fish (1982, p. 551) qualificou como a questão central da prática jurídica: “Qual é a fonte da autoridade interpretativa?” Quais os padrões e referenciais que permitem dizer que um enunciado interpretativo é melhor ou mais acertado do que outro? Em que bases pode-se afirmar que uma decisão judicial é arbitrária e outra é razoável? Enfim, é preciso buscar as “regras disciplinadoras” da interpretação, que constroem o intérprete e constituem os *standards* através dos quais a correção de um enunciado interpretativo deve ser julgada (FISS, 1982, p. 744).

Mas não só isso. Defender que o juízo de constitucionalidade lida com um conflito de interpretações requer uma série de considerações complementares. Em primeiro lugar, porque se pode discutir se realmente a aplicação das normas constitucionais envolve autênticos problemas interpretativos. Em segundo lugar, porque se pode questionar a possibilidade de solucionar problemas interpretativos objetivamente. É o caso de enfrentar, ainda que superficialmente, essas duas objeções.

A primeira objeção poderia ser entendida de duas formas. Por um lado, como uma afirmação de que problemas interpretativos genuínos não existem, o que existe são simplesmente pessoas mal informadas e despreparadas, que obscurecem questões no fundo claras e incontroversas. Tal entendimento, difundido por uma jurisprudência mecânica e formalista, baseia-se num modelo dedutivo de aplicação do Direito. De acordo com ele, a decisão, em qualquer caso jurídico, infere-se logicamente das normas vigentes, unidas a conceitos jurídicos por certo pressupostos e a proposições empíricas. Como todos os casos são tais que uma única decisão correta é conclusivamente determinada por uma regra de Direito já existente, a qual o juiz é estritamente obrigado a aplicar, só existem duas causas para decisões judiciais desconformes à lei. A falta de conhecimento dos fatos por parte do juiz. O que poderia levá-lo a escolher a norma desajustada ao caso, pois a seleção da norma pertinente depende do pleno conhecimento das circunstâncias fáticas envolvidas. A incompetência do

⁵⁹ “A motive [...] perfectly compatible with the most sincere respect for state tribunals, might induce de grant of appellate over their decisions. That motive is the importance, and even necessity, of uniformity of decisions throughout the whole United States [...] Judges of equal learning and integrity, in different states, might differently interpret a statute, or a treaty of the United States, or even he constitution itself: if there were no revising authority to control these jarring and discordant judgements, and harmonize them into uniformity, the laws, the treaties, and the constitution of the United States would be different in different states, and might, perhaps, never have precisely the same construction, obligation, or efficacy, in any two states”. (*apud* PAULSON, 2003, p. 226)

juulgador, pois, conhecidos suficientemente os fatos, uma decisão infeliz só poderia ser consequência do desconhecimento dos conceitos e das normas jurídicas vigentes.

As razões do insucesso dessa objeção são de todo evidentes. Basta constatar, como faz Robert Alexy (1995, p. 37), que ela não leva em conta a vagueza da linguagem do Direito; a possibilidade de conflitos e colisões de normas; a existência de lacunas no Direito; e a possibilidade, não completamente excluída na maior parte dos sistemas legais, da ampliação do Direito ante o texto de uma norma.

Por outro lado, essa primeira crítica pode ser vista como uma afirmação de que os problemas interpretativos, embora existam nos juízos de constitucionalidade, são tão raros que não são dignos de nota. Sem embargo, mesmo que essa objeção tenha algum fundamento, o que não é de modo algum incontroverso (FISH 1982), ela não atinge o propósito aqui enunciado. Se é que alguém ousaria afirmar que cláusulas sumamente importantes da Constituição de 1988 como, por exemplo, as que dizem que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*) ou que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III) não estão sujeitas a compreensões divergentes, certamente, a expressão “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) direitos e garantias individuais” (art.60, IV, § 4, CRFB/88) está. Ao menos, todos aqueles que viram algum sentido nas perguntas apresentadas no início da segunda seção deste capítulo devem ter concordado com isso.

A segunda controvérsia invoca questionamentos de maior profundidade. Nesse caso, muito embora os críticos aceitem a existência de uma genuína questão interpretativa, eles negam a possibilidade de solucioná-la. Ou, pelo menos, de resolvê-la objetivamente, mediante critérios outros que não as preferências subjetivas do intérprete: seja porque um texto admite inúmeros sentidos, e assim é impossível falar de uma interpretação como verdadeira, boa ou correta e de outra como falsa, errada ou má; seja porque um conflito de interpretações só pode ser resolvido com apoio em metacritérios morais, e na seara dos enunciados morais não é possível falar em objetividade.

Existem várias razões plausíveis para rejeitar essas duas críticas (AARNIO; ALEXY; PECZENIK 1981; BARBER, 1984, p. 13; DWORKIN, 1978, p. 279-290; 2000, p. 251-266; 1996a; FISS 1982; HABERMAS, 2004, p. 267-310; MICHELMAN 1986b; PERRY, 1992, p. 244). Entretanto, a análise aprofundada dessas razões demandaria um

trabalho à parte. Por conseguinte, proceder-se-á à exposição de apenas algumas delas.⁶⁰ O argumento central contra essas críticas, a seguir exposto, é que elas incorrem naquilo que Ronald Dworkin (1996a, p. 127) chamou “falácia arquimediana”.⁶¹ Elas supõem que existe algum jeito de julgar uma proposição normativa por uma forma outra que não por meio de argumentos normativos substantivos. Tais objeções imaginam estar abordando seu objeto de crítica desde algum ponto externo a esse objeto, enquanto, para que façam sentido, estão obrigadas a falar do interior do próprio domínio que almejam criticar.⁶²

Nesse contexto, pode-se aduzir, contra a primeira versão da crítica – identificada por alguns como niilista ou desconstrutivista⁶³ (FISS, 1982, p. 741) –, que uma demonstração concreta de que um texto pode possuir qualquer significado que o intérprete a ele queira atribuir, se quiser ter algum sentido prático, é paradoxalmente dependente de alguma noção sobre o que é verdadeiro, real, valioso ou apropriado.⁶⁴ Quando uma pessoa

⁶⁰ Uma dessas razões diz com o próprio sentido de algo que se possa chamar reforma constitucional. A própria possibilidade de emendar a Constituição pressupõe a determinabilidade da ordem constitucional existente num determinado momento histórico. Reformar significa modificar algo previamente existente. Para reformar é preciso ter consciência de que um texto poderia conter coisas que atualmente não contém. Se a idéia de reformar a Constituição faz sentido, o significado dos dispositivos constitucionais não pode ser absolutamente indeterminado, deve haver limites à interpretação. Do contrário, não haveria diferença entre interpretar e reformar um texto constitucional. Sanford Levinson (1995) e William F. Harris II (1993, p. 165) fizeram notáveis observações correlatas a este ponto.

⁶¹ Para Dworkin (1996a, p. 88), teorias arquimedianas são aquelas que tentam olhar do lado de fora para um corpo integral de entendimento, e julgá-lo na sua totalidade desde premissas ou atitudes que não se apropriem em nada desse mesmo corpo.

⁶² Essa idéia, como formulação geral, é fácil de compreender. Basta reparar que uma teoria não pode se colocar do lado de fora do pensamento, objetivando negar a verdade de todo e qualquer pensamento. Um teórico precisa assumir que algo daquilo que ele pensa não é apenas sua própria invenção ou invenção da sua cultura, mas algo verdadeiro e válido. De outro modo, ele só poderia apresentar suas visões como exibições subjetivas para as quais não é possível dedicar mais do que um “interesse biográfico” (DWORKIN, 1996a, p. 88; BARBER, 1984, p. 37). Como levar a sério a afirmação de um homem que diz que “todos os homens são mentirosos”, senão pressupondo que ele não seja mentiroso?

⁶³ O efeito potencialmente arrasador do desconstrutivismo sobre a interpretação origina-se de que, concebida exclusivamente como método ou técnica interpretativa, a desconstrução parece apropriada somente a desestabilizar todos os significados textuais, mediante o desenrolar sistemático das contradições incrustadas em todos os textos. (ROSENFELD, 1992, p. 158)

⁶⁴ Jack M. Balkin (1993, p. 202), um dos mais influentes teóricos do método desconstrutivo – que remonta ao filósofo francês J. Derrida – na teoria constitucional norte-americana, elabora esse posicionamento numa linguagem mais afeita ao desconstrutivismo: “desconstrução, como uma prática política, ou como uma pragmática (isto é, uma teoria do uso ou ação) não pode evitar o logocentrismo, seja no seu início, no seu meio, ou no seu fim. Desconstruir é sempre engajar-se em uma forma de logocentrismo. É sempre obedecer a uma certa lei sobre onde começar e onde terminar [...]” (*deconstruction, as a political practice, or as a pragmatics (that is, a theory of use or action) cannot avoid logocentrism, either at its beginning, its middle, or its end. To deconstruct is always to engage in a form of logocentrism. It is always to obey a certain law of where to begin and where to end [...]*). O logocentrismo é visto pelos adeptos da desconstrução como um erro metafísico a ser continuamente desafiado. As diferentes posições logocêntricas estão imbuídas de uma procura pelo verdadeiro, o real, o valioso, o adequado. Prioridade e ordenação, avaliação e categorização, são os atos logocêntricos primordiais. A desconstrução intervém nesse quadro para deitar abaixo o que uma vez esteve no alto, para reverter as ordenações e prioridades conceituais sobre as quais se desenvolvem as várias formas de logocentrismo. (BALKIN, 1993, p. 200) Note-se, contudo, que Michel Rosenfeld (1992) realizou uma notável tentativa de salvar a interpretação jurídica de sua redução à mera política – entendida esta em seu sentido

afirma que uma dada interpretação não é melhor ou mais correta que outra, concomitantemente, ela sustenta uma pretensão de correção. Ela reconhece como correto que nenhuma dessas interpretações conflitantes é melhor que a outra. Essa mesma pessoa não pode reclamar, ao mesmo tempo, que um enunciado interpretativo é mais consistente ou detém prioridade sobre outro, ou que alguns enunciados são errados e outros certos. Tal assertiva já não seria apenas mais uma “interpretação”, mas sim uma contradição. Isso significa que dizer que todos os enunciados interpretativos são igualmente válidos, ou igualmente inválidos, é pressupor a existência de algum critério objetivo de verdade ou correção pelo qual os diferentes enunciados interpretativos podem ser avaliados (DWORKIN, 1978, p. 285).

Para desenvolver esse ponto a respeito do problema da indeterminação do Direito e da objetividade das interpretações legais, é útil observar a forma como Richard A. Posner descreve o raciocínio, por meio de quatro passos, de um juiz cético, tendo por base um caso de direito antitruste norte-americano. Este juiz cético reconhece que, em alguns casos difíceis, as bases convencionais da decisão judicial (lei, precedente, doutrina, histórico legislativo, dentre outras) apenas estreitam o âmbito de decisões possíveis, mas, ainda assim, deixam uma *área aberta*. Dentro dessa *área aberta*, o juiz cético tentará decidir o caso de acordo com alguma visão acerca da diretriz política (*policy*) adequada (POSNER, 1988, p. 864).

Segundo Posner (1988, p. 865), o primeiro passo para decidir um duro caso antitruste, um caso não controlado por precedentes, é extrair da história e dos textos legislativos relevantes, das características institucionais dos tribunais e legislaturas, e, na falta de uma orientação definitiva destas fontes, também de uma visão social, um conceito geral de Direito antitruste para guiar a decisão. Um candidato popular para um tal conceito, hoje em dia, poderia ser o conceito econômico de maximização da riqueza. Tendo feito esta escolha, o juiz tentará questionar os precedentes relevantes, e outras fontes, sobre informações que possam auxiliar na decisão do caso. Este é o segundo passo. O terceiro passo é um julgamento de política (*a policy judgement*) (que, em alguns casos, pode se aproximar de uma dedução lógica) resolvendo o caso de acordo com os princípios da maximização da riqueza. O quarto, e último passo, é o retorno aos precedentes, mas agora vistos como autoridades e não mais

pejorativo de busca injustificada, astuta e freqüentemente manipulativa por vantagem na arena política – de modo compatível com o desconstrutivismo, partindo de uma concepção alternativa, ontológica e eticamente constrangida, de desconstrução.

meramente como dados. Nele, o juiz tentará ter certeza de que o julgamento de política feito no passo três não é proibido por um precedente autorizado.

Uma noção é clara a respeito desse raciocínio. As matérias em questão não estão conclusivamente reguladas por normas jurídicas, por isso o juiz teria uma opção discricionária por uma ou outra diretriz política e, conseqüentemente, por uma ou outra decisão. Quer isto dizer que os dispositivos legais e precedentes judiciais que regem o Direito antitruste norte-americano seriam indiferentes à decisão desse caso específico? Enfim, qualquer interpretação destes textos seria válida? Certamente, não. O que este raciocínio revela, parcialmente no primeiro passo e integralmente no quarto, é exatamente o contrário. Afirmar que existe uma *área aberta* ao juízo político discricionário do juiz é, ao mesmo tempo, dizer que todo o espaço de decisão fora dessa área está proibido e que, dentro dessa área, não há prioridade entre as diferentes hipóteses de decisão. Essa afirmação toma por premissa necessária que se possa determinar se o caso está realmente na *área aberta*. O que se faz apenas levando em conta as fontes jurídicas convencionais. Ou melhor, obedecendo-se, apenas e tão-somente, às regras jurídicas relevantes. Isto é, sem qualquer influência da preferência política do juiz. Sendo assim, para que se possa falar em *área aberta* é indispensável sustentar um critério válido que delimite as fronteiras dessa área. Essa é uma questão de certo ou errado, que requer uma resposta objetivamente fundada.

Constata-se, deste modo, que tanto a dicção radical de que nenhuma interpretação legal é melhor que outra, quanto a afirmação mais corriqueira – e modesta – de que, frente a um caso difícil, não existe critério objetivo capaz de indicar uma melhor decisão, estão imbuídas de algum parâmetro de correção dessas decisões. Na versão mais radical, tal parâmetro precisa definir que seja inválida, mentirosa ou falsa, toda a contestação que pleiteia que uma ou algumas interpretações são melhores que outras. Na formulação mais modesta, o parâmetro tem que determinar o que entra e o que não entra na *área aberta* ao juízo político discricionário do intérprete.

A segunda versão da crítica da ausência de objetividade da interpretação defende que os julgamentos morais têm um elemento subjetivo irreduzível (MACKIE, 1977, p. 9). Deste modo, qualquer teoria da interpretação que inclui uma dimensão moral na argumentação jurídica injeta uma correspondente subjetividade nos seus enunciados interpretativos. Não há, conforme essa crítica, objetividade possível em juízos morais, cada um decide de acordo com a sua idéia de bem. Por exemplo, a opinião de que a escravidão é

errada não passa, verdadeiramente, de uma opinião, perfilhada por uns e contestada por outros, que não pode ser julgada objetivamente.

A réplica dessa crítica ganha contornos muito parecidos com a resposta à objeção anterior. Quem quer que diga que uma opinião moral não pode ser verdadeira ou correta por não ser objetivamente justificável, está fazendo um juízo moral (DWORKIN, 2000, p. 262-263). Está dizendo, em outras palavras, que existe algum teste objetivo de avaliação de julgamentos morais no qual esta opinião não passa. Nesse sentido, todo ceticismo moral é um ceticismo interno sobre a Moral, pois pressupõe a verdade de algum julgamento moral positivo, um julgamento que adscribe um predicado moral para um ato, pessoa ou evento (DWORKIN, 1996, 89-90). Sob esse ângulo, não há diferença entre o posicionamento que afirma que a Moral é vazia porque Deus não existe; e aquele que proclama que afirmações morais não podem ser verdadeiras porque as pessoas discordam imensamente sobre elas, com uma enorme variação de opiniões de lugar para lugar, de tempo para tempo, e até mesmo dentro de uma cultura particular. Assim como a primeira pressupõe a visão substantiva de que uma vontade subnatural é a única base plausível para a Moral; a segunda pressupõe a visão substantiva de que o consenso real entre as pessoas é o sustentáculo da Moralidade.

Para encerrar, cumpre lembrar que, por mais que estas críticas de subjetivismo e indeterminação estivessem bem fundadas, e que a idéia de que existem leituras legítimas e ilegítimas de um mesmo texto não passasse de um “mito”; negar esse “mito” seria negar a existência de algo que se possa identificar como Direito, como padrão de diferenciação do que sejam comportamentos lícitos e do que sejam comportamentos ilícitos.⁶⁵ Um sistema de normas públicas que não constrange, de modo algum, as decisões de seus intérpretes é igual a um sistema de leis secretas. E um corpo de leis secretas é o mesmo que nenhuma lei, pois é incapaz de guiar a conduta de seus destinatários. Seria negar, também, o

⁶⁵ Conceitos como Direito ou ordem não são completamente vazios, nos quais cabe absolutamente qualquer conteúdo. Conforme apregoou Lon Fuller (1958, p. 645), no célebre debate travado com Herbert Hart (1977), nas páginas da *Harvard Law Review*, em 1958, a respeito do positivismo jurídico e da fidelidade ao Direito, “o Direito, considerado meramente como ordem, contém [...] sua própria moralidade implícita” (*Law, considered merely as order, contains [...] its own implicit morality*). Ainda que num grau mínimo, esta moralidade da ordem deve ser respeitada sempre que se pretenda criar qualquer coisa que possa ser chamada Direito, mesmo mal Direito. Como afirmou Sotirios A. Barber (1984, p. 17): “Falar em lei é apropriado somente onde nós assumimos algumas inclinações, por parte daqueles que são submetidos às leis, de agirem de modo contrário às leis. Se as leis significam o que quer que aqueles a quem elas são endereçadas quiserem que elas signifiquem [...], então as leis não podem prescrever contrariamente às inclinações de seus destinatários. Mas algo que não pode prescrever contrariamente as nossas vontades não é uma lei” (*talk of law is appropriate only where we assume some inclinations on the part of those subject to laws to act in ways contrary to laws. If laws meaning whatever those to whom they are addressed might want them to mean [...] then laws cannot prescribe contrary to the inclinations of their addressees. But something that cannot prescribe contrary to our wants is not a law*).

grande ideal do constitucionalismo, a limitação do poder político pelo Direito.⁶⁶ Seria, por fim, negar o Estado constitucional democrático, como sociedade cooperativa de parceiros de Direito que se querem autogovernar por regras comuns e publicamente aceitáveis.

Feitas essas observações, pode-se regressar à discussão central enredada na dimensão interpretativa do juízo de constitucionalidade. Trata-se do debate sobre qual seria a melhor solução para problemas interpretativos constitucionais. Qual a *teoria da interpretação constitucional* a ser seguida por um participante do discurso constitucional preocupado em determinar quês direitos e deveres a Constituição impõe? Antes de avançar, porém, é preciso ter uma melhor visualização do problema. Com tal finalidade, é útil regressar aos comentários feitos no início desta seção.

1.5 Interpretação e aplicação dos limites materiais de reforma

O conflito entre um determinado limite material ao poder de reforma e uma emenda constitucional é um caso de realização do juízo de constitucionalidade. Como nos demais casos, a solução desse conflito exige o uso de uma regra de colisão a qual não se encontra no interior dos próprios preceitos colidentes. Entretanto, conforme constatado, podem-se arrolar múltiplas regras que levam à resolução desse conflito. A obrigação do poder reformador de submeter-se às prescrições superiormente estabelecidas no texto constitucional, a proibição de que a Constituição formal contrarie a Constituição material, e o dever de obediência a um Direito supralegal são exemplos dessas regras. Mas, em que pese todas essas regras tenham a mesma destinação – determinar que as emendas constitucionais não podem contrariar limites materiais antepostos ao legislador de revisão –, elas não são completamente idênticas. É verdade que elas estabelecem o mesmo enunciado: “as emendas constitucionais devem respeitar os limites materiais de reforma”. Porém, não existe motivo algum para que

⁶⁶ Tenha-se em conta que o constitucionalismo moderno limita não apenas negativamente, inabilitando os exercentes do poder político, mas também positivamente. As Constituições também são criativas, elas criam novas práticas e geram novas possibilidades que de outra forma não existiriam. As Constituições não somente restringem o poder, elas também criam e atribuem poderes e, é claro, determinam a responsabilidade do governo para com o bem-estar geral (HOLMES, 1993, p. 215, 227). Um dos atributos necessários de uma Constituição política é a *constitutividade*, o criar e fundar um novo mundo político (HARRIS II, 1993, p. 164-165, 167). É inerente à lógica da Constituição, pelo menos das Constituições escritas frutos das revoluções liberais, que uma forma de vida política pode ser criada através da imaginação deliberada, cujos efeitos sejam refletidos num texto escrito revestido de autoridade. Uma ordem constitucional que correlaciona palavra e organização política possui um caráter não apenas construtivo, mas também capacitador. Uma Constituição escrita é em essência a aspiração dos seres humanos a criar e regular o mundo político por meio de palavras.

essas teorias dêem respostas semelhantes no momento de determinação do conteúdo dessas limitações.

Três intérpretes diferentes, partindo de uma mesma cláusula expressa de limites, embora concordem com a sua força obrigatória, podem obter sentidos diversos desse mesmo texto por estarem orientados por teorias diferentes sobre o porquê dessas limitações. Assim, por exemplo, um juiz, baseado na teoria do poder de reforma da Constituição, tenderá a procurar o sentido do dispositivo na literalidade do texto ou na intenção do legislador constituinte. Já um segundo juiz, fundado na teoria da constituição material, irá possivelmente averiguar o sentido da decisão política fundamental e, a partir dela, desenhará os contornos da cláusula de intangibilidade. Um terceiro juiz, por sua vez respaldado na teoria do Direito supralegal, poderá buscar nos princípios do Direito natural o correto significado desta provisão. É certo que em casos mais simples, mesmo partindo de premissas diversas, todos poderão chegar às mesmas conclusões. Se a cláusula disser, por exemplo, que o direito à vida não pode ser abolido, é muito provável que todos eles aceitem que uma emenda que institísse a pena de morte, em tempo de paz, seria inconstitucional. É razoável que tanto a letra quanto o espírito da Constituição, e muito possivelmente também os princípios de Direito natural, conduzam intérpretes seriamente engajados na atividade interpretativa a esse mesmo resultado. Todavia, não há garantia de que esse consenso sobrevirá em casos mais difíceis.

Surge aqui uma primeira dificuldade. Um intérprete, quando da aplicação de uma específica cláusula de intangibilidade, diante da divergência sobre a resposta adequada ao caso, terá que escolher qual dessas teorias serve de fundamento à vinculação do órgão revisor, ao menos nos casos em que elas forneçam respostas contraditórias sobre o sentido e alcance dos limites. Mas onde ele poderá buscar motivos para preferir uma teoria à outra? Considerando-se que nenhuma das três teorias encontra fundamento no próprio texto das normas em jogo, é lógico que os motivos que levarão o intérprete a optar por uma delas em detrimento das demais também lá não estarão. Eles dirão respeito, em último grau, às razões por que o intérprete reconhece o seu dever de ser fiel à Constituição. Provavelmente, um intérprete que fundamente a autoridade da Constituição na sua origem democrático-popular utilizará o argumento do poder reformador. Por seu turno, aqueles que afirmam que uma Constituição é válida por refletir os princípios organizativos derivados do arranjo de forças políticas predominante na sociedade tenderão a apoiar o argumento da identidade da

Constituição material. Finalmente, quem fundar a autoridade da Constituição na verdade moral de seus preceitos estará inclinado a aceitar a justificativa do Direito supralegal.

Tem-se, nesses termos, um importante ensinamento, aliás já anunciado, acerca dos problemas de interpretação constitucional. Tais problemas envolvem tanto elementos textuais, presentes no texto da Constituição, quanto elementos extratextuais, localizados fora do texto, remissivos, em última análise, às razões que sustentam a autoridade da Constituição. Sendo assim, para o intérprete solucionar essa espécie de problema interpretativo, é preciso que ele tenha respondido previamente à questão de por que ele deve obediência à Constituição. O resultado da interpretação estará, portanto, diretamente relacionado com a justificativa que o intérprete apresentar para o dever de fidelidade à Carta Política.

Mas isto não esgota o âmbito problemático da interpretação das cláusulas de intangibilidade. De volta ao caso controverso de uma emenda que confronta um limite material expresso, sabe-se agora apenas duas coisas. Para resolvê-lo, será preciso (1) apelar para alguma teoria em torno da vinculação jurídica da atividade reformadora; (2) essa teoria será aquela ajustada aos motivos que justificam a fidelidade do intérprete à Constituição. Todavia, é admissível que mesmo intérpretes que concordem sob esses dois aspectos, ou seja, que reconheçam motivos bastante próximos para obedecer à Constituição e apliquem a mesma teoria da vinculação do poder reformador, discordem acerca do resultado final da sua interpretação.

Exemplar, a esse respeito, é a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso da Privacidade de Comunicação – 30 BverfGE 1 (1970).⁶⁷ Nesse caso questionou-se a validade de uma emenda ao art. 10 da Lei Fundamental de Bonn (LF), que concedeu poderes ao Parlamento para autorizar, mediante lei, a vigilância sobre comunicações de particulares, sem que a pessoa sob vigilância tivesse que ser informada. Além disso, a emenda retirou da esfera judicial o controle das ações dos órgãos criados para supervisionar as comunicações, entregando tal função às autoridades administrativas apontadas pelo Parlamento. As justificativas para essas medidas eram principalmente de duas ordens. Elas forneceriam bases para uma regulação que colocaria fim a ingerência das potências estrangeiras (Inglaterra, França e Estados Unidos) que, mesmo depois do fim da ocupação posterior à Segunda Guerra Mundial, continuavam supervisionando as comunicações postais,

⁶⁷ Consultou-se a tradução parcial da decisão para a língua inglesa feita por Walter F. Murphy e Joseph Tanenhaus (1977, p. 660).

telefônicas, telegráficas e de rádio na Alemanha Ocidental. Ademais, elas serviriam como uma garantia efetiva para a proteção da ordem fundamental democrática livre e da existência da Federação ou de um Estado-membro. Coube ao Tribunal Constitucional Federal decidir se essas disposições violavam, ou não, a cláusula de eternidade prevista no art. 79, 3, LF,⁶⁸ que, dentre outras coisas, veda a revisão da LF no tocante aos artigos 1º⁶⁹ e 20⁷⁰.

Dentre outras questões, o Tribunal enfrentou o problema de se as restrições efetuadas pela emenda ao direito à privacidade e ao direito à tutela judicial violavam a proteção à dignidade da pessoa humana, assegurada pelo art. 1º da LF. De acordo com o entendimento do Tribunal, alcançado por maioria, a autorização, estabelecida pela emenda, para que o governo não revelasse a um suspeito o fato de ele estar sob vigilância, sem que este ato estivesse sujeito a controle judicial, mas apenas ao controle de órgãos administrativos determinados pelo Parlamento, não violava a dignidade da pessoa humana (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 662).

Para chegar a essa conclusão, o raciocínio da Corte seguiu quatro passos. Em primeiro lugar, ficou definido o alcance da garantia fornecida pelo art. 79, 3, da LF. Para a maioria, o propósito deste dispositivo seria prevenir “a abolição da substância ou das bases da ordem constitucional existente”⁷¹ (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 661) mediante o processo jurídico-formal de emenda. O que seria abusar da Constituição com o fim de legalizar um regime totalitário. Assim, a cláusula de eternidade da LF proibiria somente um fundamental abandono dos princípios nela mencionados. Deste modo, princípios não seriam afetados “como ‘princípios’ se eles fossem em geral levados em consideração e apenas modificados por razões evidentemente pertinentes, para um caso especial, de acordo com seu

⁶⁸ Art. 79 – 3. É vedada a revisão da presente Lei Fundamental no tocante à organização da Federação em Estados, ao princípio da interferência dos Estados na feitura das leis federais e aos princípios consignados nos artigos 1.º e 20. (MIRANDA, 1986, p. 65)

⁶⁹ Art. 1.º – 1. A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger. 2. O povo alemão reconhece, pois, a existência de direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no Mundo. 3. Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos directamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial. (MIRANDA, 1986, p. 49)

⁷⁰ Art. 20 – 1. A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático, e social. 2. Todo o poder emana do povo que o exerce pelas eleições e votações e por intermédio de órgãos próprios do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de Jurisdição. 3. O Poder Legislativo está subordinado à ordem constitucional; o Poder Executivo e os tribunais estão subordinados à lei e ao direito. 4. Todos os alemães têm o direito de resistência, se não for possível outro recurso, contra aquele que tentar eliminar essa ordem. (MIRANDA, 1986, p. 55)

⁷¹ O trecho parcialmente traduzido no texto é o seguinte: “*The purpose of Art. 79, par. 3, as a check on the legislator’s amending the Constitution is to prevent both abolition of the substance or basis of the existing constitutional order, by the formal legal means of amendment*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 661)

caráter peculiar”⁷² (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 661). Em segundo lugar, o Tribunal reconheceu o alto grau de generalidade da cláusula da dignidade da pessoa humana do art. 1º, “se uma emenda constitucional viola a dignidade humana só pode ser decidido no contexto de uma situação específica”; “normas gerais só podem indicar direções gerais aqui”⁷³ (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 662). O terceiro passo foi definir genericamente o sentido da proteção da dignidade humana, “o art. 1º proíbe o tratamento que em princípio põe em risco a personalidade de um cidadão como indivíduo, ou trata-o de um modo que expressa desprezo por seu valor inerente como ser humano”⁷⁴ (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 662). O quarto e último passo foi confrontar essa exigência geral com as restrições específicas estabelecidas pela emenda:

Uma regulação ou instrução que restringe a liberdade do cidadão ou impõe a ele deveres não viola a dignidade humana. Tampouco o faz uma medida que sujeita um cidadão, mesmo sem o seu conhecimento ou consentimento, à vigilância governamental. Sob as circunstâncias presentes, *a ausência de notificação não é uma expressão de desrespeito por um ser humano e sua dignidade, mas um ônus imposto sobre um cidadão [...] para proteger a existência de seu estado e da ordem democrática livre.* Nem a substituição do recurso para os tribunais por algum outro controle jurídico [...] viola a dignidade do homem. É verdade que o respeito pela qualidade individual do homem normalmente exige não apenas que ele seja portador de direitos subjetivos, mas que ele também seja capaz de agir juridicamente para defender e afirmar seus direitos [...] Porém sempre tem havido exceções a esta regra que não ofendem a dignidade do homem. Em qualquer caso, *a dignidade do homem não é violada se a exclusão da proteção judicial não é motivada por desprezo ou desrespeito pelo ser humano, mas pela necessidade de manter medidas secretas com vistas a proteger a ordem democrática e a existência do Estado.*⁷⁵ (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 662, tradução livre, grifo no original)

Sem embargo, essa argumentação, aparentemente insuspeita, foi veementemente contestada pelos juízes Geller, Schlabrendorff e Rupp, que apresentaram uma

⁷² O trecho parcialmente traduzido no texto é o seguinte: “*Principles are from the very beginning not ‘affected’ as ‘principles’ if they are in general taken into consideration and are only modified for evidently pertinent reasons for a special case according to its peculiar character*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 661)

⁷³ “[...] *whether a constitutional amendment violates human dignity can only be decided in the context of a sepecific situation. Overarching rules can only indicate general directions here*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 662)

⁷⁴ “*Art. 1 forbids treatment wich on principle jeopardizes a citizen’s personality as an individual or treats him in a manner that expresses contempt for his inherent value as a human being*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 662)

⁷⁵ “*A regulation or instruction that restricts a citizen’s freedom or imposes duties on him does not violate human dignity. Neither does a mesure wich subjects a citizen, even without his knowledge or consent, to governmental surveillance. Under the circumstances at hand, absence of notification is not an expression of disrespect for a human being and his dignity, but a burden imposed upon a citizen [...] to protect the existence of his state and of the free democratic order.*

Neither does substitution of recourse to the courts by some other legal control [...] violate the dignity of man. Its true that respect for the individual quality of man normally requires that he be not only holder of subjective rights, but that he also be capable of taking legal action to defend and assert his rights. [...] But there have always been exceptions to this rule wich do not offend the dignity of man. In any case, the dignity of man is not violated if the exclusion of judicial protection is not motivated by contempt or disrespect for the human being, but by the necessity to keep measures secret in order to protect the democratic order and the existence of the state”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 662)

opinião dissidente. Para eles, as restrições impostas pela emenda não se limitavam a defender a ordem democrática livre, mas afetavam injustificadamente a dignidade das pessoas. No seu entender, a decisão do Tribunal Constitucional Federal estava errada em todos os quatro passos. Em primeiro lugar, embora reconhecessem que as provisões de limites às emendas certamente não deveriam ser interpretadas extensivamente, a minoria afirmou que assumir que o principal propósito do art. 79, 3, foi somente prevenir o mau uso do mecanismo jurídico-formal de emenda constitucional para legitimar um regime totalitário seria “um completo mal-entendido de seu significado”⁷⁶ (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 663). Em seu entender, o art. 79, 3, significaria mais que isso, a leitura correta do dispositivo seria no sentido de que “certas decisões do criador da lei fundamental são invioláveis”⁷⁷ (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 663). Por isso, o Art. 79, 3, não estaria a proibir meramente a abolição de um ou todos os princípios que aponta. Ele ofereceria uma proteção mais intensa, protegendo os seus elementos constituintes também contra “um processo gradual de desintegração”⁷⁸ (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 664). Em segundo lugar, a minoria contestou o excessivo grau de generalidade em que foi definida a garantia da dignidade humana:

A Lei Fundamental considera a personalidade humana livre e sua dignidade como o mais alto valor jurídico. Quando da resposta à questão sobre o que a “dignidade do homem” significa, deve-se ser cuidadoso para não entender a expressão exclusivamente em seu mais alto significado, por exemplo, procedendo da assunção de que a dignidade do homem é violada somente se o tratamento “expressa desprezo por seu valor inerente como ser humano”. [...] Tal interpretação restrita não faz justiça ao espírito da Lei Fundamental. [...] Ao dar primeira prioridade à personalidade humana livre, a Lei fundamental reconhece a independência e o valor do indivíduo. [...] Ele não deve ser tratado de maneira “impessoal”, como um objeto. [...] O Primeiro Senado desse Tribunal tem decidido que viola a dignidade do homem tratá-lo como mero objeto da atividade estatal.⁷⁹ (MURPHY; TANEHAUS, 1977, p. 663, tradução livre)

⁷⁶ O trecho parcialmente traduzido no texto é o seguinte: “[...] *it would be a complete misunderstanding of its meaning to assume that its main purpose was only to prevent misuse of the formal legal means of a constitutional amendment to legitimize a totalitarian regime*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 663)

⁷⁷ “[...] *certain fundamental decisions of the Basic Law maker are inviolable*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 663)

⁷⁸ O trecho parcialmente traduzido no texto é o seguinte: “*The wording and meaning of Art. 79, par. 3, do not merely forbid complete abolition of all or one of the principles. The word ‘affect’ means less.[...] The constituent elements are also [...] to be preprotected against a gradual process of disintegration*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 664)

⁷⁹ “*The Basic Law considers free human personality and its dignity as the highest legal value. When answering the question what the ‘dignity of man’ means, one must be careful not to understand the expression exclusively in its highest meaning, for instance, by proceeding from the assumption that the dignity of man is violated only if the treatment ‘expresses contempt for his inherent value as a human being.’[...] Such a restricted interpretation does not do justice to the spirit of the Basic Law. [...] By giving first priority to the free human personality, the Basic Law recognizes the individual’s value and independence.[...] He must not be treated in an “impersonal” manner, like an object.[...] The First Senate of this Court has ruled that it violates the dignity of man to treat him as a mere subject of state activity*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 663)

Por fim, os dissidentes impugnaram as conclusões atingidas pela opinião da Corte. Segundo eles, o princípio, baseado no art. 1º, de que um homem não deve ser tratado como um mero objeto do Estado, conforme o que seus direitos não devem ser sumariamente dispostos pelas autoridades, conteria uma decisão fundamental da Constituição, a qual teria moldado decisivamente a imagem de um Estado baseado no império da lei (MURPHY; TANENHAUS, 1977, 664). Enquanto princípio fruto de uma decisão fundamental, este elemento constituinte seria irrevogável. Não apenas a sua completa abolição estaria proibida, como também a sua erosão gradual. Partindo dessas premissas, a minoria chegou ao seguinte resultado:

“A intromissão secreta no setor privado de um cidadão, ao passo em que elimina o recurso aos tribunais, pode afetar não apenas os inimigos da constituição e agentes [estrangeiros], mas também pessoas insuspeitas e não envolvidas. [...] Tal tratamento significa [...] que o direito do indivíduo ao respeito da sua esfera privada é disposto ‘sumariamente pela autoridade pública’, que o cidadão é tratado como um objeto da autoridade estatal”.⁸⁰ (MURPHY; TANEHAUS, 1977, p. 664, tradução livre)

Essa discordância demonstra que mesmo juízes que concordem, em linhas gerais, a respeito da teoria que justifica a obediência às cláusulas de irreformabilidade podem obter, ante uma mesma cláusula expressa, respostas diferentes para um mesmo problema concreto. A cláusula em questão é a dignidade da pessoa humana. Ambos, maioria e dissidência, concordaram no ponto de partida, é dizer, reconheceram que uma emenda não poderia validamente ultrajar a dignidade dos seres humanos. Todavia, alcançaram respostas largamente divergentes na solução final do caso.

É plausível sustentar que a causa dessa divergência está no fato de que cada uma das correntes decisórias se apoiou em uma concepção diferente acerca do que seja a dignidade da pessoa humana. Observe-se que num nível mais geral houve consenso entre os dois grupos. Uns e outros concordaram que o princípio da dignidade humana, consagrado no art. 1º da LF, traduz, como exigência mais elevada, a proibição de tratamentos que expressem desprezo pelo valor inerente do ser humano. Contudo, a opinião do Tribunal desenvolveu esse conceito geral no rumo da autonomia pública, dando especial ênfase ao que tratou como decisão da LF em prol de uma “democracia militante”, a qual não se submete a um abuso de direitos fundamentais com vistas a um ataque à ordem liberal do Estado (MURPHY;

⁸⁰ “*Secret encroachment upon a citizen’s private sector while eliminating recourse to the courts [...] may affect not only enemies of the Constitution and [foreign] agents, but also unsuspected and uninvolved persons. [...] Such treatment means [...] that an individual’s right to respect for his private sphere is disposed ‘summarily by public authority’, that the citizen is treated as an object of state authority*”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 664)

TANENHAUS, 1977, p. 660). Nesse sentido, ela revelou uma leitura restritiva da autonomia privada, registrando expressamente que o conceito de homem na LF não é o de um indivíduo soberano e isolado, antes a LF teria decidido a favor do relacionamento entre indivíduo e comunidade no sentido da dependência e compromisso da pessoa com a comunidade (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 660). Escolha esta que justificaria a submissão do indivíduo às restrições a sua liberdade que o legislador estabelecesse para o cultivo e a promoção da comunidade social, desde que a independência pessoal ficasse assegurada (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 660).

Contrariamente, a dissidência especificou o sentido da dignidade da pessoa humana no rumo da autonomia privada, sustentando uma concepção que enxerga a personalidade humana livre e a sua dignidade como o mais elevado valor jurídico e que concede prioridade quase absoluta a este valor. Da mesma forma, a dissidência mostrou desconfiança quanto a importância atribuída pelo Tribunal à decisão da LF em prol de uma “democracia militante”, bem como fez uma interpretação mais ampliada da separação de poderes e considerou o direito à tutela judicial como um princípio constitucional inalienável (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 664-665).

Fica nítido que a chave para a solução do debate residiu na especificação das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Indagando-se, ambas as perspectivas dissonantes, sobre se o direito à privacidade e o direito à tutela judicial comporiam, ou não, o núcleo significativo daquele princípio. Sendo que cada uma das correntes do Tribunal escolheu caminhos opostos para desvendar esse conteúdo significativo.

Note-se que ambos parecem ter dado especial ênfase a uma mesma justificativa para a obrigatoriedade das cláusulas de limites, aquela que aqui foi chamada *argumento da identidade da constituição material*. De um lado, a maioria fez inúmeras referências às decisões fundamentais da Constituição, e assentou que “os dispositivos constitucionais não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma que eles sejam coerentes com os princípios fundamentais e o sistema de valores da Lei Fundamental”⁸¹ (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 660). De outro, a minoria asseverou que certas decisões fundamentais do criador da LF são invioláveis, e que uma interpretação restrita do significado da dignidade humana não faria justiça ao “espírito” da LF.

⁸¹ “Constitutional provisions must not be interpreted in isolation, but rather so that they are consistent with the Basic Law’s fundamental principles and its system of values”. (MURPHY; TANENHAUS, 1977, p. 660)

Isso mostra que as duas linhas interpretativas consideraram algo especificamente importante o fato de a Constituição ter decidido por um princípio e não por outro. Todos consideraram que deviam obediência a essas decisões básicas por elas constituírem opções políticas fundamentais e por traduzirem valores essenciais da ordem liberal democrática instaurada com a LF. Também concordaram sobre a existência de alguns princípios mais fundamentais que, por serem responsáveis por moldar a própria imagem da LF, não estavam na esfera de disposição do legislador de reforma. Houve consenso inclusive com relação ao fato de que a dignidade humana era um desses princípios. No entanto, havia dissenso em torno de qual o sentido a ser dado ao princípio da dignidade humana, tendo a maioria enfatizado uma concepção de dignidade que prioriza a autonomia pública e a minoria uma concepção que concede supremacia à autonomia privada.

Pode-se anunciar, assim, mais um aspecto essencial da dimensão interpretativa do juízo de constitucionalidade. Além de exigir escolhas no âmbito da justificação da fidelidade à lei maior, o julgamento de inconstitucionalidade pressupõe orientações concernentes aos *standards* que devem guiar o juiz na construção de suas decisões. Em outras palavras, perfazer um juízo concreto de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade demanda uma *metodologia da aplicação das normas constitucionais*. Um conjunto de princípios, procedimentos e técnicas capazes de guiar e constranger o julgador na interpretação das cláusulas abertas (*open-ended clauses*) presentes no texto constitucional.

É exatamente neste ponto que falham os três argumentos acima apresentados sobre a força obrigatória dos limites materiais de reforma. Em sua formulação tradicional, nenhum deles leva a sério os problemas de interpretação das cláusulas de limites largamente indeterminadas. Todos eles se restringem a justificar e enunciar genericamente a existência de limites às reformas constitucionais. Contudo, concedem praticamente uma carta branca ao juiz no momento da aplicação dessas cláusulas aos casos constitucionais. Enfim, os argumentos do poder reformador, da identidade da Constituição material e do Direito supralegal deixam ver que o fazer atuar as cláusulas pétreas envolve problemas interpretativos genuínos, mas em quase nada colaboram para resolver esses problemas.

1.6 O domínio da teoria constitucional

O principal objetivo de tudo o que foi dito até aqui é chamar a atenção para a natureza das questões que surgem ao redor do alcance da proteção conferida pelas cláusulas constitucionais de irreformabilidade que operam em sistemas onde vige o controle judicial de constitucionalidade, de que é exemplo o art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88. Estas são essencialmente questões interpretativas. Elas envolvem quando pouco duas espécies de problemas: problemas de fidelidade à Constituição e problemas de metodologia de decisão. Sendo assim, só podem ser resolvidas a partir de uma teoria que englobe e conecte essas duas perspectivas, a perspectiva da justificação e a perspectiva da decisão.

Pode parecer uma redundância afirmar que o enfrentamento de problemas interpretativos requer uma teoria sobre a interpretação, mas o caso é exatamente este. Haja vista que o estado atual das discussões concernentes aos limites materiais de revisão parece ignorar quase totalmente esse ponto de vista. Ao mesmo tempo em que se proclama a abstração, a generalidade e a indeterminação dos limites materiais, pouco ou nada se constrói em relação ao modo como se deve concretizar, precisar e determinar esses limites. Poucos se mostram dispostos a assumir a perspectiva do juiz constitucional, que diante de um caso concreto terá que decidir a respeito da ofensa, ou não, das limitações constitucionais em face da ação do poder reformador.⁸² Como regra, ainda persistem as abordagens que se limitam a enunciar o problema antes de respondê-lo. Nesse sentido, a análise de duas formulações correntes a respeito da problemática dos limites matérias de revisão é esclarecedora.

Nessa seara, existem dois pontos em que a doutrina constitucional, ao menos de língua portuguesa, que não nega a obrigatoriedade e legitimidade desses limites, parece ter chegado a um consenso. Ambos esses pontos desnudam as dificuldades que circundam a aplicação das cláusulas de limites, ao mesmo tempo em que colaboram de forma diminuta para a superação dessas dificuldades.

Um deles foi formulado classicamente por Nelson de Sousa Sampaio. Segundo Sampaio (1954, p. 90), ante as proibições constantes de cláusulas constitucionais

⁸² Não é nem um pouco surpreendente que cada vez mais a doutrina se dê conta desse fato. O que tem sido um aspecto bastante perceptível dos estudos mais recentes sobre o tema dos limites materiais de reforma. Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 183), por exemplo, ressalta que para dar mais consistência a uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma “é fundamental que se analise a possibilidade de reduzir o campo de discricionariedade dos magistrados”, e apresenta uma teoria interpretativa voltada a esse fim (VIEIRA, 1999, p. 197-202). Também Gustavo Just da Costa e Silva (2000, p. 243-154) aponta nesse sentido com a sua concepção de “limites como princípios” (mandados de otimização) que se aplicam mediante “ponderação”.

pétreas, “o reformador está cerceado pelo conteúdo dessas proibições, e não pela forma em que estão vazadas”. Na mesma senda andaram outros constitucionalistas. Conforme ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 294), os limites materiais de revisão “não garantem propriamente a intocabilidade dos preceitos constitucionais respeitantes às matérias enunciadas, mas sim certos princípios e regimes materiais”. Também para Jorge Miranda (2000, p. 180), seu sentido fundamental é “garantir, em revisão, a intangibilidade de certos princípios – porque é de princípios que se trata não de preceitos avulsos”.⁸³

⁸³ Em que pese esse entendimento seja pacífico na doutrina, ele não se mostrou consensual no Supremo Tribunal Federal. É inegável que a favor dele já se pronunciaram diversos juizes. Ainda sob a égide do sistema constitucional anterior a 1988, que previa como limites materiais de reforma a Federação e a República, o então Ministro Moreira Alves, quando da impugnação, por violação ao princípio republicano, de emenda que prorrogava de dois para quatro anos certos mandatos eletivos, sustentou: “A emenda constitucional, em causa, não viola, evidentemente, a República, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De feito, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, a admitir-se qualquer prorrogação, ínfima que fosse, estar-se-ia a admitir prorrogação por vinte, trinta ou mais anos” (Mandado de Segurança n. 20.257/DF, Relator Ministro Moreira Alves, 08.10.1980, p.339). Já na vigência da Constituição de 1988, o Ministro Sepúlveda Pertence defendeu tese semelhante acerca dos limites de reforma: “É certo [...] que não levo a intangibilidade da disciplina constitucional do processo de reforma ou revisão da lei fundamental ao ponto de uma vedação absoluta de qualquer alteração dos dispositivos que a veiculam. Estou de acordo em que a intangibilidade diz com os pontos essenciais da decisão política nela substantivada, não com o texto ou com pormenores acidentais do trato constitucional da matéria” (ADIn 830/93, p.224). Sem embargo, entendimento divergente, atribuindo valor de intangibilidade plena às cláusulas de limites, parece ter tido larga influência no julgamento da ADIn 939/93. Ainda na apreciação da medida cautelar, em 15.09.1993, o Ministro Ilmar Galvão, ao defender a impossibilidade da não aplicação a um novo tributo, criado pelo poder de reforma, da norma contida no art. 150, III, b, da CRFB/88 (princípio da anterioridade tributária), consignou: “Alega-se que se trata de uma garantia relativa, já que nada menos que sete tributos foram, de logo, expressamente colocados fora de seu alcance pela Constituição. Trata-se, entretanto, de circunstância que só reforça o princípio-garantia, na medida em que serve para demonstrar que, para excepcioná-lo, se fez mister a iniciativa do próprio constituinte originário” (ADInMC 939/93, p.1983). O Ministro Marco Aurélio foi ainda mais incisivo: “Em termos de respeito à Lei Maior, creio que não se pode adotar uma posição flexível e que potencialize o fim buscado com a norma editada; é mister que se caminhe com passos firmes no sentido da preservação do que nela se contém, sob pena de grassar a insegurança” (ADInMC 939/93, p.1986). No mesmo passo andou o Ministro Celso de Mello: “A reconhecer-se como legítimo o procedimento da União Federal em ampliar, a cada vez, pelo exercício concreto do poder de reforma da Carta Política, as hipóteses derogatórias dessa fundamental garantia tributária, chegar-se-á, em algum momento, ao ponto de nulificá-la inteiramente, suprimindo, por completo, essa importante conquista jurídica que integra, como um dos seus elementos mais relevantes, o próprio estatuto constitucional dos contribuintes” (ADInMC 939/93, p.2013). As duas teses confrontaram-se abertamente no julgamento, ocorrido em 11.02.1998, da medida liminar no Mandado de Segurança n. 23.047-3/DF. Nele, enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da decisão, afirmou em seu voto, mas não na ementa do acórdão, que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”(MS 23.047/98, p.2556); o Ministro Marco Aurélio disse, em aberta divergência: “Retiro, Senhor Presidente, desta menção a ‘direitos e garantias individuais’ a maior eficácia possível” (MS 23.047/98, p.2568). A despeito dessa controvérsia, existem fortes evidências de que a posição representada pelo Ministro Sepúlveda Pertence veio, finalmente, a prevalecer no Tribunal. No julgamento da ADIn 2.024-2/DF, 27.10.1999, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal decidiu, por unanimidade, nos termos da ementa do julgado, que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”

O segundo ponto de consenso diz respeito à função das cláusulas explícitas de limites de reforma constitucional. Parece haver um acordo generalizado de que ao menos um aspecto útil das cláusulas pétreas está em “externar os princípios constitucionais, evitando ou pondo termo às incertezas que possam formular-se acerca da Constituição material” (MIRANDA, 2000, p. 203); ou de que a elas se deve “atribuir o sentido de normas clarificadoras dos bens jurídico-constitucionais constitutivos da identidade de uma Constituição” (CANOTILHO, 2004, p. 141).⁸⁴ Ou então, tendo-se em conta que o limite imanente de reforma reside no conteúdo legitimador da Constituição, e que esse conteúdo é sempre apreendido em estado de alguma abstração, deixando margem à incertezas, assumir que a cláusula de limites expressos “pode contribuir no sentido de reduzir a incerteza do discurso prático-geral que nortearia as interpretações daquele conteúdo legitimador” (COSTA E SILVA, 2000, p. 227).

Esses lugares-comuns da doutrina constitucional lançam luzes sobre duas questões dignas de consideração. Em primeiro lugar, eles indicam a necessidade de interpretação das cláusulas de limites. Afinal, cumpre descortinar o sentido, os princípios e os regimes materiais destas cláusulas. São estes conteúdos que estão protegidos e não a forma e os preceitos em que eles estão vazados. Em segundo lugar, e aqui a inspiração da teoria da identidade da Constituição material é notória, reconhece-se que os participantes do discurso constitucional carregam incertezas sobre os bens jurídicos ou princípios constitutivos da identidade da sua Constituição. De tal modo, que a enunciação explícita desses princípios constitucionais viria a colaborar no sentido de clarificá-los, evitando ou reduzindo a incerteza dos seus intérpretes.

Percebe-se, no entanto, que a soma desses argumentos conduz ao seguinte raciocínio. De um lado, a declaração expressa de cláusulas de irrevisibilidade no texto constitucional reduz as incertezas relativas ao núcleo de identidade da Constituição. De outro, os limites materiais de reforma não se confundem com a seqüência de signos lingüísticos através dos quais eles são cravados no texto constitucional. Logo, resta uma de duas alternativas. Ou todos os intérpretes constitucionais competentes vão transitar do texto da norma de limites para seu conteúdo – os princípios e regimes materiais que ela consagra –

⁸⁴ Na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da constitucionalidade da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos (Emenda Constitucional 41/2003, art. 4º), enfatizou esse aspecto: “Bryde destaca que as idéias de *limites materiais de revisão* e *cláusulas pétreas* expressamente consagrados na Constituição podem estar muito próximas. Se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os princípios fundamentais”. (ADIn 3.105/04, p. 296)

sem qualquer desacordo. Ou, então, haverá divergência nessa transição, com diferentes intérpretes alcançando conteúdos, princípios e regimes materiais diversos a partir da leitura do mesmo texto. A despeito de em muitos casos não haver o surgimento de tais desacordos, certamente, em alguns casos brotará o dissenso. Fica a pergunta, qual o papel do juiz constitucional nesses casos controvertidos?

Sabe-se, por exemplo, que os juízes detêm o poder de controlar os atos da legislatura com base na Constituição. Sabe-se, também, que o comportamento dos órgãos judiciais não pode estar amparado nas mesmas razões que geralmente são tidas como legítimas quando servem aos órgãos executivos e legislativos; existe algo como um discurso constitucional no qual os juízes são atores qualificados. Mas como essas suposições, íntimas às democracias constitucionais, confrontam-se com a pergunta acima?

Quando este texto destaca a natureza interpretativa das questões que envolvem a aplicação de cláusulas pétreas, ele se propõe a encarar abertamente esta indagação. A idéia apresentada é a de que não há como responder à questão do desacordo entre os intérpretes constitucionais sem sair do interior do texto constitucional. É apenas no seio de uma teoria concernente à fidelidade à Constituição, à justificação da autoridade judicial para controlar a constitucionalidade das leis, à extensão do poder dos juízes e à metodologia da decisão judicial que se podem achar respostas.

De fato, mesmo que todos os participantes do discurso constitucional concordem que suas ações devem ser governadas por determinadas marcas gravadas em páginas específicas de papel (o texto constitucional), a explicitude dessas marcas – ainda que combinada com a assunção de que elas possuem autoridade e sentidos particulares, e que a empreitada interpretativa é possível – geralmente não oferece respostas, mas apenas coloca perguntas (BRANDON, 1995, p. 220). Quando juízes constitucionais, que reconhecem a autoridade do mesmo diploma constitucional, divergem acerca daquilo que um preceito específico desse documento (por exemplo, o art. 79, 3, LF; ou o art. 60, § 4º, IV, CRFB/88) determina num caso concreto, é do lado de fora do texto que eles vão encontrar respostas, e não unicamente em seu interior. Os juízes constitucionais vivem uma espécie de tensão entre o desejo de adesão ao texto constitucional e o reconhecimento de que, em importantes aspectos, o texto não é auto-suficiente; pelo contrário, requer algo externo a si próprio para ganhar significado (BRANDON, 1995, p. 220).

Como resposta a essa tensão, o juiz constitucional se vê forçado, ainda que não a todo momento e de forma nem sempre consciente, a transpor as fronteiras estritas do

texto constitucional em busca da compreensão do seu papel enquanto guardião da Constituição. Nesse momento, ele não se enxerga apenas como um agente público que explica e justifica suas decisões com a mesma sorte de argumentos sobre a melhor interpretação dos textos e precedentes jurídicos que os advogados usam ao pleitear decisões que os favorecem. Quando o juiz constitucional tenta refletir acerca da compreensão que tem de seu papel institucional, ele adentra um novo espaço, o domínio da teoria constitucional. Ele se questiona, ultimamente, sobre as razões pelas quais um reduzidíssimo grupo de juristas eleitoralmente irresponsáveis é capaz de invalidar leis devidamente editadas por representantes populares eleitos.

A importância dessa transmutação de discursos, da prática do direito constitucional para a teoria constitucional, não se verifica apenas porque todo o juiz que deve às vezes decidir conflitos constitucionais está melhor *qua* juiz ao prestar atenção aos debates teórico-constitucionais sobre interpretação constitucional. Antes, faz-se necessária porque a prática da jurisdição constitucional se vê excessivamente onerada quando alheia a argumentos que tentem justificá-la. Uma prática de jurisdição constitucional cuja legitimidade é suspeita é de mais difícil sustentação e mais fácil oposição, tanto política quanto intelectualmente, se não há qualquer justificativa plausível para ela; e de mais fácil sustentação e difícil oposição se tal justificativa existe (PERRY, 1992, p. 250-251).

A preocupação da teoria constitucional é explicar, e se possível justificar, uma prática aparentemente antidemocrática de governo dos juízes, em que os resultados da política popular são postos à prova frente a uma lei superior judicialmente administrada (MICHELMAN, 1999, p. 4). A teoria constitucional procura, por detrás da prática do controle judicial de constitucionalidade, princípios normativos que possam justificar tamanha autoridade judicial. Os teóricos constitucionais levam a sério a empresa de posicionar-se a respeito do que Alexander M. Bickel (1986, p. 16-17) definiu como dificuldade contramajoritária do controle judicial de constitucionalidade: a realidade de que quando um tribunal supremo “declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação de um executivo eleito, ele frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e agora; ele exerce controle, não em nome da maioria predominante, mas contra esta maioria”.⁸⁵

⁸⁵ O trecho parcialmente traduzido no texto é o seguinte: “[...] *the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of the representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it*”. (BICKEL, 1986, p. 16-17)

Aqueles que se embrenham no domínio teórico-constitucional confrontam dois dilemas. Primeiro, as limitações constitucionalmente impostas ao governo necessariamente infringem a liberdade democrática dos cidadãos de promulgar como lei aquilo que bem entendem. Segundo, uma especificação constitucional das limitações ao governo precisa ser interpretada por alguém, e é preciso explicar como a Constituição pode constranger aqueles que são chamados a interpretá-la. As teorias constitucionais devem encarar o fato de que os juízes constitucionais, não menos que os ramos políticos do governo, precisam ser constrangidos para que a Constituição realmente proteja a liberdade democrática. Logo, as várias teorias servem para constranger os juízes enquanto eles interpretam a Constituição e, deste modo, limitar sua capacidade de violar a liberdade.

O domínio da teoria constitucional, portanto, não se restringe somente à justificação do poder de controle judicial de constitucionalidade. Uma teoria constitucional é um argumento favorável (ou contrário) a um particular estilo interpretativo da Constituição. À medida que um estilo interpretativo particular implica um papel judicial particular, uma teoria constitucional é também um argumento teórico-político sobre o papel que os tribunais devem desempenhar na interpretação da Constituição (PERRY, 1992, p. 250). Por conseguinte, uma teoria constitucional é tanto um esforço de justificação quanto de constrangimento do poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos. A questão da legitimidade da prática do controle judicial de constitucionalidade e a questão do enfoque da interpretação constitucional que deve informar a prática estão inextricavelmente ligadas (PERRY, 1994, p. 15). A resposta que se der à primeira questão é um determinante essencial da resposta a ser dada a segunda. Quer dizer que quando um juiz constitucional justifica seu poder com base em determinados princípios normativos, e não em outros, esses mesmos princípios, e não os outros, servirão para guiar e conter o exercício desse poder. Descobertos estes princípios fundantes, eles serão utilizados prescritivamente como guias para resolução de futuras questões controvertidas sobre o sentido da Constituição e sobre o método adequado para se descobrir este sentido.

Essa descrição da teoria constitucional deixa ver que, embora se possa falar de um setor de investigação acadêmica que faz jus a esse nome (MICHELMAN, 1999, p. 3-4), não existe propriamente uma teoria constitucional a qual todos os intérpretes constitucionais invariavelmente tenham que apelar. Não há unanimidade acerca de como fundamentar o poder judicial de controle de constitucionalidade numa sociedade democrática, nem sobre como interpretar a Constituição. Por isso, o que existe são diversas teorias

constitucionais que se confrontam no fórum público. Estas teorias diferem à medida em que oferecem respostas diversas para as seguintes perguntas: 1) Quais as razões que justificam a adesão dos juízes à Constituição? 2) Como o poder judicial de declarar inconstitucional um ato devidamente editado pela legislatura pode ser justificado em uma democracia? 3) Quais são os limites à competência dos juízes nos casos constitucionais? 4) Quando a questão é tal que o juiz tenha competência para decidi-la, quais *standards* devem guiar sua decisão?⁸⁶

Qualquer construção que almeje ser levada a sério pelos participantes do discurso constitucional precisa dar conta dessas quatro questões. Em verdade, qualquer problema interpretativo genuíno no âmbito constitucional leva, ultimamente, a essas quatro perguntas. Os problemas concernentes à aplicação das cláusulas pétreas não são exceções. Por este motivo não há como continuar o trabalho sem transitar para o âmbito da teoria constitucional. A ele serão dedicados os dois próximos capítulos. Mas antes que se possa sugerir algum pretendente ao *status* de teoria constitucional, cumpre fazer algumas clarificações adicionais.

Um modo bastante difundido de aproximação à problemática da teoria constitucional consiste em iniciar pela classificação das principais posições existentes e, a partir daí, escolher um dos lados da controvérsia, ou, então, sugerir um novo posicionamento que não se assemelhe a nenhum dos previamente assentados. As conhecidas dicotomias entre “originalismo” e “não-originalismo” (BREST, 1980, p. 205; PERRY, 1992, p. 242) e entre “interpretativismo” e “não-interpretativismo” (ELY, 1980, p. 1) são exemplares notórios desse tipo de enfoque. A popularidade alcançada por essas classificações, todavia, não significa necessariamente que elas confeccionem uma grelha analítica relevante para análise das questões teórico-constitucionais. Especialmente a distinção entre interpretativismo e não-interpretativismo, adotada por John Hart Ely, parece conter mais vícios do que virtudes.⁸⁷

Em consonância com essa distinção existiriam dois enfoques acerca da interpretação judicial da Constituição. Um, chamado “interpretativismo”, requer que a decisão dos casos constitucionais se dê pela aplicação de normas explicitamente declaradas ou

⁸⁶ As perguntas (2), (3) e (4) foram elaboradas por Archibald Cox (1981, p. 700) em sua resenha crítica da obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust*.

⁸⁷ Não por acaso, Michael Perry noticia, num texto publicado no início da década de 1990, que a distinção interpretativismo/não-interpretativismo está atualmente fora de uso, sendo que seu próprio formulador, Thomas Grey, de quem Ely emprestou a terminologia, veio a reconhecer que ela não é capaz de focar os reais problemas da interpretação constitucional (PERRY, 1991, p. 669). Tudo indica que melhor sorte não aguarda a distinção entre originalismo e não-originalismo. Como também reconhece Michael Perry, nesse mesmo texto – ele que foi um dos mais abalizados divulgadores dessa dicotomia no curso da década de 1980 –, “o debate originalismo/não-originalismo está em grande medida esgotado” (“*the originalism/nonoriginalism debate is largely spent*”). (PERRY, 1991, p. 694, n. 79)

claramente insinuadas no texto constitucional. Outro, denominado “não-interpretativismo”, vai além dessas referências, para aplicar normas que não podem ser descobertas nos quatro cantos do documento constitucional. Ocorre, no entanto, como demonstrou Samuel Freeman (1992, p. 4), que tal distinção representa uma falsa dicotomia. Nenhum juiz consciencioso reconheceria que ao julgar casos constitucionais ele está fazendo outra coisa que não interpretar a Constituição, e nenhum advogado pediria a um tribunal para fazer outra coisa. Esta distinção coloca o debate sobre o sentido da Constituição no lugar errado; “ela sugere que o problema é uma disputa teórica sobre a natureza da linguagem e da interpretação, a ser ultimamente resolvida pela teoria literária ou semântica, a hermenêutica, ou a filosofia da linguagem”⁸⁸ (FREEMAN, 1992, p. 4). Porém, no seu nível mais profundo, “estes debates voltam-se a questões políticas relativas à natureza da democracia, ao lugar de uma Constituição escrita dentro dela, e ao papel do controle judicial de constitucionalidade em uma Constituição democrática”⁸⁹ (FREEMAN, 1992, p. 4). Ao fim e ao cabo, as boas e más formas de interpretação constitucional dependem essencialmente do modo como essas questões mais profundas são resolvidas.

Em que pese algumas distinções arraigadas mereçam ser deixadas de lado, outras, talvez menos conhecidas, são capazes de colaborar substancialmente no empreendimento teórico-constitucional. Uma das causas pelas quais classificações, ordenações e distinções mostram-se dignas de nota, é que elas concedem mais clareza aos problemas sobre os quais os estudiosos querem debruçar-se. No âmbito da teoria constitucional, o jusfilósofo David Lyons sugeriu uma distinção bastante apta a cumprir esse papel. Segundo a proposta de Lyons, uma teoria constitucional abrangente pode ser dividida em duas partes: uma teoria da interpretação (*theory of interpretation*), sobre como a Constituição deve ser interpretada; e uma teoria da decisão judicial (*theory of adjudication*),⁹⁰

⁸⁸ “It suggests that the issue is a theoretical dispute about the nature of language and interpretation, ultimately to be resolved by literary or semantic theory, hermeneutics, or the philosophy of language”. (FREEMAN, 1992, p. 4)

⁸⁹ “[...] these debates turn on political questions regarding the nature of democracy, the place of a written constitution within it, and the role of judicial review in a democratic constitution”. (FREEMAN, 1992, p. 4)

⁹⁰ Opta-se por traduzir a expressão inglesa “*adjudication*” por “decisão judicial”. Encontrar um termo em língua portuguesa que possua o mesmo significado desta expressão não é tarefa fácil. Talvez a tradução mais conhecida pela literatura jurídica luso-brasileira seja “julgamento”, pois ela foi utilizada pelo tradutor português da obra fundamental de Herbert L. A. Hart (1961), “*The Concept of Law*” (**O Conceito de Direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996), que traduziu a expressão “*rules of adjudication*” como “regras de julgamento”. Essa não parece, contudo, a melhor orientação para o presente trabalho, pois o termo “julgamento” é excessivamente genérico, refere-se amplamente a uma capacidade intelectual e seu exercício, falando-se em julgamentos morais, julgamentos práticos, julgamentos razoáveis, julgamentos de constitucionalidade, entre outros. A expressão “*adjudication*” é mais específica, refere-se a um julgamento emitido por uma autoridade judicial para solucionar alguma controvérsia a ela submetida; como

sobre como a Constituição deve influenciar os julgamentos dos casos constitucionais submetidos ao Poder Judiciário (2000, p. 374, 380). Para além da formulação original de Lyons,⁹¹ Samuel Freeman desenvolveu essa dicotomia, atribuindo-lha um sentido muito preciso. Para ele, uma *teoria da interpretação constitucional* é um ponto de vista normativo sobre o que uma Constituição é, e sobre o papel da constituição escrita dentro dessa perspectiva mais ampla. Mas não apenas isso, além de tratar do papel da constituição escrita, cabe a uma teoria da interpretação dizer quem deve ter autoridade institucional para determinar o sentido do texto constitucional: por que os tribunais, e não alguma outra instituição, têm autoridade para controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos?

Apenas se essa última questão é decidida, em alguma medida, em benefício dos tribunais, é que será necessária uma *teoria da decisão judicial constitucional*. Uma teoria que descreva como os juízes e tribunais devem exercer sua autoridade interpretativa enquanto aplicam a Constituição para decidir casos particulares. Este é o lugar para argumentos sobre o alcance do controle judicial de constitucionalidade e sobre as espécies de razões que os tribunais devem levar em consideração na aplicação da Constituição.

Aceitando-se a distinção nos moldes propostos por Freeman, fica evidente que as quatro questões antes apresentadas como indispensáveis a uma teoria constitucional consistente podem ser tratadas seqüencialmente, e que a resposta das últimas (3) e (4) depende do que for dito a respeito das primeiras (1) e (2). Num primeiro momento, pode-se

definiu Frank Michelman (1986b, p. 71), “*adjudication*” é a atividade de decisão judicial (*activity of judicial decision*). Recentemente, em muito devido à enorme repercussão que o tratado que Jürgen Habermas (1992) dedicou ao Direito, “*Faktizität und Geltung*”, tem tido no Brasil, alguns têm equiparado o termo “*adjudication*” ao termo “jurisdição”. A edição brasileira (**Direito e Democracia**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997) traduz por “jurisdição constitucional” a mesma expressão alemã “*Verfassungsrechtsprechung*” que a versão norte-americana (**Between Facts and Norms**. Trad. Willian Rehg. Cambridge: M.I.T. Press, 1996) traduz por “*constitutional adjudication*”. Embora não seja errado, esse também não parece o melhor caminho a seguir. O termo “jurisdição” tem um sentido mais preciso, consagrado pelos estudiosos da chamada teoria geral do processo. Tal conceito, geralmente refletido na tríade ação-jurisdição-processo, diz com uma espécie de função exercida pelo Estado, a qual se diferencia da legislativa e da executiva, e freqüentemente compete aos órgãos do Poder Judiciário, sem ser exclusiva deles. Assim, fala-se, por exemplo, em exercício da jurisdição, alcance da jurisdição, ausência de jurisdição, entre outras coisas. Além disso, o termo “jurisdição constitucional” foi largamente difundido por um conhecido texto de Hans Kelsen, publicado em 1928, recentemente traduzido no Brasil (**Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2003), que o aproxima da noção de mecanismos judiciais de defesa da Constituição, ou seja, de forma bastante diferente do sentido de “*adjudication*” aqui presente. Possivelmente, um termo mais adequado seria simplesmente “judicação”, mas essa expressão não é adotada por não ser de uso corrente entre os juristas de língua portuguesa.

⁹¹ No sentido definido por Lyons, baseado na leitura do texto clássico de James B. Thayer (1893), uma “teoria da interpretação” encara a questão sobre qual enfoque acerca da interpretação constitucional os tribunais devem seguir – preocupa-se em como traduzir, decodificar ou identificar o sentido do texto constitucional. A seu tempo, uma “teoria da decisão judicial constitucional” enfrenta a questão da natureza do papel que os tribunais devem desempenhar – quão amplo e ativo, quão estreito e passivo – ao impor à Constituição na resolução de conflitos constitucionais.

enfrentar o problema da fundamentação do dever de fidelidade à Constituição e o problema da justificação do controle judicial de constitucionalidade. Num segundo momento, caso tenha sido elaborada uma posição defensável para as indagações anteriores, pode-se tratar das suas conseqüências sobre o alcance das atribuições dos juízes constitucionais e, também, sobre aquilo que aqui se denominou uma metodologia da aplicação judicial das normas constitucionais – o conjunto de *standards* com base nos quais os juízes devem decidir os casos constitucionais.

A continuidade dessa investigação será norteada por esses objetivos. Cada um dos dois capítulos seguintes tratará de uma parcela do que se pode enxergar como uma teoria constitucional abrangente. Espera-se que a junção de ambos providencie um autêntico candidato ao *status* de teoria constitucional, ao qual se pode desde já nomear *teoria constitucional baseada nos direitos*. Nesse sentido, o segundo capítulo constituirá uma tentativa de construção de uma *teoria da interpretação constitucional baseada nos direitos*. Por sua vez, o terceiro capítulo será um esforço no rumo da configuração de uma *teoria da decisão judicial constitucional baseada nos direitos*.

Como a própria terminologia utilizada põe em relevo, o conceito “direitos” (*rights*) – direitos subjetivos, se se quiser – jogará um papel central na argumentação vindoura. Sua delimitação conceitual, entretanto, será feita mais adiante. Para prefaciar a discussão, é suficiente tomar como defensáveis quatro afirmações. Os direitos desempenham uma função justificatória importante na seara política, moral e jurídica. As pessoas que queiram regular sua vida comum por meio do Direito positivo de forma não opressiva devem enxergar umas as outras como portadoras de direitos. O Estado age mal quando desrespeita os direitos de seus cidadãos. Um órgão judicial age corretamente quando resolve uma demanda em conformidade, e não em contrariedade, com os direitos de que as partes são portadoras. Uma teoria constitucional baseada nos direitos não é muito mais que uma reconstrução coerente dessas quatro compreensões iniciais.

2 Os direitos: uma teoria da interpretação constitucional

A aplicabilidade judicial da Constituição não decorre simplesmente da existência de uma constituição escrita. Dizer que o governo não pode exceder seus poderes constitucionais não demonstra, de modo algum, quem deve decidir se existe conflito entre a ação governamental e a Constituição. No caso *Marbury v. Madison*, citado na abertura desse texto, o Juiz Marshall tentou estabelecer essa ligação enxergando a Constituição como “lei” (GUNTHER, 1985, p. 14). Conforme seu raciocínio, se a função ordinária dos juízes é interpretar as leis, fazer o mesmo em relação à lei fundamental não tem nada de extraordinário. Contudo, não são poucos os que questionam essa afirmação. Para os críticos, conceder aos juízes o poder de decidir quais leis são constitucionais, e quais não são, envolve o risco de tornar o Judiciário um departamento despótico. Afinal, um órgão de governo cujas decisões se impõem a todos os outros, sem estar sujeito a nenhum deles, corre sempre o risco de abusar das suas prerrogativas. Sempre haverá a possibilidade de que o Poder que é responsável, em última instância, por guardar a Constituição, desvie-se dela, substituindo o governo das leis pelo governo dos juízes. Uma vez que a criação de uma instância de proteção da Constituição faz surgir o perigo de que o protetor se converta em dominador da Constituição, a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade depende da limitação desse poder.

Cabe reconhecer, ademais, que a proposta do Juiz Marshall, a par de sustentar a existência do controle judicial de constitucionalidade, não diz nada sobre a extensão em que esse poder deve ser exercido. Saber que a Constituição é uma lei é de pouca ajuda para juízes indecisos sobre se compete a eles, ou não, decidir uma determinada questão que é levada ao tribunal. Dista muito da natureza legal da Constituição a motivação necessária para decidir até que ponto o Poder Judiciário pode se imiscuir na ação dos outros poderes.

Uma Constituição não é apenas um documento destinado aos juízes. Legislativo e Executivo, bem como todos os cidadãos, também estão igualmente vinculados por ela. Como conseqüência, o envolvimento do controle judicial não é algo auto-evidente. Por isso, é preciso sustentar que os constrangimentos que operam – ou melhor, que devem operar – sobre os juízes são ao menos tão confiáveis quanto aqueles ordinariamente observados pelos outros departamentos de governo, para, assim, dar credibilidade ao controle judicial de constitucionalidade.

Para avaliar essas questões, é necessário desenhar com maior rigor um ponto de vista sobre como os intérpretes devem ler a Constituição e a respeito das razões pelas quais o departamento judicial está habilitado a ocupar uma posição destacada entre os intérpretes constitucionais. Perspectivas a respeito da interpretação judicial da Constituição estão imediatamente relacionadas com a compreensão que os juízes têm acerca das razões que justificam seu respeito à Lei Fundamental e seu poder enquanto juízes. Eles são problemas de teoria constitucional; relacionam-se com argumentos concernentes aos motivos pelos quais os cidadãos de uma sociedade democrática devem ver com bons olhos a existência de uma lei superior irreformável por majorias ordinárias, cuja salvaguarda, em uma medida significativa, compete a uma instituição eleitoralmente irresponsável. O propósito deste capítulo é iniciar a construção de uma resposta coerente a essas questões.

2.1 Contra a teoria constitucional

A preocupação imediata de uma teoria constitucional é a definição do alcance legítimo do poder judicial de controle de constitucionalidade.⁹² Não é difícil perceber o porquê. Abraham Lincoln expôs de forma lapidar a dificuldade aí existente: “se a política do Governo, em questões vitais que afetam o povo inteiro, puder ficar na dependência de decisões irrevogáveis da Corte Suprema, [...] o povo terá deixado de ser seu próprio senhor, abdicando praticamente do exercício do governo em favor daquele eminente tribunal”⁹³ (*apud* BITTENCOURT, 1997, p. 16). Essa tensão entre constitucionalismo e democracia, tão claramente formulada por Lincoln, tem sido a grande obsessão dos teóricos constitucionais (FRIEDMAN, 1998, p. 334). Por mais que ela seja identificada por diversas nomenclaturas – “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, 1986, p. 16), “dificuldade intertemporal” (ACKERMAN, 1988, p. 187), “paradoxo da democracia constitucional” (MICHELMAN, 1999, p. 3) -, persiste o fato de que a Constituição anuncia solenemente limites substantivos e procedimentais ao exercício da vontade pública (SAGER, 1990, p. 897) numa sociedade que atribui especial valor a que o povo decida por si mesmo o conteúdo das leis que organizam e

⁹² Que esta seja a preocupação mais imediata não significa que ela seja também a preocupação mais fundamental ou importante da teoria constitucional, mas apenas que ela é a mais evidente, a de mais fácil percepção, a ponta do *iceberg*.

⁹³ “[...] if the policy of the Government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court [...] the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal”. Trecho pertencente ao Primeiro Discurso Inaugural de Abraham Lincoln, de 4 de março de 1861, parcialmente transcrito por Gerald Gunther (1985, p. 23-24).

regulam a sua associação política. Justificar o poder de revisão judicial exige, portanto, reconciliar, ainda que não de forma peremptória, constitucionalismo e democracia.

Salta aqui o primeiro desafio posto à teoria constitucional. A existência desse desejo de reconciliação não significa que ela seja possível. Com efeito, alguns críticos têm se dedicado a demonstrar que qualquer esforço desse tipo será irremediavelmente mal sucedido. Não apenas porque, na opinião desses críticos, nenhum dos candidatos ao cargo de melhor teoria constitucional, quando objeto da devida reflexão, mostra-se apto a responder a suas próprias perguntas, mas porque as perguntas mesmas estão equivocadas. A empresa teórico-constitucional estaria imbuída de um vício insanável e difundido, pois todas as teorias constitucionais de maior repercussão seriam variações a respeito do mesmo tema. Todas seriam manifestações do que Mark Tushnet, um dos mais abalizados críticos, tem chamado “constitucionalismo liberal” (1981) ou “teoria constitucional liberal” (1993, p. 208). Elas são teorias que pretendem explicar como as limitações constitucionais à ação do Estado são capazes de promover a liberdade em uma democracia (TUSHNET, 1993, p. 208). Ocorre que, para os críticos, tal explicação é impossível dentro das premissas de uma teoria política liberal, e é precisamente nessas premissas que as principais teorias constitucionais estão embebidas.

Para demonstrar o poder das suas observações, a estratégia dos críticos consiste em submeter as teorias constitucionais mais influentes⁹⁴ a um escrutínio que revele a sua incapacidade de realizar seu grande objetivo de reconciliação (BREST 1981; TUSHNET 1983). As diversas teorias querem demonstrar que a instituição do controle judicial de constitucionalidade tem um papel insuprimível na promoção da liberdade democrática. Porém, para fazer isso, elas precisam de um argumento normativo coerente que sirva para justificar e constranger o poder dos juízes constitucionais. Este argumento, no entanto, não está disponível. E nunca estará enquanto os teóricos não se libertarem dos laços que os prendem ao liberalismo. Pois, segundo os críticos, a teoria política liberal traz em si uma

⁹⁴ Num texto publicado no início da década de 1990, Tushnet (1993, p. 211) apontou como teorias da interpretação constitucional mais proeminentes as seguintes: 1) a teoria do entendimento original (*theory of original understanding*), segundo a qual os juízes devem dar às palavras da Constituição o sentido que geralmente era atribuído a elas no momento da sua adoção; 2) a teoria democrática do “reforço da representação” (*democratic theory of “representation-reinforcement”*), conforme a qual os juízes devem assegurar que os processos políticos ordinários de democracia majoritária operem de forma a permitir a todos uma oportunidade equitativa de afetar as decisões políticas; 3) a teoria moral (*moral theory*), de acordo com a qual os juízes devem interpretar a Constituição de modo a promover o bem moral e político conforme o melhor entendimento que se faça dele na atualidade; 4) a teoria orientada pelo precedente (*precedent-oriented theory*), em consonância com a qual os juízes devem desenvolver princípios constitucionais que produzam resultados aceitáveis quando aplicados a casos ainda não apresentados aos tribunais.

contradição fundamental, a qual, por sua vez, está incrustada na própria origem das indagações teórico-constitucionais. A teoria constitucional quer justificar o controle judicial de constitucionalidade das leis por ser essa uma forma de evitar o arbítrio do legislador, ou das maiorias populares, que tendem a deliberar preocupados exclusivamente com seus próprios interesses. Mas, se esse egoísmo, que inspira um mecanismo judicial de contenção, é algo intrínseco ao indivíduo liberal, não há razão para imaginar que os juízes, indivíduos liberais tanto quanto quaisquer outros cidadãos, serão menos egoístas e orientados pelos próprios interesses do que todas as outras pessoas. Mark Tushnet exprime da seguinte forma essa contradição:

No nível da psicologia individual, o liberalismo enxerga todos nós como criaturas de desejo ilimitado que podem aceitar a inflicção de mal sobre todos os outros enquanto nós buscamos nossos próprios fins. Esta psicologia coloca um problema imediato para as teorias do constitucionalismo, o problema [...] da delimitação de fronteiras. O constitucionalismo afirma que existem em princípio limites sobre o que os governantes podem fazer. O deslocamento para a Grande Teoria tenta escapar da arbitrariedade dos governantes mediante o provimento de fundamentos arrazoados para limitar seu poder. A dificuldade, então, é que aqueles para quem a Grande Teoria é endereçada – nos Estados Unidos, os juízes – são tão voluntariosos quanto quaisquer outros governantes. O deslocamento racionalista nega assim o que a psicologia liberal assume.⁹⁵ (TUSHNET, 1981, p. 415, tradução livre)

Se não há como, no universo da psicologia e da filosofia política liberal, agregar vontades individuais em instituições sujeitas ao controle da razão, cada versão da teoria constitucional seria incoerente do mesmo modo: no intento de eliminar a arbitrariedade mediante a razão, cada uma introduziria sua própria arbitrariedade (TUSHNET, 1981, p. 416). Constitucionalismo e democracia seriam, assim, irreconciliáveis, ou melhor, a visão liberal do constitucionalismo – que vê a Constituição como limite ao poder governamental – e a visão liberal da democracia – que enxerga as processo de decisão majoritário como mecanismo de agregação de interesses individuais conflitantes – seriam irreconciliáveis. A questão a ser levantada, então, é se realmente uma teoria constitucional precisa basear-se nessas premissas que Tushnet atribui à teoria política liberal.

Na análise dessa indagação, é interessante começar com a resposta que o próprio Tushnet oferece. Para ele, a construção de uma teoria constitucional satisfatória será, em qualquer caso, ou impossível, ou desnecessária (TUSHNET, 1983, p. 786). Se a sociedade

⁹⁵ “*On the level of individual psychology, liberalism sees us all as creatures of unbounded desire who can accept the infliction of harm on everyone else as we pursue our own ends. This psychology poses an immediate problem for theories of constitutionalism, the problem [...] of boundary drawing. Constitutionalism asserts that there are in principle limits on what governors can do. The move to Grand Theorie attempts to escape the arbitrariness of the governors by providing reasoned grounds for limiting their power. The difficulty, then, is that those to whom Grand Theory is addressed – in the United States, the judges – are as wilfull as any other governors. The rationalist move thus denies what liberal psychology assumes.*” (TUSHNET, 1981, p. 415)

for como os liberais acreditam que ela seja – um mundo de indivíduos autônomos, cada um dos quais guiado por seus próprios valores e objetivos idiossincráticos, sem que se possa considerar mais ou menos legítimos os valores e objetivos de um cidadão em relação aos valores e objetivos dos demais (TUSHNET, 1983, p. 783) – uma teoria constitucional será impossível. Se os juízes também forem indivíduos liberais, eles vão interpretar a Constituição da mesma forma com que estabelecem seus ideais de vida, isto é, como ilhas isoladas de individualidade que buscam seus próprios interesses e que, à medida que querem realizar esses ideais independentemente de qualquer outro tipo de considerações, dão à Constituição o sentido mais apto à satisfação de suas preferências pessoais. Diante das premissas do liberalismo, os juízes, não menos do que os legisladores, são atores políticos primariamente motivados por seus próprios interesses e valores (TUSHNET, 1983, p. 784).

Segundo o jurista crítico norte-americano, isso não significa, contudo, que toda e qualquer interpretação da Constituição seja inevitavelmente arbitrária. Quando se olha para a sociedade percebe-se que muitas vezes pessoas que inicialmente discordam sobre determinadas questões, ao dialogarem e refletirem conjuntamente sobre esse ponto de divergência, acabam chegando a algum entendimento. Conforme Tushnet (1983, p. 826), para que as pessoas possam se entender umas com as outras é necessário que exista uma “comunidade de entendimento” (*community of understanding*), criada por pessoas que entram em certos tipos de relações e compartilham certos tipos de experiências. Ocorre que sem se apoiar na premissa de que o entendimento das pessoas acerca das instituições sociais é estável não há como existir o necessário entendimento compartilhado. Esse entendimento depende de continuidades históricas e culturais ausentes da teoria política liberal. É o pensamento social conservador (a referência de Tushnet é a Edmund Burke) que, em oposição ao liberalismo, coloca a sociedade antes do indivíduo, desenvolvendo as implicações da idéia de que as pessoas somente podem entender seus pensamentos e ações com referência à matriz social na qual elas se encontram inseridas (TUSHNET, 1983, p. 785). Essas premissas comunitárias do pensamento conservador, por isso, são um complemento necessário a qualquer teoria da Constituição. É preciso desenvolver um “sistema compartilhado de significados” (*shared system of meanings*) para que uma teoria da interpretação constitucional seja coerente (TUSHNET, 1983, p. 826). O problema é que, na percepção de Tushnet, desenvolvendo-se tal sistema, destruir-se-á a necessidade de uma teoria constitucional, haja vista que essa necessidade está predicada no individualismo liberal. Conseqüentemente, as mesmas premissas que se mostram indispensáveis à teoria constitucional tornam-na supérflua.

Parece que a raiz da crítica de Tushnet (1983, p. 827) está na assertiva de que o problema identificado pelo pensamento liberal desaparece numa sociedade em que tal “entendimento compartilhado” existe e que, de outra parte, numa sociedade liberal não há espaço para o indispensável “entendimento compartilhado”. O único óbice é que esta é uma assertiva absolutamente questionável. Não é preciso tratar os membros de uma sociedade como puros egoístas para aceitar que eles podem discordar sobre aquilo que dá sentido à vida, sobre suas concepções éticas, filosóficas e religiosas. Em verdade, nem sequer seria possível uma sociedade política sem que um grau mínimo de entendimento compartilhado estivesse presente.⁹⁶ Se as pessoas divergem sobre seus ideais de bem, sobre suas concepções religiosas e filosóficas, isso não quer dizer que elas discordem sobre tudo mais. Nem, tampouco, que qualquer grau de consenso esteja descartado. Por outro lado, o fato de haver algum nível de consenso não torna impossível a divergência em outros níveis. É muito mais plausível que pessoas que concordam a respeito dos padrões mais gerais que regulam sua convivência política discordem sobre as exigências específicas que aqueles padrões impõem em situações determinadas.⁹⁷ De fato, algum ponto de consenso é condição do dissenso. Ou seja, não existe divergência sem um ponto mais alto de acordo entre aqueles que divergem. Uma controvérsia só é possível quando os debatedores concordam sobre a compreensão mais geral do conceito a respeito do qual reclamam avaliações divergentes. Para travar uma discussão séria é necessário pressupor que se está falando sobre a mesma coisa. Do contrário, não há diálogo, mas apenas monólogos.

Dworkin traça os contornos dessa problemática de modo bastante claro, quando tece considerações a respeito das condições que fazem possíveis as divergências entre participantes de uma mesma prática social. Diz ele:

Devem [os participantes], na verdade, concordar sobre muitas coisas para poderem compartilhar uma prática social. Devem compartilhar um vocabulário [...] Devem compreender o mundo de maneira bastante parecida, e ter interesses e convicções

⁹⁶ Observe-se John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça* (1997, p. 266): “Aristóteles observa que uma das peculiaridades dos homens é que eles possuem um senso do justo e do injusto, e que o fato de partilharem um entendimento comum da justiça cria a *polis*. De forma análoga, pode-se dizer, tendo em vista a nossa argumentação, que um entendimento comum da justiça cria a democracia constitucional”. Essa premissa, inclusive, é comum aos mais destacados filósofos políticos liberais do debate constitucional norte-americano, como percebe-se da postulação de uma “comunidade liberal” por Ronald Dworkin (1992), e na idealização de um “diálogo liberal” por Bruce Ackerman (1993).

⁹⁷ Esse é um ensinamento proferido pelo próprio Tushnet. Com efeito, num texto recente, após afirmar que os princípios da Declaração de Independência dos Estados Unidos definem a lei fundamental dos norte-americanos, Tushnet (1999, p. 14) declara: “O desacordo vigoroso sobre o que esses princípios significam para qualquer problema específico de política pública não significa que nós como uma sociedade não tenhamos uma lei fundamental em comum”. (“*The Declaration’s principles define our fundamental law. Vigorous disagreement over what those principles mean for any specific problem of public policy does not mean that we as a society have no fundamental law in common*”).

suficientemente semelhantes para reconhecer o sentido das afirmações de todos os outros, para tratá-las *como* afirmações e não como meros ruídos. Isso significa não apenas usar o mesmo dicionário, mas compartilhar aquilo que Wittgenstein chamou de uma forma de vida suficientemente concreta, de tal modo que um possa encontrar sentido e propósito naquilo que o outro diz e faz, ver que tipos de crenças e de motivos dariam um sentido a sua dicção, a seus gestos, a seu tom de voz e assim por diante. Devem, todos, “falar a mesma língua” em ambos os sentidos da expressão. Mas essa semelhança de interesses e convicções só deve manter-se até um certo ponto: deve ser suficientemente densa para permitir a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa manifestar-se. (DWORKIN, 1999, p. 77, grifo no original)

Esses argumentos demonstram que a crítica à viabilidade da teoria constitucional não se sustenta. Uma teoria constitucional reclama, desde o início, uma tentativa de elaborar bases que possam sustentar a convivência entre pessoas que participam de um empreendimento político comum: uma vida em comum, sobre leis comuns, que obrigam a todos igualmente. Nesse contexto, a necessidade de constrangimento à ação judicial não é fruto do desentendimento absoluto entre intérpretes que só almejam a realização de seus interesses pessoais. Ela é um produto do desacordo entre cidadãos que se vêem como capazes de concordar a respeito dos princípios básicos extremamente abstratos da sua convivência comum – como se observa, por exemplo, nas convicções partilhadas pelos cidadãos de uma democracia constitucional de que todos devem ser livres e iguais em direitos e obrigações e devem respeitar-se mutuamente –, mas que discordam a respeito de muitas outras coisas, inclusive, geralmente, acerca da especificação concreta desses princípios. Em suma, o quadro da teoria constitucional é, muito possivelmente, um consenso estreito e básico sobreposto a um dissenso abrangente (RAWLS, 2000, p. 179-219).

O domínio da teoria constitucional aparenta, assim, ir muito além da sua face mais evidente, a dificuldade contramajoritária do controle judicial de constitucionalidade apontada por Alexander Bickel em 1962.⁹⁸ Ele envolve questões mais profundas do que a simples defesa do poder dos juízes de declarar leis inconstitucionais. O constitucionalismo discute as bases da autoridade legítima.

2.2 Decisão judicial e teoria constitucional

Num regime constitucional a autoridade legítima é a autoridade da Constituição. A supremacia da Constituição deve ser, deste modo, o ponto de partida de uma

⁹⁸ O problema identificado pela dificuldade contramajoritária é o seguinte: na extensão em que democracia implica receptividade à vontade popular, como explicar que um ramo do governo cujos membros são irresponsáveis perante o povo tenha o poder de reverter decisões populares? (BICKEL, 1986, p. 16; ELY, 1980, p. 4-5; FRIEDMAN, 1998, p. 335)

abordagem teórico-constitucional consistente. Impende, por isso, tomar ciência das implicações deste postulado sobre as controvérsias constitucionais e, a partir daí, definir mais claramente o rol de questões relevantes para a teoria constitucional. Só depois desse exercício de esclarecimento das perguntas será possível sair em busca das respostas.

A submissão à Constituição é um aspecto inabdicável de qualquer comportamento estatal legítimo em uma democracia constitucional. A responsabilidade primeira de qualquer agente público de um regime constitucional é obedecer à Constituição. Os juízes, como agentes públicos que são, devem conformar suas decisões às imposições constitucionais. Não fosse assim, existiria algo de errado com o princípio da supremacia da Constituição. Este postulado, contudo, nem sempre pode ser cumprido facilmente. Existem diversos casos em que a orientação fornecida pelo texto constitucional aos seus intérpretes não é clara. De modo que um comportamento que, para alguns, parece uma exigência irremediável da Constituição, para outros, pode parecer absolutamente incompatível com ela. Como juízes e tribunais deverão se comportar nesses casos, sem abrir mão de seu compromisso com a Constituição?

Surpreendidos por tão profundo desacordo, os juízes constitucionais, comprometidos com o princípio da supremacia da Constituição, deverão tentar demonstrar uns aos outros que pleiteiam uma melhor interpretação dos dispositivos constitucionais. Para tanto, terão que revisitar suas compreensões sobre como se deve ler a Constituição. Só assim, serão capazes de demonstrar uns aos outros que sua leitura é aquela que melhor se ajusta ao texto constitucional. Pois, reconhecendo que se utilizam dos cânones interpretativos corretos, aplicados de forma precisa, poderão afirmar que a sua decisão é aquela que corresponde às exigências da Constituição, e que as opiniões contrárias não fazem justiça à lei maior.

Todavia, mesmo nesse segundo nível, é provável que a divergência persista, haja vista que os juízes podem sustentar visões distintas acerca de como adscriver sentido aos dispositivos constitucionais. Alguns podem entender, por exemplo, que o mais importante é buscar a intenção do constituinte, enquanto outros podem achar que a interpretação deve realizar no maior grau possível os valores predominantes da comunidade; outros ainda podem achar que a Constituição deve ser lida à luz do melhor catálogo de ideais filosófico-políticos disponíveis. Independentemente de quais sejam os termos desse desacordo, o fato é que,

quando ele for alcançado, a divergência deixará de ser apenas sobre qual a resposta para o caso, e será também sobre qual a melhor teoria da interpretação constitucional.⁹⁹

Nesse nível teórico-interpretativo mais profundo, os parâmetros da discussão ganharão novos contornos. Os juízes terão que testar agora se suas teorias acerca de como interpretar normas constitucionais são compatíveis com o seu papel enquanto aplicadores da Constituição e com as razões pelas quais eles se submetem à autoridade da Lei Fundamental. Será preciso refletir a respeito das justificativas da força obrigatória suprema do texto constitucional e da sua oponibilidade judicial. Tudo isso, no entanto, pode ainda não ser suficiente para superar as dúvidas. Os debatedores podem concluir que eles devem fidelidade à Constituição por razões diversas e que, por isso, devem desempenhar papéis diversos. Para utilizar uma expressão de Cass Sunstein, pode ser que o axioma da supremacia da Constituição e o reconhecimento do poder judicial de controle de constitucionalidade sejam “acordos incompletamente teorizados”, amparados nas mais diversas espécies de razões (SUNSTEIN, 1996, p. 35).

Será preciso, então, avançar ainda mais a discussão. Constatando-se que, numa democracia constitucional, o Direito está indissociavelmente ligado à justificativa da coerção oficial (DWORKIN, 1999, p. 231), os juízes deverão tentar oferecer uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado. O ponto culminante do diálogo será, então, demarcado em torno das razões que permitem justificar o exercício legítimo do poder político em sociedade. Ou seja, o debate seguirá o rumo da justiça política, desenrolando-se em torno de uma melhor teoria política da legitimidade constitucional.

Decorre do exposto que uma teoria constitucional satisfatória deverá posicionar-se em todos os níveis desse debate e, em última instância, será também uma visão sobre a legitimidade do poder político. Esta afirmação é corolário da tese de que o compromisso efetivo dos intérpretes com o texto constitucional conduz, inexoravelmente,

⁹⁹ Sobre a necessidade de os juízes constitucionais desenvolverem uma teoria da interpretação constitucional Robert C. Post é elucidativo: “Em razão de que os juízes devem ser capazes de justificar suas decisões, eles devem também ser capazes de justificar os meios de interpretação que empregam para alcançar estas decisões, particularmente se a sua escolha afeta a significância ou o resultado final de um caso. Juízes devem ser capazes de explicar por que eles decidiram interpretar a Constituição a partir de um conjunto de questionamentos ao invés de outro. [...] juízes precisam e devem ser capazes de articular uma “teoria” da interpretação constitucional.” (“*Because judges must be able to justify their decisions, they must also be able to justify the means of interpretation that they employ to reach those decisions, particularly if their choice affects the ultimate result or significance of a case. Judges must be able to explain why they have decided to interpret the Constitution through one set of inquiries rather than another. [...] judges require and must be able to articulate a “theory” of constitutional interpretation*”). (POST, 1995, p. 25)

para um ponto de vista político-moral externo ao próprio texto. É neste âmbito que se enraíza, em último termo, uma teoria constitucional.

Da maneira como se apresentam no discurso constitucional contemporâneo, os posicionamentos relacionados à interpretação constitucional podem ser divididos em três grandes vertentes teóricas: 1) *A teoria originalista* (BERGER 1977; BORK 1991; SCALIA 1997), segundo a qual os juízes devem dar às palavras da Constituição o sentido que geralmente era atribuído a elas no momento da sua adoção;¹⁰⁰ 2) *A teoria democrático-procedimental* (ELY 1980; KLARMAN 1991), conforme a qual os juízes devem assegurar que os processos políticos ordinários de democracia majoritária operem de forma a permitir a todos uma oportunidade equitativa de afetar as decisões políticas; 3) *A teoria dos valores substantivos* (BICKEL 1986; DWORKIN 1978, 1996b, 1999, 2000; FREEMAN 1992; RICHARDS 1986; SAGER 1990; WELLINGTON 1990; TRIBE 1988), de acordo com a qual os juízes devem interpretar a Constituição de modo a promover o bem moral e político da comunidade, conforme o melhor entendimento que se faça dele no momento atual.¹⁰¹ Cada uma dessas teorias oferece um conjunto de respostas para as perguntas que afligem os juízes constitucionais. Tratam (a) dos cânones interpretativos, (b) da responsabilidade judicial, (c) da autoridade da Constituição e (d) representam alguma visão sobre a legitimidade do uso coercitivo do poder estatal.

Todavia, esse trabalho não cuidará de cada uma dessas teorias gerais, nem mesmo abarcará os diversos exemplares qualificados delas. Antes de expor o atual estágio do pensamento constitucional,¹⁰² o objetivo é defender uma determinada abordagem teórico-

¹⁰⁰ Existem pelo menos três modelos de originalismo: o modelo da intenção original (BERGER 1977), o modelo textualista (SCALIA 1997) e o modelo de princípios (BORK 1991). O modelo da intenção original ou intencionalismo estrito, requer que o intérprete determine o modo como aqueles que adotaram a Constituição teriam aplicado um preceito constitucional a uma situação dada, e resolva o caso que tem perante si desse mesmo modo. O modelo textualista entende que o intérprete deve se limitar à linguagem expressa pelos constituintes no texto da Constituição; a autoridade reside naquilo que a geração constituinte expressamente disse, não nas suas intenções. O modelo de princípios defende que os intérpretes devem buscar, não uma conclusão, mas uma premissa, um princípio ou valor que a geração constituinte quis resguardar. O que detém autoridade na interpretação são os princípios que a geração constituinte entendeu estar estabelecendo quando da edição da Constituição. Como este trabalho não será dedicado a criticar ou defender a perspectiva originalista em pormenores, parece útil referir as análises mais relevantes sobre o tema, dentre os críticos merecem destaque Paul Brest (1980), Mark Tushnet (1983); Ronald Dworkin (1996, p. 265; 1999, p. 425; 2000, p. 41), David Lyons (2000) e Samuel Freeman (1992); dentre os defensores, além dos três autores antes citados, merecem referência Michael Perry (1991) (curiosamente, um ex-crítico veemente do originalismo) e Richard Kay (1998).

¹⁰¹ O uso da expressão *valores substantivos* parece corresponder à forma como essa visão tradicionalmente é expressa na literatura por meio de definições como “*fundamental values*” (ELY, 1980, p. 43) e qualificativos como “*value-laden*”, “*non-originalist*”, “*substantive*”, “*value-oriented*” (BREST, 1981, p. 1065).

¹⁰² A classificação apresentada está sujeita à crítica por ser demasiadamente genérica e datada. Nela não ganham particular evidência as principais contribuições feitas à teoria constitucional depois da segunda metade da década de 1980. Acima de tudo, ela pode ser questionável por não conceder um lugar específico para as construções

constitucional. Mais especificamente, o intento é sustentar uma espécie da terceira modalidade de teorias, a qual se pode chamar *teoria dos direitos*.

O primeiro passo, portanto, é delimitar a *teoria dos direitos* no interior das *teorias dos valores substantivos*. Na forma como se costumam apresentar as teorias constitucionais orientadas por valores, podem-se diferenciar duas formulações principais. O ponto em comum entre elas é sustentar que a interpretação constitucional deve realizar valores político-morais fundamentais. O ponto de controvérsia, por sua vez, diz respeito à fonte desses valores e ao método de sua averiguação (BREST, 1981, p. 1067). Para uma corrente, identificada como *teoria da moralidade consensual ou convencional* (BICKEL 1986; WELLINGTON 1990), a fonte localiza-se nos valores sociais compartilhados. O método para elucidar essa moralidade convencional é o raciocínio mais ou menos intuitivo, que intérpretes bem informados, e sensibilizados pelo contexto social em que vivem, usam para descobrir as convicções éticas assentadas na sua comunidade. Para outra, a *teoria dos direitos* (DWORKIN 1978, 1996b, 1999, 2000, 2003; FREEMAN 1992; RICHARDS 1986; SAGER 1990; TRIBE 1988), a fonte encontra-se em princípios normativos gerais dos quais podem ser extraídos direitos individuais básicos, inferidos a partir de alguma forma de raciocínio do tipo a que estão habituados filósofos políticos e morais.

Um teórico da moral consensual ou convencional funda a legitimidade da Constituição no fato de ela corresponder aos valores éticos prevalecentes na comunidade em que ele vive. Assim, o papel dos intérpretes é descobrir e efetivar a autocompreensão ética da sua comunidade. A linguagem constitucional deve ser lida de forma a realizar, na maior medida possível, seus valores tradicionais e majoritários. No pólo oposto, um teórico dos direitos prima por rejeitar explicitamente as imposições dos consensos sociais, colocando, em seu lugar, uma moral ideal e reflexiva. Exemplar, nesse sentido, é a posição de Laurence H. Tribe acerca dos direitos de privacidade e de personalidade ante a Constituição norte-americana:

advindas do “*revival*” republicano que a teoria constitucional tem experimentado nos últimos vinte anos, sobretudo por influência de historiadores políticos que questionaram a hegemonia do pensamento liberal – identificada em Hobbes e, principalmente, com Locke –, nas fundações do constitucionalismo moderno, como J. G. A. Pocock e Gordon S. Wood. Boa parte dos teóricos constitucionais mais representativos da atualidade ressoam pesadas influências da tradição política republicana, que remonta a autores como Maquiavel, Harrington e Rousseau, dentre muitos outros, como atestam os trabalhos dos teóricos constitucionais norte-americanos Frank Michelman, Cass Sunstein e Bruce Ackerman, bem como, talvez em menor grau, os escritos teórico-constitucionais do filósofo alemão Jürgen Habermas. Todavia, para os objetivos desse trabalho, essa tradicional classificação tríplice é adequada. Ao fim e ao cabo, as diversas contribuições recentes feitas à teoria constitucional parecem ser esquadrinháveis dentro das três categorias propostas. Embora não haja espaço para as necessárias explicações, parece justo classificar Michelman (1986a) e Ackerman (1991) na teoria dos valores substantivos e Sunstein (1993) e Habermas (1997) na teoria procedimental.

Tentativas de fundar os direitos constitucionais de privacidade ou de personalidade na moralidade convencional, ou em idéias de bem-estar público amplamente, se não ainda universalmente, compartilhadas, são úteis, mas têm um poder inerentemente limitado. Pois nós estamos falando, necessariamente, sobre direitos de indivíduos ou grupos *contra* a comunidade mais ampla, e contra a maioria – mesmo uma esmagadora maioria – da sociedade como um todo. Sujeitos a todos os perigos do julgamento antimajoritário, tribunais – e todos que levam a sério seus juramentos constitucionais – devem ultimamente definir e defender direitos contra o governo em termos independentes do consenso ou da vontade da maioria.¹⁰³ (TRIBE, 1988, p. 1311, tradução livre, grifo no original)

Para um teórico dessa vertente, o papel dos juízes constitucionais é proteger interesses fundamentais dos indivíduos, que se apresentam sobre a forma de direitos, mesmo que esses interesses sejam contrários a valores éticos largamente disseminados ou a exigências do bem-estar comum. Os direitos são reivindicações de indivíduos ou grupos *contra* a comunidade mais ampla, e contra a maioria – mesmo uma esmagadora maioria – de toda a sociedade. Isso significa que a teoria dos direitos atribui prioridade aos direitos diante de outros interesses coletivos. Tal fato traz implicações significativas para atividade dos intérpretes constitucionais, e permite demarcar com mais clareza a teoria dos direitos em relação à teoria da moral convencional.

Para pontuar essa distinção pode-se tomar como pano de fundo uma técnica de decisão de casos constitucionais bastante conhecida, a qual, em princípio, ajusta-se tanto à visão dos direitos quanto a um enfoque convencional. Considere-se, para esse efeito, a doutrina dos “*fundamental rights*” (direitos básicos) desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana. Sua idéia primordial é que conferir a um direito ou a uma liberdade individual o estatuto de um “*fundamental right*” (direito básico)¹⁰⁴ é exigir que o Estado ofereça uma justificativa especialmente convincente para impor limitações a esse direito ou liberdade.

¹⁰³ “*Attempts to ground constitutional rights of privacy or of personhood in conventional morality, or in broadly if not yet universally shared ideas of public welfare, are helpful but have inherently limited power. For we are talking, necessarily, about rights of individuals or groups against the larger community, and against the majority – even an overwhelming majority – of the society as a whole. Subject to all of the perils of antimajoritarian judgment, courts – and all who take seriously their constitutional oaths – must ultimately define and defend rights against government in terms independent of consensus or majority will.*” (TRIBE, 1988, p. 1311)

¹⁰⁴ Da forma como os juízes e doutrinadores norte-americanos tratam a expressão “*fundamental rights*” – aqui traduzido como direitos básicos – esse termo não pode ser simplesmente equiparado ao termo “direitos fundamentais” utilizado pela doutrina brasileira. Por aqui, costuma-se afirmar que “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 1998, p. 31). Assim, direitos fundamentais acabam por se confundir com os direitos conferidos pela Constituição. Para o constitucionalismo norte-americano, ao revés, os direitos básicos (“*fundamental rights*”) não devem ser confundidos com os direitos constitucionais (“*constitutional rights*”). Como leciona Guido Calabresi (1991, p. 85), “indubitavelmente existem alguns direitos incorporados na Constituição e aplicados pelos tribunais que poucos, se é que alguém, considerariam fundamentais” ([...] *there undoubtedly are some rights embedded in the Constitution and enforced by courts that few, if any, would deem fundamental*). Isso mostra que, para o constitucionalismo americano, o conceito de direitos básicos (“*fundamental rights*”) é essencialmente material e não formal. Ressalte-se, entretanto, que há,

Como noticiam Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf (1991, p. 72), a Suprema Corte dos Estados Unidos tem empregado a noção de direitos básicos para dois propósitos distintos e inter-relacionados. Em primeiro lugar, sob a Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda da Constituição norte-americana,¹⁰⁵ afirmando que desigualdades sancionadas pelo Estado que oneram o exercício de um direito básico serão admitidas somente se servirem a um “interesse estatal cogente” (“*compelling state interest*”). Em segundo lugar, nos demais casos que não se colocam sob a Cláusula da Igual Proteção, se a Suprema Corte designa uma liberdade individual como um direito básico, ela simultaneamente exige a aplicação desse mesmo exame rigoroso, com a necessidade de um “interesse estatal cogente” para justificar as limitações impostas pelo Estado ao exercício daquele direito.

Consoante isso, quando a Suprema Corte avalia a arguição de inconstitucionalidade de uma lei baseada no desrespeito a um direito básico, o que ocorre nos dois casos apresentados, ela submete a lei ao teste chamado escrutínio estrito (“*strict scrutiny*”). Nesses casos, o julgamento da Corte procede em dois passos subseqüentes. Primeiro, questiona-se se a liberdade postulada qualifica-se como básica. Aceito isso, passa-se ao segundo passo do escrutínio estrito, indagando-se se existe um “interesse estatal cogente” (“*compelling state interest*”) que prepondere sobre o direito básico afirmado (TRIBE; DORF, 1991, p. 107). Ao contrário, nas situações em que não se está diante de um direito básico, mas, sim, de um outro direito constitucional de estatura mais baixa, a Corte entende que basta demonstrar que a lei restritiva é apta a atender um fim estatal legítimo para que ela seja mantida, tratando-se de um simples teste de racionalidade (*rational basis*), muito menos rigoroso. Como os comentadores costumam apontar, o escrutínio estrito é, na prática, geralmente fatal. Implica assim, com raríssimas exceções, a invalidação da lei.

Com base nessa relação entre qualificação de um direito (“*fundamental right*”) e teste de constitucionalidade aplicável (“*strict scrutiny*”) Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf (1991, p. 73) sustentam, com razão, à luz da experiência norte-americana, que identificar ou não um direito como “*fundamental*” coloca, provavelmente, a questão

no Brasil, quem utilize o termo direitos fundamentais de forma muito próxima à norte-americana. No julgamento da medida cautelar na ADIn 1.497/96, o Ministro Carlos Velloso considerou a existência de “direitos que, não obstante conferidos pela Constituição, não se elevam à categoria de direitos fundamentais”. Sem embargo, é de se observar que, nesse mesmo voto, o Ministro Velloso regressou à forma mais comum do uso do termo direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro, ao representar a mesma distinção como se dando entre “direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais formais”.

¹⁰⁵ A Cláusula da Igual Proteção da XIV Emenda à Constituição norte-americana dispõe que “nenhum Estado poderá [...] negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

substantiva central do moderno direito constitucional. À medida que apenas excepcionalmente a Corte reconhece o peso necessário a um interesse público para superar um “*fundamental right*”, na prática, a qualificação de um direito como “*fundamental*” – primeiro passo do processo de julgamento dos casos de direitos básicos – equivale à decisão antecipada do caso em prol desse direito.

Tais considerações demonstram que a nota característica da doutrina apresentada é que ela confere prioridade a determinados interesses de indivíduos ou grupos, qualificados como “*fundamental rights*”, perante interesses da maior parte da comunidade, denominados “*state interests*”. Prioridade que só é revertida em casos excepcionais, quando o interesse da maioria apresenta-se como cogente e insuperável – “*compelling state interest*”. Haja vista que essas situações de reversão da precedência dos direitos básicos são excepcionais, a chave do problema ou questão substantiva central passa a ser como definir quais interesses se qualificam como direitos básicos e quais não se qualificam. A teoria dos direitos e a teoria da moral convencional dão respostas divergentes a essa questão (TRIBE; DORF, 1991, p. 73-80; WELLINGTON, 1990, p. 96-123).

Segundo o enfoque convencional, qualificam-se como direitos básicos aqueles interesses das pessoas que se mostrem mais importantes segundo a história, a tradição, a cultura e os valores predominantes da comunidade. Contrariamente, de acordo com a teoria dos direitos, os direitos básicos são aqueles derivados da dignidade incondicional que cerca a existência de cada pessoa, independentemente do valor particular da pessoa para os outros. Essa dignidade pessoal não mantém relação tão estreita com a história, a tradição ou a consciência ética da comunidade. Pelo contrário, ela se impõe ainda que traga requerimentos contrários às orientações postas pelos valores sociais majoritários. Assim, à medida que uma comunidade ética reconhece direitos quando atribui coletivamente especial importância a determinados interesses, de modo que a diferença entre os direitos e os demais interesses é uma questão de peso; a dignidade incondicional que cerca a vida de cada pessoa reconhece direitos à medida que ela exige que cada pessoa goze de uma posição de precedência em relação a determinados recursos, liberdades e oportunidades. Longe desses recursos, liberdades e oportunidades a pessoa perde sua dignidade incondicional. Nesse sentido, o respeito à dignidade é uma questão de tudo ou nada. Ou as pessoas têm sua dignidade respeitada ou não. Por isso, aos olhos da teoria dos direitos, as fortes convicções da maioria não têm qualquer valor que possa ser colocado na balança contra reivindicações de direitos.

A oposição dos dois enfoques pode se colocar, então, entre a opção pelos valores sociais majoritários e a opção pela dignidade incondicional da pessoa. A teoria dos direitos escolhe a segunda alternativa. Ela toma como essencial a afirmação de que “se alguém tem um direito a alguma coisa, então é errado para o Estado negar esta coisa a esta pessoa, ainda que seja do interesse geral fazer isso”¹⁰⁶ (DWORKIN, 1978, p. 269).

A própria linguagem utilizada há pouco, opondo valores sociais à dignidade pessoal incondicional, demonstra que a análise deixou, por um certo tempo, o âmbito daquilo que tradicionalmente se considera jurídico, para penetrar a seara das controvérsias políticas e morais. Como já se registrou noutro momento, a interpretação constitucional transcende o próprio texto da Constituição. Ela avança e vincula-se profundamente com problemas de moralidade política. A teoria dos direitos pretende constituir uma alternativa atraente para os intérpretes constitucionais. Nada mais natural, portanto, do que ela se voltar a indagações mais abstratas do tipo a que estão afeitos os filósofos políticos e morais.

Enquanto teoria constitucional, a teoria dos direitos pretende aclarar as implicações e pressupostos desse enfoque “baseado nos direitos” dos problemas de moralidade política, e estendê-los a problemas de interpretação constitucional. Nesse sentido, o primeiro passo é expor as premissas implícitas nessa abordagem político-moral que coloca os direitos básicos em posição central. O segundo é analisar e desenvolver sua repercussão em face das questões fundamentais que assolam os intérpretes constitucionais.

2.3 Direitos morais

As questões que se desenrolam ao redor de uma teoria político-moral dos direitos¹⁰⁷ podem ser agrupadas em três grandes classes, cada uma intimamente relacionada

¹⁰⁶ “*If someone has a right to something, then it is wrong for the government to deny it to him even though it would be in the general interest to do so*”. (DWORKIN, 1978, p. 269)

¹⁰⁷ É o momento de expor a razão pela qual esse texto tem preferido a expressão “direitos” à expressão “direito subjetivo”. Isso se deve ao seguinte: a maneira como os manuais jurídicos costumam definir o termo “direito subjetivo” é tendencialmente redutora, pois torna confuso falar-se em quaisquer modalidades de direitos não-jurídicos, como direitos morais, direitos políticos etc. O problema é que a conceituação tradicional de “direito subjetivo” (atributo próprio de alguns sujeitos) se dá em contraposição ao conceito de “direito objetivo” (conjunto de regras). O conceito de “direito subjetivo” é utilizado, por exemplo, na seguinte frase: “Todos os cidadãos têm direito a reunirem-se pacificamente e sem armas”. Já o conceito de “Direito objetivo” é usado na forma a seguir: “O Direito italiano proíbe o homicídio”. A despeito de as definições em si não estarem erradas, elas dão e entender que apenas o conjunto de regras qualificadas como jurídicas (“Direito objetivo”) teria como contraponto “direitos subjetivos”. Mas a verdade é que outros sistemas de normas, as quais não podem ser qualificadas como jurídicas – não merecendo, portanto, o título de “Direito objetivo” – também conferem direitos (*grosso modo* pretensões conferidas a um sujeito, ou grupo de sujeitos, perante outro sujeito, ou grupo, a quem é imposto um dever correlativo). Se a idéia de “direito subjetivo” dependesse da idéia de “Direito

com as outras (WALDRON, 1993, p. 575). Uma conceitual, endereçada a analisar as propriedades elementares daquilo a que se costuma chamar direitos, de modo que se possa identificar algo, os direitos, a partir de suas características essenciais. Nela se faz a seguinte pergunta: *o que são os direitos?* Outra relacionada ao conteúdo dos direitos, voltada a definir quais os bens, liberdades e oportunidades a que se tem direitos. Sua pergunta é: *quais são os direitos?* Além delas, há uma terceira classe de questões, ditas normativas. Aqui a indagação é: *por que há direitos?* Interessa a ela dar razões aceitáveis para a existência de direitos. Embrenha-se, assim, em problemas de fundamentação.

Apenas a primeira e a terceira classe de questões serão privilegiadas neste tópico, pois elas bastam para delimitar a estrutura básica do enfoque de moralidade política baseado nos direitos. Ademais, servem de alicerces suficientes para, posteriormente, encarar problemas de justificação jurídica e desenvolver uma visão teórico-constitucional. A segunda classe, das questões de substância, será abordada apenas reflexamente, à medida que a definição e a fundamentação dos direitos, com certeza, não envolve considerações absolutamente esvaziadas de conteúdo.

Antes de enfrentar separadamente questões conceituais e normativas, cumpre definir algumas perspectivas genéricas. Inicia-se, assim, pelos traços mais evidentes do enfoque baseado nos direitos de questões de moralidade política. Conforme a significativa expressão de Jeremy Waldron:

[...] a idéia de direitos agrega uma dignidade incondicional à existência de cada pessoa, independente do valor particular dela para os outros. [...] A idéia de direitos envolve uma determinação de refletir este sentimento de importância no respeito que nós oferecemos uns aos outros como uma base fundamental da nossa vida juntos.¹⁰⁸
(WALDRON, 1993, p. 582, tradução livre)

Esse esboço abrangente do enfoque dos direitos dos problemas de moralidade política, feito por Waldron, pressupõe uma idéia e sugere outra. Ele pressupõe que *os direitos desempenham uma função justificatória importante na seara política e moral (e, também, jurídica)*. Esta, aliás, é a premissa fundamental de uma teoria baseada nos “direitos”. É preciso que sejam os direitos que agregam dignidade às pessoas. É necessário que os

objetivo” para existir, então seria errado falar em “direitos subjetivos morais”, pois estes são independentes de qualquer referência à idéia de “Direito objetivo”. Esse tipo de dificuldade não aparece quando se utiliza o termo “direitos”, pois seu uso não faz referência imediata à noção de “Direito objetivo”. O que evidencia claramente que eles não se esgotam no âmbito dos direitos jurídicos, que nada mais são que uma espécie do gênero direitos. Por isso, pode-se falar inequivocamente em direitos morais, políticos etc.

¹⁰⁸ “[...] *the idea of rights attaches an unconditional worth to the existence of each person, irrespective of her particular value to others. [...] The idea of rights involves a determination to reflect that feeling of importance in the respect we offer to one another as a fundamental basis of our life together*”. (WALDRON, 1993, p. 582)

direitos desempenhem algum tipo de função particular. Não fosse assim, se os direitos não agregassem nada, sequer caberia tratar algo como uma teoria dos direitos; outros conceitos fariam as suas vezes. Ela sugere que *as pessoas que querem viver sob um sistema de regras comuns que regulem seus conflitos de interesses de modo não opressivo devem apresentar-se e serem vistas por seus concidadãos como portadoras de direitos*. O que quer dizer que aquilo que “os direitos agregam” é algo da maior estima para qualquer agrupamento de pessoas que queira ordenar legitimamente sua vida em comum.

A primeira assertiva é de índole conceitual. Ela demonstra que os direitos ocupam um lugar não desprezível nos debates políticos e morais (e, também, jurídicos), o qual não pode ser livremente substituído por outros conceitos típicos desses discursos, como os conceitos de “preferências” ou de “deveres”. A segunda assertiva é de índole normativa. Ela afirma algo sobre como deve ser uma organização política merecedora de respeito por parte de seus membros. Ambas estas assertivas são nucleares a uma teoria dos direitos e precisam ser defendidas. Somente quando esta tarefa tiver sido realizada com sucesso, será possível estender as implicações dos direitos para uma teoria da interpretação constitucional.

2.3.1 Direitos como argumentos de justificação

Da forma como será apreciado aqui, o tratamento conceitual dos direitos estará dirigido ao modo como um argumento baseado em um direito opera na justificação de uma decisão política. No momento, o objetivo é demonstrar que ele não equivale a uma outra forma conhecida de argumento moral-político, o argumento baseado em preferências (no bem-estar ou na felicidade) das pessoas.

Inicie-se com uma premissa bastante geral e de ampla aceitação. Uma decisão política é uma boa decisão quando for mais benéfica para os interesses da maioria das pessoas afetadas, necessária ou potencialmente, por ela. Assim, quando uma autoridade pública tem que tomar uma decisão, editar uma lei ou realizar medidas administrativas, havendo mais de uma escolha possível para o caso, ela deve optar por aquela que promova o máximo de bem-estar para o maior número de cidadãos. Agora, tendo essas considerações como pano de fundo, pode-se formular um caso típico de reivindicação de direitos. Suponha-se que seja possível demonstrar que a aplicação da tortura pelo aparato investigatório criminal do Estado funciona como um mecanismo eficiente de obtenção de informações, auxiliando, efetivamente, no combate à criminalidade organizada; e que a redução desse tipo de

criminalidade viria em benefício de toda a sociedade. Imagine-se, em seguida, que um projeto de lei autorizando a prática da tortura como mecanismo de investigação nos casos que envolvem o crime organizado é apresentado ao Parlamento. Diante disso, é mais do que provável que surjam opositores a esta lei, e que dentre os argumentos oferecidos por eles, contra a lei, esteja aquele que diz que a prática da tortura atenta contra os direitos básicos dos presos. A pergunta que se coloca é a seguinte: como se deve entender o argumento do opositor do projeto de lei que fez alusão aos direitos básicos com o intuito de barrar a sua aprovação?

Um fato conhecido acerca dos direitos é que eles protegem e promovem interesses das pessoas. Este, porém, não parece ser um bom caminho para compreender a função que os direitos desempenham quando servem como obstáculos à implementação de medidas semelhantes a do caso em tela, pois elas claramente promovem os interesses da maior parte das pessoas. Apesar disso, poder-se-ia pensar que a diferença está no fato de que os direitos protegem interesses mais relevantes do que os interesses aos quais eles se contrapõem, como se a integridade física dos presos fosse um bem superior à redução da criminalidade. Contudo, ainda que isto seja verdade, não esclarece muita coisa. Pois não há necessidade de se valer de um argumento de direitos para se dizer isso. Basta dizer-se que os interesses mais altos, representados na integridade dos presos, sobrepõem-se aos interesses menos essenciais, identificados na redução da criminalidade. Se a intenção fosse apenas essa, o uso da expressão “direitos” seria redundante, visando apenas dar ênfase a uma outra idéia independente dela: a idéia de que alguns interesses são mais importantes do que outros e, por isso, devem ser preservados. Entretanto, não parece ser essa função inexpressiva que cabe aos direitos. Quando uma pessoa faz referência a um direito, como ocorre no caso imaginado, ela reveste seu argumento de algo mais do que aquilo que já constava na balança de interesses. Ela parece querer impor um tom de definitividade à questão. Como se, no caso, o opositor da lei dissesse: “ou reconhece-se a existência dos direitos, e abandona-se o projeto de lei; ou aprova-se a lei, e negam-se os direitos”.

Em face disso, parece mais recomendável interpretar o exemplo apresentado como se ele confrontasse dois tipos diversos de argumentos e não dois argumentos semelhantes de graus distintos. Para tanto, pode-se buscar apoio na distinção, traçada por Ronald Dworkin (1978, p. 90-92), entre direitos (*rights*) e metas (*goals*) como argumentos de justificação política. Para compreender tal distinção, é útil partir da idéia de que um objetivo político funciona como uma justificação política genérica. Assim, uma teoria política toma

um certo estado de coisas como um objetivo político se, para essa teoria, conta a favor de uma decisão política que esta decisão seja adequada para promover ou proteger aquele estado de coisas, e pesa contra a decisão que ela obstrua ou ponha em risco tal estado de coisas. “Um direito político é um objetivo político individualizado”¹⁰⁹ (DWORKIN, 1978, p. 91). Um indivíduo tem um direito a alguma oportunidade, recurso ou liberdade se conta a favor de uma decisão política que ela seja adequada para promover ou proteger o estado de coisas em que ele desfrute dessa oportunidade, recurso ou liberdade; mesmo quando nenhum outro objetivo político for satisfeito e, ainda por cima, algum objetivo político for obstado. E pesa contra a decisão que ela venha a retardar ou pôr em risco aquele estado de coisas, mesmo quando algum outro objetivo político seja servido.

De outro lado, “uma meta é um objetivo político não-individualizado”¹¹⁰ (DWORKIN, 1978, p. 91), isto é, um estado de coisas cuja especificação não clama, da mesma forma, por alguma particular oportunidade, recurso ou liberdade, desfrutada por indivíduos particulares. Metas coletivas encorajam cálculos de custos e benefícios, dentro de uma comunidade, com vistas a produzir um benefício global para toda a comunidade. Esses cálculos são feitos a partir de alguma concepção de bem coletivo agregado, de modo que o oferecimento de menor quantidade de um determinado benefício para uma pessoa pode ser justificado simplesmente mostrando-se que isto levará a um maior benefício global. O que é bastante diferente daquilo que se passa com os direitos.

Se um direito é um objetivo político individualizado, dizer que alguém é portador de um direito é dizer que ele não pode ser privado dos bens assegurados por esse direito pelo simples motivo de que isso seria mais benéfico para a coletividade (como ocorreria com o bem integridade corporal no caso da tortura antes apresentado). Por isso, segue-se da própria definição de direito que um direito não pode ser imediatamente obstado, sem mais, por todo e qualquer benefício social.¹¹¹

Se uma pessoa tem um direito a fazer alguma coisa, existem boas razões para que ela não seja impedida de agir desta forma, bem como para que ela reivindique que sua ação é justificada. Na feliz expressão de David Lyons (1984b, p. 114), a existência de um direito fornece “um limiar argumentativo” (“*argumentative treshold*”) contra objeções que se possam apresentar à realização do comportamento por ele assegurado. Um limiar que,

¹⁰⁹ “*A political right is an individuated political aim*”. (DWORKIN, 1978, p. 91)

¹¹⁰ “*A goal is a nonindividuated political aim*”. (DWORKIN, 1978, p. 91)

¹¹¹ Pela mesma razão, incorre-se num erro lógico quando se diz que o reconhecimento de direitos individuais básicos está limitado pela necessidade de perseguir o bem comum. (NINO, 1989b, p. 261)

conceitualmente, não é insuperável, mas que confere uma força normativa peculiar aos direitos.¹¹² Em qualquer hipótese, é sempre um limiar que precisa ser ultrapassado por melhores argumentos contrários. Argumentos que não podem ser da mesma qualidade daqueles que serviriam para justificar um comportamento oposto caso não se estivesse na presença de um direito.

Percebe-se, em síntese, que os direitos distinguem-se das metas por meio de dois aspectos: pela orientação individualizada no caso dos direitos e não-individualizada no caso das metas; pela força normativa das reivindicações de direitos diante das afirmações de metas.¹¹³ Essas duas características, no entanto, podem dar margem a um entendimento equivocado. A primeira por induzir à conclusão, certamente apressada, de que não podem existir direitos coletivos. A segunda por aparentemente proclamar sem mais o caráter absoluto dos direitos. Não há nada que ligue obrigatoriamente o caráter distributivo individualizado dos direitos à impossibilidade da existência de direitos coletivos. Da mesma maneira, reconhecer a força normativa especial dos direitos não conduz, inexoravelmente, a assumir que os direitos são absolutos. Este último aspecto sugere algumas pontuações suplementares.

A bem da verdade, uma teoria política determinada bem pode tratar algum direito específico como absoluto (FEINBERG, 1978, p. 97; GEWIRTH, 1982, p. 218; HART, 1984, p. 78), mas isso não significa que a força normativa absoluta esteja incorporada ao próprio conceito de direitos. A força normativa dos direitos manifesta-se com maior sutileza. Para perceber isso, é suficiente pensar que na imensa maioria de catálogos de direitos individuais conhecidos existe alguma referência à liberdade de locomoção. A justificativa que normalmente se dá a esses preceitos é que faz parte da condição mesma de um indivíduo como ser humano a capacidade de ir, vir e ficar, sem que outras pessoas o impeçam de assim agir. Atribui-se à liberdade de movimento um valor tal que sem ela o próprio valor de

¹¹² O termo “limiar argumentativo” usado por Lyons é muito adequado para descrever o papel dos direitos nos discursos práticos. Por um lado, ele consegue dar vazão a concepções normativamente fracas dos direitos, como a de Joseph Raz, que trata os direitos como fundamentos (razões não conclusivas) para deveres. Na perspectiva de Raz (1986, p. 171-172, 180), existe um direito quando um interesse de alguém é uma razão suficiente para sustentar que outrem tem um dever. Segundo essa concepção, a existência de um direito é apenas parte da justificação para existência de um dever. Os direitos justificam a visão de que as pessoas têm deveres, mas somente na extensão em que não existem considerações conflitantes de maior peso. Por outro lado, a noção de limiar também é compatível com concepções normativamente fortes dos direitos, como a definição de “direitos como trunfos” de Ronald Dworkin (1978, p. XI; 1984) ou a definição de “direitos como reivindicações válidas” de Joel Feinberg (1970, p. 32), que atribuem uma prioridade considerável aos direitos no discurso prático (se tal prioridade é absoluta, ou não, é uma questão controvertida).

¹¹³ Essa caracterização dos direitos coincide amplamente com a proposta por Joseph Raz, embora este autor não demonstre qualquer simpatia pela distinção direitos/metos. Segundo Raz (1986, p. 192), “as características especiais dos direitos são a sua fonte no interesse individual e sua força peremptória” (“*the special features of rights are their source in individual interest and their peremptory force*”).

humanidade das pessoas ficaria seriamente prejudicado. Em muitos sistemas penais sequer existe uma punição mais grave aos criminosos, independente do grau da injúria cometida, do que a privação da liberdade de locomoção. Mesmo assim, basta que qualquer pessoa olhe à sua volta para ver que existem infindáveis restrições à sua liberdade de locomoção. Existem locais de acesso restrito, regras de trânsito, controle de fronteiras, regras sanitárias e ambientais, apenas para exemplificar, que limitam o direito de ir e vir das pessoas. E, na imensa maioria das vezes, essas limitações não são vistas como insuportáveis, mas, sim, como mecanismos razoáveis, que permitem harmonizar o direito individual com o interesse coletivo (pense-se no isolamento imposto a um doente portador de doença infectocontagiosa, ou na regra que proíbe trafegar no sentido contrário de uma via de trânsito).

Nota-se, desse modo, que, em muitos casos, argumentos baseados na satisfação de metas sociais preponderam sobre um alegado direito individual. Sem embargo, em outros casos, o interesse no bem-estar coletivo não é capaz de justificar o cerceamento de um direito. O tipo de consideração feita acima tende a obscurecer o sentido em que se admite que os direitos têm uma força normativa particular ante as afirmações de metas. Isto porque, verificando-se mais atentamente as diversas situações, perceber-se-á que nelas geralmente as referências aos direitos têm significados diferentes. Em casos facilmente aceitáveis de constrangimento da liberdade individual, como o do isolamento de um portador de doença infectocontagiosa ou do dever de obediência às leis de trânsito, fala-se em uma limitação ao direito à liberdade de locomoção do doente ou do motorista atribuindo-se à expressão “direito” um sentido muito alargado. Como se o uso do termo “direito” se fizesse apropriado sempre que uma pessoa tivesse interesse em realizar um determinado comportamento, independentemente das razões que lhe dessem apoio. Esse estado de coisas é muito diferente daquele observado em situações típicas de reconhecimento de violações de direitos, como na hipótese do recolhimento de uma pessoa à prisão sem justa causa. Nesse caso, parece claro que há uma ofensa ao direito à liberdade de locomoção do indivíduo encarcerado, de tal forma que, quando a vítima reclama que seu direito está sendo violado, ela apresenta um forte argumento contrário a sua prisão.

É preciso notar, contudo, que esse último exemplo indica um estreitamento das possibilidades de uso da expressão “direito”. Ele exprime um sentido estrito dos direitos, conforme o qual só se pode falar que indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, uma meta coletiva não é uma justificação suficiente para negar a eles o que eles desejam, como

indivíduos, ter ou fazer, ou não é uma justificação suficiente para impor alguma perda ou injúria sobre eles (DWORKIN, 1978, p. XI).

Muito embora as pessoas, em diversos momentos, façam alusão ao termo “direito” em relação a casos semelhantes ao do portador de doença infectocontagiosa ou do motorista proibido de transitar na contramão, nesses dois casos o fato de uma pessoa afirmar um direito não adiciona nada de significativo à discussão sobre qual a linha de ação justificada. O fato de alguém acreditar que tem direito a deslocar-se para onde bem entende não fornece nenhuma razão relevante para que seu titular se negue a obedecer às leis de trânsito. Por isso, apenas quando a alusão aos direitos refere-se a casos semelhantes ao do cárcere sem justa causa ou da submissão à tortura, faz sentido falar de direitos como argumentos de justificação. Deve-se aceitar, assim, que as duas espécies de situações apresentadas representam adequadamente a distinção entre dois sentidos usuais dos direitos: um sentido fraco, correspondente ao significado alargado de casos como o do doente e o do motorista; e um sentido forte, correspondente ao significado estrito de casos como o do cárcere ou da tortura; e que, no âmbito do discurso prático, só tem interesse peculiar o sentido estrito ou forte dos direitos.

Esse destaque em torno da força normativa dos direitos não é gratuito. É um esclarecimento imprescindível para a colocação do próximo problema prático pertinente aos direitos. Consignou-se que os direitos, como argumentos de justificação, caracterizam-se pela individualidade e pela força normativa. A alusão a um sentido fraco e um sentido forte dos direitos serviu para dar maior robustez àquela caracterização. Dizer que apenas os direitos em sentido forte importam no discurso prático é necessário para evitar uma série de objeções superficiais à distinção antes apresentada entre direitos e metas. Todavia, isto ainda não é suficiente para estabelecer a medida correta da força normativa dos direitos. É dizer, reafirmar que a força normativa é um elemento conceitual dos direitos – que direitos só existem quando a simples afirmação de que a imposição de um determinado prejuízo a um indivíduo traz um benefício à coletividade não é suficiente para justificar esse prejuízo – ilumina muito pouco o entendimento acerca da intensidade com que os direitos limitam a busca de metas.

Aceitar que os direitos possuem uma força argumentativa digna de consideração não define qualquer ponto de vista mais acurado sobre como os direitos devem desempenhar este papel. Sabe-se que essa função existe, que a força argumentativa dos direitos não é desprezível, mas não quão forte ela é. Essa força pode ser pequena, de modo que os direitos sirvam apenas como um argumento a mais a ser sustentado numa ponderação

com os demais interesses representados pela afirmação de metas. Essa força, por outro lado, poder ser grande, de tal forma que os direitos gozem de uma prioridade lexical (RAWLS, 1997, p. 46) em relação a outros objetivos políticos. De tal maneira, que argumentos baseados em preferências não possam ser postos na mesma balança dos direitos. Para delinear satisfatoriamente a função dos direitos, incumbe, doravante, precisar uma visão acerca de qual seja a força normativa dos direitos.

Com esta intenção, pode-se formular um outro exemplo elucidativo. O que há de diferente entre o caso de alguém que é multado por dirigir na contramão e a situação de alguém que é impedido de entrar num elevador por causa da cor da sua pele ou da sua condição social? Em ambas as situações, a liberdade da pessoa, entendida como ausência de coerção sobre a conduta individual, é atingida. Também, em ambos os casos, a restrição ao direito de liberdade de locomoção funda-se num interesse coletivo. Do mesmo modo que o desrespeito sistemático ao sentido do tráfego nas ruas e avenidas tornaria o trânsito insuportável, causando a insatisfação da quase generalidade dos motoristas, os moradores de um edifício poderiam sentir-se extremamente desgostosos pelo fato de verem pessoas de uma raça que desprezam, ou de uma condição social inferior, ocupando espaço em seus elevadores.

Nos dois casos, ademais, é possível apresentar justificativas imparciais para as restrições. É preciso somente aceitar que avaliar uma conduta, regra, ou medida, de um ponto de vista imparcial, é considerar a preferência de cada um dos membros do grupo social relevante com igual peso, e, a partir daí, obter o saldo líquido dessas preferências agregando-se a soma das preferências individuais numa totalidade, representada na perspectiva de um espectador solidário que se preocupa em promover o máximo de satisfação para cada indivíduo.

Sob esse prisma, a justificação imparcial na primeira situação principia concebendo que cada um dos motoristas têm preferências quanto à obediência ou desobediência ao sentido da via, e que essas preferências devem ser consideradas de forma igual. É admissível, por hipótese, que aqueles que tenham seu caminho encurtado pela utilização da via na contramão prefiram que não se apliquem multas a esta conduta. Já os demais, que não enxergam qualquer benefício direto como consequência desse comportamento, antes vêm-se prejudicados por ele, tenderão, em sua maioria, a apoiar algum tipo de sanção. Tendo isso em vista, como passo seguinte para a construção de uma decisão imparcial para o caso, pode-se atribuir o mesmo valor à preferência de cada um desses

motoristas. Então, identificadas as preferências individuais, deve-se somar a quantidade de preferências contrárias ao uso da contramão – favoráveis à cobrança de multas – e subtrair o número de preferências opostas. O saldo restante, o qual agrega todos os desejos individuais, tratando todos como um e ninguém como mais do que um, fornecerá uma decisão imparcial; na qual todas as preferências individuais são consideradas e a satisfação de nenhuma pessoa tem um valor maior que a satisfação de cada uma das outras. Deste modo, havendo um maior número de pessoas que prefiram garantir a observância do sentido da via de trânsito – o que é muito provável –, a cobrança de multas daqueles que transitam na contramão estará imparcialmente justificada.

Esse mesmo raciocínio, tomado irrestritamente, pode justificar o segundo caso de restrição à liberdade de ir e vir. Basta, para tanto, supor, inicialmente, que a pessoa que se vê impedida de utilizar o elevador é um empregado pertencente a uma minoria racial; e que, dentre os demais usuários, todos, ou a ampla maioria, sentem-se mais satisfeitos em não dividir com ele aquele recinto. É suficiente, então, reunir às preferências de todos os freqüentadores do elevador de modo que a nenhuma delas seja dada prioridade sobre as demais. O saldo de satisfação daqueles que não querem o empregado no elevador certamente será maior do que a preferência solitária do empregado pelo uso do elevador. Como resultado, obtido por um espectador que não atribui precedência *prima facie* à satisfação de nenhuma pessoa tomada individualmente, logo, ostentando um ponto de vista imparcial, surgirá justificada a proibição do acesso do empregado ao elevador.

Contudo, e agora surge o dilema, embora no primeiro caso a restrição ao direito de ir e vir seja facilmente assimilável, no segundo, a restrição não parece corresponder àquilo que se costuma chamar uma decisão justa ou razoável. Ela parece violar os direitos do indivíduo prejudicado. Ela não se harmoniza com convicções elementares sobre o modo como pessoas portadoras de direitos devem ser tratadas. Essa, todavia, não passa de uma constatação superficial. É preciso olhar o quê, no fundo, há de diferente entre os dois casos e sua justificação.

De semelhante há que, em ambas as hipóteses, busca-se a definição imparcial do bem-estar coletivo através de um cálculo agregativo das preferências individuais dos componentes do grupo social relevante. De modo que, computadas as preferências de cada um de seus membros a respeito das conseqüências das medidas a serem adotadas, afere-se qual seria a medida que traria maior satisfação a toda a comunidade; o maior benefício para o maior número. A medida vencedora, aquela que vem a ser identificada por um espectador

imparcial como sendo o bem coletivo, é definida a partir de um cálculo que envolve uma única variável: a quantidade de preferências individuais num mesmo sentido.¹¹⁴ De forma que a chance de que a preferência de um determinado indivíduo seja bem-sucedida nessa competição, ganhando o estatuto de bem coletivo, dependerá do número de pessoas que compartilhem com ele essa preferência comparado ao número de portadores de preferências concorrentes.¹¹⁵

Já a diferença entre as duas situações não parece tão evidente. Se o ponto de vista de um observador solidário e imparcial muitas vezes fornece uma justificativa credível para julgamentos, por que razão, no caso de um empregado pertencente a uma minoria racial proibido de usar o elevador do edifício onde trabalha, essa perspectiva parece não funcionar?

Dworkin parece ter encontrado uma resposta a esse problema. Ela se assenta na distinção entre *preferências pessoais* e *preferências externas* (DWORKIN, 1978, p. 234; 275), ambas geralmente levadas em conta nos cálculos de utilidade coletiva. *Preferências pessoais* são aquelas que um indivíduo sustenta a respeito da atribuição de bens ou oportunidades a si próprio. *Preferências externas* são aquelas que um indivíduo sustenta com respeito a atribuição de bens ou oportunidades a outras pessoas. O que particulariza o segundo caso, a proibição do uso do elevador por um membro de uma minoria racial, é que nele o cômputo da utilidade coletiva baseia-se significativamente nas preferências externas dos indivíduos pertencentes ao grupo social relevante. Já no caso da proibição do tráfego na contramão, diversamente, o resultado do cálculo de preferências, que define o interesse coletivo, é mantido apenas com base nas preferências pessoais, é dizer, com independência das preferências externas. Naquele caso, o cálculo de preferências engloba os preconceitos dos indivíduos que atribuem uma condição subalterna ao empregado em virtude da sua raça. Não se aprecia apenas a comodidade propiciada a cada um, mas também o gosto ou o desprezo que determinadas classes de pessoas motivam em outras. De modo diferente, na proibição de tráfego na contramão não há qualquer indício de que exista um preconceito ou desvalor sustentado pela maioria contra os motoristas que se beneficiariam de dirigir no sentido contrário da via.

¹¹⁴ Em verdade, um cálculo desse tipo não deveria estar limitado a essa única variável, também dever-se-ia levar em conta uma segunda: a intensidade com que cada indivíduo deseja sua preferência. No entanto, o cômputo dessa segunda variável tornaria mais complexa a elaboração do cálculo agregativo. Por isso, com vistas a facilitar a compreensão do argumento, essa segunda variável não foi introduzida nos exemplos.

¹¹⁵ Como advertido acima, essa é uma representação simplificada do argumento do espectador imparcial, pois o resultado dependerá também de quanto importante essa preferência é para o indivíduo em questão e da intensidade das preferências concorrentes. (DWORKIN, 1978, p. 234)

Vê-se que o cômputo das preferências externas vicia o cálculo porque altera as condições equitativas do procedimento de eleição do bem coletivo. Ele não opera simplesmente mediante a agregação de preferências pessoais. Ele faz com que a chance de que a preferência de um indivíduo qualquer venha a se tornar o interesse coletivo dependa não apenas das demandas oriundas das preferências pessoais dos outros indivíduos por recursos escassos, mas, sobretudo, do respeito e afeição que os demais nutrem por esse indivíduo ou por seu estilo de vida. Isto implica atribuir a algumas pessoas e planos de vida, mais atraentes à maioria da população, um valor maior do que a outras pessoas e planos que sejam menos atraentes e, conseqüentemente, negar aos grupos minoritários *status* de igualdade.

O papel dos direitos consiste precisamente em imunizar uma decisão política, a primeira vista justificada pelo cálculo agregativo de preferências, dos vícios representados pela consideração das preferências externas. Os direitos impedem que um procedimento aparentemente igualitário converta-se num desvirtuamento arbitrário, em que o sacrifício de uns poucos possa ser compensado pelo benefício de muitos (nesse sentido, os direitos são anti-utilitários¹¹⁶). Por esse motivo é que se pode falar na prioridade dos direitos individuais sobre o bem-estar coletivo. Ademais, os direitos exigem que nenhuma opção por um plano de vida ou ideal de excelência pessoal constitua motivo suficiente para a restrição da liberdade ou das oportunidades de qualquer pessoa em relação às outras (nesse sentido, os direitos são antiperfeccionistas¹¹⁷).

O papel dos direitos básicos consiste em “entrincheirar” determinados interesses dos indivíduos, de modo que eles não possam ser deixados de lado em atenção a interesses coletivos que se julgam mais importantes simplesmente em virtude de serem compartilhados por um grupo significativo de pessoas, ou por representarem um benefício para toda a comunidade. Nessa medida, os direitos são necessários como um elemento distinto

¹¹⁶ A idéia básica do utilitarismo pode ser *grosso modo* representada pelo postulado “maior felicidade para o maior número”. O princípio utilitário defende que uma linha de ação é correta ou uma instituição é justificada quando ela colabora para a maximização do saldo líquido de satisfação da coletividade. O equívoco de um utilitarismo irrestrito está em tratar a coletividade como se fosse um único indivíduo. Ao defender isso, na expressão de Rawls (1997, p. 30), “o utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas”. Do ponto de vista de um indivíduo, todos os seus desejos têm igual pretensão à satisfação. Mas quando este indivíduo é considerado em interação com outros, como ocorre em uma comunidade, passa ser importante averiguar o impacto da satisfação das suas preferências na satisfação das preferências dos outros. O utilitarismo irrestrito é insensível a este fato.

¹¹⁷ O perfeccionismo sustenta que aquilo que é bom para um indivíduo ou que satisfaz seus interesses é independente de seus próprios desejos ou de sua escolha de forma de vida, e que o Estado pode, por distintos meios, dar preferência aqueles interesses e planos de vida que são objetivamente melhores (NINO, 1989b, p. 205). Contra o perfeccionismo pesa a forte convicção de que é injusto que a lei imponha desvantagens a algumas pessoas somente em virtude das outras pessoas desgostarem delas ou não apreciarem seu estilo de vida. Essa doutrina também tem dificuldade em se compatibilizar com qualquer visão que atribua ao princípio da autonomia individual uma posição de precedência.

de uma teoria política quando alguma decisão que causa prejuízos a uma ou algumas pessoas encontre suporte *prima facie* na afirmação de que ela fará a comunidade como um todo melhor (DWORKIN, 1984, p. 166).

Segundo uma definição muito conhecida, direitos são melhor entendidos como “trunfos” sobre alguma justificação de fundo para decisões políticas que enunciam um objetivo para a comunidade como um todo (DWORKIN, 1984, p. 153). As duas dicotomias apresentadas, *direitos/metas* e *preferências pessoais/preferências externas*, mostram-se suficientes para prover um correto entendimento dessa função de trunfos que os direitos desempenham nos debates políticos correntes. De início, a distinção entre direitos e metas deixa ver por que uma linha de conduta, lei, ou medida não se impõe justificadamente contra um indivíduo portador de direitos simplesmente por maximizar o interesse de toda a sociedade. Os direitos estabelecem obstáculos ante medidas que claramente aumentariam o bem-estar, a utilidade ou a felicidade geral. Onde há direitos básicos a satisfação de metas coletivas está limitada. De forma complementar, a diferenciação entre preferências pessoais e preferências externas delinea claramente a força com que os direitos constroem a busca da felicidade e do bem-estar da maioria. Os direitos servem como obstáculos à influência substancial das preferências externas nas decisões políticas, portanto, eles não podem ser sopesados com estas preferências. A dignidade resguardada pelos direitos não está sujeita à negociação. Isto explica a prioridade dos direitos e o caráter de definitividade das reivindicações de direitos, ou seja, demonstra porque é recomendável tratar os direitos como trunfos.

Ao esboçar os aspectos gerais de uma teoria dos direitos, registrou-se que, para ela fazer sentido, algumas afirmações precisariam ser defensáveis. A primeira delas rezava que os direitos desempenham uma função justificatória importante na seara política, moral e jurídica. Foi precisamente isso que a explicação acima pretendeu sustentar. O argumento até aqui expandido é de natureza primeiramente conceitual, ele afirma que a partir do momento em que se reconhece o uso da expressão “direitos” em discussões políticas e morais (e jurídicas), esses direitos fornecem limiares argumentativos oponíveis aos interesses coletivos. Mas ele não esclarece o porquê devem existir direitos, isto é, por que é que os cidadãos de uma democracia constitucional devem ser concebidos como portadores de direitos oponíveis ao Estado. Essa é a incumbência de um argumento normativo. Um argumento que afirme que uma sociedade de portadores de direitos é melhor que uma

sociedade de pessoas sem direitos. É preciso, então, remeter, ainda que brevemente, a alguma teoria normativa da legitimidade do poder político.

2.3.2 Justificação dos direitos

Este tópico concentra-se em questões normativas. Os direitos são, antes de tudo, uma espécie de argumento, uma forma de falar acerca do poder. Não é por outra razão que os filósofos políticos, morais e jurídicos referem-se, recorrentemente, a um discurso dos direitos, a uma retórica dos direitos, a uma linguagem dos direitos, a uma gramática dos direitos, entre outros termos assemelhados. Isso mostra que o conceito de direitos admite variadas concepções. No entanto, ele não está aberto a toda e qualquer interpretação. Uma concepção viável precisa ser apta a justificar o papel que os direitos desempenham quando são avançados em debates acerca do uso legítimo do poder coercitivo do Estado.

Os direitos atuam como liames, umbrais, escudos, barreiras ou blindagens contra o exercício opressivo do poder estatal. Da ótica dos direitos, uma decisão política não é válida simplesmente por estar conforme aos desejos da maioria das pessoas, seja qual for a intensidade desses desejos. Para aclarar esta noção, exprimiram-se duas distinções relevantes: *a distinção entre direitos e metas*, que apresentou os direitos como razões que limitam a busca da maximização do bem-estar da comunidade; *a distinção entre preferências pessoais e preferências externas*, que atribui aos direitos a função de imunizar as decisões políticas da influência indevida de determinadas espécies de razões. Nota-se, sem embargo, a presença de um ponto ainda obscuro nessa argumentação. Tudo que foi dito a respeito dos direitos poderia dar a impressão de que eles desempenham duas funções essenciais: *limitar a persecução de objetivos sociais coletivos e neutralizar a influência das preferências externas dos cidadãos nas decisões políticas*. Esta, porém, é uma aparência enganadora. Em verdade, não se trata de duas funções distintas e independentes que os direitos exercem, mas de uma só. Os direitos limitam a persecução de objetivos sociais coletivos em razão de servirem como ferramentas de neutralização da influência das preferências externas dos cidadãos nas decisões políticas. O pretenso segundo papel serve, em rigor, de justificação ao primeiro.

Os direitos não são fatos brutos que estão “logo ali”, aguardando para serem descobertos. Se eles exercem alguma função é porque existem boas razões para isso. Se realmente existe uma força normativa privilegiada dos direitos ante a realização de metas coletivas, devem existir razões subjacentes para tanto. Ao fim e ao cabo, tal força normativa

depende do fato de que seja errado computar a influência das preferências externas (ou ao menos algum tipo delas) nas decisões políticas. A decorrência imediata dessas considerações é que o enfoque dos direitos será justificado se existirem boas razões para que as decisões políticas não levem em conta as preferências externas.

Não é pouca a literatura que se tem dedicado à justificação dos direitos individuais básicos como fatores importantes a serem levados em conta nas decisões políticas (ACKERMAN 1993; ALEXY 1995; DWORKIN 1978; GEWIRTH 1982; HABERMAS 1997; NINO 1989b; RAWLS 1997). Muitos desses autores, provavelmente não todos, concordam que a legitimidade das decisões políticas deriva da inadmissibilidade de determinados argumentos como sustentáculos dessas decisões. Ainda antes de Dworkin pregar a exclusão das preferências externas, Rawls (1997, p. 499) já sustentava: “podemos pensar nos princípios da justiça como um acordo no sentido de não levarmos em conta certos sentimentos quando analisamos a conduta dos outros”. E, posteriormente, Bruce Ackerman (1993, p. 40) utilizou o termo “limitação conversacional” para retratar que determinadas classes de conversações, em especial os diálogos acerca do poder, têm limites impostos por regras especiais que restringem o que nelas pode ser dito. Um caminho possível para um exercício de fundamentação seria, doravante, examinar as justificativas apresentadas por todos esses autores na busca de um substrato normativo para os direitos. O presente trabalho, entretanto, não pretende explicitar ou debater em pormenores estas diferentes construções teóricas. Nesse viés, parece adequado optar por uma abordagem muito menos engenhosa, contanto que ela forneça alguma base plausível à idéia de direitos.

Essa abordagem restrita pressupõe a seguinte compreensão. Não há nenhuma razão para assumir que ela representa o único modo de dar suporte aos direitos. Pode ser que uma sociedade legítima reconheça uma variedade de direitos individuais, alguns fundados em razões muito diferentes dos outros. Os parágrafos que seguem constituem uma tentativa de formular apenas um fundamento possível para os direitos. Não se segue que os homens e as mulheres que formam a sociedade política tenham somente os direitos que o argumento seja capaz de suportar, mas, sim, que eles têm ao menos esses direitos.

A primeira pergunta que se coloca diante de qualquer intento de fundamentação de alguma prática ou ordenação social é aquela que indaga sobre a real necessidade de fundamentá-la. As pessoas vivenciam diversos comportamentos e instituições sem se questionar a respeito de seus fundamentos. Os juristas reconhecem facilmente isto quando dizem que a efetividade de uma norma não corresponde a sua validade. Por mais que

esta seja uma afirmação controvertida em sede de teoria do direito, a prática dos juristas não tem muita dificuldade em admitir que uma determinada regra pode ser válida sem ser efetiva (por exemplo, a doutrina clássica das normas constitucionais não auto-executáveis) ou ser efetiva sem ser válida (o que é pressuposto da doutrina da nulidade das normas inconstitucionais quando aplicada a um sistema de controle difuso de constitucionalidade). Assim, da mesma forma como as pessoas podem, sem maiores distúrbios, obedecer normas que não possuem a fundamentação devida, desde que sua validade não seja impugnada, não seria necessário justificar a existência de direitos se ninguém a questionasse. Se todos pautassem suas atitudes, reflexões e discussões pela idéia de que as pessoas nascem com direitos inatos, e tivessem intuições bastante semelhantes sobre quais são esses direitos e como eles se aplicam a situações específicas, não surgiria o problema da justificação dos direitos. Da mesma forma, se não existissem interesses divergentes e escassez de recursos aptos a satisfazê-los, provavelmente não surgiriam os problemas de justiça social (RAWLS, 1997, p. 136-140). Contudo, essa é uma questão que se supera facilmente, haja vista o fato simples e essencial de que ela é profundamente contra-intuitiva. Qualquer observação ligeira revela que os cidadãos de uma democracia constitucional divergem sobre seus direitos – os votos divergentes oriundos dos tribunais constitucionais são bons exemplos disso. Ademais, existem críticas sérias (GLENDON 1991), embora ao que tudo indica mal-sucedidas (WALDRON 1993), dirigidas à própria consistência do discurso dos direitos.¹¹⁸

O segundo passo no rumo da justificação fala sobre como contestar os questionamentos acerca da validade de uma determinada conduta ou instituição que se quer fundamentar. Pode-se aceitar que existem questionamentos a respeito da validade dos direitos, e, mesmo assim, não se ir muito longe no processo de fundamentação. Basta responder estas

¹¹⁸ A amplitude das posições críticas aos direitos foi muito bem captada por Kenneth Baynes (2000, p. 452): “O ceticismo concernente aos direitos [...] pode ser encontrado nos escritos de conservadores como Burke bem como de progressistas e radicais tais como Bentham e Marx. Os direitos têm sido criticados por introduzirem falsas abstrações que, ao mesmo tempo em que negam, enrijecem diferenças reais e identidades concretas, e por promoverem o egoísmo e o atomismo às expensas da comunidade e da solidariedade. Eles têm sido denunciados por pressuporem, bem como reforçarem, divisões sociais artificiais – entre o social e o político, o público e o privado – e, assim, obscurecerem as reais bases da desigualdade. E, finalmente, a linguagem dos direitos tem sido posta de lado, como o foi por Bentham, como ‘disparate sobre pernas de pau’, ‘uma afirmação vazia do início ao fim: ela declara qualquer coisa que esteja em disputa como um princípio fundamental e inviolável’.” (*The skepticism concerning rights [...] can be found in the writings of conservatives like Burke as well as progressives and radicals such as Bentham and Marx. Rights have been criticized for introducing false abstractions that deny while entrenching real differences and concrete identities and for promoting egoism and atomism at the expense of community and solidarity. They have been denounced for presupposing as well as reinforcing artificial social divisions- between the social and the political, the public and the private – and thus for obscuring the real basis of inequality. And finally, the language of rights has been dismissed, as it was by Bentham, as “nonsense upon stilts”, as “from beginning to end so much flat assertion: it lays down as a fundamental and inviolable principle whatever is in dispute”.*)

perguntas com argumentos que não tenham qualquer apelo perante os questionadores. É possível, por exemplo, não ficar em silêncio perante alguém que questiona o caráter inato dos direitos, mas limitar-se a dizer que essa pessoa está errada porque “a verdade é que os direitos são realmente inatos”. Todavia, essa resposta conduz a uma encruzilhada. Diante de uma resposta deste tipo, o questionador poderá insistir na sua pergunta e dizer: “por que é correto falar que as pessoas são portadoras de direitos?” E, então, o que restará àquele que crê nos direitos inatos? De duas uma, ou defensor dos direitos buscará uma nova razão que justifique os direitos inatos, dirigindo-se a algum argumento que possa ser atraente perante o questionador (por exemplo, dizendo que as pessoas têm direitos inatos porque a maior parte das pessoas acredita nisso), ou imporá o silêncio. Pois se ele buscar uma aparente terceira alternativa, qual seja, repetir a mesma resposta, ainda que com outras palavras, ele estará se abstendo de justificar sua posição, o que é o mesmo que impor o silêncio. Se isso ocorrer não se alcançou qualquer justificação acerca da existência de direitos. Apenas manteve-se o mesmo estado de coisas inicial, em que alguns acreditavam nos direitos e outros não.

É possível traçar um paralelo entre essas duas considerações gerais sobre o processo de justificação dos direitos e a fundamentação do uso da coação física pelo Estado. Quando um agente do Estado sente-se autorizado a impor uma determinada pena, restringir uma liberdade, ou retirar compulsoriamente um bem de uma pessoa, é natural que essa pessoa questione a ação estatal. Nesse caso, restam duas alternativas à autoridade pública: impor o silêncio ou apresentar razões que justifiquem o comportamento estatal. A premissa de todas as teorias normativas a respeito da legitimidade do uso coercitivo do poder do Estado é que a autoridade pública só poderia seguir o segundo caminho. Essas teorias procuram estabelecer uma base comum que possa fornecer razões aceitáveis para todo aquele que sofre as consequências da ação do poder público. Para elas, a imposição imediata do silêncio não está disponível. A imposição forçada do silêncio é o oposto da justificação. Quando se quer justificar a ação do Estado, é necessário que aquele que se sinta lesado em seus interesses, em virtude dessa ação, possa ouvir razões que gozem de algum apelo para si próprio.

Vige em qualquer intento de legitimar o uso coercitivo do poder estatal um princípio análogo ao *princípio da racionalidade*, ao qual Bruce Ackerman (1993, p. 36) condiciona a legitimidade de toda a forma de poder: “sempre que alguém questione a legitimidade do poder de outra pessoa, o possuidor de dito poder não deve responder suprimindo o questionador, mas oferecendo uma razão que explique por que tem um melhor

título do que quem o questiona”.¹¹⁹ Embora esse princípio seja notoriamente abstrato e pareça excessivamente formal, ele possui um componente substancial insuprimível. Não é qualquer argumento que pode ser admitido como uma razão. Alguns argumentos funcionam como pseudo-razões e têm um poder justificatório semelhante ao silêncio, ou seja, nenhum.

Considere-se a situação de um nazista, que contesta a pergunta sobre a legitimidade feita por um judeu, dizendo: “os judeus são pessoas sem valor intrínseco cuja mera existência é um insulto para as raças moralmente superiores”. Agindo assim, o que o nazista faz é apenas reafirmar a condição inferior dos judeus. Se o judeu aceitar esse argumento, ele estará reconhecendo que não tem idoneidade suficiente nem sequer para colocar a pergunta sobre a legitimidade, ou então, que apenas se enganou na sua colocação. Nesse caso, o nazista não ofereceu qualquer argumento apto a justificar sua condição privilegiada em relação ao judeu, apenas repetiu, com outras palavras, a mesma asserção que, caso o judeu tenha agido com consciência e sinceridade, foi contestada; é dizer, que o judeu goza de uma condição depreciada em relação ao nazista. O que o nazista fez foi dizer que não há necessidade de justificar sua condição privilegiada, basta reafirmá-la. Isso demonstra que o nazista se negou a assumir um ponto de vista imparcial para oferecer argumentos que o judeu pudesse aceitar. Deste modo, o nazista se eximiu de oferecer razões que explicassem por que ele tem um melhor título do que o judeu que o questiona. Portanto, ele violou o princípio da racionalidade.

Atente-se ainda para um segundo caso. Um homossexual pergunta a um heterossexual por que, tendo em vista que este último é livre para exercitar suas preferências sexuais, ele não goza de tal liberdade. Se o heterossexual responde que isso ocorre porque “a prática do homossexual é condenável enquanto a dele não é”, não surge nenhuma resposta significativa à indagação do homossexual, mas apenas uma reelaboração da assertiva que está sendo questionada.

Quem quer que examine ambos os exemplos, verá que o nazista e o heterossexual assumiram uma posição em tudo semelhante à do defensor dos direitos inatos que, diante do questionamento da existência de direitos, oferece a simples resposta de que “a verdade é que existem direitos inatos”. Assim como o defensor dos direitos é obrigado a avançar novos argumentos que sustentem sua posição, buscando um ponto de vista com o

¹¹⁹ “*Siempre que alguien cuestione la legitimidad del poder de otra persona, el poseedor de dicho poder debe responder no suprimiendo el cuestionador, sino ofreciendo una razón que explique por qué tiene un mejor título que quien lo cuestiona*”. (ACKERMAN, 1993, p. 36)

qual o questionador possa concordar, também o nazista e o homossexual têm essa obrigação. Caso contrário, resta a eles a imposição do silêncio. Isto, porém, é exatamente o que o princípio da racionalidade, da forma como aqui foi interpretado, proíbe.

Qualquer esforço de justificação de comportamentos ou instituições digno do nome exige a busca de um ponto de vista imparcial. Não se fundamenta nada pela simples reafirmação daquilo que se está interrogando. Existe uma enorme distância entre descrever uma posição e justificar essa mesma posição. Quem pretende fundamentar o exercício do poder não pode tomar como justificadas precisamente as atitudes e ordenações que estão sendo questionadas. É preciso apresentar argumentos aceitáveis do ponto de vista daqueles que questionam o poder. O uso de pseudo-razões, argumentos incapazes de satisfazer o princípio da racionalidade, deve ser excluído, em vista da sua absoluta falta de apelo perante aqueles que se quer convencer.

Quando um homossexual questiona a proibição por lei do exercício da sua preferência íntima, não adiciona nada à conversação adverti-lo, pura e simplesmente, que “a lei é justa porque o contato íntimo entre pessoas do mesmo sexo é uma prática condenável”. A mesma coisa ocorre quando se contesta um judeu que recebe uma parcela menor dos bens sociais afirmando tão-somente que “essa distribuição é adequada, pois os judeus são inferiores aos demais membros do corpo social”. Em todas as situações em que a visão de uma pessoa sobre o valor ou as preferências da outra for diversa do valor que a outra pessoa atribui a si própria, apelar para aquela visão, no sentido de justificar uma relação de poder, é lançar mão de uma pseudo-razão. É simular uma tentativa de convencimento com argumentos que não têm qualquer apelo perante aquele que se quer convencer.

O que se disse, até agora, com base no princípio da racionalidade, foi uma tentativa de demonstrar que a obediência a um *dever de respeito mútuo* entre as partes envolvidas é congênita a todo esforço de justificação. De acordo com Rawls (1997, p. 374), o respeito mútuo é manifestado, no mínimo, de duas maneiras: pela disposição de ver a situação dos outros do ponto de vista dos outros, a partir da perspectiva de suas respectivas concepções do próprio bem; e pelo fato de se estar preparado para explicar as razões de seus atos sempre que os interesses dos outros são afetados de maneira significativa. É preciso tentar entender, do ponto de vista do outro, seus objetivos e interesses, e apresentar-lhe ponderações que o capacitem a aceitar os limites impostos à sua conduta. Se uma pessoa quer convencer outra agindo com indiferença em relação às suas convicções, a seus interesses e objetivos, ela não demonstra respeito pela outra. Se a afetação significativa dos interesses de uma pessoa estiver

fundada no despreço que outras pessoas sentem por ela ou por seu modo de vida, esse dever de respeito mútuo está sendo rigorosamente violado. Por isso, um diálogo racional acerca do poder, uma conversa que tenta justificar um comportamento ou instituição questionada por alguém afetado por ela, não deve levar em conta certos sentimentos de alguns participantes com respeito aos outros, ou melhor, deve estar sujeito a limitações conversacionais. Este parece ser um bom motivo para que as preferências externas, aquelas que um indivíduo sustenta com respeito à atribuição de bens ou oportunidades a outras pessoas que não si próprio, não sejam computadas no cálculo agregativo de preferências que conduz a decisões políticas.

A inobservância do dever de respeito mútuo desqualifica qualquer tentativa de fundamentação do exercício do poder. Tratando-se da autoridade estatal, esse dever de respeito mútuo, ostentado por cada parte num diálogo racional acerca do poder, reflete-se no princípio de que o governo não deve dar preferência a determinadas pessoas ou concepções de bem. Se ninguém pode defender alguma posição relativa de poder sem demonstrar respeito por quem o contesta, a ação estatal está sujeita ao mesmo ônus de justificação. À medida que a legitimidade está comprometida quando apoiada em pseudo-razões, a ação estatal obviamente não pode valer-se desses subterfúgios. O governo tem o dever de tratar as pessoas com igual consideração e respeito. A ação estatal deve estar cercada por barreiras, muros de contenção, blindagens, enfim, mecanismos capazes de imunizá-la da influência das preferências externas dos cidadãos. Consoante isso, é lícito deduzir que as mesmas limitações conversacionais embutidas no dever de respeito mútuo dos cidadãos manifestam-se, no nível do Estado, pelo *dever de tratar as pessoas como iguais*.¹²⁰

O conceito tratar como igual, no entanto, pode soar ambíguo. Como adverte David A. J. Richards (1981, p. 4-5), a noção de que uma pessoa deve tratar as outras do

¹²⁰ Segundo a famosa conceituação de Dworkin (1978, p. 227, 273; 2000, p. 283-284), o dever de “tratar como igual” (“*treatment as an equal*”) diferencia-se do dever de “igual tratamento” (“*equal treatment*”). O “igual tratamento” implica a igual distribuição pelo governo de alguma oportunidade, recurso ou ônus. Assim, pode-se dizer que numa eleição municipal brasileira, para escolha do Prefeito de um Município, todos os eleitores recebem igual tratamento na medida em que o voto de cada um tem igual capacidade de influenciar no resultado final. O fato de um eleitor morar num bairro mais central e outro num bairro periférico, por exemplo, não tem qualquer impacto sobre o peso do voto. Obedece-se a regra “uma cabeça, um voto”. O “tratar como igual”, por sua vez, requer que o governo trate todos que estão ao seu cuidado não de forma a assegurar-lhes a mesma distribuição de algum ônus ou benefício, mas garantindo a eles igual respeito e consideração na decisão política sobre como estes ônus e benefícios serão distribuídos. Se um pai tem dois filhos, e um deles está morrendo da mesma doença que está apenas trazendo um desconforto ao outro, o pai não demonstra igual consideração se ele joga uma moeda para decidir a qual dos filhos deve ser dada a dose remanescente de remédio. Se uma autoridade pública tem que distribuir uma quantidade limitada de auxílio de emergência para duas áreas igualmente populosas prejudicadas por enchentes; ela trata os cidadãos de ambas as áreas como iguais quando dá mais auxílio à área mais seriamente devastada e não quando divide igualmente os fundos disponíveis.

mesmo modo que gostaria de ser tratada é uma concepção da natureza da ética ou da moral familiar a várias tradições morais. Inclusive, uma maneira fundamental de distinguir entre teorias morais é ver que concepção elas sustentam a respeito desse conceito. Na visão de uma teoria dos direitos, o tratar como igual incorpora duas exigências. Ambas podem ser formuladas como orientações sobre aquilo que não se qualifica como uma boa razão num discurso acerca do poder, ou seja, como limitações ao uso de determinadas espécies de argumentos com o fim de justificar decisões políticas. Deste modo, segundo a teoria dos direitos, uma decisão política não será uma boa decisão se necessitar, para ser justificada, que quem a defende afirme: 1) que a concepção de bem de uma pessoa ou grupo é melhor que a concepção de bem sustentada por qualquer de seus concidadãos; 2) que, independentemente de sua concepção de bem, uma pessoa ou grupo é intrinsecamente superior a um ou mais de seus concidadãos. Essas duas exigências dão maior concretude à idéia de que os direitos imunizam as decisões políticas da influência significativa das preferências externas dos cidadãos. Os direitos simplesmente vedam que decisões políticas fundamentem-se na idéia de que algumas pessoas são melhores que outras ou que alguns ideais de vida são mais dignos que outros. Por isso, o apreço ou o desvalor que certas pessoas atribuem a outras pessoas e planos de vida, fonte de onde se originam as preferências externas dos cidadãos, não devem servir de base às decisões políticas.

Tudo o que foi dito, posto demonstre a importância da imunização das decisões políticas em face da influência das preferências externas dos cidadãos, ainda não é o bastante para justificar os direitos individuais básicos e seu papel no debate moral-político. Isto não basta para dizer que os cidadãos de uma democracia constitucional devem ser portadores de direitos. O princípio da racionalidade, o dever de respeito mútuo dos cidadãos e o dever estatal de tratar seus cidadãos como iguais, baseiam-se todos na linguagem dos deveres, não no vocabulário dos direitos. Tudo isso poderia, pretensamente, ser exposto por meio de uma teoria da legitimidade estatal carregada apenas da noção de deveres fundamentais, sem que fosse preciso mencionar a existência de direitos básicos (RAZ, 1986, p. 189). Observe-se, por exemplo, a seguinte passagem de Dworkin, cuja substância coincide com o núcleo das idéias até aqui expostas:

O governo *deve* tratar aqueles que governa com consideração, isto é, como seres humanos que são capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos que são capazes de formular concepções inteligentes acerca de como suas vidas devem ser vividas e agir de acordo com elas. O governo não *deve* apenas tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Ele não *deve* distribuir bens ou oportunidades desigualmente com fundamento em que alguns cidadãos têm direito a mais porque eles são dignos de

maior consideração. Ele não *deve* restringir a liberdade sob o fundamento de que a concepção de um cidadão da boa vida de um grupo é mais nobre ou superior que a de outro.¹²¹ (DWORKIN, 1978, p. 272-273, tradução livre, sem grifo no original)

Alguns podem achar desnecessário enfrentar esse ponto, pois, em seu entender, direitos não passariam de reflexos de deveres.¹²² Nessa perspectiva, se o Estado tem o dever de tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, logicamente, cada cidadão teria direito a ser tratado como igual pelo Estado. Porém, esses críticos apóiam-se num ponto a um só tempo arriscado e controvertido. Eles sustentam a tese da correlatividade lógica entre direitos e deveres: sempre que há um dever, há um direito que lhe corresponde, e vice-versa.¹²³ Essa é uma atitude arriscada, pois, caso essa tese se mostre insustentável, passa a ser equivocado identificar a linguagem dos deveres ao vocabulário dos direitos.¹²⁴ Ela também é controvertida, porquanto a correlatividade entre direitos e deveres tornaria os direitos redundantes, sendo perfeitamente suprimíveis de um discurso significativo. Sequer haveria sentido em se falar de uma teoria baseada nos direitos.

A doutrina da correlatividade lógica entre direitos e deveres pode ser dividida em duas afirmações: 1) todos os deveres implicam direitos possuídos por outras pessoas, 2) todos os direitos implicam deveres suportados por outras pessoas. Joel Feinberg

¹²¹ “Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived. Government must not only treat people with concern and respect, but with equal concern and respect. It must not distribute goods or opportunities unequally on the ground that some citizens are entitled to more because they are worthy of more concern. It must not constrain liberty on the ground that one citizen’s conception of the good life of one group is nobler or superior to another’s”. (DWORKIN, 1978, p. 272-273)

¹²² Ressalte-se que isso não vale com relação ao próprio Dworkin, pois ele baseia sua visão de moralidade política no conceito de direito e não de dever (1978, p. 150-183). De modo que, para ele, antes do dever de igual consideração e respeito por parte do Estado, está o direito à igual consideração e respeito de que é portador cada cidadão.

¹²³ No âmbito da teoria do direito, a doutrina da correlatividade é tradicionalmente atribuída a Bentham, embora tenha raízes muito mais antigas (TUCK 1979). Sua visão dos direitos é identificada como uma versão clássica da “teoria do interesse”. As objeções a ela foram formuladas por Austin em torno da “teoria da vontade”. No continente europeu, semelhante conclave conceitual sobre os direitos subjetivos opôs Jhering, do lado da “teoria do interesse”, e Windsheid, a favor da “teoria da vontade” (ALEXY, 1993, p. 179, nota 20). A “teoria do interesse” reclama que o essencial para a constituição de um direito é a proteção ou promoção legal (ou *mutatis mutandis* moral) dos interesses de uma pessoa contra os interesses de alguma outra ou de todos os outros, pela imposição sobre os últimos de deveres, impedimentos ou responsabilidades com respeito à parte favorecida. A “teoria da vontade”, em contraste, afirma que o fato de um indivíduo ter um direito de algum tipo depende do reconhecimento legal (ou moral) da sua vontade como sendo preeminente sobre a vontade de outrem em relação a algum objeto dado e dentro de uma dada relação intersubjetiva. Para um panorama mais atual desse debate, pode-se consultar a favor da “teoria da vontade” os trabalhos de Herbert L. A. Hart (1973; 1984) e em defesa da “teoria do interesse” as opiniões de Neil MacCormick (1977) e Joseph Raz (1986, 165-192; 1994, 254-276).

¹²⁴ Registre-se a afirmação de Joseph Raz (1986, p. 210), “a possibilidade de que existam deveres que não correspondem a quaisquer direitos é permitida pela definição de direitos, e é geralmente reconhecida pelos teóricos jurídicos e políticos” (“*The possibility that there are duties which do not correspond to any rights is allowed by the definition of rights, and is generally acknowledged by legal and political theorists*”). Para o desenvolvimento de críticas abrangentes à tese da correlatividade, ver Lyons (1970) e Raz (1986, p. 170-171).

(1970, p. 20), com a intenção de defender o valor insubstituível dos direitos, enfrentou a primeira dessas afirmações. Ele partiu da seguinte pergunta: É correto dizer que a todo dever corresponde um direito? Segundo o filósofo norte-americano, pode-se responder que existe um sentido em que essa afirmação é correta, mas também existe outro, mais relevante para o momento, em que ela não é.

É certo que etimologicamente a palavra “dever” está associada com ações que são devidas a outras pessoas. Quem *deve*, deve alguma coisa *a* alguém; assim, fala-se dos deveres do devedor para com o credor ou do promitente para com o promissário. Nesse sentido original de “dever”, os deveres estão correlacionados aos direitos. Todavia, parecem existir inúmeras classes de deveres, jurídicos e não-jurídicos, que não estão logicamente correlacionados com os direitos de outras pessoas. Isto é uma consequência do fato de que a palavra “dever” veio a ser usada para qualquer ação entendida como exigida – requerida, obrigada – seja pelo direito dos outros, pela lei, por uma autoridade superior, pela consciência, ou o que for (FEINBERG, 1970, p. 20). Nesse sentido disseminado e derivado, o termo “dever” tende a ser usado para qualquer ação que alguém sinta que deve – que tem a obrigação de – (por qualquer razão) realizar. É o que acontece, por exemplo, com o dever dos motoristas de parar no sinal vermelho (FEINBERG, 1970, p. 20). Um motorista pára porque existe uma lei que estabelece a obrigação de que ele se comporte dessa forma, sem que se aponte um direito que ele estaria violando ao descumprir esse preceito legal. Em situações normais, ninguém reivindica o direito a que os motoristas parem no sinal vermelho. Mas, mesmo assim, os motoristas reconhecem que possuem um dever. Em suma, a idéia de dever vive, sem maiores problemas, desvinculada da idéia de direito.

A esse respeito, pode-se formular ainda um outro exemplo. Imagine-se que uma pessoa toma a preservação da sua própria vida como um dever. De tal modo, que ela reconhece que deve agir de modo a se manter viva. Agora, para usar um exemplo sensível aos teóricos do direito, suponha-se que essa pessoa é abordada por um salteador de estradas, que a ameaça com uma arma de fogo e pede que ela entregue todos os seus bens. Ao perceber que essa situação representa um risco para sua vida, essa pessoa se vê obrigada a entregar seus bens ao ladrão, e, então, desincumbe-se desta obrigação. Entretanto, ao entregar seus bens, tal pessoa age por dever e não apenas por estar coagida. Ela aceita que essa é a melhor forma de preservar a sua própria vida e, por isso, é a decisão correta a ser tomada. Para ela, não se trata apenas de que esse é o único rumo de ação possível – uma pessoa portadora de um mal congênito extremamente doloroso poderia optar por confrontar o assaltante, por achar que este

seria um bom momento para se livrar de seu sofrimento –, mas sim que esse é o comportamento correto a ser realizado, segundo as máximas morais que ela toma como válidas. Analisando-se o caso, nota-se que a vítima não apenas *é obrigada* a entregar seus bens, mas tem o dever de agir desse modo. Contudo, não há nenhum direito correlato a esse dever – o assaltante certamente não tem um direito a que a vítima obedeça as suas ordens. Ou melhor, não é necessário buscar nenhum direito correlato para que se possa falar na existência desse dever.

A inexistência de correlação lógica entre deveres e direitos¹²⁵ faz com que a idéia de direitos tenha um valor próprio que não se confunde com o valor dos deveres. Essa constatação é essencial a uma teoria dos direitos. Ela permite ver que, como argumentos de justificação de obrigações morais, políticas e jurídicas, os direitos não podem ser tratados como livremente substituíveis por deveres. Eles têm algo que lhes confere um valor peculiar e inconfundível, diferenciando-se não apenas das preferências, metas, ou dos interesses coletivos, como analisado em páginas anteriores, mas também dos deveres.

Seguindo a argumentação de Feinberg, pode-se dizer que o que há de normativamente atraente com os direitos, e que falta no conceito de dever, diz com a “atividade de reivindicar” (*activity of claiming*) (FEINBERG, 1970, p. 26). A ligação conceitual entre os direitos pessoais e o ato de reivindicar há muito tem sido noticiado pelos juristas e é refletida no uso corrente que distingue os “direitos-reivindicação” (*claim-rights*) das meras “liberdades”, “imunidades” e “poderes”, às vezes também chamadas “direitos”, com os quais os “direitos-reivindicação” são facilmente confundidos.¹²⁶ Quando uma pessoa tem um

¹²⁵ Nesse sentido, por exemplo, a afirmação de Lyons (1970, p. 52): “do fato de que outros estão proibidos de agir de modo que constitua uma interferência na feitura de X por A não se segue que A tem um direito a fazer X” (“*from the fact that others are prohibited from acting in ways that constitute interference with A’s doing X it does not follow that A has a right to do X*”).

¹²⁶ A distinção conceitual entre direitos-reivindicação, liberdades, poderes, e imunidades, foi elaborada por Wesley N. Hohfeld, em dois artigos publicados na segunda década do século XX, ambos denominados “*Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*” (Concepções Jurídicas Fundamentais como Aplicadas no Raciocínio Judicial), publicados em 1913 e 1917, respectivamente. A base do pensamento de Hohfeld é que o termo “direito” é normalmente utilizado pelos juristas de forma ampla, de modo a cobrir uma variedade de relações jurídicas distintas. Segundo ele, essas relações seriam de quatro tipos, dando margem a quatro concepções jurídicas diferentes: a) direito-reivindicação (“*claim-right*”), ou direito em sentido estrito (“*right*”), significa que alguém está numa posição tal que é capaz de reivindicar afirmativamente algo de outrem que detém um dever para com o detentor do direito; b) liberdade (“*liberty*”), ou privilégio (“*privilege*”) no termo original de Hohfeld, que é a situação de ausência de dever, em que alguém não está obrigado a se abster de algo, cujo correlativo é a ausência de um direito; c) poder (“*power*”) quando a pessoa tem a capacidade jurídica de por meio de certos atos alterar relações jurídicas, cujo correlativo é a sujeição de outro à vontade do detentor do poder; e d) imunidade (“*immunity*”) quando uma pessoa não está sujeita ao poder de outra pessoa de alterar suas relações jurídicas, ou seja, é a situação em que uma dada relação jurídica investida em uma pessoa não pode ser alterada por atos de outra pessoa, que se encontra, assim, numa posição de incapacidade correlata à imunidade da primeira pessoa. (HOHFELD, 1978)

“direito-reivindicação” a *X*, isto significa que (1) ela está em liberdade em relação a *X*, isto é, ela não tem o dever de abstenção ou renúncia em relação a *X*, e (2) que sua liberdade é o fundamento do dever de outras pessoas de lhe assegurar *X* ou não interferir em seu comportamento com respeito a *X*.

Como aponta Feinberg (1970, p. 26), com respeito aos “direitos-reivindicação” é verdade por definição que aos direitos correspondem logicamente deveres de outrem. Nesse sentido particular, direitos e deveres estão intrinsecamente ligados como se fossem dois lados da mesma moeda. Contudo, isto não autoriza a concluir que os direitos são meros reflexos dos deveres. A asserção de que os direitos são reflexos de deveres “falha em fazer justiça ao modo como os direitos são de alguma forma prévios, ou mais básicos, que os deveres com os quais eles estão necessariamente correlacionados”¹²⁷ (FEINBERG, 1970, p. 26). Embora correlativos aos deveres, os direitos funcionam como razões para deveres (GEWIRTH, 1988, p. 441).

O caráter prévio dos direitos pode ser apreciado na seguinte exposição. Se *A* tem um direito contra *B*, é por este fato que *B* tem um dever para com *A*. É somente pelo fato de que algo é *devido* por *B* para *A* (elemento direcional) que existe algo que *B* *deve* fazer (elemento modal). Esta é uma relação em que *B* está atado e *A* está livre. *A* não apenas tem um direito, mas ele pode escolher exercitar ou não esse direito, reclamá-lo ou não, registrar ou não queixa se ele for infringido, ou mesmo aliviar *B* do seu dever. Esta situação é diferente, por exemplo, do caso em que o mesmo dever por parte de *B* não surge em face de um direito de *A*, mas por uma obrigação imposta por uma lei penal. Aqui ninguém pode reivindicar um comportamento por parte de *B* como base em direito individual, como ocorria com *A* na situação anterior.¹²⁸

A proposta de Feinberg (1970, p. 27) é utilizar a idéia de “reivindicação” para elucidar e justificar a idéia de “direito”. Segundo ele, não há dúvida que o uso característico dos direitos, para o qual eles estão distintamente bem moldados, é para serem reivindicados, demandados, afirmados ou reclamados. É claro que Feinberg não ignora que é

¹²⁷ “It fails to do justice to the way claim-rights are somehow prior to, or more basic than, the duties with which they are necessarily correlated”. (FEINBERG, 1970, p. 26)

¹²⁸ Essa exposição, baseada nas observações de Feinberg, está claramente influenciada pela visão dos direitos defendida pela “teoria da vontade”. Poder-se-ia, contudo, chegar à mesma conclusão acerca da precedência dos direitos partindo da “teoria do interesse”. Gewirth (1986, p. 333) aponta este caminho ao sugerir a comparação da relação entre direitos e deveres com a relação entre benefícios e custos. Os direitos estão para os benefícios assim como os deveres estão para os custos. Uma vez que os custos são suportados em razão dos benefícios que se almeja obter, segue-se que os devedores arcam com custos – possuem deveres – porque os credores obtêm benefícios – possuem direitos. Da mesma forma que os benefícios são razões para os custos, os direitos são razões para os deveres.

preciso ter direitos para poder reivindicá-los. O que ele ressalta é que, a despeito disso, é a aptidão a serem reclamados que dá aos direitos sua especial significação moral. Em suas palavras:

Esta característica dos direitos está de um modo conectada com a retórica costumeira acerca do que é ser um ser humano. Ter direitos capacita-nos a “nos postarmos como homens”, a olharmos os outros nos olhos, e a nos sentirmos de algum modo fundamental o igual de qualquer um. Pensar em si mesmo como um portador de direitos não é ser indevidamente, mas adequadamente, orgulhoso, ter aquele auto-respeito mínimo que é necessário para ser digno do amor e da estima dos outros. De fato, respeito pelas pessoas (esta é uma idéia intrigante) pode simplesmente ser o respeito por seus direitos, tal que não pode haver um sem o outro; e o que é chamado “dignidade humana” pode ser simplesmente a capacidade reconhecível de fazer reivindicações. Então, respeitar uma pessoa, ou pensar nela como possuidora de dignidade humana, é simplesmente pensar nela como um potencial sujeito de reivindicações. Nem tudo isso pode caber em uma definição de “direitos”; mas estes são fatos acerca da posse de direitos que sustentam bem sua importância moral suprema.¹²⁹ (FEIMBERG, 1970, p. 29, tradução livre)

O objetivo de Feinberg é demonstrar que o vocabulário dos direitos ajusta-se às exigências de respeito mútuo de um modo que a gramática pura dos deveres não é capaz. Esse argumento fica ainda mais claro com a observação das conseqüências da violação dessas exigências de respeito mútuo quando elas são concebidas como deveres e quando elas são concebidas como direitos. A norma de respeito mútuo exige que as pessoas mostrem-se sensíveis e preocupadas umas com as outras. Mas, o que ocorre quando ela é violada? O que se passa quando alguém se nega a respeitar o outro como um igual? A resposta natural a tal pergunta é que esta pessoa está sujeita a algum tipo de contestação. Isso pode significar mais de uma coisa. Em primeiro lugar, essa contestação pode ter repercussões primordialmente internas, impostas pela própria consciência do agente. Nessa hipótese, quando muito, há margem a críticas e conselhos de outras pessoas. Mas não existe nenhum tipo de reivindicação que se possa opor diretamente ao responsável, para além do apelo ao seu senso pessoal de dever. Em segundo lugar, essa contestação pode ser externa. Pode vir de algum ser perante o qual o agente sente-se responsável. Nesse caso, pode-se exigir do agente que ele apresente algum tipo de satisfação àquele cujo direito foi violado por seu mau comportamento. A primeira hipótese seria típica de um esquema puro de deveres. Quando só existem deveres,

¹²⁹ “This feature of rights is connected in a way with the customary rhetoric about what it is to be a human being. Having rights enables us to “stand up like men”, to look others in the eye, and to feel in some fundamental way the equal of anyone. To think of oneself as the holder of rights is not to be unduly but properly proud, to have that minimal self-respect that is necessary to be worthy of the love and esteem of others. Indeed, respect for persons (this is an intriguing idea) may simply be respect for their rights, so that there cannot be the one without the other; and what is called “human dignity” may simply be the recognizable capacity to assert claims. To respect a person then, or to think of him as possessed of human dignity, simply is to think of him as a potential maker o claims. Not all of this can be packed in a definition of “rights”; but these are facts about the possession of rights that argue well their supreme moral importance”. (FEINBERG, 1970, p. 29)

que não são devidos a ninguém, nenhuma pessoa pode reivindicar nada. Pode-se apenas aconselhar ou recomendar alguma linha de ação. A segunda hipótese envolve a presença de direitos. Nela existe alguém apto a reclamar.

Um esquema de direitos pode, no entanto, dar margem a duas espécies diferentes de contestação. A primeira se manifesta naquilo que Feinberg (1970, p. 23) classificou como caso do “monopólio dos direitos pelo soberano”. A segunda é o caso da “universalidade de direitos”. Para exemplificar o caso do monopólio dos direitos pelo soberano, Feinberg (1970, p. 23-24) apresenta a seguinte interpretação do *Leviathan* de Thomas Hobbes. Nele, os súditos não tinham qualquer direito contra o seu soberano. Este poderia fazer o que lhe agradasse com os súditos, mesmo maltratá-los gratuitamente. Isto não lhes dava nenhuma queixa válida contra o soberano. Este, com certeza, tinha um certo dever de tratar bem seus súditos, mas este dever não era devido aos súditos diretamente, mas a Deus; assim como se pode ter um dever para com uma pessoa de tratar bem sua propriedade, e, é claro, nenhum dever para com a propriedade em si mesma. Deste modo, embora o soberano tivesse a capacidade de maltratar seus súditos, ele não podia cometer nenhuma ofensa em relação a eles contra a qual eles pudessem reclamar, uma vez que eles não tinham direitos contra o soberano. A única parte ofendida pelo maltratamento perpetrado pelo soberano era Deus, o legislador supremo. Ressalta-se, com este exemplo, que, diversamente da situação pura de deveres, aqui o agente soberano deve satisfação a alguém. Contudo, esse alguém é uma autoridade externa à sociedade. Os membros da sociedade, os súditos, podem no máximo ser beneficiários dos direitos possuídos pela autoridade superior, mas não são nunca portadores de direitos.

Um segundo exemplo de Feinberg (1970, p. 24) serve para ilustrar a diferença entre as situações de monopólio dos direitos e de universalidade dos direitos. Este exemplo descreve uma briga entre dois irmãos ainda crianças. Se um irmão agride o outro e é punido por seu pai, ele pode vir a lamentar-se da sua má-criação induzido pela dolorosa reprovação vinda de seu amado pai. Ele pode, então, entender por bem corrigir seu comportamento e pedir sinceras desculpas a seu pai – é o caso do monopólio dos direitos –; porém, quando o pai insiste que ele peça desculpas ao seu irmão molestado, a situação se complica. O oferecimento de desculpas diretas a seu irmão seria o reconhecimento tácito do *status* desse irmão como um detentor de direitos contra si. Seria enxergar seu irmão como alguém a quem ele pode fazer mal ou mesmo injuriar, e como alguém perante quem ele é diretamente responsável pelas ofensas e injúrias. Este é um *status* que ele atribuiria facilmente

a seu pai, contudo, isso implicaria um respeito por seu irmão que ele não sente atualmente. Por isso, ele ressentido-se amargamente de atribuir tal *status* a seu irmão.

A situação de universalidade dos direitos exige que todas as pessoas tratem umas às outras da forma como o irmão agressor ressentido-se de tratar o irmão agredido. Assim, a idéia de direitos adiciona uma dignidade incondicional à existência de cada pessoa, independente do seu valor particular para os outros. De cada um é requerido que enxergue a si próprio e a qualquer outro como alguém capaz de exigir responsabilidades por ofensas e injúrias que lhes tenham sido causadas. As pessoas têm de se olhar mutuamente como sujeitos de reivindicações válidas, atribuindo-se o *status* de portadores de direitos reciprocamente exigíveis.

Isso demonstra que o ponto a ser destacado da relação entre direitos e reivindicações não está na capacidade, que a posse de um direito muitas vezes concede ao seu titular, de aliviar o devedor da sua obrigação. O que causaria, como enfatizam os críticos, um enorme problema em face da existência de direitos inalienáveis (como acontece com as declarações de direitos constitucionais que não admitem eliminação nem mesmo pelo legislador ordinário) e de direitos que ao mesmo tempo são deveres (como o voto). Antes, reside no fato de os direitos darem voz a seus portadores, assegurando a cada indivíduo a capacidade de reivindicar e de se colocar como detentor de uma dignidade incondicional que deve ser respeitada, sem depender da benevolência, caridade ou senso de dever dos demais. Sendo que a base dessa dignidade incondicional se encontra tão-somente na importância que cada pessoa atribui a sua própria vida.

Enfim, o mérito dos direitos, utilizando-se da expressão cunhada por Alan Gewirth (1986, p. 334), deve-se ao fato de que os *direitos são reivindicações pessoalmente orientadas*.¹³⁰ Os direitos revestem certos interesses tanto de uma orientação pessoal (*direitos são objetivos individualizados*) quanto de um elemento justificatório (*força normativa dos direitos*). O que quer dizer duas coisas. Antes de mais nada, embora os direitos envolvam a proteção de interesses, o conceito de direitos não pode ser reduzido ou eliminado em prol do conceito de interesses. Quando *A* tem um direito a *X*, a proteção de seu interesse em *X* é justificada porque ele tem um título pessoal a ter *X*, de tal modo que *X* é pessoalmente devido a *A* por consideração ao próprio *A*, e não porque isto adiciona algo a utilidade geral. Se *X* é retirado de *A*, então não apenas *A* é molestado – de modo que alguns importantes interesses

¹³⁰ “Rights as personally oriented claims”. (GEWIRTH, 1986, p. 334)

seus são adversamente afetados – mas *A* é pessoalmente ofendido, à medida que ele é privado de ter algo que lhe pertence diretamente (GEWIRTH, 1986, p. 335).

Em segundo lugar, a particularidade da orientação pessoal separa direitos e deveres. Em que pese deveres possam ser devidos a alguém, essa orientação não equivale àquela presente nos direitos. Trata-se de uma questão sobre *a quem* cada um deles, direitos e deveres, são orientados (GEWIRTH, 1988, p. 444). Se *B* tem um dever para com *A*, este dever não é em si mesmo propriedade pessoal de *A* da maneira como é o direito de *A*. Fazer referência ao direito serve para localizar o benefício de ter *X* como pertencendo a *A*, como algo que lhe é pessoalmente devido. Já fazer referência ao dever de *B* para com *A* não localiza da mesma forma o dever como algo que em si mesmo pertence a *A*. No caso dos direitos existe uma orientação pessoal direta representada na posse por alguém de um título a um benefício, no sentido de que o benefício pertence àquela pessoa. Porém, isto falta no caso do dever, uma vez que o dever em si mesmo pertence à outra pessoa diversa do portador do direito. Quando só existe o dever, na falta dessa mesma imediatidade da orientação pessoal, o seu cumprimento não pode ser reclamado ou exigido, mas tão-só aconselhado ou recomendado. Somente na presença de um direito é que uma pessoa pode reivindicar alguma coisa como devida a si própria. Somente um direito confere o poder de reivindicar.

A intenção declarada desse tópico foi justificar que os direitos são bons referenciais para uma teoria da legitimidade do poder político. Isto foi tentado mediante uma argumentação em dois momentos. Primeiro, mostrou-se, com amparo no princípio da racionalidade e no dever de respeito mútuo, que existem boas razões para a imunização das decisões políticas da influência das preferências externas dos cidadãos. Depois, sustentou-se que, a despeito do uso contínuo da linguagem dos deveres em toda a primeira parte da exposição, esse vocabulário não é apropriado para substituir o discurso dos direitos. Uma razão para isso é que direitos e deveres não estão logicamente correlacionados. Não é verdade que a todo dever corresponde um direito. Nem, tampouco, é certo que o conceito de direito constitui uma redundância da qual se pode abrir mão. Os direitos são, sim, razões para deveres. Todavia, essa não é apenas uma questão conceitual. Em vista disso, foi preciso fornecer uma segunda razão para a preeminência dos direitos em relação aos deveres. Somente os direitos podem ser reivindicados por uma pessoa contra outra. O poder de reivindicar confere a cada um a capacidade de colocar-se como igual a todos os outros a quem se dirigem essas reivindicações. Ele confere dignidade às pessoas em função exclusivamente da auto-estima de cada um, independentemente do mérito que essa pessoa ou seu plano de

vida possa ter para os outros. Como apenas os direitos são reivindicações pessoalmente orientadas, só eles estão aptos a funcionar como trunfos políticos detidos pelos indivíduos. Somente os direitos constituem blindagens contra o exercício arbitrário do poder.

Essas constatações permitem afirmar, em conclusão à análise da função e da razão dos direitos morais, que pessoas que querem viver sob um sistema de regras comuns capaz de regular seus conflitos de interesses de modo não opressivo, devem apresentar-se e ser vistas por seus concidadãos como portadoras de direitos. O reconhecimento de direitos é, por conseguinte, indispensável para o exercício legítimo do poder político.

2.4 Uma teoria constitucional baseada nos direitos

As últimas considerações visaram aclarar as noções subjacentes a um enfoque “baseado nos direitos” dos problemas de moralidade política. Uma série de compreensões implícitas no uso de argumentos de direitos nos debates políticos foi trazida à tona. Elas foram sintetizadas na visão dos direitos como reivindicações pessoalmente orientadas. Um dos aspectos destacados foi o fato de que a reivindicação de um direito não pode ser ignorada em prol da simples realização de fins úteis ou atraentes à coletividade. Os direitos gozam de prioridade sobre a satisfação de interesses coletivos. Mesmo que se aceite, como regra geral, a idéia de que uma boa decisão política é aquela que melhor atende às preferências da comunidade, nem sempre as coisas são assim. O fato de uma decisão violar direitos básicos é suficiente para invalidá-la, para deixar essa decisão sem razões que a sustentem. Tal se verifica todas as vezes em que uma decisão for substancialmente influenciada pelas preferências externas dos cidadãos. Nesse caso, a decisão mostra-se viciada por ser incapaz de atender às exigências do princípio da racionalidade, que impõe o respeito à dignidade incondicional que cerca a vida de cada pessoa e nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros.

É o momento de avaliar as conseqüências dessas considerações no âmbito da teoria constitucional. Como já foi consignado, uma teoria constitucional deve dar conta de quatro pontos principais: a) dos cânones interpretativos que devem orientar a aplicação da Constituição; b) do papel dos juízes constitucionais; c) da adesão à Constituição e d) da legitimidade do uso coercitivo do poder estatal. Pode-se seguir dos aspectos mais abstratos para os mais concretos. Por causa disso, começa-se pelo problema da legitimidade.

2.4.1 Legitimidade política e adesão à constituição

De acordo com o enfoque dos direitos, uma comunidade de pessoas que queira pautar sua convivência comum por leis que não sejam opressivas para nenhum dos seus membros deve reconhecê-los como portadores de direitos básicos. Isso significa que determinados interesses de cada cidadão devem estar entrincheirados, é dizer, imunizados contra interferências arbitrárias por parte dos outros cidadãos ou da comunidade. A adscrição desses interesses é uma exigência da dignidade incondicional de cada um. Eles não estão sujeitos à barganha política ou ao cálculo de interesses sociais. As instituições e os processos de decisão de uma comunidade política legítima devem, portanto, respeitar o postulado de que seus cidadãos têm direitos. E que esses direitos não são oponíveis apenas pelos cidadãos uns contra os outros, mas são oponíveis, também, pelo indivíduo contra a comunidade, e, especialmente, contra aquele que age em nome da comunidade, o Estado. Um direito contra o Estado deve ser um direito a fazer alguma coisa mesmo quando a maioria pensa que seria errado fazê-la, e ainda quando a maioria estaria em pior situação pelo fato de tal coisa ter sido feita (DWORKIN, 1978, p. 194).

Esses fatos acerca dos direitos têm uma implicação direta no sentido a ser atribuído à Constituição política. As constituições modernas têm sido concebidas como instrumentos legais de difícil modificação que instituem os principais órgãos de decisão política da comunidade e resguardam expressamente direitos e liberdades fundamentais de seus cidadãos. O constitucionalismo pode ser definido por dois elementos básicos: primeiro, que existe um uso próprio e um uso impróprio da autoridade do Estado; segundo, que o meio de confinar seu exercício aos usos próprios é a promulgação e a imposição do Direito positivo (KAY, 1998, p. 19). O enfoque dos direitos confere um propósito específico a esses componentes e, conseqüentemente, dá um sentido particular à Constituição.

No que toca ao primeiro elemento, o uso próprio da autoridade estatal é aquele que respeita os direitos. As decisões estatais são apropriadas quando não se apóiam substancialmente no desprezo ou preferência que os cidadãos nutrem uns pelos outros. Isso acarreta sérias conseqüências. A mais evidente delas é que algumas decisões aparentemente democráticas, pois apoiadas na vontade da maioria dos cidadãos, podem ser desconformes aos direitos, por estarem baseadas no desvalor que a maioria atribui a algum indivíduo ou minoria. Logo, do prisma da teoria dos direitos, não se pode estabelecer uma equivalência direta entre a imposição da vontade da maioria e o uso apropriado do poder.

Os direitos servem de obstáculos a determinadas medidas que claramente aumentariam o bem-estar, a utilidade ou a felicidade de toda a sociedade, sempre que o cálculo que conduz a essas medidas viole a dignidade intrínseca que recobre todas as pessoas. Como decorrência disso, os direitos determinam constrangimentos sobre o âmbito de decisão majoritária característico do sistema democrático. O que significa que não é toda e qualquer decisão que está disponível às maiorias eleitorais. Como observa Nino (1989b, p. 263), se o reconhecimento dos direitos básicos estivesse submetido à aprovação majoritária de acordo com procedimentos democráticos, eles seriam supérfluos e inoperantes: bastaria seguir o princípio de que basta fazer o que a maioria decide. Isto certamente traria conseqüências francamente inaceitáveis, como, por exemplo, que num país em que houvesse alguma minoria étnica desprestigiada, os componentes do grupo étnico majoritário decidissem, em eleições abertas – em que, inclusive, participassem os membros da minoria –, que o Estado deveria adotar uma política de segregação do grupo minoritário, uma espécie de “*apartheid*”. Por esse motivo, os direitos morais ostentam uma ineliminável desconfiança perante as maiorias políticas.

No que toca ao segundo elemento do constitucionalismo, o Direito positivo é tratado ao mesmo tempo como uma condição e um meio para a proteção dos direitos. Direitos fazem-se pertinentes a partir do momento em que indivíduos resolvem estabelecer padrões comuns, públicos, estáveis e obrigatórios de convivência. Quando um grupo de pessoas resolve ordenar a conduta de uns para com os outros por meio de normas que todos conheçam, que todos se sintam igualmente dispostos a aceitar, que todos saibam a origem e a forma de revogação; é dizer, normas de Direito positivo (FULLER, 1969, p. 39; HART, 1994, p. 101-109). Sem um senso de cooperação social e de solução pública – num fórum público e sob bases públicas – de conflitos de interesses, não há margem para ninguém pensar na reivindicação de direitos. A pergunta sobre a legitimidade não se coloca entre seres que não têm a mínima disposição para dialogar. Além disso, sem amparo num sistema estável e cogente de normas, os direitos correm sempre o risco de serem deixados de lado. Finalmente, sem regras públicas estabelecidas, podem persistir muitas dúvidas sobre aquilo que os direitos realmente exigem. Normas de direito positivo, estabelecidas com o mínimo de coerência e clareza, colaboram para reduzir essa margem de insegurança e incerteza. Por essas razões, tal sistema de direito positivo deve consagrar e reforçar os direitos, revestindo-os de uma força que eles não teriam como meros argumentos de moralidade política.

Sob essa perspectiva, a Constituição escrita, núcleo gravitacional do Direito positivo, e particularmente sua declaração de direitos, está desenhada para proteger indivíduos e grupos contra certas decisões que a maioria dos cidadãos pode querer tomar, principalmente nos casos em que a maioria age em conformidade com aquilo que ela considera ser o interesse geral. Quando os cidadãos são portadores de direitos, o Estado age mal se desrespeita esses direitos. Decorre daí que a Constituição deve ser lida em concordância, e não em oposição, com os direitos políticos que os cidadãos possuem.

Observe-se, porém, que essa situação acentua o desconforto entre dois ideais marcantes das democracias constitucionais, a supremacia e permanência da Constituição, por um lado, e a soberania popular, por outro.¹³¹ A rigor, essa é uma tensão imanente a qualquer sistema de Constituição rígida. A Constituição age extraindo determinadas matérias do âmbito do politicamente decidível e revestindo-as de especial rigidez – em alguns casos até mesmo imutabilidade – com propensão à perenidade. Se por soberania popular entender-se que a vontade popular goza de hegemonia absoluta em todas as questões de escolha política, então a Constituição é um embaraço ao seu exercício, pois a Constituição recusa-se literalmente a se sujeitar às maiorias populares. Se o sentido da soberania for o poder do povo de decidir por título próprio todas as questões políticas conforme bem entender, então, do ponto de vista da soberania popular, uma vez que “a Constituição é marcadamente resistente à mudança textual”,¹³² a Constituição é um empecilho conceitual.

De certo modo, é fácil retratar os contornos dessa discussão. De uma perspectiva mais geral, são duas as intuições imediatas de alguém que aborda problemas de decisão política numa democracia constitucional. Uma, que as decisões políticas mais importantes, leis e políticas públicas, devem remeter direta ou indiretamente ao povo agindo por maioria. Outra, que essas decisões estão sujeitas a limites. Um governo constitucional é um governo limitado. Esses dois requerimentos, regra da maioria e governo limitado, produzem muitas tensões entre si. Tanto a maioria pode ver-se tentada a ultrapassar os limites, quanto os limites podem cercear a liberdade de decisão da maioria. O ponto de controvérsia

¹³¹ No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes já teve oportunidade de destacar esse fato: “Não se nega, como referido, que uma concepção radical da idéia de soberania popular deveria admitir que a Constituição poderia ser alterada a qualquer tempo por decisão do povo ou de seus representantes. Tal entendimento permitiria questionar, porém, o próprio significado da Constituição enquanto ordem jurídica fundamental de toda a comunidade (*rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*). A constituição somente poderá desempenhar essa função – acentua Hesse – se puder estabelecer limites materiais e processuais.” (ADIn. 3.105 – DF, 18.08.2004)

¹³² “[...] *the Constitution is markedly obdurate to textual change*”. (SAGER, 1990, p. 895)

das diversas teorias constitucionais diz respeito à definição desses limites de modo que eles se harmonizem com as exigências básicas da democracia. Seu problema prioritário é, assim, como justificar uma Constituição que deliberadamente frustra as preferências sociais prevalecentes.

Isso significa que quando alguém pergunta o porquê da obediência a esta lei escrita, solene e rígida chamada Constituição, é necessário ter razões para contestá-lo. O nervo do problema é apontar quais razões são essas. Isto é, o que está por trás das indagações em torno da adesão à Constituição. Os cidadãos aderem à Constituição quando guiam seus comportamentos e decisões da forma prescrita nas normas constitucionais unicamente pela dignidade de respeito que conferem a essas normas. Deve-se ter em conta, entretanto, que existem diversas situações meramente aparentes de adesão. É possível que alguém cumpra exatamente o que a Constituição determina sem ter sequer conhecimento da existência desse texto. Também pode acontecer que uma determinada pessoa obedeça aos dispositivos constitucionais tão-somente com o fim de evitar as sanções impostas à sua inobservância, sem ver qualquer outro valor nessa conduta. Ademais, muitas pessoas podem pautar seu comportamento pela Constituição sem saber muito bem quais as razões de fundo que as induzem a agir assim, mas simplesmente porque reconhecem que as outras pessoas costumam agir em conformidade com a Constituição. Nenhuma dessas três situações, porém, caracteriza a adesão à Constituição. O último caso, sem embargo, pode vir a configurar uma situação de adesão, mas, para tanto, precisará ser complementado por mais algumas premissas.

O problema da adesão à Constituição é uma questão normativa, por isso, uma pessoa na terceira situação, alguém que ajusta seus comportamentos aos preceitos constitucionais por ter consciência de que as outras pessoas agem da mesma forma, só adere a Constituição quando considera que o simples fato de os outros seguirem um padrão de conduta é uma razão suficiente para ela fazer o mesmo. Essa pessoa segue um princípio segundo a qual ela *deve* guiar seu comportamento pelos mesmos padrões que, em seu entender, seus concidadãos seguem habitualmente. Assim, se as outras pessoas tomam um texto chamado Constituição como padrão de comportamento, ela *deve* fazer a mesma coisa.

Importa notar, porém, que a fundamentação normativa não é uma marca exclusiva da Constituição. Todas as leis, como normas que são, fundam sua validade em outras normas (KELSEN, [1934] 1994, p. 215). As razões normativas em prol da Constituição, no entanto, são de uma natureza especial. Para a maioria das leis, num sistema jurídico estabelecido, a dignidade de respeito é conferida por outra regra de Direito, uma regra

que assegura o poder de fazer leis a um legislador. Uma Constituição, contudo, normalmente não é legitimada pela promulgação de acordo com uma lei preexistente. Uma das peculiaridades da Constituição é que ela pode se estabelecer ainda em desacordo com as normas jurídicas previamente vigentes. Consoante isso, as razões normativas que dão dignidade de respeito a uma Constituição não podem ser encontradas no interior do próprio sistema jurídico. Tampouco estão no próprio corpo da Constituição. As constituições não se podem validar pela auto-referência. Do simples fato de um texto dispor, em uma de suas partes, que ele constitui a lei fundamental de um país, não se pode extrair que ele seja tomado pelos cidadãos e agentes públicos desse Estado como sua Constituição (SCHAUER, 1995, p. 148-152). A capacidade de palavras gravadas no papel induzirem obediência depende de mais do que a simples localização física das palavras relevantes em um documento que se auto-intitula Constituição. A escolha dos atores políticos de alterar seu comportamento em resposta às palavras constitucionais é um fenômeno político (KAY, 1998, p. 29). O que significa que as razões que justificam a adesão à Constituição são de índole normativa e política. Em outras palavras, as respostas à questão da adesão à Constituição movimentam-se no nível da moralidade política.

O destaque dado à natureza político-normativa da atitude de adesão à Constituição é importante porque impede a equiparação indiscriminada dessa atitude com aquilo que Herbert L. A. Hart (1994, p. 108) chamou de “ponto de vista interno”: “o ponto de vista dos que não se limitam a anotar e a predizer o comportamento conforme às regras, mas que usam as regras como padrões para apreciação do comportamento próprio e dos outros”. Não que o ponto de vista interno seja incapaz de envolver a atitude de adesão à Constituição. Antes porque a ênfase de Hart recai na aceitação. O ponto de vista interno é ocupado simplesmente por aquele que aceita um ordenamento jurídico como válido e expressa-se a respeito das suas normas a partir desse ponto de vista, em geral por atos de aplicação das normas. A adesão à Constituição realmente se manifesta assim no comum dos casos. Contudo, ela também tem um outro lado, que talvez Hart não tenha destacado devidamente ao definir o ponto de vista interno. A atitude de adesão é um momento reflexivo, ela se verifica quando alguém, que aceita um ordenamento como válido, revisita as razões que o induzem a essa aceitação. Por causa disso, provavelmente a melhor forma de referir a atitude de adesão à Constituição é falar que ela equivale ao ponto de vista interno em suas duas faces: a face passiva, em que alguém simplesmente aceita as regras do ordenamento como válidas e comporta-se de acordo com essa aceitação; e a face ativa, de alguém que questiona se a sua

aceitação da validade do ordenamento é realmente bem fundada ou não. Enquanto a análise de Hart enfatiza a aceitação das regras, a adesão à Constituição põe ênfase na aceitabilidade das regras.

Esclarecido o sentido do que seja a atitude de adesão à Constituição, incumbe apontar quais são as razões que levam a ela. Para facilitar a análise dessa questão, é útil deslocar o foco do olhar de um cidadão que tenta orientar seu comportamento de acordo com a Constituição para a visão de um cidadão que pretende julgar a conduta dos outros com apoio na Constituição. Não se trata mais de buscar motivos pessoais para obedecer regras. Agora devem-se buscar motivos impessoais, razões para que este cidadão possa impor a obediência dessas regras a seus concidadãos. Com vistas a isso, podem-se estipular alguns candidatos ao cargo de razões impessoais e averiguar se eles estão credenciados para essa função. Esse traçado permitirá tanto estender a teoria dos direitos aos problemas de adesão quanto efetuar a comparação da teoria dos direitos com outras possíveis abordagens concorrentes.

O primeiro candidato reza que *as pessoas devem obediência à Constituição escrita porque existe uma prática consensualmente partilhada pelos juízes de imposição forçada das regras desse diploma*. Sem dúvida, essa é uma posição que pode persuadir muitas pessoas. Nas sociedades em que o Estado monopolizou o exercício da força comum e aboliu os sistemas de justiça privada, todos estão sujeitos, ao menos potencialmente, a terem seu comportamento avaliado pelos juízes. Sendo assim, é natural que pessoas prudentes olhem com atenção para aquilo que os juízes decidem, e procurem se comportar em conformidade com essas decisões. Não obstante, isso não é suficiente para mostrar por que os cidadãos devem aceitar a Constituição como digna de respeito. O problema da adesão à Constituição diz com razões político-normativas. Para que o raciocínio apresentado se converta em razão para a dignidade de respeito à Constituição seria necessário pressupor um princípio normativo atraente que estabelecesse que aquilo que os juízes decidem é, por esse motivo, algo bom, razoável ou justo. Só assim os cidadãos teriam razões aceitáveis para obedecer à Constituição.

Dado esse passo, entretanto, nem mesmo será previdente avançar mais para declarar a falibilidade desse primeiro candidato. Esse argumento não tem qualquer apelo. O raciocínio normal numa democracia constitucional é que os juízes devem respeito à Constituição. A Constituição criada pelo povo soberano deve estar acima de todos os poderes constituídos. O Poder Judiciário é um poder constituído. Conseqüentemente, os juízes devem interpretar a Constituição, expressão da vontade do povo, e não criar uma Constituição.

Quando o poder dos juizes chega ao ponto de fundar a validade da Constituição, como esse argumento supõe, deixa de existir o império do Direito, e a democracia é substituída pelo governo do Judiciário. Se isso ocorrer, os juizes não estarão mais sujeitos a regras, as regras é que estarão sujeitas aos juizes.

O segundo candidato diz que *as pessoas devem obediência à Constituição escrita porque ela procede de uma fonte histórica legítima*. Esse argumento estabelece uma relação direta entre a dignidade de respeito da Constituição e o fato histórico da sua elaboração. Segundo ele, deve haver algo acerca do fato histórico da criação da Constituição que recomenda seu produto àqueles que ela pretende influenciar. A particularidade geralmente apontada reside no fato de sua criação ser uma manifestação do “povo”. A Constituição é editada pelo “povo” falando em sua própria voz, ou por alguém autorizado a falar em seu nome. A Constituição detém autoridade como um ato do “povo”. E como o “povo”, numa democracia, é a única fonte legítima de toda a autoridade, a obra do “povo” recebe a dignidade de seu criador. Assim, a Constituição seria legitimada por um consenso político amplamente compartilhado a respeito da natureza soberana da autoridade constituinte.

Esse segundo candidato parece invencível. Ele se amolda a muito do que se tem chamado teoria democrática do poder constituinte, segundo a qual uma Constituição é um ato intencional de uma entidade suprema: o povo detentor do poder constituinte, o soberano capaz de dar a Constituição. Antes de avaliar sua força real, contudo, é preciso lembrar que este argumento está sujeito a duas interpretações. Uma delas concentra-se na questão da *autoria* do ato constituinte, a outra privilegia as *condições de gênese* da Constituição.

Pode-se formular um exemplo de interpretação da fonte histórica de legitimidade da Constituição como problema de autoria a partir da visão de Carl Schmitt a respeito do poder constituinte. Conforme leciona Schmitt:

Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política [...] Das decisões dessa vontade se deriva a validade de toda a ulterior regulação legal-constitucional [...] Uma Constituição não se apóia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Se apóia em uma decisão política surgida de um Ser político, acerca do modo e forma do próprio ser. A palavra “vontade” denuncia – em contraste com toda a dependência a respeito de uma justiça normativa ou abstrata – o essencialmente existencial deste fundamento de validade. O poder constituinte é vontade política: Ser político concreto.¹³³ (SCHMITT, 1982, p. 93-94, tradução livre, grifo no original)

¹³³ “*Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política [...] De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional [...] Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político,*

Esses fragmentos de texto revelam um acento vigoroso na identidade do autor da Constituição com o fim de justificar o dever de obediência às normas constitucionais. O autor da Constituição é aquele que possui força ou autoridade para tomar a decisão política fundamental. “Uma Constituição é legítima – isto é, reconhecida, não somente como situação de fato, senão também como ordenação jurídica – quando a força e autoridade do Poder constituinte em que descansa sua decisão é reconhecida”¹³⁴ (SCHMITT, 1982, p. 104). Dentre as variadas circunstâncias que envolvem a criação de uma Constituição, Schmitt destaca como aspecto principal o fato de a Constituição se originar da manifestação de uma vontade. A Constituição é, para ele, um ato intencional de um ser, uma decisão. No que respeita a este ser, nada mais há que se indagar para além de sua existência. O poder constituinte é um fenômeno existencial que não está afeito a nenhum tipo de regulação, seja quanto ao procedimento pelo qual essa vontade é declarada, seja quanto ao conteúdo de sua manifestação. Basta que ele expresse sua vontade para que se crie a Constituição. Aos destinatários dessa vontade resta apenas reconhecer a força e a autoridade desse ser. Na visão de Schmitt não existem atributos de justiça, bondade, correção ou razoabilidade de uma decisão constituinte. Tudo se resume a questões existenciais que são como são e pronto. Não há espaço para discussões e questionamentos. As pessoas devem obediência à Constituição pelo próprio fato de ela existir como um ato do poder constituinte. A simples subscrição de um ato que trata do modo e forma da unidade política pelo “povo” é o suficiente para fazer desse ato a Constituição. Como diz Schmitt:

A decisão consciente a favor de um certo modo e forma dessa existência, o ato através do qual “o povo se dá uma Constituição”, pressupõe já o Estado, cujo modo e forma se fixa. Porém, para o ato mesmo, para o exercício dessa vontade, não se pode achar prescrito procedimento algum, e muito menos para o conteúdo da decisão política. “Basta que a Nação queira.” Este postulado de Sieyès aponta com maior claridade ao essencial do fenômeno. O Poder constituinte não está vinculado a formas jurídicas e procedimentos; quando atua dentro desta propriedade inalienável, está “sempre em estado de natureza”.¹³⁵ (SCHMITT, 1982, p. 96-97, tradução livre)

acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra «voluntad» denuncia – en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta – lo esencialmente existencial de este fundamento de validez. El poder constituyente es la voluntad política: Ser político concreto.” (SCHMITT, 1982, p. 93-94)

¹³⁴ “Una Constitución es legítima – esto es, reconocida no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica - cuando la fuerza y autoridad del Poder Constituyente en que descansa su decisión es reconocida.” (SCHMITT, 1982, p. 104)

¹³⁵ “La decisión consciente a favor de un cierto modo y forma de esta existencia, el acto a través del cual ‘el pueblo se da una Constitución’, presupone ya el Estado, cuyo modo y forma se fija. Pero para el acto mismo, para el ejercicio de esa voluntad, no puede hallarse prescrito procedimiento alguno, y mucho menos para el contenido de la decisión política. ‘Basta que la Nación quiera.’ Este postulado de Sieyès apunta con la mayor claridad a lo esencial del fenómeno. El Poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está ‘siempre en estado de naturaleza’.” (SCHMITT, 1982, p. 96-97)

As desvantagens desse enfoque da legitimidade histórica da Constituição centrado na autoria são evidentes. Ele não está aberto à justificação, simplesmente atribui a um organismo todo poderoso, uma entidade quase divina, um ser denominado “povo”, o poder de decidir por todos e obrigar a todos como bem entenda. Não há opção para os destinatários da Constituição senão aceitar essa autoridade. Ante esta Constituição, só existem dois tipos de posição: a dos amigos, que aceitam acriticamente a autoridade da vontade constituinte, e a dos inimigos, que contestam aquela autoridade e devem ser combatidos por ela. Saliente-se, entretanto, que não há atitude mais oposta ao constitucionalismo do que essa. O constitucionalismo pressupõe que existem formas apropriadas e formas inapropriadas de ação estatal. Essa distinção se esvai quando a legitimidade da Constituição repousa unicamente na sua autoria.

A interpretação da fonte histórica de legitimidade da Constituição dirigida às circunstâncias de sua gênese parece mais promissora. Nessa concepção, o apelo do fato histórico de criação da Constituição deve-se às condições em que ele opera. Essas condições particulares e extraordinárias da política constitucional tornariam esses momentos especialmente qualificados para definir a estrutura e os limites do governo (ACKERMAN, 1991, p. 6-7). A Constituição produziria obrigações não apenas por ter sido fruto de uma decisão do “povo”, mas de uma maioria consistente dos cidadãos expressando-se após a mais cuidadosa e solene deliberação.

O problema com esse tipo de perspectiva é que sozinha ela é incapaz de explicar a permanência da atitude de adesão à Constituição no decorrer do tempo. Uma Constituição é editada com o objetivo de se perpetuar. Não é um documento promulgado apenas para a geração que o adotou. Ainda que pessoas largamente distanciadas no tempo possam ter noções semelhantes acerca dos princípios que determinam a abertura, o espírito público e a orientação para o bem comum do procedimento de elaboração da Constituição, isso não é suficiente para que um texto editado há muitos anos seja aceito pelas gerações presentes com a mesma dignidade que lhe era atribuída por aqueles que o produziram.

Nas mesmas condições de deliberação, gerações diferentes podem alcançar respostas amplamente distintas sobre a organização e contenção do poder estatal. Isto é, as regras constitucionais postas podem não ser mais aquelas que seriam escolhidas hoje em um processo constituinte igualmente representativo e ponderado. O exemplo da super-rigidez da cláusula de garantia da escravidão no texto original da Constituição dos Estados Unidos é

sintomático.¹³⁶ Promover a escravidão é um resultado incompatível com qualquer visão contemporânea de decisão justificada. Inclusive, um teste mínimo para averiguar se uma sociedade é democrática, ou não, é ver se ela apóia instituições e práticas escravistas ou assemelhadas.

Do mesmo modo, gerações sucessivas podem ter interpretações diferentes sobre as próprias condições de equidade procedimental. No processo que levou à elaboração e ratificação da Constituição norte-americana, participaram amplamente, segundo o entendimento da época, todos os cidadãos; o que excluía as mulheres, os negros e os não proprietários, pois nenhum destes era cidadão. Ou seja, embora baseada no ideal de soberania popular, valor que até hoje ocupa uma posição central nas democracias constitucionais, o procedimento de elaboração daquela Constituição seria visto, na atualidade, como antidemocrático e elitista. Como salienta Richard Kay (1998, p. 33), existe o risco de que o tempo venha a eviscerar a reivindicação dos constituintes de falar em nome do “povo”.

Quem estiver convencido de que as opções sociais são apropriadamente avaliadas e selecionadas apenas devido a sua conformidade com a vontade popular, certamente, deverá favorecer expressões contemporâneas dessa vontade ao invés de manifestações feitas há anos atrás (SAGER, 1990, p. 906). Pois, como lembra Samuel Freeman (1992, p. 16), não há princípio do pensamento democrático que ordene ou mesmo permita que cidadãos soberanos olhem para os propósitos ou valores de outras pessoas, há muito tempo mortas, para determinar o que atualmente é requerido pelos termos fundamentais da associação política. Tal princípio de obediência à vontade do autor pode ser adequado em associações religiosas com vistas a decifrar textos sagrados. Mas objetos sagrados requerem fé, reverência, suspensão da reflexão crítica, e aceitação de dogmas impostos por uma autoridade externa que se acredita ser benevolente para seus fiéis. A Constituição, embora possa ser herdada por sucessivas gerações, não é imposta de fora a seus destinatários, ela tem uma fundação democrática e não religiosa, aristocrática ou patriarcal.

Quem toma consciência deste fato precisa buscar um outro fundamento para a dignidade de respeito à Constituição. Por causa disso, Kay (1998, p. 33) aponta uma segunda característica necessária para manter a autoridade de um dado corpo de regras ao longo do tempo, a qual ele chama “legitimidade substantiva”: o conteúdo das regras –

¹³⁶ O art. V da Constituição dos Estados Unidos originalmente conferia proteção especial à escravidão, estabelecendo que até o ano de 1808 nenhuma emenda poderia incidir sobre a matéria das cláusulas 1ª e 4ª da seção IX do art. I – que protegiam, respectivamente, a importação de mão-de-obra escrava e sua tributação.

estruturas, procedimentos e limitações que elas criam – deve reter um mínimo de aceitabilidade política na sociedade.

A adesão à Constituição não se resume, nesses termos, a um problema de legitimidade histórica. Se a origem popular pode ser importante para indicar a dignidade de respeito das normas constitucionais, ela não é suficiente, muito menos primordial. Justificação razoável, isto sim é a base da legitimidade e autoridade da Constituição (RICHARDS, 1986a, p. 820). Essa última assertiva direciona as especulações para o terceiro e último candidato, o qual se concentra em algo próximo ao que Kay chamou legitimidade substantiva da Constituição.

O derradeiro candidato afirma que *as pessoas devem obediência à Constituição porque as exigências impostas por ela poderiam ser aceitas por seus destinatários em condições ideais de deliberação*. Da mesma forma que o anterior, este também é um argumento democrático. Ele leva a sério a idéia de que uma Constituição deriva sua força obrigatória do consentimento do povo. Contudo, ele não se concentra apenas na soberania popular manifestada no fato histórico que deu origem à Constituição. Ele parte de um conceito normativo de democracia e reconhece que os apelos à autoridade, mesmo a autoridade de deliberações públicas mediante decisões majoritárias, podem ter apenas um lugar derivado em uma sociedade democrática. Pois não existe autoridade política superior aos princípios e instituições que cada cidadão possa livremente aceitar em acordo com os demais (FREEMAN, 1992, p. 13).

Segundo essa concepção, quando juristas, agentes públicos e cidadãos dizem que “o povo é soberano”, o que eles expressam é a convicção de que todos podem razoavelmente aceitar a Constituição. Isto é, a suposição de que todos os seus destinatários poderiam concordar com seus termos em sua capacidade de cidadãos soberanos livres e iguais, desde que a eles fosse dada a oportunidade para isso, que seus julgamentos fossem bem informados, e que eles exercitassem livre e publicamente sua razão (FREEMAN, 1992, p. 14). Assim, esta abordagem é capaz de recompor a base democrática da Constituição sem depender excessivamente de uma concepção de democracia puramente majoritária ou de condições fáticas historicamente desacreditáveis. Uma Constituição é digna de respeito quando ela pode ser representada como tendo sido estabelecida pelo povo soberano no exercício da sua jurisdição política original: o povo, concebido como livre, igual e independente, exercita seu poder constituinte para criar a Constituição (FREEMAN, 1992, p. 12).

Surge, contudo, uma objeção. Na medida em que as condições de aceitabilidade da Constituição são condições ideais, elas estão sujeitas quando muito à realização aproximada em situações concretas de deliberação. Este fato leva a uma dificuldade. Como saber quando as condições reais de deliberação aproximam-se de satisfazer aquelas exigências ideais?

Ao mesmo tempo em que gerações diferentes podem discordar sobre a satisfação das condições ideais de deliberação, também no interior de uma mesma geração cidadãos diferentes podem divergir a este respeito. Segundo alguns autores, essa dificuldade obriga qualquer visão sobre a dignidade de respeito da Constituição a se amparar, em algum nível, em um argumento de autoridade – um argumento cuja força não decorre da sua justificação razoável, mas, apenas, do fato de ele ter emanado do seu autor (MICHELMAN 1998). Isto porque, se os próprios destinatários das normas constitucionais possuem uma discordância fundada a respeito da satisfação efetiva das condições ideais de deliberação, essa desavença só pode ser solucionada pela ação de uma autoridade com poder para impor uma interpretação como correta.

Nesse contexto, surgiriam apenas duas possibilidades para justificar a dignidade de respeito à Constituição: uma seria reconhecer que a autoridade para resolver essa divergência recaí no próprio povo; a outra seria conferir a um indivíduo ou grupo de indivíduos especialmente hábil a solução desse problema. A segunda hipótese pode ser excluída de início, porque ela seria inquinada de elitista, aristocrática ou tirânica. Na primeira hipótese, por sua vez, apelar ao povo seria buscar, no trajeto histórico da Constituição, os momentos a respeito dos quais existe um certo consenso da cidadania atual acerca do fato de que o povo falou por sua própria voz. Ou seja, seria indispensável trazer de volta o argumento de que a validade da Constituição se deve às particularidades que envolvem o fato histórico da sua criação. Esta seria a única saída democrática para o problema. Pois, sem maiores indagações, pode-se aceitar a idéia de que as gerações que se sucedem no tempo, partilhando de um mesmo documento constitucional, não são completamente estranhas umas as outras; elas podem ter uma “identidade política” comum (MICHELMAN, 1998, p. 79-80). Assim, o ato dos criadores da Constituição pode de alguma forma ser considerado um ato do povo real, presente e atual.

Embora esta objeção esteja apoiada numa razão sólida – a Constituição pretende perdurar no tempo, para isso precisa ser capaz de integrar não apenas a geração que a elabora, mas também as gerações posteriores, de modo que é imprescindível falar de uma

“identidade política” que transcende gerações – ela parece falaciosa. Ela faz vistas grossas do fato de que além do reconhecimento de situações paradigmáticas (consensualmente aceitas) de manifestação do “povo”, existem também casos paradigmáticos de satisfação aproximada das condições ideais de deliberação. Os dois exemplos retirados da história constitucional norte-americana, antes citados, escravidão e voto restrito e censitário, corroboram esta afirmação. Esses casos paradigmáticos referem-se tanto as condições de deliberação ideal quanto aos resultados dessa deliberação. Pense-se, por exemplo, que nas democracias constitucionais contemporâneas existe um entendimento maciço no sentido de que a universalidade do voto é uma condição mínima de deliberações democráticas, o que significa, entre outras coisas, que a exclusão de mulheres e negros é vedada. Da mesma forma, o respeito aos direitos humanos é largamente considerado como uma restrição legítima às decisões políticas.

Essas são situações consideradas erradas por razões de justiça e não em virtude de alguma decisão histórica ter declarado suas fraquezas e equívocos. O fato de haver incerteza sobre a satisfação das condições ideais de deliberação em situações concretas não constitui motivo para abandonar o argumento de que a adesão à Constituição se deve à aceitabilidade de suas imposições. Essa incerteza não é maior do que aquela que cerca outros tipos de convicções democráticas, como a que propõe a identificação dos momentos históricos em que o povo realmente falou pela sua própria voz.¹³⁷

Superada essa objeção, deve-se ponderar que, em comparação ao candidato anterior, este último retira ênfase da legitimidade histórico-popular da Constituição, e acentua a legitimidade político-moral da Carta. Desenhando-se um quadro de disputa entre dois possíveis fundamentos de validade da Constituição: de um lado, uma *decisão*, fundada numa vontade soberana e, de outro, a *correção* moral da Constituição, fundada no uso escorreito da razão; é o último que apresenta uma base plausível para uma atitude de respeito à Constituição que perdura no tempo. Isso significa que as razões impessoais que concidadãos podem apresentar uns aos outros para impor a obediência à Constituição são razões que dizem que o conteúdo das obrigações constitucionais se ajusta – ou, ao menos, não se afasta

¹³⁷ A esse respeito, para manter a utilização do rico exemplo histórico norte-americano, é ilustrativa a afirmação do professor de ciência política Mark Brandon, de acordo com a qual nos Estados Unidos do século XIX a soberania popular (ao menos no sentido nacionalista em que ela é pensada hoje em dia) era tão empiricamente vazia quando fora a fundação popular da nova ordem constitucional de 1787. Segundo esse autor, no século XIX existia um corpo substancial de opiniões que sustentavam que a ordem política nacional norte-americana era uma criatura, não do povo como soberano, mas de estados soberanos preexistentes. (BRANDON, 1995, 232)

radicalmente – aos princípios que todos eles poderiam aceitar em condições ideais de deliberação.

O próximo passo é advertir que, mesmo sendo desnecessário apreciar aqui que condições ideais seriam essas,¹³⁸ é possível reconhecer que alguns direitos básicos fariam parte das exigências mínimas de qualquer arranjo de princípios publicamente justificável segundo exigências de soberania democrática. A esse respeito vale acompanhar o raciocínio de Samuel Freeman:

Liberdade democrática e independência são [...] *articuladas* por direitos e liberdades iguais. Estes são os direitos que seriam acordados por pessoas soberanas (de um ponto de vista público) para assegurar seus interesses básicos na liberdade e igual *status*. Como tal, estes direitos iguais são uma parte da soberania democrática. Uma constituição democrática deve ser entendida contra este pano de fundo: ela é [...] um instrumento de soberania democrática, criado e sustentado pelo povo soberano para prover as condições que o possibilitem exercer efetivamente estes direitos básicos.¹³⁹ (FREEMAN, 1992, p. 30, tradução livre, grifo no original)

Desde o momento em que os direitos morais ostentam uma relação de desconfiança perante a maiorias políticas, não é surpreendente que eles estejam na base da Constituição. Tal constatação é perfeitamente coerente com o fato de que a Constituição restringe o leque de decisões que os cidadãos podem tomar mediante processos ordinários de legislação. Com efeito, o que mais obviamente distingue a Constituição das outras fontes do Direito positivo é a sua supremacia e sua significativa resistência à reforma. Essa estrutura, resistindo ao tempo, faz com que a Constituição não possa se apoiar no assentimento direto da população. Na realidade, a Constituição condiciona a exigibilidade de decisões presentes à observância de decisões passadas. Ela estabelece, assim, barreiras à vontade popular. Mas, se as decisões que moldam a Constituição não podem estar baseadas imediatamente na vontade popular, antes representam limites a essa vontade, elas devem estar sustentadas em razões que as pessoas possam aceitar por serem respeitáveis, ainda que contrárias as suas preferências pessoais. Para invocar novamente o magistério de Freeman:

¹³⁸ Esse debate sobre as condições ideais de deliberação, cuja análise ultrapassa em muito os objetivos do presente trabalho, foi extensamente tratado por Rawls (1997) (posição original), Habermas (1997) (condições ideais do discurso), Nino (1989b) (construtivismo moral), Alexy (2001) (teoria do discurso prático geral).

¹³⁹ “*Democratic freedom and independence are [...] articulated by equal rights and liberties. These are the rights that would be agreed to by sovereign persons (from the public point of view) to secure their basic interests in their freedom and equal status. As such, these equal rights are a part of democratic sovereignty. A democratic constitution is to be understood against this background: it is [...] an instrument of democratic sovereignty, created and sustained by the sovereign to provide for conditions enabling them to effectively exercise these basic rights*” (FREEMAN, 1992, p. 30). Uma visão semelhante da relação entre direitos e democracia perpassa o republicanismo de autores como Cass Sunstein (1988, p. 1551): “O que é distintivo acerca da visão republicana é que ela entende a maior parte dos direitos ou como as pré-condições ou como o resultado de um processo deliberativo não distorcido (“*What is distinctive about the republican view is that it understands most rights as either the preconditions for or the outcome of an undistorted deliberative process*”).

A Constituição em seus componentes essenciais consiste em princípios que cidadãos livres igualmente situados poderiam acordar como implícitos em suas cláusulas, com base em razões públicas de justiça aceitas por todos, e após testá-las contra os princípios básicos de justiça que seriam acordados do ponto de vista público.¹⁴⁰ (FREEMAN, 1992, p. 27, tradução livre)

Isso significa que para compreender a Constituição é preciso partir da diferenciação entre dois tipos de argumentos que justificam decisões políticas: “argumentos orientados por preferências” (“*preference-driven*”), argumentos que fazem com que uma boa decisão dependa essencialmente da distribuição de preferências entre os membros da comunidade relevante; e “argumentos orientados pelo julgamento” (“*judgement-driven*”), que são controlados por parâmetros externos à distribuição de preferências (SAGER, 1990, p. 934). A Constituição, por sua pretensão de durabilidade, não pode estar apoiada no primeiro tipo de argumentos. Para que isso fosse possível, ela teria que flutuar conforme as variações das preferências da maioria da população, ou seja, submeter-se incessantemente aos desígnios do maior número. Isso estaria em descompasso com realidades básicas acerca da Constituição, principalmente sua supremacia e rigidez (RUBENFELD, 1998, p. 196-197). Por essa razão, a Constituição só pode estar baseada em argumentos do segundo tipo, “argumentos orientados pelo julgamento”.

Os direitos representam, por excelência, os argumentos dessa espécie. Os direitos são trunfos oponíveis contra decisões *prima facie* justificadas do ponto de vista da agregação de preferências individuais. Eles são precisamente argumentos que excluem o cômputo de certas preferências individuais – as preferências externas – dos fundamentos aptos a justificar uma decisão política. Sua razão de ser não está na maximização do interesse coletivo, mas em exigências mínimas de dignidade que cercam a vida de todas as pessoas e que, por isso, poderiam ser acordados por elas numa deliberação pública em condições ideais. Os direitos são trincheiras contra a vontade política arbitrária, que impedem que inclinações majoritárias irrefletidas corrompam condições equitativas de deliberação. Os direitos a um só tempo imunizam o procedimento democrático do risco de ser sublevado pela ação de maiorias predatórias e guiam as deliberações públicas no rumo de decisões igualmente boas para todos os participantes. Assim, o aparente paradoxo representado pela condição contramajoritária vivenciada pela Constituição resolve-se na desconfiança democrática diante do exercício irrefletido de poder político sustentada pelos direitos.

¹⁴⁰ “*The Constitution in its essentials consists of principles that free citizens equally situated could agree are implicit in its provisions, on the basis of public reasons of justice, and after checking them against the basic principles of justice that would be agreed to from the public point of view*”. (FREEMAN, 1992, p. 27)

2.4.2 Interpretação constitucional e responsabilidade judicial

A teoria constitucional persegue duas questões essenciais: a questão da autoridade legítima e a questão da interpretação (RUBENFELD, 1998, p. 194). A abordagem de todos os demais problemas teórico-constitucionais é tributária dessas duas posições fundamentais. Isso quer dizer, sobretudo, que só se torna possível entender a justificação e o alcance próprio do controle judicial de constitucionalidade – aspecto tradicionalmente concebido como ponto nodal da teoria constitucional (BICKEL 1986; BORK 1994; BREST 1981; ELY 1980; CHOPER 1980; KLARMAN 1991; PERRY 1991; TUSHNET 1983) – quando se compreende a questão prévia acerca de como as limitações substanciais e procedimentais estabelecidas pela Constituição devem ser interpretadas¹⁴¹ (RICHARDS, 1986b, p. 18). Haja vista que o tópico anterior desenvolveu uma visão da autoridade legítima, urge, agora, encarar mais de perto o problema da interpretação constitucional, para só depois, munindo-se das perspectivas delineadas em torno desses dois aspectos fundamentais, enfrentar a questão da responsabilidade judicial.

O texto constitucional é, em larga medida, composto de cláusulas abertas. A idéia de abertura de um texto significa que existem sentidos diferentes que parecem se ajustar a uma mesma seqüência de enunciados lingüísticos. Note-se, todavia, que a pluralidade de

¹⁴¹ Cada vez mais os estudiosos da Constituição se dão conta de que a forma tradicional de determinação do foco da teoria constitucional, chamada por Barry Friedman (1998, 339) “paradigma contramajoritário”, por estar centrado na “dificuldade contramajoritária” da “*judicial review*”, enunciada por Bickel, está em crise. E, como em toda a crise paradigmática, sabe-se que a explicação tradicional é insuficiente, mas não se sabe ao certo o que virá em seu lugar. A esse respeito, é revelador o balanço da teoria constitucional norte-americana feito por Friedman (1998, 339) no final da década de 1990: “Como qualquer paradigma dominante, no seu auge a descrição da dificuldade contramajoritária deve ter parecido tão correta que seus termos eram inescapáveis. A necessidade de reconciliar o controle judicial de constitucionalidade com a democracia moldou quase toda a doutrina constitucional sobre o papel da Suprema Corte nas décadas de 1970 e 1980, um fenômeno que só recentemente começou a se corroer. No presente, porém, não há outro paradigma para substituir a moldura contramajoritária. Assim, o controle judicial de constitucionalidade continua vivendo à sombra da ilegitimidade democrática, mesmo que evidências crescentes sugiram que o paradigma contramajoritário não captura suficientemente o funcionamento real de nosso sistema político e judicial” (“*Like any dominant paradigm, at its height the description of the countermajoritarian difficulty must have seemed so correct that its terms were inescapable. The need to reconcile judicial review with democracy framed almost all constitutional scholarship about the role of the Supreme Court in the 1970s and 1980s, a phenomenon that only recently has begun to erode. Yet at present there is no other paradigm to replace the countermajoritarian framework. Thus, judicial review continues to live in the shadow of democratic illegitimacy, even as increasing evidence suggests the countermajoritarian paradigm does not quite capture the actual workings of our political and judicial system*”). Sem querer apontar qual seja o novo paradigma dominante, a abordagem seguida neste trabalho prefacia duas tendências. Uma é aprofundar a dimensão normativa da teoria constitucional, voltando-se a problemas de autoridade política legítima e interpretação – os fundamentos filosóficos do constitucionalismo – o que se faz no âmbito de uma teoria da interpretação constitucional. A outra é desenvolver a dimensão institucional da teoria constitucional, principalmente no que diz respeito ao alcance da instituição do controle judicial de constitucionalidade, sob o pressuposto de que problemas de institucionalização não lidam apenas com argumentos normativos, mas também com argumentos pragmáticos; esse é o âmbito da teoria da decisão judicial constitucional.

sentidos das cláusulas abertas não é em si um problema. Um mesmo texto pode admitir sentidos que, mesmo não sendo idênticos, podem ser organizados de forma coerente. Um preceito genérico de igualdade pode conter, por exemplo, exigências de não discriminação em razão de raça, sexo, idade, origem social ou geográfica, dentre outros critérios, sem que essas exigências específicas entrem em choque umas com as outras. O problema das cláusulas abertas aparece quando essas cláusulas dão margem a entendimentos incompatíveis, de modo que a adoção de um sentido implique necessariamente a exclusão de outro. Nessa situação, intérpretes sinceros, agindo de boa-fé, podem chegar a resultados conflitantes a partir da leitura de um mesmo texto. Para os intérpretes de diplomas jurídicos, é nesses casos que surgem os desafios genuínos da interpretação. Nessas situações, é preciso decidir qual dentre os sentidos que se contradizem, e que são apoiados por intérpretes bem-intencionados, estão revestidos da autoridade jurídica; isto é, qual interpretação pode ser imposta coercitivamente pelo Estado.

Uma cláusula constitucional aberta é incapaz, por seus próprios termos, de comunicar um sentido preciso. Por esse motivo, frequentemente, ela dá margem a que seus intérpretes enxerguem nela significados credíveis e contrários. No entanto, se essa cláusula pertence a uma Constituição válida, ela é uma fonte de direitos e obrigações. Para os destinatários desses direitos e obrigações é necessário saber qual dessas interpretações divergentes é obrigatória. No mínimo, porque eles estarão sujeitos a sanções caso não se comportem da forma exigida pela Constituição. No máximo, porque um dos requisitos para a existência de um sistema jurídico é permitir a diferenciação entre comportamentos lícitos e ilícitos. Por essas razões, a interpretação constitucional deve estar sujeita a critérios que permitam determinar qual dos sentidos divergentes ajustáveis a um mesmo dispositivo da Constituição deve prevalecer. É necessário, assim, que os intérpretes sejam capazes de distinguir o que é certo e o que é errado em matéria de interpretação, ou seja, as boas e as más interpretações. Para isso, eles devem ter a sua disposição critérios suficientes para orientar suas decisões sobre o real sentido da Constituição.

A pergunta central da interpretação constitucional, portanto, é a seguinte: quais são os critérios que permitem diferenciar as interpretações constitucionais válidas das inválidas? Existe um lugar comum que responde parcialmente a essa indagação. Todos concordam que os valores pessoais de cada intérprete não devem orientar a interpretação constitucional. Mas, é necessário ir além disso. Não basta dizer o que é errado, é preciso apontar o que é certo. Se interpretações inválidas são aquelas que se baseiam em fundamentos

inválidos (os valores pessoais do intérprete), interpretações válidas são aquelas que estão baseadas em critérios ou fundamentos válidos. Critérios ou fundamentos válidos devem ser outros que não os valores pessoais de cada intérprete. Logo, eles são critérios e fundamentos que se mostrem justificáveis perante todas as pessoas que assumam uma atitude interpretativa (DWORKIN, 1999, p. 57-58) em relação à Constituição, o que virtualmente representa a integralidade dos seus destinatários.

As interpretações constitucionais legítimas devem ser adotadas de um ponto de vista interpretativo imparcial, que se abstraia dos valores e crenças morais particulares de cada intérprete, e se apóie em interesses comuns a todos (FREEMAN, 1992, p. 21). O problema real da interpretação constitucional é, deste modo, demarcar as espécies de razões que devem governar a interpretação constitucional e, assim, impedir que cada intérprete leia no texto constitucional aquilo que quiser ler. À medida que o que pode haver de comum entre todos os destinatários das normas constitucionais são os fundamentos que sustentam a atitude de adesão à Constituição, isso significa que os mesmos argumentos que justificam a autoridade da Constituição devem estar na base da interpretação constitucional.

A questão da validade constitui um obstáculo normativo à interpretação constitucional. Ela exige que os critérios de interpretação constitucional sejam tais que possam parecer atraentes para todos os intérpretes constitucionais. Ficam nítidas, assim, as fraquezas que depreciam algumas visões bastante conhecidas sobre a interpretação constitucional. Se uma Constituição funda sua validade na sua aceitabilidade moral – ou na consagração de direitos morais, o que dá no mesmo – não existe justificativa para dizer que as cláusulas constitucionais devem ser lidas à luz do entendimento dos seus autores¹⁴²; nem, tampouco, que elas devem ser interpretadas em conformidade com a moralidade convencional vigente na sociedade. O entendimento original e a moral convencional não detêm nenhuma autoridade legítima sobre os intérpretes da Constituição. A Constituição obriga por sua respeitabilidade moral, não por razões estritamente ligadas ao fato histórico da sua elaboração ou pela sua correspondência com as convicções éticas majoritárias.

A legitimidade constitucional emana somente da justificação pública e imparcial. A solução para o problema da interpretação só pode ser, portanto, reconhecer que,

¹⁴² A não ser que se entenda que a interpretação sempre envolve a busca da intenção do autor do texto interpretado; que um texto *qua* texto não pode significar outra coisa senão o que o autor pretendeu que significasse; que retirando a intenção do autor deixa-se de ter um texto. Para a defesa dessas posições, ver ALEXANDER, 2000, p. 542-546; 590; 597; 600-601; 606-608. Para a crítica a este ponto de vista, que está subentendida em diversos pontos do presente trabalho, ver DWORKIN, 1999, p. 65-75.

da mesma maneira que normas constitucionais legítimas devem estar baseadas em “argumentos orientados pelo julgamento”, também escolhas interpretativas legítimas devem se valer desses mesmos argumentos. Para colocar as coisas em termos mais familiares, os intérpretes constitucionais devem fundar suas escolhas interpretativas naquilo que Dworkin, em inúmeras passagens, denomina “argumentos de princípio”. Um “princípio” é um *standard* que deve ser observado, não porque ele irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque ele é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 1978, p. 22). “Argumentos de princípio” justificam uma decisão política demonstrando que a decisão respeita ou assegura algum direito de um indivíduo ou de um grupo (DWORKIN, 1978, p. 82). Consoante essa definição, quando um intérprete se defronta com vários sentidos igualmente bem ajustados a um determinado preceito constitucional, ele deve optar pelo sentido que se mostre mais adequado a respeitar ou assegurar um direito básico.

Decorre daí que diversas outras espécies de razões, *grosso modo*, os “argumentos orientados por preferências”, estão excluídas dos fundamentos da interpretação constitucional. O problema com estes argumentos é que eles não estão aptos a serem assentidos publicamente. Tais argumentos, que podem ser identificados com aquilo que Dworkin chama “argumentos de política”, justificam uma decisão política demonstrando que a decisão promove ou protege algum objetivo coletivo de toda a comunidade¹⁴³ (DWORKIN, 1978, p. 82). Eles pressupõem que algumas pessoas e grupos ou certos planos de vida são intrinsecamente mais valiosos do que outros. Isso é algo que cidadãos racionais, livres e iguais não podem reconhecer como base pública de justificação do exercício do poder político. O papel da Constituição é fixar explicitamente as bases da cooperação social e limitar o exercício opressivo do poder estatal. Ela não pode, deste modo, ser imposta sob a premissa de que alguns de seus destinatários são mais dignos que outros. Se isso ocorrer, ela não alcançará a dignidade de respeito que é imprescindível à manutenção da sua autoridade.

O enfoque proposto pode ser resumido da seguinte forma. A interpretação constitucional é um processo de escolha que produz certas decisões a partir de determinados fundamentos. Os fundamentos da interpretação são as razões que induzem o intérprete a optar

¹⁴³ Segundo Dworkin (1978, p. 274), argumentos de política podem ser de duas espécies: “argumentos utilitários de política” e “argumentos ideais de política”. “Argumentos utilitários de política” afirmam que a comunidade estará melhor porque o número maior de seus cidadãos terá em média mais daquilo que quer, mesmo que alguns deles tenham menos. “Argumentos ideais de política” advogam que a comunidade estará melhor, não porque um maior número de seus membros terá mais aquilo que quer, mas porque a comunidade estará de algum modo mais próxima de uma comunidade ideal, seja a melhora em questão desejada pelos seus membros ou não.

por um dentre os diversos sentidos ajustados ao texto interpretado. O intérprete se vê constrangido por algum conjunto específico de razões à medida que ele se sente autorizado a usar como fundamento de suas decisões interpretativas unicamente aquele particular conjunto de razões. As razões que suportam a validade da Constituição constroem a ação dos intérpretes à medida que elas formam o único manancial de argumentos a que os intérpretes constitucionais devem recorrer para fundar suas decisões interpretativas. Interpretações constitucionais legítimas devem estar fundadas em argumentos de princípio (argumentos orientados pelo julgamento, direitos morais).

Contra esse pano de fundo, pode-se examinar, finalmente, a justificação e o alcance do controle judicial de constitucionalidade das leis. É inegável que a adoção de um mecanismo institucional que conceda ao Poder Judiciário a última palavra em sede de interpretação constitucional não é um pré-requisito de uma Constituição legítima (EISGRUBER, 2001, p.76-77; TUSHNET, 1999, p. 26-30, 32). Os direitos políticos básicos, que configuram as exigências mínimas a serem satisfeitas por uma Constituição legítima, autorizam a institucionalização de diferentes vias para seu respeito e segurança. Essas vias, de forma alguma, passam, necessariamente, muito menos exclusivamente, pelo controle judicial de constitucionalidade (CALABRESI, 1991, p. 84). O que torna uma instituição recomendável pelos direitos básicos é a capacidade de essa instituição tomar decisões orientadas por princípios. Essa é uma capacidade que deve estar presente em todos os ramos do governo e não apenas no Judiciário. Um regime constitucional legítimo pressupõe que todos os órgãos criados pela Constituição são capazes de agir em conformidade com o que a Constituição prescreve. Se essa premissa dissesse respeito apenas ao Poder Judiciário, não haveria motivo para a Constituição criar outros departamentos governamentais, porquanto só o que esses outros departamentos seriam capazes de fazer seria levar à destruição da própria Constituição.

Além disso, não existe motivo para crer que o Judiciário possui, por natureza, uma capacidade mais acurada em relação aos demais departamentos de governo para deliberar segundo princípios. Como objetou Carlos Santiago Nino:

A perspectiva usual de que os juízes estão melhor situados que os parlamentos e que outros funcionários eleitos pelo povo para resolver questões que tenham a ver com direitos, parece ser a consequência de certo tipo de elitismo epistemológico. Este último pressupõe que, para alcançar conclusões morais corretas, a destreza intelectual é mais importante que a capacidade para se representar e equilibrar

imparcialmente os interesses de todos os afetados pela decisão.¹⁴⁴ (NINO, 1997, p. 260, tradução livre)

Todos os cidadãos possuem, ao menos potencialmente, a capacidade mínima para participar em condições de igualdade de uma conversação racional acerca do poder. É isso que faz deles portadores de direitos. Supor que os juízes são naturalmente mais aptos a ocupar uma posição moral imparcial é supor que eles não têm a obrigação de dar voz aos outros cidadãos nas discussões acerca do poder, ou seja, que os juízes são de algum modo superiores aos demais cidadãos. Como revela a crítica incisiva de Martha Minow (1987, p. 75), essa idéia de imparcialidade implica o acesso humano a uma visão que está além da experiência humana, um ponto de vista divino. Só que não apenas falta aos humanos essa perspectiva mais que humana, como os humanos que a reivindicam faltam com a verdade, tentando exercer seu poder para interromper a conversação e o debate. Por isso, a suposição de que juízes são reis-filósofos, situados próximos do Olimpo, é incompatível com a afirmação de que todos os cidadãos são portadores de iguais direitos morais básicos.

Também não há sustentáculo para a afirmação de que as características institucionais do Judiciário fazem dele um melhor foro para os princípios.¹⁴⁵ A análise de Santiago Nino, novamente, é precisa e reveladora:

A perspectiva do juiz encontra-se limitada a das pessoas diretamente afetadas por um conflito sobre o qual ele tem que decidir, excluindo alguns daqueles que poderiam resultar afetados pelo conflito. O juiz é completamente estranho à disputa. Enquanto a impossibilidade de envolver-se possibilita a imparcialidade quando o conflito compreende somente umas poucas pessoas, é impossível alcançar essa imparcialidade quando o que está em jogo são os interesses de uma pluralidade de indivíduos cujas experiências são muito diferentes das do juiz.¹⁴⁶ (NINO, 1997, p. 260, tradução livre)

¹⁴⁴ “*La perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse e equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión.*” (NINO, 1997, p. 260)

¹⁴⁵ Esse é um argumento extremamente popular entre os juristas. Seu enunciado mais conhecido provavelmente procede de Alexander M. Bickel (1986, p. 25), para quem “os tribunais têm certas capacidades para lidar com questões de princípio que legislativos e executivos não possuem” (“*courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess*”). Talvez a defesa mais extremada desse ponto de vista tenha sido oferecida por Owen Fiss (1979, p. 16), esse autor parece sustentar que o processo judicial possui uma estreita conexão conceitual – não apenas contingente e instrumental – com o próprio ato de dar significado a um valor constitucional: “Outros podem procurar o verdadeiro significado de nossos valores constitucionais, mas quando eles fazem isso, eles terão que imitar – se eles puderem – o processo do juiz”. (*Others may search for the true meaning of our constitutional values, but when they do, they will have to mimic – if they can – the process of the judge*). Fiss (1979, p. 139) identifica duas características particulares do processo judicial que conferem a ele essa especial capacidade de deliberação: a obrigação de o juiz de participar em diálogo e a independência do juiz.

¹⁴⁶ “*La perspectiva del juez se encuentra limitada a la de las personas directamente afectadas por un conflicto sobre el cual tiene que decidir, excluyendo a algunos de aquellos que podrían resultar afectados por el conflicto. El juez es completamente extraño a la disputa. Mientras la imposibilidad de involucrarse posibilita la*

O afastamento dos juízes ante a política ordinária é tanto favorável quanto contrário à boa deliberação segundo princípios. Ao mesmo tempo em que ela reduz a pressão imposta pelas maiorias na busca da satisfação das suas preferências¹⁴⁷, o que limita a influência dos argumentos de política nas decisões judiciais; ela restringe o leque de perspectivas que podem servir de base à decisão. A imparcialidade e a publicidade de uma decisão são maiores quanto maior for a quantidade de pontos de vista divergentes considerados por ela.¹⁴⁸ Sendo assim, a distância do processo político reduz a capacidade dos juízes de olharem para os pontos de vista daqueles que não se fazem presentes nos processos judiciais, e a desconsideração de qualquer desses pontos de vista é uma falha grave em termos de argumentação orientada por princípios.¹⁴⁹

A legitimidade da interpretação judicial da Constituição advém das mesmas razões que tornam legítimas quaisquer outras interpretações constitucionais, sejam elas provenientes tanto do Legislativo ou do Executivo como de um cidadão comum; isto é, sua fundamentação em princípios. Certamente o Judiciário não é incapaz de tomar essas decisões, mas os outros departamentos governamentais e as pessoas em geral também não são incapazes disso. O que significa que as motivações que levam a atribuir ao Judiciário alguma palavra sobre a interpretação constitucional são razões meramente pragmáticas e instrumentais, aquilo que Jesse H. Chopper (1980, p. 67) denominou “justificação funcional”

imparcialidad cuando el conflicto comprende sólo a unas pocas personas, es imposible alcanzar esa imparcialidad cuando lo que está en juego son los intereses de una multitud de individuos cuyas experiencias son muy diferentes de las del juez.” (NINO, 1997, p. 260)

¹⁴⁷ Deve-se notar que mesmo esse efeito é discutível. Numa análise procedida na década de 1950, o cientista político Robert Dahl (1957, p. 285), após averiguar a quase totalidade dos casos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos havia declarado leis inconstitucionais, defendeu que eles demonstravam que as visões políticas predominantes naquele tribunal não permaneciam por muito tempo desalinhas em relação às visões políticas das maiorias legislativas e que seria muito irrealista supor que a Corte resistiria, por mais do que poucos anos, contra qualquer alternativa importante procurada pela maioria legislativa.

¹⁴⁸ Esse é um aspecto posto em evidência principalmente pelos teóricos constitucionais republicanos. Cass Sunstein (1988, p. 1564, 1575-1576), ilustre representante dessa corrente, lembra que “a deliberação é minada, não promovida, pela expectativa de que indivíduos e grupos diferentemente situados falarão a mesma coisa” (“*Deliberation is undermined, not promoted, by an expectation that different situated individuals and groups will say the same thing*”) e que “discussão e deliberação dependem, para sua legitimidade e eficácia, da existência de visões conflitantes” (“*Discussion and deliberation depend for their legitimacy and efficacy on the existence of conflicting views*”). Nesse sentido, sem dúvida, é lícito acompanhar Sunstein (1988, 1575) e enxergar o desacordo como uma força produtiva e criativa.

¹⁴⁹ Como assentou Martha Minow (1987, p. 55, 74), no contexto da discussão sobre o princípio da não-discriminação e as diferenças que justificam um tratamento preferencial para grupos desvantajados: “Antes que a justiça possa ser feita, juízes precisam ouvir e entender pontos de vista contrastantes sobre o tratamento da diferença” (“*Before justice can be done, judges need to hear and understand contrasting points of view about the treatment of difference*”); “a justiça depende da possibilidade de conflitos entre os valores e perspectivas que a justiça persegue” (“*Justice depends on the possibility of conflicts among the values and perspectives that justice pursues*”). A percepção da injustiça presente na incapacidade de se olhar para uma questão controversa do ponto de vista do outro é uma contribuição fundamental do feminismo à teoria constitucional (MINOW, 1987, p. 58-61, 74).

do controle judicial de constitucionalidade. Baseiam-se na idéia de que, considerados os aspectos relevantes, de índole histórica, cultural, política, econômica e social, o controle judicial de constitucionalidade parece um mecanismo institucional eficiente para promover e proteger a Constituição e seu ideal básico de um governo segundo razões de estima pública.¹⁵⁰ Logo, não é a justificação da existência do poder dos juízes de controlar a constitucionalidade das leis que orienta a interpretação constitucional, são os critérios de interpretação constitucional legítima que governam a ação do Judiciário como intérprete da Constituição.¹⁵¹

Essa última colocação, sem embargo, produz dois problemas que não podem ser resolvidos diretamente pela teoria da interpretação constitucional. O primeiro é o problema da *indeterminação do método interpretativo baseado nos direitos*. A Constituição é a declaração documentada dos direitos e processos que, em momentos históricos particulares, foram vistos como especialmente necessários para delinear e manter os direitos mais abstratos de cidadãos democráticos (FREEMAN, 1992, p. 33). Por isso, quando surgem divergências sobre a interpretação dos direitos constitucionais não há nada mais razoável do que esperar

¹⁵⁰ Provavelmente, dentre os autores contemporâneos, quem elaborou esta questão de forma mais clara, além de Chopper (1980, p. 64-65), foi Michael Perry ao tratar do problema em face da Constituição norte-americana. Segundo Perry (1994, p. 21): “O argumento a favor do controle judicial de constitucionalidade, a razão pela qual nós devemos apoiar esta prática, é simples: O controle judicial de constitucionalidade serve-nos bem – não perfeitamente, mas bem – como um mecanismo para proteger a Constituição dos Estados Unidos; as alternativas óbvias parecem palpavelmente inferiores; e a menos e até que nós identifiquemos e estabeleçamos um mecanismo melhor, nós devemos continuar apoiando a prática ao invés de nos opormos a ela” (“*The argument for judicial review, the reason we should support the practice, is simple: Judicial review serves us well – not perfectly, but well – as a mechanism for protecting the Constitution of the United States; the obvious alternatives seem palpably inferior; and unless and until we identify and establish a better mechanism, we should continue to support the practice rather than oppose it*”). Antes de Perry, pelo menos dois outros autores já haviam desenvolvido esse ponto de maneira muito semelhante à exposta no texto, são eles Lawrence Sager (1990, p. 955-957) e Samuel Freeman (1994). Dworkin (1996, p. 33-34, 344-346) também adotou explicitamente uma posição semelhante. Mais recentemente, Richard Fallon Jr. (1997, p. 142), Mark Tushnet (1999, p. 28-30) e Christopher Eisgruber (2001, 46-78) também defenderam essa perspectiva. Porém, Tushnet chegou à conclusão oposta a dos demais autores citados, ou seja, que o controle judicial de constitucionalidade, na forma como é praticado nos Estados Unidos, não é bom mecanismo de proteção da Constituição. Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que um passo importante no rumo desse ponto de vista foi dado por John Hart Ely (1980, p. 103-104) que contestou a tentativa de Bickel de justificar o controle judicial de constitucionalidade com base em princípios substantivos (CALABRESI, 1991, p. 84, nota 9). Todos esses autores, não obstante, sofrem a influência da mesma fonte, Learned Hand e seu famoso texto de 1958, “*The Bill of Rights*” (“A Declaração de Direitos”) que defendeu a tese de que, à medida que não existe um vínculo constitutivo entre a Constituição e o controle judicial de constitucionalidade, devem haver razões de prudência que orientem as situações em que os tribunais devem intervir nas controvérsias constitucionais e aquelas em que eles não devem. (HAND, 1958, p.15)

¹⁵¹ Alguns autores depositam tanta ênfase no fundamento pragmático da autoridade do Judiciário como intérprete último da Constituição, que se esquecem de que os juízes são tão intérpretes da Constituição quanto todos os demais cidadãos. E que, por isso, devem estar governados pelos mesmos critérios gerais da interpretação constitucional. Estes autores distinguem radicalmente questões de interpretação constitucional, as quais envolvem critérios de correção normativa, e questões de decisão judicial, baseadas em critérios exclusivamente pragmáticos; e chegam ao ponto de dizer que uma visão sobre como se deve adscrever sentido às cláusulas constitucionais não têm praticamente nenhuma importância para uma visão sobre como os juízes devem decidir casos constitucionais. Richard Posner (1998) têm sido um defensor radical desse ponto de vista. Ultimamente, Cass Sunstein (2000) endossou uma versão mais moderada, e em largos pontos bastante convincente, dessa perspectiva. A posição de Sunstein será analisada no capítulo seguinte.

que divergências ainda mais profundas envolvam a interpretação dos direitos mais abstratos que lhes servem de base. Como, então, será possível resolver as dúvidas causadas pela interpretação das cláusulas excessivamente genéricas e abstratas da Constituição apelando apenas para critérios ainda mais gerais e abstratos do que as próprias normas constitucionais?¹⁵²

O segundo problema diz com a *alocação de autoridade interpretativa entre os diversos órgãos governamentais*. Se o controle judicial não está constitutivamente ligado à interpretação constitucional, o fato de existirem divergências sobre a interpretação da Constituição não autoriza a inferir automaticamente que a competência para resolver essas dúvidas é do Poder Judiciário. Tanto tribunais quanto legisladores podem abusar terrivelmente do seu poder de proteger direitos básicos (CALABRESI, 1991, p. 82). Por isso, circunstâncias específicas podem indicar que a intromissão do Judiciário na ação dos outros Poderes seja uma forma ineficiente ou imprudente de resguardar a integridade da Constituição. Nesses casos, em que razões pragmáticas recomendam uma posição restritiva por parte do órgão judicial, não resta nada melhor aos juízes do que mostrar deferência às decisões dos outros Poderes.¹⁵³

A teoria da interpretação constitucional baseada nos direitos requer, portanto, complementação, com vistas a integralizar uma visão atraente sobre a responsabilidade dos juízes constitucionais. Questões de autoridade legítima e interpretação são fundamentais, mas não são as únicas que afligem os membros da aventura conjunta que é viver sob uma Constituição estável e digna de respeito. Cumpre desenvolver uma visão específica sobre a aplicação judicial da Constituição que confira maior determinação à teoria da interpretação constitucional e estabeleça padrões que permitam determinar o que compete e o que não compete ao Poder Judiciário decidir em sede de controle de constitucionalidade. Essa é a incumbência de uma teoria da decisão judicial constitucional, sobre ela versa o próximo capítulo.

¹⁵² As mais poderosas críticas direcionadas à teoria constitucional baseada nos direitos sustentam-se exatamente nesse ponto. (BREST, 1981, p. 1080-1082; ELY, 1980, p. 50-54; 57-60)

¹⁵³ A formulação seminal desse argumento, como é do conhecimento geral, deve-se a James B. Thayer (1893), seu resgate contemporâneo tem a chancela de Learned Hand (1958).

3 Os juízes, o povo: uma teoria da decisão judicial constitucional

Em 1788, no calor dos debates travados no contexto da ratificação da Constituição norte-americana, Alexander Hamilton (2003, p. 479) afirmou que “os tribunais judiciais devem ser considerados como os baluartes de uma Constituição limitada contra usurpações legislativas”. Alguns anos depois, em 1803, ressoando o pensamento de Hamilton, o Juiz Marshall, na decisão do caso *Marbury v. Madison*, estabeleceu o entendimento de que os tribunais detêm poder para invalidar os atos do Legislativo e do Executivo incompatíveis com a Constituição. O raciocínio de Marshall foi aparentemente irrefutável. A Constituição é a lei suprema de um país e contém certas exceções especificadas à autoridade legislativa e executiva. Aos tribunais incumbe aplicar a lei. No exercício da sua competência, os tribunais são desafiados a decidir conflitos de normas. Quando esses conflitos opõem a Constituição a qualquer outra norma legislativa ou executiva, cabe aos juízes optar pela norma suprema, a Constituição, e invalidar a norma inferior. Essa argumentação expôs uma premissa: (1) um ato repugnante à Constituição não pode ser considerado válido; e chegou a uma conclusão: (2) compete ao Poder Judiciário dar a palavra final sobre se um determinado ato repugna, ou não, à Constituição.

No início deste trabalho, defendeu-se que a proposição (2) não decorre logicamente da proposição (1). Do fato de que um ato normativo seja incompatível com a Constituição não se segue que o Poder Judiciário possua competência para pronunciar essa inconstitucionalidade com força obrigatória para os demais órgãos do poder público e para todos os cidadãos. Logo, não se trata de uma premissa e de uma conclusão, mas de duas proposições autônomas. Sendo que o aspecto mais relevante e inovador da decisão de Marshall, não foi reafirmar a supremacia da Constituição, mas definir a supremacia do Judiciário na interpretação da Constituição. Nos termos utilizados por Marshall, “é província e dever do departamento judicial dizer o que o Direito é”. Como apontou Alexander Bickel (1986, p. 3), a questão principal decidida em *Marbury v. Madison*, não foi sobre se um ato repugnante à Constituição poderia ser mantido, mas, sim, sobre quem deveria ter poder para decidir que o ato é repugnante.¹⁵⁴ Se existe um conflito entre duas leis, um tribunal deve

¹⁵⁴ Esse é o entendimento padrão da doutrina constitucional atual acerca da opinião do Juiz Marshall em *Marbury*. Deve-se ressaltar, entretanto, que investigações históricas têm revelado que aos olhos dos contemporâneos de Marshall essa decisão tinha um sentido bastante diferente. Ela não pregava a supremacia do Judiciário na interpretação constitucional. Ao elaborar seu voto, Marshall não pretendia atribuir ao Judiciário a última palavra nas questões constitucionais. Como ensinou Larry Kramer (2001, p. 89), no contexto em que foi formulada, a conhecidíssima sentença de Marshall segundo a qual “é província e dever do departamento judicial

obedecer à lei superior. Mas a verdade é que a incompatibilidade entre uma lei e a Constituição na maioria dos casos não é clara e evidente; trata-se, antes, de uma questão interpretativa que alguém deve decidir. O problema é quem: os tribunais, a legislatura, o Presidente, talvez júris populares, ou então o povo por meio do processo eleitoral?

A resposta à questão de quem deve ser o intérprete final da Constituição fixa as premissas de uma teoria da decisão judicial constitucional baseada nos direitos. Antes de encará-la, no entanto, é preciso ter em conta a seguinte advertência de Guido Calabresi (1991, p. 84), “a definição dos direitos básicos e a imposição judicial destes direitos são duas indagações muito diferentes”. Uma questão é delinear uma noção teórica de direitos básicos e avaliar as suas implicações para os intérpretes constitucionais. Outra é determinar quem deve estar encarregado da imposição destes direitos.¹⁵⁵ Uma teoria da interpretação constitucional, com as suas suposições sobre a legitimidade da Constituição, é uma teoria sobre como certas cláusulas da Constituição devem ser lidas – sobre quais questões devem ser perguntadas e respondidas quando se decide o que aquelas cláusulas significam e exigem (DWORKIN, 1996b, p. 34). Esta não é uma teoria sobre quem deve dar as respostas dotadas de autoridade a essas perguntas.

Uma teoria da interpretação fixa os pontos de partida, mas não responde completamente à pergunta sobre a justificação e o alcance da autoridade interpretativa dos tribunais na imposição da Constituição. Assim, ela deixa margem à discussão sobre os reais contornos da responsabilidade dos juízes como intérpretes da Constituição. Para analisar este problema é preciso ir além da teoria da interpretação, em direção a algum enfoque que trate da função dos tribunais e do desenho institucional de um regime constitucional legítimo.

dizer o que o Direito é” não afirma que “é trabalho dos tribunais, mais que dos outros, dizer o que a Constituição significa.” O que ela diz é, “tribunais, também, podem dizer o que a Constituição significa”. De acordo com Kramer (2001 84-90), Marshall, como a maior parte dos seus contemporâneos, expendeu uma teoria “departamental”, “concorrente” ou “coordenada” do controle de constitucionalidade, conforme a qual cada um dos três poderes do Estado tem igual direito a decidir para si mesmo quais os seus deveres perante a Constituição, sem depender daquilo que os outros decidiram a esse respeito em questões similares. Para essa teoria, nenhum dos poderes tem a palavra final sobre o sentido da Constituição. Todos eles esforçam-se para seguir a lei que os governa, submetidos a permanente supervisão de seu superior comum, o povo, este sim a autoridade última em controvérsias constitucionais.

¹⁵⁵ Isso significa que diversos arranjos institucionais podem, em princípio, ser compatíveis com a mesma teoria da interpretação constitucional. Em qualquer comunidade política dada, com suas peculiares tradições, demografia e história, direitos básicos podem ser impostos por juízes – que geralmente vêm de uma específica classe social com uma educação particular e que freqüentemente ocupam cargos vitalícios – ou pelos processos políticos em geral, isto é, por legislaturas majoritárias, executivos eleitos, burocratas administrativos, ou referendos eleitorais, ou mesmo por instituições mistas que mesclam o processo judicial com o processo político (CALABRESI, 1991, p. 84).

3.1O controle judicial de constitucionalidade como problema moral e institucional: a justificação pragmática

A forma tradicional de enfrentar essa demanda por justificação do papel dos tribunais como intérpretes destacados da Constituição segue um argumento de duas etapas. Primeiro, define-se o que está em jogo em sede de interpretação constitucional, que tipo de argumento deve ser debatido entre os intérpretes, qual a natureza de suas decisões. Num segundo momento, apresentam-se as características institucionais do Judiciário que fazem dele um órgão melhor equipado para decidir esse do tipo de problemas que afligem os intérpretes constitucionais. Mediante a junção desses dois estágios, localizam-se as desvantagens dos outros órgãos governamentais – os chamados órgãos políticos, sobretudo o Legislativo – para lidar de modo arrazoado com os problemas de interpretação constitucional. Como resumiu John Hart Ely (1991, p. 834, nota 4), “aqueles que quiserem justificar a invalidação judicial da legislação devem fazer isso com base em algumas características que os tribunais possuem em maior medida do que os órgãos políticos ordinários”.¹⁵⁶

A formulação canônica dessa estrutura argumentativa pode ser encontrada na obra de Alexander Bickel, *“The Least Dangerous Branch”* (O Ramo Menos Perigoso). Com o objetivo de justificar o controle judicial de constitucionalidade, Bickel (1986, p. 24) começa dizendo que os atos do governo geralmente têm dois aspectos: seus efeitos práticos imediatos, necessariamente pretendidos; e suas implicações, talvez não apreciadas e despropositais, com valores aos quais as pessoas atribuem interesse mais geral e permanente. Segundo Bickel (1986, p. 24), é uma premissa deduzida não apenas da existência de uma Constituição escrita, mas, em último grau, do julgamento moral de uma boa sociedade, que o governo não deve servir apenas ao que as pessoas concebem, de tempos em tempos, como suas necessidades materiais imediatas, mas deve servir também a alguns valores duradouros. Ocorre, porém, que esses valores não se apresentam prontos e acabados. É certo que eles sempre têm um passado, contudo eles precisam ser continuamente enunciados, desenvolvidos e vistos em aplicação relevante (BICKEL, 1986, p. 24).

Segundo Bickel, a pergunta digna de ser feita é qual instituição deve ser responsável por pronunciar e guardar esses valores? Sua resposta procede em duas partes. Em

¹⁵⁶ “[...] those who would justify judicial invalidation of legislation must do so on the basis of some characteristic that courts possess in greater measure than ordinary political officials”. (ELY, 1991, p. 834, nota 4)

primeiro lugar, ela evidencia a inaptidão dos órgãos políticos para tomar decisões sobre os valores gerais mais duradouros da comunidade. Em suas palavras:

Homens em todos os caminhos da vida pública são capazes de perceber este segundo aspecto das questões públicas. Às vezes eles também são capazes de basear sobre eles suas decisões; está é uma das coisas que nós chamamos agir segundo um princípio. Frequentemente, no entanto, eles não fazem isso, particularmente quando eles se reúnem em assembleias legislativas. Lá, quando as pressões por resultados imediatos são fortes o suficiente e as emoções elevadas o suficiente, os homens irão ordinariamente preferir agir segundo a conveniência, ao invés de tomar a visão mais ampla.¹⁵⁷ (BICKEL, 1986, p. 24-25, tradução livre)

A seguir, Bickel expõe as vantagens institucionais dos tribunais para lidar com essas questões de princípio. Em seu entender, enquanto as legislaturas estão ajustadas à satisfação das necessidades imediatas da maioria, servindo como um fórum onde os desejos dos vários grupos e os interesses dirigidos aos resultados imediatos da ação governamental podem ser ouvidos; e o Executivo não está suficientemente distanciado desse mercado político; é nos tribunais que se encontram as características indispensáveis à sustentação dos valores gerais duradouros da comunidade. Diz ele:

Tribunais têm certas capacidades para lidar com questões de princípio que as legislaturas e executivos não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a tranqüilidade, o treinamento e o isolamento para seguir as maneiras do erudito na busca dos fins do governo. Isto é crucial na seleção dos valores duradouros de uma sociedade, e não é algo que instituições possam fazer bem ocasionalmente, enquanto operam a maior parte do tempo com um diferente conjunto de engrenagens. [...] Outra vantagem que os tribunais possuem é que questões de princípio nunca transmitem para eles o mesmo aspecto com o qual elas se apresentaram à legislatura e ao executivo. Leis, afinal, lidam tipicamente com problemas abstratos e vagamente previstos. Os tribunais estão preocupados com a carne e o sangue de um caso real. Isto tende a modificar, talvez alongar, a visão de todos. Isto também fornece um campo de provas extremamente salutar para todas as abstrações; conduz, em uma frase de Holmes, a pensar coisas, não palavras, e assim à evolução do princípio por um processo que o testa enquanto o cria.¹⁵⁸ (BICKEL, 1986, p. 25-26, tradução livre)

A toda a evidência, a argumentação de Bickel é marcada por um ceticismo em relação aos órgãos políticos de representação popular e por um otimismo quanto aos

¹⁵⁷ “Men in all walks of public life are able occasionally to perceive this second aspect of public questions. Sometimes they are also able to base their decisions on it; that is one of the things we like to call acting on principle. Often they do not do so, however, particularly, when they sit in legislative assemblies. There, when the pressure for immediate results is strong enough and emotions ride high enough, men will ordinarily prefer to act on expediency rather than take the long view.” (BICKEL, 1986, p. 24-25)

¹⁵⁸ “Courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess. Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. This is crucial in sorting out the enduring values of a society, and it is not something that institutions can do well occasionally, while operating for the most part with a different set of gears. [...] Another advantage that courts have is that questions of principle never carry the same aspect for them as they did for the legislature or the executive. Statutes, after all, deal typically with abstract or dimly foreseen problems. The courts are concerned with the flesh and blood of an actual case. This tends to modify, perhaps to lengthen, everyone’s view. It also provides an extremely salutary proving ground for all abstractions; it is conducive, in a phrase of Holmes, to thinking things, not words, and thus to the evolution of principle that tests as it creates.” (BICKEL, 1986, p. 25-26)

tribunais. Embora ele não negue categoricamente que em algumas situações os representantes do povo possam tomar decisões segundo princípios, ele trata esses casos como uma feição simplesmente ocasional das assembleias representativas. De outro lado, é na erudição e no isolamento dos juízes que se localiza, para o autor, a virtude necessária para argumentar por princípios. Esse raciocínio faz de Bickel um legítimo exemplar dos teóricos que, como denunciou recentemente Jeremy Waldron (2003, p. 2), constroem um retrato idealizado do julgar e emolduram-no junto a um retrato da má fama do legislar. Esse, aliás, é o comportamento padrão de todos aqueles que tentam justificar o controle judicial de constitucionalidade como um elemento constitutivo de um regime constitucional legítimo. O problema é que este é um empreendimento destinado ao fracasso.

Essa forma de raciocínio pressupõe que os juízes são especialmente receptivos aos princípios de um modo que os legisladores não são. Afirmar que de maneira alguma é incontroversa. Pois, ainda que o processo judicial seja receptivo aos argumentos de princípio, esta não é uma exclusividade da instituição judicial. O apego aos princípios é, no mínimo, tão premente em juízo quanto em assembleia. Os riscos de comportamentos desviantes também são tão intensos em sede legislativa quanto judiciária.

Em verdade, da ótica dos princípios, diante da discordância profunda em questões de justiça e direitos que grava a sociedade contemporânea, parece até mais fácil defender a incompatibilidade entre o processo judicial e a construção de decisões justificadas (WALDRON 1999). No entanto, a despeito de que essa impressão esteja equivocada, por se basear numa perspectiva excessivamente empobrecida acerca das funções que os tribunais podem desempenhar numa democracia, o fato é que ela demonstra, com muito sucesso, que a supremacia do Judiciário na interpretação constitucional não está fundada em nenhuma razão de princípio. O controle judicial de constitucionalidade, em qualquer de suas formas,¹⁵⁹ não é uma imposição dos direitos morais. É, quando muito, um mecanismo potencialmente eficiente para a defesa desses direitos em situações determinadas.

¹⁵⁹ Por *formas de controle judicial de constitucionalidade* entende-se o grau de preponderância que é dado aos tribunais na interpretação constitucional em relação aos órgãos de representação popular. Existem basicamente três formas de controle judicial de constitucionalidade (TUSHNET, 2003, p. 354, 367, nota 46): 1) uma *forma fraca*, sistemas em que o Judiciário pode controlar a constitucionalidade das leis, porém a declaração judicial de inconstitucionalidade pode ser contrariada por uma decisão legislativa que afasta a decisão judicial; é o caso do Canadá; 2) uma *forma forte*, sistemas em que o legislativo não pode rever a decisão judicial que declara uma lei inconstitucional, mas em que o poder de emenda à Constituição pode fazer isso por não ter seus atos controláveis pelo Judiciário; é o modelo norte-americano; 3) uma *forma super forte*, sistemas em que os tribunais têm poder para invalidar até mesmo emendas à Constituição aprovadas pelo processo formal de reforma; exemplos são Alemanha, Índia e Brasil.

Posto essa pareça ser a melhor compreensão do controle judicial de constitucionalidade, ela não está nem de longe pacificada. Pelo contrário, esta, como tantas outras, é uma seara em que a divergência é muito mais comum do que o acordo. Incumbe, portanto, antes de passar à exposição de uma teoria da decisão judicial constitucional, justificar essa perspectiva mais abrangente do controle judicial. Com esse objetivo, proceder-se-á da seguinte forma: primeiro, serão expostos alguns lugares-comuns acerca da função judicial; depois, serão criticadas as tentativas de extrair dessas marcas características da instituição judicial vantagens no que tange à receptividade aos princípios; finalmente, defender-se-á, ao invés de uma justificação moral ou principiológica, um embasamento pragmático para o controle judicial de constitucionalidade.

Inicialmente, parece lícito supor que qualquer descrição credível da jurisdição constitucional estaria balizada nos seguintes termos: “tradicionalmente, juízes são isolados de pressões pessoais, baseiam suas decisões expressamente na interpretação da Constituição, e apresentam opiniões escritas explicando a aplicação de valores constitucionais gerais a situações específicas”¹⁶⁰ (CHEMERINSKY, 1989, p. 85). Consoante essa exposição, pelo menos três características peculiares da função desempenhada por juízes e tribunais são claramente discerníveis:¹⁶¹ 1) juízes estão isolados das formas ordinárias de representação e decisão política; 2) juízes decidem casos; 3) juízes devem produzir decisões fundamentadas.

O argumento mais comum, e geralmente mais frágil, em favor do controle judicial de constitucionalidade sustenta-se precisamente na característica número 1. Para muitos, o isolamento dos juízes em relação à política ordinária permitiria a eles orientarem-se

¹⁶⁰ “Traditionally, judges are insulated from personal lobbying, base their decisions expressly on interpretation of the Constitution, and render written opinions explaining the application of general constitutional values to specific situations”. (CHEMERINSKY, 1989, p. 85)

¹⁶¹ Alguém poderia se sentir tentado a incluir mais duas características: a) as decisões judiciais definitivas de mérito têm força de coisa julgada, de modo que não podem ser novamente discutidas em nenhuma instância; b) o processo judicial é contraditório. A primeira característica não é mencionada por ser de reduzida importância em sede de controle judicial de constitucionalidade das leis, que é o principal foco da discussão. Se esse controle é difuso e concreto, a declaração é meramente incidental, portanto não compõe a parte dispositiva da sentença, e, sendo assim, não faz coisa julgada. Já em sede de controle concentrado e abstrato, nem é hábito falar-se em coisa julgada. Fala-se em eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1-1/DF, Questão de Ordem, Rel. Ministro Moreira Alves, 27.10.1993) A questão aqui se processa em sede normativa e não se definem fatos, nem direitos subjetivos e obrigações deles decorrentes. Aquilo que importa nesses casos é a definição do sentido das disposições constitucionais, e este sempre é passível de revisão. Não há impedimento a que o tribunal constitucional pronuncie-se hoje pela constitucionalidade de uma lei e amanhã entenda melhor declará-la inconstitucional (Ministro Carlos Velloso, ADC 1/93, Questão de Ordem, p.65). Da mesma forma, o legislador que teve seu ato invalidado não fica impedido de editar uma nova lei de conteúdo idêntico àquela julgada inconstitucional (Agravo Regimental na Reclamação n. 2.617-5/MG, Rel. Ministro Cezar Peluso, 23.02.2005). De outro lado, com relação ao caráter contraditório do processo judicial, é verdade que ele existe, mas nem de longe trata-se de uma marca exclusiva desse processo. Nos dias de hoje, é impensável definir um processo legislativo em que a votação da lei não seja precedida de discussão entre as diferentes visões das forças políticas representadas nos órgãos parlamentares.

unicamente por razões imparciais e não pelas preferências que a maioria dos eleitores nutre. Assim, os tribunais funcionariam como uma instituição colocada inteiramente de fora dos conflitos correntes de interesses, preocupando-se, até onde for humanamente possível, somente com princípios (BICKEL, 1986, p. 25). Tendo-se em vista que o ponto essencial de legitimação de um órgão como intérprete superior da Constituição é a sua receptividade aos argumentos de princípios, essa tese parece extremamente poderosa. Contudo, esta não passa da primeira impressão. Para concordar com isso, basta examinar atentamente as diferentes versões em que esse argumento costuma ser apresentado.

A sua formulação mais conhecida é a que foi utilizada pelo Juiz Marshall em *Marbury v. Madison*. Ela se baseia na idéia de que “ninguém deve ser julgador em causa própria”. Uma vez que uma Constituição limitada impõe restrições ao Poder Legislativo, não são os próprios legisladores que devem decidir a extensão dos limites a que eles próprios estão vinculados. Observe-se, no entanto, que esse argumento é antes uma forma de excluir outras modalidades de controle do que propriamente de afirmar o controle judicial, o que por si só não é suficiente.

O obstáculo evidente a esta proposta é que, se, por um lado, ela é bem-sucedida em apontar defeitos nos órgãos políticos, por outro ela é incapaz de sustentar a supremacia da interpretação judicial da Constituição. Ela diz por que o legislativo pode falhar, mas não diz por que é que a fiscalização dessas falhas deve caber ao Judiciário. Essa é uma dificuldade intransponível quando se percebe que o Poder Judiciário, tanto quanto o Poder Legislativo, está limitado pelo texto constitucional. Como, aliás, estão todos os poderes constituídos. Assim, o Judiciário também não pode ser julgador em causa própria, sobretudo quando há o risco de que ele tente avocar para si competências reservadas ao Poder Legislativo, como no caso da declaração de inconstitucionalidade da lei. Conseqüentemente, esse argumento não oferece razões para que o Judiciário venha a ocupar posição de supremacia na interpretação constitucional.

Consciente dessa fragilidade, o professor argentino Horácio Spector (2003, 298-304), num exercício bastante engenhoso, tentou reformular este argumento sobre outra roupagem. O fundamento dessa tentativa está na distinção entre duas situações: “não decidir em causa própria” e “não decidir sobre o poder próprio”. De acordo com Spector (2003, p. 300), um árbitro pode afirmar seus próprios poderes para arbitrar uma controvérsia, mas isto não significa que ele seja um juiz em causa própria. Para Spector, a tese tradicional em favor do controle judicial de constitucionalidade só é frágil quando lida como baseada na idéia de

que os legisladores não devem definir seus próprios poderes. Ali, realmente, não há porque enxergar os juízes numa posição diferente da dos legisladores. Tanto uns quanto os outros podem abusar de seus poderes. Ocorre o oposto, contudo, se a tese for entendida não no sentido de que “não se deve ser juiz dos próprios poderes”, mas no sentido estrito de que “não se deve ser juiz em causa própria”. Aqui haveria uma separação relevante entre a perspectiva do juiz e a do legislador.

Para explicar a particularidade de quem decide e de quem não decide em causa própria, Spector (2003, p. 301) usa o seguinte caso. Suponha-se que o Tribunal Supremo tenha que decidir se a liberdade de expressão garante o direito de queimar a bandeira nacional. Como uma questão pública ela envolve todos os cidadãos, os juízes dentre eles. Mas num sentido motivacionalmente relevante, os juízes não têm interesse pessoal nessa disputa, na medida em que, em princípio, eles não estão pessoalmente interessados em queimar bandeiras ou impedir que elas sejam queimadas. Por isso, é seguro dizer que os juízes não vão decidir em causa própria. Com esse exemplo, Spector efetivamente consegue colocar o argumento *Judex in causa propria* sob um prisma mais favorável. Todavia, isso não significa que sua posição seja verdadeiramente persuasiva.

Não há dúvida de que, quando um parlamentar apresenta um projeto de lei para deliberação, ele não está apenas reconhecendo que existe uma demanda, ele está defendendo a sua visão específica a respeito dela. Ele tem interesse em que o Estado venha a encampar e impor o seu ponto de vista sobre aquele problema. Ele quer que bandeiras não sejam queimadas ou, então, que as pessoas não sejam incomodadas por as queimar. Da mesma forma, ao final de uma votação parlamentar não é errado dizer que a minoria derrotada teve seus interesses contrariados e que a maioria teve seus interesses satisfeitos. Como não é equivocado dizer que a partir de então a lei votada reflete o interesse da assembléia legislativa. Também é pouco discutível que essa descrição não se aplica aos juízes. Um juiz jamais inicia um processo judicial defendendo algum ponto de vista controvertido sobre a causa a ser julgada. Juízes não ganham ou perdem causas, quem ganha ou perde a causa são as partes do processo, autor e réu. Após o término do julgamento não se costuma dizer, exceto em tom crítico, que a decisão reflete o *interesse* do juiz ou tribunal.

A dificuldade, porém, com a perspectiva de Spector é que o fato de os legisladores terem interesse em que o problema sobre o qual deliberam e votam seja decidido de uma certa forma não constitui nenhuma barreira à busca de uma solução pública e justificada para a controvérsia. Isso realmente é uma barreira intransponível no foro judicial.

Se alguém que vai julgar sozinho uma demanda for parte dela, não faltam motivos para temer o arbítrio desse julgador. Esse perigo, no entanto, não se coloca da mesma forma no foro parlamentar, como não se coloca na esfera pública informal. Nesses fóruns, o interesse de cada participante é contraposto aos interesses dos demais, devendo cada um ser capaz de refletir sobre o ponto de vista do outro na busca de uma perspectiva igualmente aceitável a todos. Nesse sentido, o que marca a assembléia popular é que nenhum membro tem direito a que seu interesse tenha maior peso que os interesses dos demais, apenas processos de deliberação e votação definem a vontade da assembléia. Isso significa que se os parlamentares estiverem dispostos a traçar um debate aberto, isento de coerção, em condições de liberdade, igualdade e independência, direcionados apenas a busca do melhor argumento, eles podem produzir decisões justificadas.¹⁶²

Não se quer dizer com isso que todas as decisões parlamentares sejam justificadas, mas somente que não há razão para achar que o “julgar em causa própria” gera problemas quando os participantes da deliberação respeitam seu igual *status* como debatedores e mostram-se comprometidos com o bem público e não com suas preferências privadas. Haveria algo com o que se preocupar somente se houvesse uma premissa sectária envolvendo o processo político, conforme a qual as pessoas só participam das deliberações públicas interessadas em defender seus benefícios privados e nunca voltadas ao bem comum. Não obstante, como se verá a frente, não há qualquer base para essa visão estreita da política.

Visto em seu devido mérito, o argumento de Spector não faz mais do que repetir uma outra versão bastante conhecida da tese do isolamento do Poder Judiciário das formas ordinárias da política. Como o próprio autor reconhece, o mote da sua interpretação do *Judex in causa propria* está relacionado com a garantia da desvinculação e da imparcialidade por parte dos julgadores (SPECTOR, 2003, p. 302). Essa versão da tese do isolamento advoga que tendo em vista que os princípios que servem de base à interpretação constitucional são conceituados como garantias contra os excessos das forças majoritárias, e que as instâncias ordinárias de representação política, Legislativo e Executivo, são mais receptivas à influência dessas forças, só pode caber ao Judiciário resguardar a Constituição (ALEXANDER; SCHAUER, 1997, p. 1377-1378, nota 80; BICKEL, 1986, p. 25-26; CHOPER, 1980, p. 67-70; ELY, 1980, p. 103, 1991, p. 833-834, nota 4). Em outros tempos, Dworkin ofereceu uma descrição exemplar dessa tese:

¹⁶² Entendendo-se por decisão justificada uma decisão que possa ser aceita por todos aqueles que venham a ser afetados por ela como participantes de um debate livre, igual, racional e voltado ao entendimento.

Um argumento de princípio fixa-se em algum interesse apresentado pelo proponente do direito que ele descreve, um interesse que se alega ser de um tal caráter que torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que se poderia opor a ele. Um juiz, que está isolado das demandas da maioria política sobre cujos interesses o direito triunfaria, está, por isso, em uma melhor posição de avaliar o argumento.¹⁶³ (DWORKIN, 1978, p. 85, tradução livre)

Como já foi visto, este argumento é tanto favorável quanto contrário ao controle judicial de constitucionalidade. O enclausuramento e a imparcialidade dos tribunais podem tanto impedir a influência das paixões momentâneas e humores malévolos da maioria, quanto silenciar reivindicações legítimas provenientes tanto de grupos majoritários quanto minoritários. O embaraço aí existente foi perfeitamente descrito por Martha Minow (1987, p. 53): “uma instância judicial que trata a sua própria perspectiva como não problemática torna outras perspectivas invisíveis e coloca-as além da discussão”.¹⁶⁴ Os estreitos canais de acesso ao Judiciário inibem a inclusão de novas demandas ainda não ouvidas pelos tribunais, algo que pode atingir até mesmo a maioria, mas que com muito mais probabilidade atinge as minorias desprestigiadas.

Nesse sentido, tal argumento parece consistente somente àqueles que comungam da visão do processo político como uma negociação entre grupos de interesses egoísticos que buscam apenas a satisfação máxima de suas preferências, enxergando a legislatura como um mercado de interesses sectários e barganhas políticas. Todavia, essa concepção pluralista, para a qual a política consiste em uma luta entre grupos de interesse por recursos sociais escassos, e o interesse próprio é a força motivadora inevitável por trás do comportamento político, tem seus próprios defeitos. Suas fragilidades têm sido apontadas, no âmbito da teoria constitucional, principalmente pelos defensores do republicanismo¹⁶⁵

¹⁶³ “[...] *an argument of principle fixes on some interest presented by the proponent of the right it describes, an interest alleged to be of such a character as to make irrelevant the fine discriminations of any argument of policy that might oppose it. A judge who is insulated from the demands of the political majority whose interests the right would trump is, therefore, in a better position to evaluate the argument*”. (DWORKIN, 1978, p. 85)

¹⁶⁴ “[...] *a judicial stance that treats its own perspective as unproblematic makes other perspectives invisible and puts them beyond discussion*” (MINOW, 1987, p. 53). Em oposição à visão do Judiciário enclausurado, indiferente às demandas políticas, Minow (1987, p. 80) sugere que os juizes podem e devem agir como representantes que simbolizam toda a sociedade, sendo que os atos judiciais de representação, para assegurar sua legitimidade e efetividade, devem ser receptivos às demandas populares.

¹⁶⁵ Observe-se como Frank Michelman, um dos mais destacados representantes da teoria constitucional republicana, descreve a visão política participativa e conversacional da tradição profunda do republicanismo, que ele liga principalmente ao nome de James Harrington, tratando a predominância do interesse privado como uma corrupção da deliberação política: “A deliberação republicana, ‘a razão no debate de uma república,’ é dialógica – um envolvimento de iguais políticos que, qualquer que seja sua possível diversidade de situação, interesse, ou visão normativa, estão unidos em seu compromisso de boa-fé na busca do seu bem comum e na dependência de compromissos semelhantes dos outros. A ‘corrupção’ quebra o encanto. Corrupção é a subversão, na motivação política de qualquer participante, do bem geral pelo interesse particular.” (“*Republican deliberation, ‘reason in the debate of a commonwealth,’ is dialogic – an engagement of political equals who, whatever their possible diversity of situation, interest or normative outlook, are united in their commitment to good faith pursuit of their*”)

(centrado nos ideais de deliberação, universalismo, igualdade política e cidadania, que moldam uma política voltada para o bem comum), que valorizam uma concepção dialógica ou deliberativa da política (MICHELMAN 1988; SUNSTEIN 1988). A posição de Cass Sunstein é exemplar da crítica republicana ao pluralismo, como se pode observar a seguir.

Um sistema pluralista é indiferente entre as preferências, desde que força e fraude não estejam envolvidas; porque ele desconsidera as fontes e efeitos das más preferências, tal sistema produzirá resultados inaceitáveis. A existência de preferências condenáveis ou distorcidas sugere que a política não deve apenas implementar os desejos dos cidadãos, mas deve também permitir uma medida de distância crítica e escrutínio daqueles desejos, impulsionando novas informações e diferentes perspectivas. [...] As dificuldades do pluralismo a esse respeito são compostas pelo fato de que o pluralismo tende a ignorar o poder de alguns grupos de limitar o número e a natureza das questões postas para resolução democrática, ou, mais genericamente, o fato de que as preferências são formadas contra um pano de fundo de disparidades de poder e limitações tanto de oportunidades quanto de informação.¹⁶⁶ (SUNSTEIN, 1988, p.1544, tradução livre)

Esse trecho atesta que o pluralismo passa por dificuldades para se mostrar como uma concepção minimamente atraente da política. Se o pluralismo constituir uma descrição fiel da disputa política resta pouco interesse na democracia e no autogoverno popular. Se as pessoas prezam esses valores, deve ser porque elas acreditam sinceramente que as instâncias políticas não são meramente pluralistas.

Além disso, muitos autores sustentam, sem falta de razão, que a concepção pluralista da política, à medida que serve de base à justificação do controle judicial de constitucionalidade, é incapaz de impor constrangimentos ao poder dos juízes constitucionais, substituindo simplesmente as preferências das amplas maiorias legislativas pelas preferências das pequenas maiorias judiciais – este é um tema clássico da literatura do *Critical Legal Studies* (TUSHNET 1981; BREST 1981). Se um cidadão só é capaz de se orientar nos debates públicos por suas preferências individuais, e os juízes são cidadãos, como supor que os juízes não sustentarão suas decisões interpretativas tão-somente nas suas preferências individuais?

Essa objeção mostra-se particularmente convincente quando acompanhada de uma visão menos idealizada do processo judicial, que destaca o perfil ineliminavelmente

common good and in their reliance upon each other's like commitments. 'Corruption' breaks the spell. Corruption is the subversion, within the political motivation of any participant, of the general good by particular interest.) (MICHELMAN, 1986a, p. 40)

¹⁶⁶“*A pluralist system is indifferent among preferences, so long as force and fraud are not involved; because it disregards the sources and effects of bad preferences, such a system will produce unacceptable results. The existence of objectionable or distorted preferences suggests that politics should not simply implement citizen desires, but should also allow for a measure of critical distance and scrutiny of those desires, bringing new information and new perspectives to bear. The difficulties of pluralism in this regard are compounded by the fact that pluralism tends to ignore the power of some groups to limit the number and nature of issues set for democratic resolution, or, must generally, the fact that preferences are formed against the backdrop of disparities in power and limitations in both opportunities and information.*”(SUNSTEIN, 1988, p. 1544)

majoritário das decisões judiciais provenientes de órgãos colegiados. Jeremy Waldron descreve a decisão judicial dessa forma, mostrando o dilema ínsito em qualquer posição que reclame, em benefício do controle judicial de constitucionalidade, uma desconfiança generalizada em relação aos procedimentos de decisão majoritária típicos dos órgãos políticos.

Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperanças para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez *especialmente* após deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio de votação e decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário. (WALDRON, 2003, p. 156, grifo no original)

Por fim, o que é mais importante, essa visão pluralista da política é incompatível com a teoria dos direitos. Como tem enfatizado, mais uma vez, Waldron:

[...] respeito pelos direitos individuais não é compatível com uma imagem puramente predatória das maiorias legislativas, pois maiorias são formadas de portadores de direitos individuais e parte do que nós respeitamos nos indivíduos é sua habilidade como portadores de direitos de entender responsavelmente o que eles devem aos outros.¹⁶⁷ (WALDRON, 1998, p. 274, tradução livre)

O próprio Waldron oferece uma outra versão da tese do isolamento dos juízes que coloca em plena evidência as suas insuficiências. Essa formulação concentra-se na separação, ínsita ao processo judicial, entre órgão de decisão e partes do processo. Segundo Waldron, a diferença entre o processo judicial e o processo legislativo reside na distinção, que os tribunais incorporam, entre as partes (autor e réu) e o julgador (o juiz). Um típico processo judicial inicia-se com as partes apresentando suas perspectivas adversárias, cada uma tentando mostrar que a outra está errada. Ao juiz cabe, primeiramente, ouvir essas apresentações; depois, retirar-se e pensar sobre elas; e, por fim, regressar com um veredito que almeja representar uma resposta imparcial aos conselhos concorrentes que o julgador recebeu. Ao contrário dos juízes, os legisladores incorporam a discordância em seus procedimentos, e tomam suas decisões em meio à divergência. Como demonstra Waldron, os legisladores não pretendem escapar da discordância isolando-se dela:

¹⁶⁷ “[...] *respect for individual rights is not compatible with a purely predatory image of legislative majorities, for majorities are made up of individual rights bearers and part of what we respect in individuals is their ability as rights bearers to figure out responsibly what they owe to others*”. (WALDRON, 1998, p. 274)

Atualmente os legisladores também concedem audiências às vezes: a diferença é que, embora seu comportamento seja judicioso, um comitê legislativo nunca tenta dissimular o fato de que seus membros são tão partidários quanto os indivíduos que vêm perante eles (freqüentemente muito mais). Enquanto as partes num processo judicial têm o direito de esperar que os juizes sejam imparciais, as partes que vêm perante um comitê legislativo não se submetem a nenhum mal-entendido [...] acerca das visões partidárias e dos compromissos dos membros do comitê. E quando tanto o comitê quanto a assembléia legislativa inteira tomarem as suas decisões, eles irão tomá-las em bases explicitamente partidárias – isto é, explicitamente com base nas anunciadas visões opostas e divergentes dos seus membros acerca das questões sob consideração.¹⁶⁸ (WALDRON, 1999, p. 24, tradução livre)

Basta adicionar essa descrição do processo legislativo à crítica à postura do juiz que se percebe como alguém que ocupa um posto de observação afastado, de onde tudo pode ser visto com segurança, erguendo-se acima das perspectivas dos destinatários de suas decisões, feita por autores como Laurence Tribe (1989) e Martha Minow (1987), para, assim, concluir que o Legislativo, instância em que as mais sérias e substanciais discordâncias que existem na sociedade estão representadas, e onde as decisões são tomadas no calor da divergência – não por meio da definição de algo que parece ser uma conclusão final sobre qual das posições rivais é correta, mas pela determinação da posição que tem, no momento, maior suporte entre seus membros – é muito melhor equipado que o Judiciário para tomar decisões justificadas.

A posição legítima a ser buscada por um intérprete constitucional é a de alguém que enxerga as perspectivas daqueles que são afetados pelas suas decisões como não menos legítimas que as suas próprias (TRIBE, 1989 p. 13), porque quem trata a sua própria perspectiva como não problemática torna outras perspectivas invisíveis e coloca-as além da discussão (MINOW, 1987, p. 53). O Legislativo trabalha internalizando as divergências e ecoando-as na sua própria estrutura institucional, composta de assembléias numerosas e divisões partidárias. A legislatura moderna é uma assembléia de representantes das principais visões concorrentes na sociedade. Ela conduz suas deliberações e toma as suas decisões em meio à competição e à controvérsia entre essas visões (WALDRON, 1999, p. 23). Tendo isso em conta, há muito pouca margem de contestação à supremacia legislativa na interpretação constitucional. Tudo joga a favor de localizar o fórum dos princípios no Parlamento.

¹⁶⁸ “Now legislatures sometimes hold hearings too: the difference is that, however judicious its demeanour, a legislative committee never tries to conceal the fact that its members are as partisan as the individuals who come before them (often more so). Whereas the parties to a lawsuit are entitled to expect the judge to be impartial, the parties who come before a legislative committee are under no misapprehension [...] about the partisan views and commitments of the committee members. And when either the committee or the whole legislative assembly makes its decisions, it will make them on an explicitly partisan basis – that is, explicitly on the basis of the members well-advertised opposed and divisive views about the issues under consideration.” (WALDRON, 1999, p. 24)

É no mínimo difícil, por conseguinte, ver como um processo judicial, que prima por colocar o órgão julgador numa posição externa à controvérsia, numa posição imparcial e indiferente em relação às partes, pode ter algum papel a desempenhar na interpretação constitucional. Não se deve, sem embargo, precipitar uma resposta negativa à questão da legitimidade do Judiciário na interpretação da Constituição. O que se disse até este ponto pode, no máximo, provocar uma alteração no modo como muitas pessoas, dentro e fora da instituição judicial, enxergam sua relação com a política e com as instâncias de representação democrática. Qualquer afirmação definitiva acerca da habilitação dos juízes e tribunais para agirem como intérpretes autorizados da Constituição depende, para além disso, da análise das suas outras marcas institucionais.

Sobre este pano de fundo, pode-se passar à segunda particularidade da instituição judicial. Aqui, novamente, é forçoso notar que o fato de “os juízes decidirem casos” também não assegura posição de precedência à interpretação judicial da Constituição. Resolver casos significa que a função dos juízes é decidir litígios reais entre partes identificadas, através da atribuição do objeto em disputa a uma ou à outra parte (MICHELMAN, 1986b, p. 71). Quando muito, essa tarefa pode justificar que as decisões judiciais sejam incontestáveis para as partes envolvidas na causa e para os servidores públicos incumbidos da sua execução. De forma alguma, entretanto, ela sustenta um dever geral de obediência à interpretação judicial da Constituição para aqueles que não participaram do processo.

Não obstante, esse aspecto da atuação judicial pode propiciar uma introdução para a análise da terceira marca institucional do Judiciário. Juízes produzem decisões arbitrais socialmente poderosas sobre quem deve fazer (não-fazer ou sujeitar-se a que outro faça) especificamente o quê. Nesse viés, importa notar que a instância judicial não é vista apenas como um ramo do governo que produz decisões, mas como um departamento que produz decisões fundamentadas.¹⁶⁹ As partes em litígio não apelam aos juízes apenas declarando seu interesse na causa e pedindo providências. Elas formulam argumentos que visam convencer os juízes que as razões que lhes favorecem são melhores que as dos adversários. Sendo assim, o pressuposto desse comportamento das partes é que o órgão judicial está apto para avaliar, de forma minimamente desinteressada, os diferentes

¹⁶⁹ Isso não significa que todas as decisões judiciais são justificadas, mas que elas podem e devem ser. Como escreveu o jusfilósofo polonês Jerzy Wróblewsky (1974, p. 38): “Na cultura jurídica contemporânea a decisão judicial é ao menos uma decisão justificável, se ela não é uma decisão justificada” (*In contemporary legal culture judicial decision is at least a justifiable decision, if it is not a justified decision*).

argumentos, e orientar a sua decisão de acordo com essa avaliação. As partes supõem que o juiz será orientado pelo melhor argumento, e não apenas por aquilo que a sua vontade ou suas inclinações pessoais determinarem.

Nos termos postos acima, a idéia de que os juízes devem tomar decisões justificadas é pouquíssimo exigente. Dela decorrem apenas duas coisas: que a decisão judicial não pode se orientar pela simpatia do juiz em relação às partes da demanda; que existe algum parâmetro outro que não a vontade pura e simples do juiz contra o qual devem ser medidas as razões apresentadas pelas partes. Uma decisão judicial deve transcender tanto o juiz quanto as partes. Em verdade, porém, existe ainda um outro elemento envolvido na idéia de que as decisões judiciais devem ser justificadas. Se as partes vão a juízo tentar convencer o julgador de que suas razões são melhores que as de seus adversários, é preciso que elas conheçam de antemão quais são os padrões que o juiz utilizará para mensurar suas razões. Mas como as partes poderão saber isso? A resposta é simples: acreditando que os juízes agirão em seu caso do mesmo modo que eles têm agido em outros casos. Isto é, supondo que o juiz da sua causa tomará decisões com base nos mesmos parâmetros e por meio dos mesmos métodos que foram utilizados pela generalidade dos juízes nos casos anteriores que lhes foram apresentados.

A implicação próxima deste último elemento é que o juiz deve se apoiar em um parâmetro público de julgamento, extraído das mesmas fontes e conforme os mesmos métodos que os outros juízes utilizam. Incumbe observar, ademais, que para testar se o juiz do caso obedece a esta exigência só há uma alternativa. É necessário comparar a decisão do juiz no caso presente com as decisões tomadas pelos juízes nos casos passados. É preciso que a decisão do juiz no caso presente se ajuste de alguma forma a essa história institucional. Na ausência desse encadeamento, a parte estará justamente desconfiada da parcialidade do juiz, e terá pouquíssimos motivos para submeter-se a sua decisão. Deste modo, chega-se a um quarto aspecto da decisão judicial. Para colocar essa idéia nos termos de Michelman (1986, p. 72), uma decisão judicial fundamentada pressupõe “a existência de uma idéia normativa inteligível e coerente distinta do caso a ser decidido”. A justificação de uma decisão judicial implica comparação do caso com um parâmetro externo que constrange ou aponta, em certo grau – que pode ser definitivo –, para uma ou outra linha de decisão.

Essas premissas conduzem à visão de que os juízes são antes os órgãos do que a origem de suas decisões (MICHELMAN, 1986b, p. 73). O que demonstra que, em certo sentido, é correta a convicção popular de que um juiz deve aplicar o Direito criado por

outrem, e não criar Direito novo em cada caso. O próprio conceito de Direito, ao qual juízes e jurisdicionados costumeiramente apelam para aludir ao parâmetro que orienta uma decisão judicial, traz em si a idéia de algo que transcende julgadores individuais e decisões individuais, algo que vincula julgadores e decisões. Como destacou Herbert Wechsler:

O principal elemento constituinte do processo judicial é precisamente que ele deve ser genuinamente fundado em princípios, apoiando-se com respeito a todos os passos envolvidos na obtenção do julgamento em análises e razões transcendentais ao resultado imediato alcançado. E verdade que os tribunais decidem, ou devem decidir, apenas o caso que eles têm diante de si. Mas não devem eles decidir com base em fundamentos de adequada neutralidade e generalidade, testados não apenas pela aplicação imediata, mas também por outras que os princípios impliquem? A própria essência do método judicial não é insistir na atenção a esses outros casos, preferivelmente aqueles envolvendo um interesse oposto, na avaliação de qualquer princípio afirmado?¹⁷⁰ (WECHSLER, 1959, p. 15, tradução livre)

Ocorre, todavia, como Wechsler pôs em evidência, que, entendida em seus devidos contornos, essa visão convencional da atividade judicial não tem apenas compromisso com o passado, como pode parecer à primeira vista. Uma decisão que transcende o caso presente não pode se limitar a ajustar-se aos casos passados, numa visão meramente retrospectiva. Ela deve também se mostrar atraente perante os casos futuros. Existe um motivo mais do que suficiente para essa visão prospectiva da decisão judicial: a decisão presente fará parte da história institucional à qual qualquer decisão futura deverá se ajustar. Tem-se, portanto, que o juiz deve invocar como justificção da sua decisão um parâmetro emoldurado genérica e categoricamente, definido para além do caso sob julgamento, com vistas em ser aplicável a todos os casos relevantemente similares, passados e futuros.

Essa exigência de articulação retrospectiva e prospectiva, que permeia a fundamentação das decisões judiciais, molda o raciocínio judicial em direção à deliberação segundo princípios. Ela amplia os pontos de vista a serem considerados, alcançando, assim, maior grau da generalização. Ela coloca o juiz à procura de algo que possa servir de ponto em comum entre as diferentes decisões.

Ao mesmo tempo, esse exercício de fundamentação testa essas coordenadas abstratas comuns perante situações concretas, na busca de um arranjo coerente entre as

¹⁷⁰ “The main constituent of the judicial process is precisely that it must be genuinely principled, resting with respect to every step that is involved in reaching judgement on analysis and reasons quite transcending the immediate result that is achieved. To be sure, the courts decide, or should decide, only the case they have before them. But must they not decide on grounds of adequate neutrality and generality, tested not only by the instant application but by others that principles imply? Is it not the very essence of judicial method to insist upon attending to such other cases, preferably those involving an opposing interest, in evaluating any principle avowed?” (WECHSLER, 1959, p. 15)

diferentes decisões. Esses avanços e recuos entre o geral e particular, orientados por um critério de coerência, constituem a matriz do que, para muitos, chama-se argumentação com base em princípios morais. Como lecionou Rawls:

Do ponto de vista da teoria ética, a melhor explicação do senso de justiça de uma pessoa não é a que combina com suas opiniões emitidas antes que ela examine qualquer concepção de justiça, mas sim a que coordena os seus juízos em um equilíbrio refletido. Como vimos, esse estado é aquele que se atinge depois que uma pessoa avaliou várias concepções propostas e decidiu ou revisar seus juízos para conformar-se com um deles ou manter-se firme nas próprias convicções iniciais (e na concepção correspondente).¹⁷¹ (RAWLS, 1997, p. 52)

Podem ser selecionados, desse modo, com um pouco mais de precisão, ao menos dois aspectos estruturais do processo judicial, ambos vinculados à exigência de fundamentação das decisões judiciais, que despertam confiança num Judiciário constitucional robusto. O primeiro é que, quando essa exigência de fundamentação retrospectiva e prospectiva é levada a sério, “o processo judicial constitui uma projeção institucional do método do equilíbrio reflexivo, que é provavelmente o melhor, e muito possivelmente o único, método disponível para argumentar sensivelmente sobre questões normativas”¹⁷² (SAGER, 1990, p. 958).

Um indivíduo que usa o método do equilíbrio reflexivo na definição de seus compromissos normativos transita para trás e para frente entre seus julgamentos normativos concretos sobre casos particulares e suas convicções normativas mais gerais e abstratas. Detectando uma inconsistência, ele reformula aqueles julgamentos que ele esteja mais preparado a renunciar, com vistas em assegurar a sua consistência com aqueles que ele está menos disposto a rever. No governo do processo está a exigência de coerência. Um juiz que fundamenta suas decisões tentando ajustá-las aos julgamentos passados e recomendá-las aos casos futuros, constrói seu arrazoado de forma estruturalmente similar à de alguém que busca o equilíbrio reflexivo. Os princípios que ele enxerga como possíveis razões para a decisão do caso posto diante dele devem ser considerados em contraposição ao cenário composto dos casos passados e futuros (logicamente, hipotéticos no momento da decisão), e, em face do surgimento de alguma inconsistência, ou os resultados do caso particular, ou as razões mais gerais e abstratas da decisão devem ser revistas.

¹⁷¹ Em outra passagem, Rawls (1997, p. 23) esclarece a noção de “equilíbrio reflexivo” nos seguintes termos: “Trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam”.

¹⁷² “[...] *the judicial process constitutes an institutional projection of the method of reflective equilibrium that is probably the best, and quite possibly the only, method we have to reason sensibly about normative matters*”. (SAGER, 1990, p. 958)

A segunda motivação estrutural para algum otimismo acerca da contribuição de juízes e tribunais nas disputas constitucionais relaciona-se com a generalidade da perspectiva moral (SAGER, 1990, p. 959). Comum a muito do que se pensa a respeito da moralidade política em geral, e sobre os direitos em particular, está a noção de que o caráter distintivo e essencial do empreendimento da moralidade política é sua preocupação de que as perspectivas de cada grupo, de cada classe, inclusive de cada indivíduo, sejam levadas a sério, e de alguma forma preservadas, mesmo no confronto de vontades e interesses que irá inevitavelmente caracterizar a política em uma sociedade heterogênea (SAGER, 1990, p. 959).

De alguma forma, o processo judicial é receptivo a esses diferentes pontos de vista, cujo valor não reside na intensidade com que são proclamados ou no número de seus adeptos, mas na dignidade a que faz jus cada pessoa, ainda que tomada separadamente das demais. Quando um litigante aparece em frente a um juiz, a reclamação do litigante diz respeito a um título que ele possui dentro de um esquema de princípios com amparo no qual outras pessoas se beneficiaram no passado e outras pessoas irão se beneficiar no futuro. A suscetibilidade aos princípios que caracteriza um judiciário compromissado com a coerência, requer que o juiz entenda a reivindicação distinta da parte a sua frente e, imediatamente, olhe para o alcance dessa reivindicação para outras espécies muito diferentes de casos e litigantes.

Essas duas feições da instituição judicial mostram que é possível resgatar o controle judicial de constitucionalidade do descrédito em que havia sido lançado pela tão comentada imparcialidade e isolamento dos juízes. Uma vez que se aceita este fato, o mínimo que se pode dizer a respeito da atividade judicial é que ela segue o caminho de obtenção de decisões publicamente justificadas. Não obstante, do mesmo modo que ocorre com as demais instituições, não se pode esquecer que também o Judiciário está sujeito a limitações em sua busca por generalidade, equilíbrio e coerência.

Se, em sede legislativa, o principal problema é que, a despeito de os legisladores estarem proibidos pelos deveres de seu ofício de editarem leis que eles acreditem serem inconstitucionais, não se exige dos legisladores que eles ofereçam um remédio todas as vezes que alguém alegar uma conduta inconstitucional do governo. O que permite muitas vezes que a atenção dos legisladores não seja direcionada abertamente às questões de princípio.¹⁷³ No âmbito judicial, o processo falha por compreender um número reduzido de

¹⁷³ Dworkin é, provavelmente, quem mais tem destacado esse ponto. Para ele, quando uma controvérsia é vista como constitucional e como algo a ser resolvido em última instância por tribunais aplicando princípios

participantes – e, conseqüentemente, de pontos de vista – e por distanciar o julgador da perspectiva das partes. Esses dois aspectos do processo judicial restringem a amplitude da visão do juiz, limitam a sua capacidade de reconhecer as diferenças, de ouvir novas reivindicações e de ocupar o ponto de vista dos destinatários da sua decisão. O quadro resultante foi descrito com muita propriedade por Laura S. Underkuffler:

Embora o processo judicial presumivelmente envolva uma consideração mais explicitamente ordenada dos direitos constitucionais (morais) individuais, ele “somente está apto a garantir tratamento imparcial às partes do processo, enquanto a deliberação legislativa considera os interesses de todos os cidadãos afetados pela lei”. Quando se consideram os atores envolvidos nos dois processos deliberativos, a superioridade de um sobre o outro na proteção dos valores morais está também longe de ser nítida. Assim como é um erro ver os legisladores como necessariamente engajados no que poderíamos chamar um ideal de governo democrático, também é um erro ver o juiz isolado, imparcial e moralmente compromissado como uma descrição dos membros do judiciário [...]. Ambas as instituições, como uma questão real, têm aspectos deliberativos; ambas podem, de fato, considerar questões morais; nenhuma está livre das parcialidades e preconceitos, percebidos e inconscientes, que afetam os seus atores.¹⁷⁴ (UNDERKUFFLER, 2003, p. 346, tradução livre)

A conclusão, decorrente do que ficou exposto, é que o controle judicial de constitucionalidade não é uma prática injustificável, nem tampouco é uma prática indispensável a um regime constitucional legítimo. Os tribunais têm aptidões para enveredar por questões de princípio. Contudo, esta não é uma exclusividade dos tribunais. O processo político, em especial o legislativo, também é um fórum digno. Parlamentares imbuídos de espírito público, que reconhecem o *status* de igualdade de suas pretensões conflitantes e respeitam as diferenças, podem perfeitamente deliberar de forma pública e racional. E não há razão de fundo para pensar que as assembleias representativas não possam agir assim. A premissa da teoria dos direitos, como teoria da legitimidade do poder político, é que os

constitucionais gerais, a qualidade do debate público é freqüentemente melhorada, porque o debate concentra-se desde o início em questões de moralidade política (DWORKIN, 1996, p. 345). Rawls (2000, p. 286) também levantou um ponto semelhante ao afirmar que “a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública”. Segundo ele, um tribunal constitucional é o único ramo do Estado que é direta e visivelmente a criação da razão pública: “Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes quando os elementos constitucionais essenciais e a justiça básica não estiverem em jogo; não precisam justificar, por meio da razão pública, porque votam dessa ou daquela maneira, ou dar consistência a suas razões e articulá-las numa visão constitucional coerente, que abranja todas as suas decisões. O papel dos juizes é fazer exatamente isso e, ao fazê-lo, não têm nenhuma outra razão e nem quaisquer outros valores além daqueles de índole política.” (RAWLS, 2000, p. 286)

¹⁷⁴ “Although the judicial process presumably involves a more explicitly mandated consideration of individual constitutional (moral) rights, it ‘is only apt to guarantee impartial treatment of parties to the process, while legislative deliberation considers the interests of all affected by law. When one considers the actors involved in the two deliberative processes, the superiority of one over the other in the protection of moral values is also far from clear-cut. Just as it is an error to see legislators as necessarily engaged in what we would call the ideal of democratic governance, so it is to see the detached, impartial, morally committed judge as a description of the members of [...] judiciaries. Both institutions, as an actual matter, have deliberative aspects; both may, in fact, consider moral questions; neither is free of the perceived and unconscious biases and prejudices which affect its actors.” (UNDERKUFFLER, 2003, p. 346)

portadores de direitos são seres capazes de respeitarem-se reciprocamente e de oferecerem justificativas racionais para suas pretensões que afetam seus iguais. Ou, como ensinou Rawls:

Enquanto razoáveis e racionais, e sabendo-se que endossam uma grande diversidade de doutrinas religiosas e filosóficas razoáveis, os cidadãos devem estar dispostos a explicar a base de suas ações uns para os outros em termos que cada qual razoavelmente espere que outros possam aceitar, por serem coerentes com a liberdade e igualdade dos cidadãos. (RAWLS, 2000, p. 267)

A pergunta que sobra, então, é a seguinte: onde está o argumento favorável ao controle judicial de constitucionalidade? A resposta é singela. Este argumento não está em indagações morais. Juízes não são nem pessoalmente nem institucionalmente mais aptos à deliberação do que os legisladores ou as assembléias populares. Por isso, se alguma vantagem na consagração do controle judicial de constitucionalidade existe, ela deve ser de índole pragmática. Ela está ligada à desconfiança quanto ao mau funcionamento do processo governamental. É uma tentativa de desenhar um modelo político-institucional baseado na cooperação entre múltiplos órgãos e agentes, capaz de responder aos desafios que irremediavelmente surgem da operação das instituições que o compõem. No fundo, não passa de mais um artifício para enfrentar o dilema de James Madison acerca de um governo em que os seres humanos são a um só tempo soberanos e súditos, tão bem lapidado em *O Federalista*, n. 51:

Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem os anjos a governar os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo. Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio. A dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo; mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares. (MADISON, 2003, p. 326)

Como precaução auxiliar, o grande mote do controle judicial de constitucionalidade é a criação de um mecanismo eficiente para avaliar e remediar o mau funcionamento do processo político. Como defendeu Lawrence Sager, acerca do sistema de “*judicial review*” nos Estados Unidos, em termos que podem ser estendidos para além das fronteiras daquele país:

O judiciário constitucional tem um papel especializado com relação às escolhas políticas. O judiciário está na dura posição de um inspetor de controle de qualidade examinando alguns produtos à procura de defeitos. Seu serviço é especializado, e, em nossa tradição constitucional, largamente negativo. O judiciário tem a responsabilidade de examinar os resultados do processo político popular ou outros comportamentos oficiais à procura de inconsistências com os preceitos constitucionais apropriadamente entendidos. Este é um tipo especial de redundância. Ao introduzir um intervalo de revisão preparado exclusivamente para estas questões, ele induz atenção a questões de justiça política e favorece reclamações de injustiça constitucional, uma vez que, se essas reclamações forem persuasivas ou no nível da

política popular ou no judiciário, elas serão fatais para o que seria ou realmente é o resultado de outros impulsos políticos. Assim, nós temos, no total, um processo de decisão política que é freqüentemente chamado a rever a si próprio autoconscientemente nos termos dos princípios fundamentais de justiça política que compreendem nossa tradição constitucional.¹⁷⁵ (SAGER, 1990, p. 957-958, tradução livre)

A idéia de que o papel do Judiciário constitucional é funcionar como um componente especializado dentro de um processo mais amplo de decisão política tem reflexos imediatos sobre teorias a respeito do papel dos juizes constitucionais e do alcance das suas atribuições. Compreender o tribunal constitucional como uma instância redundante, que visa provocar a reflexão autoconsciente das instituições constitucionais acerca da prática constitucional, é dizer que o tribunal deve motivar todos os participantes do processo político a repensar e dialogar sobre seus atos, e não decidir por estes participantes. O controle judicial de constitucionalidade não pode servir de barreira a que os cidadãos participem significativamente das decisões políticas. Isso exclui qualquer visão que suporte uma hegemonia absoluta do Judiciário na interpretação constitucional. Em seu lugar, demanda-se uma visualização do governo constitucional muito próxima àquela perfilhada por Rawls em seus escritos tardios,¹⁷⁶ conforme a qual:

[...] o poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao legislativo, nem mesmo ao supremo tribunal, que é apenas o melhor intérprete judicial da constituição. O poder supremo é detido pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo. (RAWLS, 2000, p. 283)

Rejeitam-se, assim, pronunciamentos como o da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Cooper v. Aaron*, segundo o qual o “Judiciário é supremo na exposição do Direito da Constituição”,¹⁷⁷ ou do Ministro Moreira Alves, no Mandado de Segurança n.º

¹⁷⁵ “*The constitutional judiciary has a specialized role with regard to political choices. The judiciary is in the rough position of a quality control inspector examining some product for defects. Its job is specialized, and, in our constitutional tradition, largely negative. The judiciary has the responsibility of examining outcomes of the popular political process or other official behaviour for inconsistency with constitutional precepts as understood appropriately. This is a special kind of redundancy. By introducing an interval of review of review keyed exclusively to those questions, it induces attention to questions of political justice and favors complaints of constitutional injustice, since if these complaints persuade at either the level of popular politics or the judiciary, they are fatal to what would be or actually is the outcome of other political impulses. We thus have an overall process of political decisionmaking which is called upon frequently to review itself self-consciously in terms of the fundamental principles of political justice which comprise our constitutional tradition.*” (SAGER, 1990, p. 957-958)

¹⁷⁶ Rawls (2000, 283, nota 15), por sua vez, atribui esta visão a Abraham Lincoln.

¹⁷⁷ “[...] *judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution*” *Cooper v. Aaron*, 358 U.S 1, 17-18 (1958). *Cooper* é o marco de origem da doutrina do “efeito vinculante” (“*binding effect*”), segundo a qual os demais órgãos estatais estão obrigados a seguir a interpretação que a Suprema Corte dá ao texto constitucional. Nos últimos anos, em virtude do que Larry Kramer (2001, 144) descreveu como “a campanha da Corte de Rehnquist para monopolizar o controle sobre a Constituição”, tem ocorrido um debate vigoroso na teoria constitucional americana em torno desse caso e do alcance da supremacia do Judiciário na interpretação

20.257-2/DF, 08.10.1980, no sentido de que, na guarda da Constituição, o Poder Judiciário “está acima dos demais poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes” (MS 20.257/80, p. 338). E endossam-se posicionamentos como o do célebre Juiz Learned Hand (1958, p. 15), para quem uma vez que o poder de controle judicial de constitucionalidade “não é uma dedução lógica da estrutura da Constituição, mas apenas uma condição prática para sua operação bem-sucedida, ele não necessita ser exercitado sempre que um tribunal vê, ou pensa que vê, uma invasão da Constituição”.¹⁷⁸ A interpretação constitucional não deve ser vista por uma estrutura piramidal, em que um único órgão, com autoridade última sobre tudo e todos, ocupa o ápice. Ela deve ser encarada como um empreendimento cooperativo, em que diversos órgãos colaboram, cada um de acordo com as suas capacidades e limitações. “A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é” (RAWLS, 2000, p. 288).

O retrato institucional da interpretação constitucional deve ser um processo de “colaboração dialógica” (SAGER, 1990, p. 960), em que o alcance da autoridade interpretativa de cada órgão – o quem decide o quê – deve estar diretamente ligado às capacidades institucionais do referido órgão. Tudo com o objetivo de criar um esquema institucional cuja totalidade, formada pela integração dinâmica de diferentes órgãos, seja capaz de refletir, em termos de princípios, sobre seus próprios andamentos, e, desta forma, corrigir seus rumos, impedindo a emergência do arbítrio e da opressão.

3.2 Métodos de decisão judicial constitucional

Uma teoria da decisão judicial constitucional dedica-se a dois problemas distintos: o problema da indeterminação da interpretação constitucional baseada em direitos morais; o problema do alcance da autoridade dos tribunais na interpretação constitucional. A seção anterior tentou demarcar com um mínimo de precisão o terreno sobre o qual as respostas a esses dois problemas deverão ser erigidas.

constitucional, havendo, como sempre, posicionamentos tanto favoráveis à decisão de *Cooper* (ALEXANDER; SCHAUER 1997), quanto contrários (TUSHNET, 1999, p. 26-30; KRAMER 2001).

¹⁷⁸ “[since this power] is not a logical deduction from the structure of the Constitution but only a practical condition upon its successful operation, it need not be exercised whenever a court sees, or thinks that it sees, an invasion of the Constitution”. (LEARNED HAND, 1958, p. 15)

Nesse sentido foram alcançadas duas compreensões gerais que deverão balizar a investigação daqui por diante. De uma parte, percebeu-se que, num governo constitucional legítimo, “a alocação de responsabilidade entre os tribunais e as legislaturas deve levar em conta os benefícios oferecidos por cada Poder”¹⁷⁹ (Chemersinsky, 1989, p. 85). De outra, que os benefícios que o Judiciário pode prover à legitimidade constitucional, sintetizados na aptidão para colocar em termos de princípios questões que outros órgãos podem ter disfarçado sobre outras roupagens, impõem aos juízes um ônus de princípio. As decisões constitucionais do Judiciário são empurradas em direção à imparcialidade pela obrigação dos juízes de estender os julgamentos de princípio até seus limites naturais (SAGER, 1990, p. 960).

O primeiro entendimento ressalta o peso, no âmbito das decisões que os juizes tomam sobre a Constituição, das razões institucionais. Aquelas razões que estão vinculadas a um específico processo ou papel institucional, cuja força deriva do modo como se imagina que uma decisão projetada poderá vir a servir objetivos ou concordar com normas de correção aplicáveis às ações dos participantes em processos e papéis institucionais (SUMMERS, 1978, p. 68). Razões que são muito conhecidas, mas, às vezes, pouco discutidas pela jurisprudência constitucional, como dão exemplos os argumentos da autocontenção judicial, das questões políticas e do legislador negativo.¹⁸⁰

O segundo entendimento chama atenção para o fato de que a virtude ou demérito de um julgamento depende inteiramente das razões que o suportam. E, nesse sentido, que devem haver razões gerais, que transcendam o caso, as partes e o juiz, para que uma decisão seja justificada. É preciso que as opiniões pronunciadas por juízes e tribunais sobre a interpretação da Constituição demonstrem ser um exercício da razão pública. Como colocou Sager:

Os juízes estão obrigados a dar uns aos outros e a ampla audiência das suas opiniões razões para suas decisões, e estas razões são de um tipo especial: Elas são em princípio publicamente acessíveis e publicamente defensáveis; elas são exemplares

¹⁷⁹ “Allocating responsibility between the courts and the legislatures should take in to account the institutional benefits offered by each branch”. (CHEMERINSKY, 1989, p. 85)

¹⁸⁰ Não se procederá ao tratamento particularizado dessas doutrinas, aqui basta lembrar que todas elas estabelecem limites ao que o Judiciário pode fazer como intérprete da Constituição. É conveniente, no entanto, indicar seus enunciados canônicos. A “doutrina das questões políticas” tem sua exposição seminal na decisão do juiz Marshall em *Marbury v. Madison* (1803). A “doutrina da autocontenção judicial” tem seu marco no famoso artigo de James Bradley Thayer (1893), “*The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law*” (Origem e Alcance da Doutrina Americana do Direito Constitucional). A “doutrina do legislador negativo” tem sua articulação mais conhecida na obra de Hans Kelsen (1929), “*La Garantie Jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*” (A Garantia Jurisdicional da Constituição), (KELSEN, 2003, p. 119-186).

do que alguns filósofos chamaram “razão pública”.¹⁸¹ (SAGER, 1998, p.239, tradução livre)

Isso significa que os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral, para fundamentar seus julgamentos. Tampouco podem apelar para suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas. Eles devem, isto sim, “apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública, [...] valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem” (RAWLS, 2000, p. 287).

Essa obrigação de amparo na razão pública toca na atividade judicial de forma mais funda do que pode parecer. Ela impõe aos juízes um dever análogo ao dever de civilidade que, segundo Rawls (2000, p. 266), obriga todos os cidadãos quando eles exercem o poder coercitivo uns sobre os outros. Este dever possui duas faces: 1) ser capaz de explicar aos outros de que maneira as posições que se defende e nas quais se vota podem ser sustentadas pelos valores políticos com os quais os outros estejam dispostos a concordar como pessoas livres, iguais e racionais; 2) a disposição de ouvir os outros, e uma equanimidade para decidir quando é razoável que se façam ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os de outros.

É verdade que essas duas exigências que devem nortear a ação dos juízes como intérpretes da Constituição são insuficientes para configurar critérios objetivamente implementáveis de interpretação constitucional. É extremamente improvável que os juristas e as pessoas em geral concordem sobre quando um determinado julgado satisfaz ou não esses deveres de fundamentação judicial. Contudo, é possível que estas exigências sirvam como parâmetro de avaliação dos diferentes métodos de raciocínio judicial disponíveis. Um método claramente incapaz de satisfazer, ainda que em grau mínimo, essa exigência de justificação pública deverá ser preterido. Em seu lugar, dever-se-á colocar um método mais adaptado a esses padrões rigorosos de justificação.

Embora seja impossível discernir todos os métodos de aplicação judicial da Constituição, é viável selecionar alguns e, dentre eles, identificar aquele que melhor se

¹⁸¹ “*Judges are obliged to give each other and the broader audience of their opinions reasons for their decisions, and these reasons are of a special sort: They are in principle publicly accessible and publicly defensible; they are exemplars of what some philosophers have called ‘public reason’*” (SAGER, 1998, p. 239). Ultimamente, a idéia de razão pública, que tem suas raízes em Rousseau e Kant, vem ocupando posição de destaque na teoria constitucional, especialmente nos trabalhos de Samuel Freeman (1992) e John Rawls (2000). Ela também aparece em Cass Sunstein (1993) que põe em destaque as “razões de consideração pública” (“*public-regarding reasons*”) em oposição às “preferências nuas” (“*naked preferences*”).

coaduna com a demanda por justificação pública da interpretação constitucional. Pela popularidade de que gozam, bem como devido à influência que vem exercendo na literatura constitucional relativa à interpretação das declarações de direitos, dois métodos merecem destaque. O primeiro, nitidamente identificado com o nome de Ronald Dworkin (1978, 1996, 1999), tem recebido diversas nomenclaturas: “tese dos direitos”, “modelo da coerência construtiva”, “interpretação construtiva”, “direito como integridade” e “leitura moral”. O segundo, indiscutivelmente vinculado ao nome de Robert Alexy (1994), pode ser denominado “teoria dos princípios” ou “método da ponderação”.

Ambos os modelos pretendem definir técnicas de que os juízes se devem valer para resolver casos em que a decisão não pode ser claramente extraída das fontes jurídicas reconhecidas.¹⁸² O método do “direito como integridade” reclama que, quando diferentes decisões pareçam estar igualmente ajustadas aos parâmetros jurídicos relevantes, deve-se escolher aquela que mostre a totalidade do Direito à sua melhor luz. Por seu lado, o “método da ponderação” postula que, em face dessa espécie de divergência, deve-se optar por aquela decisão que, nas circunstâncias do caso concreto, satisfaça na maior medida possível os bens, interesses ou valores em disputa.

O objetivo deste tópico é sustentar que o “método da ponderação” é incompatível com o requerimento de justificação pública que onera as decisões dos juízes constitucionais, e que, por isso, ele deve perder a condição de protagonista na aplicação judicial dos direitos. Ao invés do método da ponderação, os juízes constitucionais, bem como os demais juristas preocupados com a interpretação constitucional, devem preferir o método do “direito como integridade” ou “da coerência construtiva”. Como será observado, este método é muito mais adequado para dar vazão à demanda por justificação pública das decisões judiciais.

¹⁸² Para usar uma linguagem muito em voga na teoria do direito, trata-se de duas teorias sobre como resolver *casos difíceis*. Os *casos difíceis* (“*hard cases*”) são definidos em oposição aos chamados *casos fáceis* (“*easy cases*”). Adotando-se a conceituação de Lyons (1993, p. 122), pode-se dizer que um *caso fácil* é aquele que pode ser decidido pela aplicação de regras jurídicas estabelecidas ou outros *standards* jurídicos dentro de argumentos logicamente conclusivos, sem ignorar nenhuma consideração jurídica relevante. Um caso difícil é aquele que não pode ser decidido dessa forma, ou seja, aquele em que nenhuma resposta conclusiva é deduzida logicamente das normas jurídicas estabelecidas. Em termos talvez mais sonoros para os juristas, casos difíceis são aqueles que não se resolvem por uma operação simples de subsunção de um fato a uma norma.

3.2.1 Método da ponderação

A metáfora da ponderação ou *balancing* (termo utilizado pela literatura anglo-americana) refere-se a métodos de aplicação da Constituição baseados na identificação, avaliação e comparação de interesses colidentes. Uma ponderação ocorre quando uma opinião judicial analisa uma questão constitucional mediante a identificação de interesses implicados no caso e obtêm uma decisão assinando, de forma explícita ou implícita, valores aos interesses identificados. A força desse método reside naquilo que se poderia chamar vantagem comparativa em relação aos métodos concorrentes. Como escreveu o Juiz norte-americano Frank M. Coffin:

Eu sei muito bem que mesmo se a ponderação for feita com habilidade consumada, as pressuposições subjetivas dos juizes [...] irão tomar parte nas decisões e homens e mulheres razoáveis continuarão discordando. Contudo, eu fico incomodado com isso até olhar para enfoques alternativos. Então eu não encontro nenhuma fórmula, teoria ou princípio singular para me dar orientação, e concluo que a ponderação, quando é feita com abertura, sinceridade, e sensibilidade, transcende tanto os pronunciamentos a maneira de oráculos dos absolutistas, quanto um ardor indisciplinado por alcançar o resultado “correto”.¹⁸³ (COFFIN, 1988, p. 40-41, tradução livre)

Essa vantagem materializa-se numa teoria da aplicação da Constituição mediante a combinação de duas perspectivas da análise jurídica. A primeira voltada à estrutura das normas que compõem o ordenamento constitucional, na qual se diferenciam princípios e regras. A segunda direcionada ao problema dos métodos de interpretação constitucional, em que a ponderação é tratada como técnica adequada para solucionar os problemas derivados da indeterminação das normas constitucionais. As duas dimensões encontram-se intimamente relacionadas, de modo que a ponderação implica princípios e os princípios exigem ponderação. No âmbito dos direitos constitucionais, as duas perspectivas podem ser representadas num único modelo, o modelo da teoria dos princípios (ALEXY, 2000b, p. 294).

O poder do método da ponderação, proclamado por Coffin, é bem demonstrado na seguinte questão exposta por Alexy (1993, p. 278). Trata-se da cláusula

¹⁸³ “I know full well that even if balancing is done with consummate craft, the subjective presuppositions of judges [...] will play a part in decisions and reasonable men and women will continue to disagree. So I am bothered by this until I look for alternative approaches. Then I find no single formula, theory, or principle to give me guidance, and I conclude that balancing, when it is done with openness, candor, and sensitivity, transcends both the oracular pronouncements of absolutists and an undisciplined zeal to reach the ‘right result.’” (COFFIN, 1988, p. 40-41)

constitucional restritiva presente no art. 8º, parágrafo 1, da Lei Fundamental Alemã.¹⁸⁴ Nos termos desse dispositivo, o direito de liberdade de reunião é restringido pela cláusula “pacificamente e sem armas”. Alexy aceita que essa cláusula seja lida como uma regra que converte os direitos *prima facie* que resultam do princípio da liberdade de reunião em não-direitos definitivos. Essa regra dispõe que, constatado que uma reunião não é pacífica, seus participantes não gozam da proteção conferida pelo direito de reunião. Sem embargo, no entender de Alexy, por trás do nível de regra, este dispositivo conserva necessariamente o nível de princípio. Essa dimensão está presente porque ela deve emergir obrigatoriamente em todos os casos duvidosos em que, para constatar se uma reunião não é pacífica, é preciso interpretar o conceito “não pacífico”.

Alexy não formula qualquer caso desses, mas podem-se sugerir alguns, tendo em vista cláusula semelhante constante do art. 5º, XVI, da Constituição Brasileira.¹⁸⁵ Todos concordam, por exemplo, que a reunião de um grupo de pessoas, numa via pública, com vistas ao linchamento de um condenado, é algo que se pode classificar como “não pacífico”. Por outro lado, a situação já não é tão simples quando esse mesmo grupo se reúne para invadir propriedades privadas improdutivas, com a intenção de pressionar a implementação de políticas públicas voltadas à reforma agrária. Nessas hipóteses controvertidas, em busca da correta interpretação do conceito “não pacífico”, é sempre necessário sopesar o princípio jusfundamental da liberdade de reunião (entre outros) com os princípios contrapostos que estimularam o legislador constituinte a ditar a cláusula constitucional restritiva (ALEXY, 1993, p. 279). Segundo Alexy (1993, p. 279), negar essa exigência de ponderação implica abrir mão do jogo de razões e contra-razões que possibilita a fundamentação racional de enunciados interpretativos, trazendo à tona o perigo de que tal jogo seja substituído por intervenções mais ou menos intuitivas. Portanto, a textura aberta do Direito, cumulada com a necessidade de fundamentação racional de juízos interpretativos, leva à vantagem do modelo princípios-ponderação.

A concepção fundamental da teoria dos princípios é que os princípios jurídicos expressam a idéia de otimização (ALEXY, 1993, p. 86-87). Princípios são

¹⁸⁴ “Artigo 8.º - 1. Todos os alemães têm o direito de se reunir pacificamente e sem armas, independentemente de participação ou autorização prévia” (MIRANDA, 1986, p. 51).

¹⁸⁵ “Art. 5º - XVI. Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

mandamentos de otimização.¹⁸⁶ Eles determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes. Por isso, podem ser cumpridos em diferentes graus. Um princípio estabelece deveres *prima facie*. Todavia, os princípios não são a única espécie de norma presente num sistema jurídico, para além deles existem as regras. Regras são mandamentos definitivos. As regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, por isso, são cumpridas ou não. Não existem graus de cumprimento de regras. Os conflitos de regras resolvem-se ou pela inclusão de uma exceção ou pela declaração da invalidade de uma das regras. As colisões de princípios resolvem-se na dimensão do peso ou importância, e não da validade. As regras são aplicadas pelo procedimento da subsunção; os princípios são aplicados por meio da ponderação (BOROWSKI, 2000, p. 36).

Tanto podem existir conflitos de regras quanto colisões de princípios. Conflitos de regras e colisões de princípios compartilham a característica de que duas normas, quando aplicadas separadamente, levam a resultados incompatíveis. Nomeadamente a dois juízos jurídicos concretos de dever-ser contraditórios, ou seja, a imposição de dois cursos de ação obrigatórios incompatíveis (ALEXY, 1993, p. 87). A diferença é que, enquanto no conflito de regras a solução leva à exclusão de uma regra ou a uma exceção a ela, na hipótese de colisão de princípios a solução se dá pelo estabelecimento de enunciados de preferência condicionados às particularidades do caso (ALEXY, 1993, p. 89). Essa é a razão pela qual princípios, mesmo que precedidos num determinado caso, não são excluídos do ordenamento, não perdem validade. Em outras circunstâncias, a relação de precedência pode inverter-se.

O procedimento metódico para a formulação de enunciados de precedência, que dão conta do peso relativo dos princípios colidentes à luz de um determinado caso, é a ponderação de princípios. O procedimento de ponderação é um processo de deliberação ao fim do qual uma relação de preferência entre princípios colidentes é estabelecida (SIEKMANN, 1997, p. 31). A ponderação é um procedimento de fundamentação de normas

¹⁸⁶ Em rigor, Alexy não define mais os princípios como mandamentos de otimização, embora isto não modifique as conseqüências da tese da otimização para sua teoria. Um princípio é concebido como uma estrutura dúplice, composta por um metanível, um “mandamento para otimizar” (*commands to optimize*), e um nível objeto, um “mandamento a ser otimizado” (*commands to be optimized*). Um mandamento a ser otimizado é o objeto da ponderação. Ele conforma um dever ideal. Um dever ideal é algo a ser otimizado e assim transformado em um dever real. Diversamente, os mandamentos para otimizar prescrevem o que deve ser feito com aquilo que consta no nível objeto. Eles impõem a obrigação de que a matéria que lhes serve de objeto, os comandos a serem otimizados, sejam realizados na maior medida possível. Como mandamentos para otimizar eles mesmos não são otimizáveis mas cumpridos mediante a otimização de seu objeto. Portanto, princípios como objetos de ponderação não são mandamentos de otimização, são, sim, mandamentos a serem otimizados. (ALEXY, 2000b, p. 300)

definitivas.¹⁸⁷ Isso significa que os princípios são razões para normas definitivas e que a ponderação de princípios é parte de um processo interpretativo que visa criar as condições suficientes à subsunção. Assim, o modelo dos princípios é um modelo de justificação de normas com três tipos de elementos: princípios, regras e procedimentos de ponderação (SIEKMANN, 1997, p. 31). Por este motivo, ele não pode conviver como um modelo puro. Logo, princípios necessariamente compõem-se com regras na estrutura da ordem jurídica.

Segundo Alexy (1993, p. 161), as exigências que conformam a ponderação podem ser enunciadas mediante a seguinte lei: “quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. Essa lei deixa evidente a relação que existe entre princípios e ponderação. A ponderação está embutida no próprio conceito de princípios como mandamentos de otimização, pois os princípios devem ser otimizados “segundo as possibilidades jurídicas”, ou seja, levando em conta aquilo que é ordenado pelos princípios opostos. Portanto, princípios constitucionais implicam ponderação e ponderação implica princípios constitucionais.

A “lei da ponderação”, transcrita acima, diz o que é importante na solução dos casos de colisão de princípios. Ela deixa claro que o que se deve estabelecer é o grau ou intensidade da não satisfação ou afetação de um princípio, por um lado, e o grau de importância da satisfação do outro princípio, por outro (ALEXY, 1993, p. 164). Quem diz que uma afetação muito intensa só pode ser justificada em confronto com um grau de importância muito alto, define o que se deve fundamentar para justificar o enunciado de precedência que representa o resultado da ponderação. Entretanto, a ponderação, por si só, não leva a que todos os casos sejam decididos definitivamente (ALEXY, 1993, p. 167; BARAK, 2002, p. 93; SIEKMANN, 1997, p. 32). Seu mérito reside em seu papel estruturante. Ela permite que o intérprete recorra a um nível mais profundo de fundamentação da sua decisão, ultrapassando os típicos argumentos formais derivados da autoridade do Direito positivo, nos momentos em que tais argumentos esgotam sua capacidade de resposta ou demonstram-se injustos. A ponderação aparece como porta de entrada de argumentos prático-normativos – morais, éticos e pragmáticos – no discurso jurídico. Algo necessário ao discurso jurídico se esse quer dar cabo da pretensão de justificação que lhe subjaz. E mais do que isso, para seus defensores,

¹⁸⁷ Que os princípios são razões para regras definitivas fica evidente naquilo que Alexy chama “lei da colisão”: “As condições sob as quais um princípio precede outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (ALEXY, 1993, p. 94). Este enunciado demonstra que um mesmo conjunto de fatos possui um duplo papel: como condição de uma relação de precedência e como pressuposto do suporte fático de uma norma. Assim, considerando-se a distinção entre princípios e regras, pode-se dizer que uma ponderação de princípios sempre tem por resultado uma regra.

essa brecha não seria uma abertura qualquer, por onde tudo e todos podem passar, mas uma porta com contornos bem delimitados, que fornece uma espécie de molde aos argumentos prático-normativos.

A decisão judicial, portanto, antes que adotada, é estruturada pela ponderação. Isso significa que a obrigação dos participantes do discurso jurídico interpretativo é formular enunciados sobre graus de afetação e importância de bens otimizáveis. Em outras palavras, os argumentos prático-normativos utilizados dirigem-se a definir três coisas, que podem ser vistas como três etapas sucessivas da ponderação: 1) graus de afetação ou não satisfação de um ou mais princípios, 2) graus de importância da satisfação de um ou mais princípios opostos, e 3) a questão de se a importância da satisfação do princípio ou princípios opostos justifica o detrimento, ou a não satisfação, dos outros (ALEXY, 2003, p. 136). Para seus simpatizantes, a lei da ponderação diz o que é que tem que ser fundamentado racionalmente. Portanto, diz algo imprescindível à justificação das decisões jurídicas.

Não é difícil vislumbrar a funcionalidade dessa técnica. Pensando-se, por exemplo, numa colisão entre a liberdade de expressão reivindicada por um divulgador de propaganda anti-semita e os direitos de personalidade que revestem a dignidade, honra e memória do povo judeu, é possível falar em intervenções de intensidade baixa, média e grave em ambos os bens. Certamente, a publicação de um panfleto político que pretenda tratar o holocausto nazista como uma farsa é uma intervenção extremamente séria nos direitos dos membros da comunidade judaica. Já a publicação de um livro, fruto de uma tese doutoral, que pretendesse demonstrar que o extermínio de judeus não foi tão grande quanto tem sido difundido, pode ser visto por muitos como prejudicial, mas não no mesmo grau que o panfleto de propaganda anti-semita. O mesmo se dá com o outro bem colidente. Pode-se dizer que a proibição da difusão de propaganda política neonazista é uma interferência menos grave no direito à liberdade de expressão do que o impedimento da divulgação de um trabalho acadêmico elaborado conforme padrões científicos reconhecidos.

Isso mostra que é possível estabelecer uma relação entre julgamentos sobre graus de intensidade e julgamento de proporção. Julgamentos sobre graus de intensidade são as razões para o julgamento de proporção que compara a intensidade de não satisfação ou detrimento de um bem com a importância da satisfação de outro bem. Para explicitar essa relação, Alexy enuncia uma lei adicional à lei da ponderação, descrita como “lei da desproporcionalidade”:

Uma interferência em um direito fundamental é desproporcional se ela não é justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência faria surgir uma interferência em outro princípio [...], assegurado que esta última interferência é ao menos tão intensa quanto a primeira.¹⁸⁸ (ALEXY, 2003, p. 138, tradução livre)

Conforme essa lei, uma interferência em um direito fundamental é justificada desde que a sua ausência produzisse uma interferência ao menos igualmente intensa em outro direito ou bem constitucionalmente protegido. Fica nítida, assim, a implicação direta entre as escalas de graus de interferência em cada um dos princípios colidentes. De modo que uma medida que resulte numa interferência leve em um princípio é justificada uma vez que a sua ausência causasse uma interferência média ou grave no princípio colidente. De outra parte, incumbe à argumentação jurídica determinar corretamente os diferentes graus de interferência, para que se proceda ao julgamento de proporção entre eles.

Dessa forma, o método da ponderação, representado pelas leis da ponderação e da desproporcionalidade, conserva-se como procedimento de seleção daquilo que deve ser fundamentado através do discurso prático geral. Assim, ele pretende ser capaz de responder à problemática da indeterminação das normas constitucionais mediante a conexão entre a estrutura formal da ponderação e uma teoria da argumentação jurídica – tomada esta última como um caso especial de uma teoria da argumentação prática geral.¹⁸⁹

3.2.2 Objeções ao método da ponderação

Não são poucas, contudo, as objeções dirigidas ao modelo dos princípios e à ponderação. Mesmo seus defensores menos ardorosos concebem que a ponderação, embora

¹⁸⁸ “*An interference with a constitutional right is disproportional if it is not justified by the fact that the omission of this interference would give rise to an interference with another principle [...], provided that this latter interference is at least as intensive as the first one*” (ALEXY, 2003, p. 138). Questão delicada e que escapa a este texto é se essa “lei da desproporcionalidade” é apenas um novo enunciado da “lei da ponderação” ou se complementa aquela lei, inserindo algo de novo em relação a ela.

¹⁸⁹ A “tese do caso especial” defendida por Alexy reza que o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral. Esta tese está baseada em três razões. A primeira é que, ao final, a discussão jurídica, como a argumentação prática geral, está voltada à solução de questões *práticas*, a respeito do que é obrigado, proibido ou permitido. A segunda razão é que uma pretensão de correção é levantada no discurso jurídico tanto quanto no discurso prático geral. A terceira razão diz que a argumentação jurídica é um caso especial, porque a pretensão de correção no discurso jurídico é distinta daquela presente no discurso prático. Diversamente do discurso prático geral, a argumentação jurídica não se refere ao que é absolutamente correto, mas ao que é correto no marco e sobre a base de num sistema jurídico validamente predominante. O que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente do que está autoritativamente ou institucionalmente estabelecido e o que se ajusta a isso. A argumentação jurídica está vinculada às leis e aos precedentes e deve observar o sistema de Direito elaborado pela dogmática jurídica (ALEXY, 1999, p. 375). Impende observar, contudo, que não são poucas as críticas a essa tese (HABERMAS, 1997, p. 287-295; GÜNTHER, 1993a), baseadas principalmente na objeção de que a tese do caso especial ignora a autonomia do discurso jurídico em relação ao discurso moral.

constitua um instrumento muito importante no desempenho da atividade jurisdicional, não é essencial nem universalmente aplicável (BARAK, 2002, p. 93). No entanto, antes de apreciar as críticas, é recomendável sintetizar os pontos aparentemente favoráveis à tese da ponderação. Cumpre destacar dois desses pontos.

Em primeiro lugar, a ponderação, ao abrir caminho, com transparência, à inclusão de argumentos prático-normativos na solução de casos difíceis, pretende responder à demanda por justificação das decisões judiciais. Deve-se enfatizar que o método da ponderação não realiza essa abertura prático-normativa estimulando simplesmente o jogo de argumento e contra-argumento. Ela executa esta função desempenhando um papel específico. A ponderação, ao determinar os valores e princípios relevantes no contexto dos quais a argumentação irá desenvolver-se, empresta ordem ao pensamento jurídico (BARAK, 2002, p. 93). O papel da ponderação é definir o que é que deve ser fundamentado racionalmente (ALEXY, 1993, p. 167). Atos de ponderação não negam a existência da discricionariedade judicial, porém eles confinam essa discricionariedade àquelas situações em que o sistema jurídico falha em clarificar, por outros meios, o *status* social relativo dos valores e princípios em conflito (BARAK, 2002, p. 94). Se a ponderação, aliada à argumentação jurídica racional, não leva a uma resposta única e definitiva para os problemas jurídicos controvertidos, ela, de acordo com seus adeptos, ao menos estreita a margem de escolha do intérprete. Se ela não assegura uma resposta correta, ela põe, segundo aqueles que a vêem com bons olhos, o discurso judicial nos trilhos da justificação imparcial.

Em segundo lugar, a ponderação tenta viabilizar um enfoque plural da interpretação constitucional. Ela leva em consideração a multiplicidade dos valores e interesses relevantes, e procura balanceá-los de acordo com as necessidades cambiantes da sociedade (BARAK, 2002, p. 94). Assim, essa técnica espera dar condições aos juristas para, na ausência de uma teoria compreensiva que possa explicar o complexo relacionamento entre indivíduo e sociedade, sopesar as várias teorias e enfoques, reconhecendo o fato de que a Constituição não segue a lógica do tudo ou nada. Como procedimento integrativo, a ponderação permite levar em conta uma pluralidade de pontos de vista normativos, procurando acomodá-los uns aos outros. E, para quem a defende, consegue fazer isso sem depender em excesso de alguma teoria geral acerca do caráter, dos objetivos e do alcance dos valores constitucionais, com a qual certamente nem todos poderiam concordar.

Estas duas pretensas vantagens do método da ponderação estão, no entanto, sujeitas à crítica. Como reconheceu o Juiz Coffin:

Talvez o maior problema com a metáfora da ponderação é que ela sugere uma comparação mecânica, quantitativa, e utilitária do peso ou valor de duas reivindicações de acordo com uma escala igualmente apropriada para ambas. Esta, no entanto, é uma condição raramente encontrada na matriz dos valores conflitantes que é o material da maioria dos casos envolvendo uma colisão entre um indivíduo e o governo.¹⁹⁰ (COFFIN, 1988, p. 19, tradução livre)

A passagem de Coffin merece referência porque ela resume bem as duas fragilidades da ponderação. Uma interna, voltada a demonstrar que a ponderação sofre de obstáculos operacionais graves: *a ponderação pressupõe condições raramente encontradas nos casos ordinariamente decididos pelos tribunais, quais sejam, uma única escala apropriada para a medição de interesses diversos*. Outra, externa, que visa destacar as dificuldades de se justificar a adoção desse método, ainda quando ele funciona perfeitamente: *a ponderação sugere uma comparação mecânica, quantitativa e utilitária das reivindicações em conflito*.

O embaraço operacional da ponderação transforma-se num problema sério porque, para ele ser remediado, é preciso amplificar extraordinariamente o caráter plural do processo ponderativo. Amplificação que não encontra ressonância nos aspectos institucionais do processo judicial. Isto gera um verdadeiro abismo entre as ambições estratosféricas da ponderação e as condições terrenas em que operam juízes e tribunais.

A dificuldade de justificação da ponderação reside na sua identidade irremediavelmente utilitária. Por mais que os seus defensores tentem disfarçar, a ponderação não consegue deixar de ser um sopesamento de custos e benefícios com vistas na maximização do bem-estar. Conquanto a ponderação abra as portas do raciocínio jurídico ao discurso prático-normativo, ela o faz de forma equivocada, pois ela se apega ao modelo de agregação de preferências ao invés do modelo da razão pública.

Pode-se começar o desenvolvimento da crítica operacional à ponderação levantando-se uma objeção evidente. Trata-se daquilo que Alexander Aleinikoff (1994, p. 185) denominou “problema de avaliação e comparação”. E que aqui se pode chamar de problema da comensurabilidade. Muitas vezes um tribunal não tem critérios objetivos para avaliar e comparar os interesses em disputa. Como disse o Juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte dos Estados Unidos, em sua dissidência no caso *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprise* (486 U.S 888, 897 (1988)), a ponderação falha nos diversos casos em que “a

¹⁹⁰ “Perhaps the biggest problem with the balancing metaphor is that it suggests a mechanistic, quantitative, and utilitarian comparison of the weight or value of the two claims according to one scale which is equally appropriate to both. This is, however, a condition rarely found in the matrix of conflicting values that is the stuff of most cases involving a collision between an individual and government.” (COFFIN, 1988, p. 19)

analogia da escala não é realmente apropriada, uma vez que os interesses em ambos os lados são incomensuráveis. Isto é mais parecido com julgar se uma certa linha é mais longa do que uma certa pedra é pesada.”¹⁹¹

John Makie (1977, p. 9) elaborou um exemplar qualificado dessa objeção evidente. Para ele, o argumento da ponderação assume uma métrica demasiadamente simples, segundo a qual os pesos dos princípios colidentes são sempre mensuráveis em uma escala linear. De tal forma que a força do argumento de um lado deva ser maior ou menor que a força do argumento do outro lado, ou, então, que ambas as forças devam ser iguais, no sentido de tão perfeitamente equilibradas que a mínima força adicional em qualquer dos lados faria dele o mais forte. O problema é que, na realidade, considerações desse tipo podem ser medidas apenas imperfeitamente, de modo que nenhum dos argumentos opostos apresente-se como o mais forte e, ao mesmo tempo, eles não estejam perfeitamente equilibrados. Ou seja, em muitas situações não é possível afirmar nem a precedência de um princípio, nem um empate entre os princípios concorrentes. Resultado disso é que em diversas oportunidades a ponderação não fornece qualquer resposta a problemas interpretativos, reservando, assim, amplo espaço às preferências subjetivas do julgador.

Supondo-se que um bem A e um bem B tem o mesmo valor e que as variações dos graus de satisfação de ambos podem ser quantificadas, é fácil fundamentar que uma medida que incremente a satisfação de A num grau X justificaria qualquer desvantagem causada a B cuja intensidade fosse menor do que X . O mesmo fato não ocorre, porém, quando os bens A e B não são quantificáveis por meio de padrões de medição comuns, como na hipótese de tratar-se de valores como equidade e eficiência. Nessa situação, o problema é a elaboração da escala necessária para traduzir os valores dos interesses colidentes em uma moeda comum de comparação.

Posto seja poderosa, essa crítica evidente pode ser refutada, pois, diante de uma situação concreta de conflito, é possível dizer que uma coisa é mais inequânime que outra ou que uma medida é extremamente ineficiente e outra levemente ineficiente (BARRY, 1965, p. 6). Logo, no caso de conflito entre bens incomensuráveis, é possível estabelecer racionalmente graus de intensidade da intervenção em cada um dos bens colidentes (ALEXY, 2003, p. 137). E, então, comparar estes graus.

¹⁹¹ “[...] *the scale analogy is not really appropriate, since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy*”. 486 U.S 888, 897 (1988) (SCALIA, J. dissenting)

O real embaraço à ponderação aparece quando essa objeção inicial torna-se mais sutil. Ela concede que mesmo bens sujeitos a padrões de medição diferentes podem ser ordenados em escalas e comparados, mas questiona como esses interesses podem ser circunscritos e quem deve definir os critérios comuns para sua comparação. É um fato óbvio que pessoas diferentes podem atribuir pesos diferentes aos mesmos interesses. E, além disso, algumas pessoas podem ver um interesse legítimo onde outras não enxergam nada mais que um mero capricho. O que, para algumas pessoas, pode constituir uma lesão enorme de certo interesse, pode ser quase imperceptível para outras. Um homossexual que assista à aprovação de uma lei que proíbe relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo verá a sua liberdade e a sua intimidade seriamente restringidas. Ao mesmo tempo, alguém que enxergue o homossexualismo como um pecado grave pode, nesse caso, não perceber qualquer intromissão significativa na liberdade ou intimidade das pessoas. Em sua opinião, o que a lei faz é meramente punir uma conduta reprovável e desviante. Para essa pessoa, a proibição de relacionamentos íntimos entre homossexuais possivelmente não é mais grave à liberdade e intimidade das pessoas do que a proibição do estupro.

Situações como essas confrontam o processo de ponderação com dois novos desafios. De um lado, tem-se o “problema do universo de interesses” (ALENIKOFF, 1994, p. 187). A ponderação precisa alcançar uma visão amplamente expandida daquilo que deve contar como interesse a ser sopesado. Seria preciso considerar a perspectiva de todas as pessoas afetadas por uma determinada medida para selecionar quais os interesses a serem tidos em consideração. Só assim tornar-se-ia possível definir de modo não arbitrário o que deve e o que não deve ser objeto de ponderação. De outro lado, aparece o “problema da cumulação” (ALENIKOFF, 1994, p. 187). Ainda que o processo de balanceamento tenha identificado de modo apropriado os interesses relevantes, existe o problema de quais portadores do interesse relevante devem ser contados. Para mensurar os graus de lesão e satisfação dos interesses contrapostos, não se pode cumular a análise na perspectiva de uma única pessoa prejudicada ou beneficiada. Uma medição não arbitrária requer que os custos e benefícios sentidos por todas as pessoas afetadas sejam computados.

Quando claramente expostos, os problemas do universo de interesses e da cumulação impõem uma barreira operacional praticamente incontornável ao método da ponderação. Isto porque a superação deles exige dos tribunais algo que estas instituições não estão bem equipadas para oferecer. Exige que os tribunais primem pela receptividade às preferências do maior número de pessoas possível. Os tribunais devem funcionar como um

observador que registra a totalidade dos interesses atingidos por uma medida e a intensidade com que cada pessoa sentiu seus interesses promovidos ou preteridos. Acontece que este é exatamente o papel tradicionalmente atribuído aos legisladores. É o Legislativo que, por ser composto de um grande número de membros escolhidos pelo voto popular, possui uma sensibilidade apurada às preferências dos eleitores. O Judiciário é o ramo do governo enclausurado, com órgãos compostos por um único juiz ou por um número reduzido de juizes, que não são escolhidos pelo voto popular e não são eleitoralmente responsáveis. No processo judicial participam apenas as partes, quando muito assistentes ou intervenientes, e o juiz. A sensibilidade aos interesses populares não é a índole maior do Judiciário. Decorre daí que se a ponderação for um bom método de aplicação da Constituição, é melhor entregar a interpretação constitucional aos legisladores e abrir mão do controle judicial de constitucionalidade.

Embora importante, a objeção operacional à ponderação não é a principal. O maior problema com esse método está na sua incorporação do modelo das preferências. A ponderação ignora a distinção estabelecida por Dworkin, e retomada no segundo capítulo desse trabalho, entre direitos (*rights*) e metas (*goals*), dissolvendo os direitos nas metas. Perante a ponderação, tudo não passa de mandamentos de otimização de valores. Na descrição de Habermas:

Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. (HABERMAS, 1997, p. 315)

Ao fazer isso, o método da ponderação submete-se completamente às críticas feitas pela teoria dos direitos ao utilitarismo.¹⁹² Quando Alexy (2002, p. 36) afirma que a racionalidade da ponderação se deve ao fato de que é possível a um tribunal fazer juízos racionais sobre graus de intensidade de satisfação e de afetação de princípios constitucionais, ele transforma esses princípios em metas que são objeto de diferentes graus de satisfação ou insatisfação. Porém, metas são estabelecidas e avaliadas mediante a agregação de preferências. Quando uma decisão imparcial trabalha unicamente com metas e preferências,

¹⁹² Negar aquela diferença é fechar os olhos para a natureza distintivamente anti-utilitária dos argumentos baseados em direitos – os princípios de Dworkin – e baixar a guarda para ser vítima todas as críticas conhecidas ao utilitarismo. Dentre as quais, a principal é que o utilitarismo não leva a sério a separação entre as pessoas, pois ele aceita que, dentro de uma comunidade de pessoas, o mal infligido a uma pessoa pode ser justificado pelo bem que essa medida traz a maioria dos outros membros dessa comunidade; o que significa negar que todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco. Uns podem servir de meios para a satisfação de outros. Uma contraposição clara entre argumentos baseados em direitos (também chamados deontológicos) e argumentos baseados na utilidade (também chamados teleológicos) foi traçada por Hart (1979, p. 829-831).

ela considera todas as preferências em jogo com reivindicações idênticas de satisfação. “No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra incluída no discurso jurídico pela compreensão deontológica das normas e princípios do direito” (HABERMAS, 1997, p. 321). Isso faz com que as preferências externas e as preferências pessoais de cada um tenham o mesmo peso na decisão. Como Dworkin demonstrou, a inclusão das preferências externas vicia o cálculo pois ela faz com que o tratamento que a coletividade dedica a alguns de seus membros possa depender do apreço que a maioria sente por eles.

A consequência disso é que a ponderação inclina-se a obter por resultado uma decisão que se isenta de buscar justificativa no ponto de vista de todos os potenciais afetados, pois para ela não há como assumir uma atitude crítica diante da afirmação de que todas as preferências são igualmente dignas de satisfação. Como apontou Klaus Günther (1993b, p. 219), o modelo princípios/ponderação exclui a possibilidade de criticar os valores à luz de princípios ou procedimentos discursivos. Diante disso, ou a ponderação se rege pela agregação de preferências na forma de um cálculo utilitário, ou ela se pauta na tradição e nas compreensões éticas socialmente prevaletentes. Nenhuma das duas formas, porém, está apta a alcançar uma justificação pública. Por isso, pode-se concordar plenamente com Habermas (1997, p. 321) quando ele diz que na ponderação de valores “a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de preferência e padrões consuetudinários”.

Um exemplo é suficiente para afastar dúvidas a esse respeito. Regressando-se ao caso da lei que proíbe contatos íntimos entre pessoas do mesmo sexo, como deve ser definido o grau de intervenção dessa medida na liberdade e privacidade dos homossexuais? Pode-se seguir o interesse do homossexual e tratá-la como uma invasão gravíssima, ou, então, pode-se adotar o interesse do heterossexual que condena o homossexualismo, e tratá-la como uma intervenção quase inexistente. Qual perspectiva deve prevalecer? A opção fria por qualquer uma das duas implica a desconsideração da outra, o que retira da decisão o predicado de justificação pública, pois, como o próprio Alexy admite:

Se um tribunal quer decidir corretamente, ele tem que ouvir todos os argumentos, o que não é outra coisa senão o velho *audiatur et altera pars*, e se a correção da sua decisão deve ser submetida a controle, o tribunal deve justificar seu julgamento diante dos participantes e do público jurídico e em geral.¹⁹³ (ALEXY, 1999, p. 377, tradução livre)

¹⁹³ “If the court wants to decide correctly, it has to hear all the arguments, which is nothing other than the old *audiatur et altera pars*, and if the correctness of its decision shall be subjected to control, the court must justify its judgement before the participants and the general and the legal public.” (ALEXY, 1999, p. 377)

Dar voz a todos, no entanto, é o que a ponderação não está apta a fazer. Para que a ponderação se visse obrigada a ouvir os dois pontos de vista, o do homossexual e o do heterossexual, ela teria que pressupor que ambos têm um direito inegociável a participar da deliberação em uma posição de igualdade, que entre eles existe um dever incondicional de respeito mútuo, e que um não pode impor sua posição ao outro alegando apenas que sua opção sexual é melhor que a do outro.¹⁹⁴ Não obstante, existindo essa suposição de um *direito inegociável*, a ponderação teria de tratar os direitos como trunfos, e aceitar a prioridade lexical dos direitos em relação às metas. Direitos e metas (ou, preferindo-se, direitos individuais e bens coletivos) não poderiam mais ser ponderados entre si, e ressurgiria a diferença proposta por Dworkin e recusada por Alexy. Todavia, a essência do modelo princípios (mandados de otimização)/ponderação está em negar essa separação forte, uma vez que “a partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular” (HABERMAS, 1997, p. 321). Aceitar a prioridade dos direitos seria, portanto, desconfigurar plenamente o método da ponderação.

O poder dessas críticas ao método da ponderação pode ser devidamente apreciado na análise de um caso constitucional real. A jurisprudência recente da Suprema Corte dos Estados Unidos oferece um exemplo ilustrativo. O caso *Virginia v. Black* (538 U.S. 343 (2003)), julgado em 07 de abril de 2003, trata da proteção do direito de liberdade de expressão, previsto na Primeira Emenda à Constituição norte-americana (*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech*).¹⁹⁵ Nele coube ao Tribunal considerar se uma lei do Estado de Virginia que proibiu o ato de incendiar uma cruz, em propriedade pública ou particular, “no intento de intimidar uma pessoa ou grupo de pessoas”, violou o direito constitucional à liberdade de expressão. Este caso teve particular ressonância por envolver um tipo de prática identificado com as ações da *Ku Klux Klan*, organização que prega a

¹⁹⁴ Mesmo quem aceita o modelo princípios/ponderação se vê obrigado a reconhecer que, devido à falta de um critério intesubjetivamente válido capaz de definir o resultado correto de uma ponderação, este modelo conduz necessariamente ao reconhecimento de direitos fundamentais de autonomia, cujo respeito é imprescindível para que as decisões resultantes de ponderações de princípios sejam válidas e obrigatórias (SIECKMANN, 1997, p. 32). O que os defensores da ponderação não tratam é do paradoxo que surge desta constatação. Como os direitos podem ser ao mesmo tempo princípios ponderáveis e condições de validade da ponderação? Como princípios eles podem ser satisfeitos em maior ou menor medida, mas como condições de validade não. Uma decisão é válida quando satisfaz suas condições de validade e inválida quando não as satisfaz. Não existe uma decisão mais ou menos válida, como também não existe uma condição de validade mais ou menos satisfeita. Um direito fundamental de autonomia não pode ser, nas mesmas circunstâncias, um trunfo e um mandado de otimização.

¹⁹⁵ Artigo I – “É vedado ao Congresso estabelecer qualquer religião do Estado ou proibir o livre exercício de qualquer culto e restringir a liberdade de palavra e de imprensa, o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e o de apresentarem petições ao Governo para reparação de injustiças”. (MIRANDA, 1986, p.352)

supremacia racial branca e tem um histórico de perseguição e assassinio de membros de minorias nos Estados Unidos.

A decisão do Tribunal envolveu dois temas: primeiro, se o Estado poderia, de modo consistente com a liberdade de expressão, proibir a queima de cruzeis realizada com a intenção de intimidar; segundo, se o dispositivo da lei da Virginia que tratava qualquer cruz em chamas como uma evidência *prima facie* da intenção de intimidar era compatível com o direito constitucionalmente assegurado à liberdade de expressão. A decisão da Corte, tomada por maioria, foi no sentido de uma resposta afirmativa à primeira questão e uma resposta negativa à segunda.

Na opinião majoritária, redigida pela Juíza Sandra Day O'Connor, ficou assentado que a Primeira Emenda “ordinariamente” nega a um Estado o poder de proibir a disseminação de doutrinas sociais, econômicas e políticas que uma vasta maioria dos seus cidadãos acredite ser falsa ou causadora de conseqüências perniciosas. Afirmou-se, também, que a Primeira Emenda assegura proteção a condutas simbólicas ou expressivas tanto quanto a discursos reais, e que uma cruz em chamas é uma expressão simbólica. Contudo, reconheceu-se que as garantias asseguradas pela Primeira Emenda não são absolutas, e que o governo pode regular certas categorias de expressão de forma compatível com a Constituição, bem como que ameaças de violência estão fora da Primeira Emenda. De acordo com tais posicionamentos, a Corte entendeu que a Primeira Emenda permite que o Estado da Virginia proíba a queima de cruzeis feita com a intenção de intimidar, porque uma cruz em chamas é uma forma particularmente virulenta de intimidação.

Não obstante, a Corte reconheceu que tratar qualquer cruz em chamas como uma manifestação da intenção de intimidar violaria o direito de liberdade de expressão. Segundo a maioria dos juizes, o ato de queimar uma cruz pode significar que uma pessoa está realizando uma intimidação constitucionalmente reprovável; mas o mesmo ato pode, também, significar somente que a pessoa está engajada num discurso político. O dispositivo que estabeleceu uma evidência *prima facie* na lei da Virginia obscureceu a linha que separa esses dois significados da queima de uma cruz. Como assentou a Juíza Sandra Day O'Connor, redigindo a opinião da maioria:

Pode ser verdade que a queima de uma cruz, mesmo em uma reunião política, gere uma sensação de ressentimento ou desgosto entre a vasta maioria dos cidadãos que vêem a cruz em chamas. Mas esta sensação de ressentimento ou desgosto não é

suficiente para banir todas as queimas de cruzes.¹⁹⁶ (Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003), tradução livre)

Em divergência aberta a esse entendimento, o Juiz Clarence Thomas contestou a afirmação de que a queima de cruzes pode constituir uma modalidade de expressão. Na dissidência que redigiu, ele consignou expressamente: “eu acredito que a maioria erra ao imputar um componente expressivo à atividade em questão” (Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003)). Para ele, na história dos Estados Unidos, a queima de cruzes tem quase invariavelmente andado atrelada a comportamentos ilícitos e compreensivelmente provoca em suas vítimas temores fundados de violência física. De acordo com isso, ele concluiu:

Essa lei proíbe apenas conduta, não expressão. E, assim como alguém não pode incendiar a casa de outrem para expressar uma opinião política e então procurar refúgio na Primeira Emenda, aqueles que odeiam não podem aterrorizar e intimidar para expor sua opinião. À luz da minha conclusão de que esta lei endereça-se somente à conduta, não há necessidade de analisá-la sob qualquer dos nossos testes da Primeira Emenda.¹⁹⁷ (Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003), tradução livre)

A dissidência do Juiz Thomas é bastante reveladora. Ela demonstra que muitas vezes pessoas sinceras, que agem de boa-fé, tendo por base o mesmo fragmento do texto e os mesmos fatos, podem discordar sobre se alguma realidade da vida se insere ou não na gama de conteúdos recobertos por esse texto. Tanto o Juiz Thomas como os demais juízes concordaram que a Primeira Emenda não protege apenas discursos reais, mas também comportamentos simbólicos que visam transmitir alguma mensagem. Todavia, eles divergiram sobre se um caso específico, uma cruz em chamas, possui algum valor expressivo. Para a maioria dos juízes da Suprema Corte, a queima de uma cruz pode tanto ser utilizada para comunicar ameaças quanto para expressar a identidade e a ideologia partilhadas por um determinado grupo, inserindo-se, assim, como revelação de identidade e ideologia, no âmbito de proteção da liberdade de expressão. Já, para o Juiz Thomas, a mesma cruz em chamas não passa de um ato de terror e, conseqüentemente, não goza da proteção do referido dispositivo jusfundamental. Segundo ele, a conclusão de que a lei proibitiva penetra na zona da expressão “ignora não somente as palavras da lei, mas também a realidade” (Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003)).

¹⁹⁶ “It may be true that a cross burning, even at a political rally, arouses a sense of anger or hatred among the vast majority of citizens who see a burning cross. But this sense of anger or hatred is not sufficient to ban all cross burnings.” Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003)

¹⁹⁷ “This statute prohibits only conduct, not expression. And, just as one cannot burn down someone’s house to make a political point and then seek refuge in the First Amendment, those who hate cannot terrorize and intimidate to make their point. In light of my conclusion that the statute here addresses only conduct, there is no need to analyze it under any of our First Amendment tests.” Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003) (THOMAS, J., dissenting).

O quadro restante é o seguinte. Para um juiz, o ato de atear fogo a uma cruz não possui nenhuma força expressiva e, assim, não está constitucionalmente protegido pelo direito à liberdade de expressão. Contrariamente, para a maioria dos juízes, algumas realizações desse ato não só constituem modalidades de discurso potencialmente asseguradas pela liberdade de expressão, como caracterizam manifestações expressivas definitivamente protegidas pela Primeira Emenda. Incumbe questionar: é possível, a partir do modelo princípios/ponderação, avaliar criticamente essas duas posições? A ponderação pode ajudar a definir com quem está a razão, se com o Juiz Thomas ou com a maioria dos juízes?

De início, é preciso observar que o método da ponderação pressupõe a existência de uma colisão de princípios. Ele atua por meio do sopesamento dos princípios colidentes. Nesta medida, para que a ponderação tenha lugar é preciso que se saiba quais são os princípios colidentes. Mas não apenas isso, como método de justificação de decisões intersubjetivamente aceitáveis, é preciso que pessoas diferentes concordem sobre a existência de uma colisão de princípios e sobre quais os princípios envolvidos na colisão. Inadvertidamente, porém, esse tema pode, muitas vezes, representar uma questão controvertida num caso constitucional, como exemplifica *Virginia v. Black*. O que fazer, então?

Em primeiro lugar seria útil lembrar que a ponderação é um subprincípio de um princípio mais amplo, o princípio da proporcionalidade. Esse princípio compõe-se de três elementos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Cada um desses subprincípios requer a aplicação de um teste específico para ajuizar a constitucionalidade de uma lei restritiva de direito fundamental. A adequação exige que a lei restritiva seja apta a satisfazer um princípio constitucional ou promover algum fim exigido por esse princípio. A necessidade exige que os meios adotados pela lei, caso gerem algum tipo de desvantagem incidente sobre outro princípio constitucional, sejam os meios menos lesivos dentre aqueles disponíveis. A proporcionalidade em sentido estrito exige obediência à “lei da ponderação”.

É possível inferir, tomando por referência esses três testes, que, para o Juiz Thomas, a proibição da queima de uma cruz, da mesma forma que a proibição da queima de uma casa, é um meio adequado à satisfação do princípio constitucional que garante a segurança pessoal dos cidadãos, pois este princípio estaria ameaçado por atos de intimidação representados pela cruz em chamas. Por outro lado, segundo o mesmo Juiz, não há qualquer princípio constitucional que dê amparo ao ato de queimar uma cruz, este ato não tem qualquer

valor expressivo. Logo, nem sequer surge uma colisão de princípios. Isso demonstra que, em muitos casos, a própria existência ou não de uma colisão de princípios pode estar em debate.

Na medida em que proporcionalidade e ponderação aplicam-se desde que exista uma colisão de princípios (valores, bens ou interesses), não há como ponderar se não se sabe o que deve ser ponderado. Porém, no caso *Virginia v. Black*, esta é a questão controvertida. Isto põe em evidência o problema operacional do método da ponderação antes denominado “problema do universo de interesses”. Como saber se há ou não interesses ofendidos sem levar em conta a perspectiva de todas as pessoas potencialmente afetadas? Abordar a questão apenas tendo em conta os interesses das pessoas envolvidas no processo, seria cumular a perspectiva de todas as pessoas potencialmente afetadas no ponto de vista das partes do processo, o que levaria ao segundo problema operacional da ponderação, o “problema da cumulação”.

Sem embargo, o método da ponderação pode responder a esse desafio. Para isso basta ampliar imensamente o alcance daquilo que se entende como interesse constitucionalmente protegido. Em outras palavras, basta alargar a pontos extremos a extensão do âmbito de proteção dos princípios constitucionais. Essa não é uma operação nem um pouco complicada. Cumpre apenas supor a existência de um direito geral de liberdade constitucionalmente assegurado. A liberdade geral de ação é a liberdade de fazer ou omitir o que se queira (ALEXY, 1993, p. 333). Logo, as pessoas têm um direito *prima facie* a não intervenção externa em suas ações. É realmente penoso imaginar uma lei que não restrinja, de uma forma ou de outra, um tal direito. De qualquer modo, a lei discutida em *Virginia v. Black*, sem dúvida, é uma lei restritiva desse direito geral de liberdade. Com isso a maioria da Corte e o Juiz Thomas teriam que concordar. Assim, a proporcionalidade e a ponderação poderiam continuar operando.

A despeito disso, não parece que os três testes exigidos pelo princípio da proporcionalidade sejam suficientes para afirmar que a decisão da maioria da Corte foi melhor que a decisão pregada pelo Juiz Thomas, ou vice-versa. Para ele, a proibição da lei continuaria sendo uma interferência leve no direito geral de liberdade, tanto quanto é leve a proibição de que alguém ponha fogo na casa de outrem para expressar uma opinião política. Do mesmo modo, para a maioria dos juízes, a proibição da lei continuaria sendo insuportável enquanto não distinguisse adequadamente entre os casos em que a cruz em chamas tem “a intenção de intimidar” e os casos em que a cruz em chamas tem “a intenção de expressar a identidade e a ideologia” dos membros de um grupo político.

Então, surge uma nova pergunta: como decidir qual das duas posições mensura corretamente a lesão à liberdade? Só há dois caminhos. Ou a Corte trata como correta uma dentre as diferentes perspectivas de avaliação do problema, fazendo vistas grossas às demais, ou a Corte dá voz às diversas pessoas afetadas, para que elas exponham seu ponto de vista e participem de um diálogo aberto, na busca de uma perspectiva aceitável para todas. Somente a segunda alternativa propicia uma justificação pública. Como escreveu Martha Minow:

A justiça pode ser imparcial somente se os juízes reconhecerem a sua própria parcialidade. [...] Tribunais [...] oferecem um lugar para a discussão em torno das realidades que nos governam – se nós abrirmos a nós mesmos a oportunidade de que uma realidade outra, que não a nossa, possa importar. A justiça pode ser engendrada quando nós superamos nossa fingida indiferença à diferença e ao invés disso povoamos nosso mundo com indivíduos que surpreendem uns aos outros pela diferença.¹⁹⁸ (MINOW, 1987, p. 74, tradução livre)

Essa, no entanto, é uma encruzilhada a partir da qual o método da ponderação não tem como prosseguir. O problema é que a obrigação da Corte de dar voz às diferentes perspectivas só aparece quando ela reconhece a existência de um direito prioritário, do qual todos os cidadãos são portadores, ao igual respeito e consideração. Esse direito não pode estar diluído no amálgama de bens, valores ou interesses ponderáveis. Ele não se move no mesmo nível nem joga o mesmo jogo das preferências. Por isso, ele não pode ser tratado como valor sujeito ao sopesamento com outros valores. Isso é precisamente o que o método da ponderação é incapaz de admitir. Sendo assim, impende superá-lo e procurar um método que amplie o rol de questões postas ao escrutínio crítico e intersubjetivo. É dizer, é preciso seguir um método orientado pelo modelo da razão pública e não pelo modelo das preferências.

3.2.3 Método do direito como integridade

O maior defeito do método da ponderação está na sua incapacidade de fazer prosseguir o debate entre os intérpretes da Constituição. Ao confundir argumentos de princípio com argumentos de política, impondo artificialmente a lógica das preferências, a ponderação faz desaparecer o principal elemento crítico da interpretação constitucional: o dever de justificar decisões interpretativas segundo padrões que todos os destinatários dessas

¹⁹⁸ “Justice can be impartial only if judges acknowledge their own partiality. [...] Courts [...] provide a place for the contest over realities that govern us – if we open ourselves to the chance that a reality other than our own may matter. Justice can be engendered when we overcome our pretended indifference and instead people our world with individuals who surprise one another about difference.” (MINOW, 1987, p. 74)

decisões possam aceitar. A ponderação é indiferente entre as preferências. À medida que ela desconsidera as más preferências, o método produz resultados inaceitáveis. A existência de preferências condenáveis ou distorcidas sugere que as decisões judiciais não devem apenas implementar os desejos dos cidadãos ou dos juízes, mas devem também permitir uma medida de distância crítica e escrutínio daqueles desejos, impulsionando novas informações e diferentes perspectivas.

Tal dever, por sinal, é familiar à atividade judicial. Ele é especialmente saliente na exigência de generalidade ou universalidade¹⁹⁹ que onera a fundamentação das decisões judiciais. Como lembra Sager (2002, p. 14-15), os juízes estão vinculados de acordo com os protocolos da atividade judicial a fundar suas decisões em princípios comparativamente gerais e comparativamente duráveis, princípios que se aplicam a uma variedade de circunstâncias diferentes. Um juiz atencioso deve mover-se para trás e para frente entre proposições gerais e casos específicos, com o objetivo de encontrar aquelas proposições gerais que pareçam satisfatórias como base para suas decisões ao longo de uma seqüência de casos. Juízes têm que decidir com fundamento em proposições que expliquem razoavelmente suas decisões passadas e indiquem um curso atrativo para as decisões futuras.

Nesse sentido, a idéia de que as decisões judiciais devem estar amparadas em padrões gerais, que satisfaçam uma ampla gama de casos, ao invés de padrões específicos, formulados caso a caso, parece oferecer uma pista preciosa na direção de um método adequado às necessidades dos juízes constitucionais. O método do “direito como integridade”, proposto por Dworkin, oferece um desenvolvimento bastante interessante daquela idéia básica. Segundo Dworkin (1999, p. 203), a concepção do “direito como integridade” “explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante”. Isso é possível uma vez que esse método “exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da rede de

¹⁹⁹ Embora o discurso jurídico muitas vezes não estabeleça uma distinção clara entre os atributos de generalidade e universalidade, o termo universalidade é o mais exato para ser utilizado aqui. A universalidade refere-se a um tipo lógico: consiste no fato de se utilizar um conceito designando todas as coisas que pertencem a uma certa classe, não meramente nomes de objetos individuais. Um conceito ou é universal ou não é, não existem graus de universalidade. Já a generalidade pode ser graduada. Quanto mais geral um conceito, maior o número de objetos que ele cobre. Assim, uma norma que diz que “toda a discriminação entre pessoas é proibida” é mais geral do que uma norma que diz que “toda a discriminação entre pessoas com base na sua origem nacional é proibida”, porém, ambas as normas são logicamente universais nas suas proibições. (MACCORMICK, 1978, p. 78; ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 140).

estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (DWORKIN, 1999, p. 294).

Para compreender o que isso significa, é preciso primeiro atentar separadamente para a noção de integridade. De acordo com Dworkin (1999, p. 202), a integridade torna-se um ideal político quando se exige do Estado que ele aja segundo um conjunto único e coerente de princípios. De um modo geral, a integridade impõe sobre os agentes públicos o dever de tomar apenas aquelas decisões políticas que eles possam justificar dentro de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar. Dessa forma, a ação estatal carece de integridade quando o Estado deve endossar princípios que justificam parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar outros. A integridade é escarnejada sempre que uma comunidade estabelece e aplica direitos diferentes, cada um dos quais coerente em si mesmo, mas que não podem ser defendidos em conjunto como expressão de uma série coerente de princípios de moralidade política.

O direito como integridade nega que as manifestações do Direito sejam simples relatos de fatos ocorridos no passado, bem como que eles sejam programas instrumentais para o alcance de benefícios futuros. Ele insiste em que as afirmações dos juristas sobre direitos e deveres “são opiniões interpretativas, que por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro” (DWORKIN, 1999, p. 271). E prega que a prática jurídica atual “pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado” (DWORKIN, 1999, p. 274).

Para os juízes, a integridade funciona como um ideal interpretativo. Como orientação interpretativa a ser seguida pelos órgãos judiciais, a integridade “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 1999, p. 271-272); é dizer:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 1999, p. 291)

Um juiz que aceita o ideal interpretativo da integridade é sensível ao passado institucional do direito. Ele se preocupa com as fontes jurídicas estabelecidas. A integridade requer que os “juízes tratem nosso sistema atual de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, e com esse fim, interpretem

essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas” (DWORKIN, 1999, p. 261). Todavia, como a referência às “normas implícitas entre e sob as normas explícitas” põe em relevo, a história institucional não age propriamente como um constrangimento sobre seus julgamentos, mas como um ingrediente desses julgamentos.

Para o direito como integridade, a história institucional compõe um cenário de fundo no qual qualquer julgamento plausível sobre os direitos de um indivíduo deve se acomodar. Essa acomodação, porém, não é passiva, como se o juiz devesse simplesmente repetir nos casos atuais as decisões tomadas em casos anteriores. Ela é construtiva. O juiz deve confeccionar sua decisão pretendendo que ela se ajuste à história institucional vista a sua melhor luz. A interpretação construtiva “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 1999, p. 63-64).

Daí não segue que um juiz possa fazer do Direito o que bem entenda, “pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis” (DWORKIN, 1999, p. 64). O que a interpretação construtiva exige do juiz é que ele tente impor uma finalidade, intenção ou propósito, à prática jurídica da comunidade – vê-la a sua melhor luz – e, em seguida, reestruture esta prática à luz dessa finalidade. Por essa razão é que Dworkin (1999, p. 273) afirma que a história é importante no direito como integridade apenas em certo sentido, pois a integridade exige uma coerência de princípios mais horizontal que vertical com as decisões coletivas tomadas no passado. A insistência da integridade é que o Direito “contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa” (DWORKIN, 1999, p. 274).

Tal enfoque construtivo faz com que, ao decidir um caso, um juiz introduza acréscimos na tradição que interpreta. Os juízes futuros irão se deparar com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. Os juízes são ao mesmo tempo intérpretes e críticos da prática social na qual participam. Dworkin (1999, p. 275-285; 2000, p. 235-242) representa esta atitude dos intérpretes judiciais traçando um paralelo com a imagem de um romance em cadeia. Uma obra literária escrita em série por um grupo de escritores. Nessa representação, cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada romancista deve criar seu capítulo dando a melhor continuação possível para o texto precedente. O escritor subsequente não pode continuar o romance em qualquer direção.

Ele tem que continuar o romance de um modo consistente com o texto prévio. Contudo, se duas ou mais continuações parecerem consistentes com o texto recebido, de forma que não haja como optar por uma delas sem conflito ou ambigüidade, o intérprete deve se embasar, para dar prosseguimento em sua tarefa, numa teoria da estética literária sobre o melhor valor do texto precedente. Essa teoria deve ser empregada, tanto para resolver os conflitos e ambigüidades do texto anterior quanto para continuar o romance de modo a fazer dele o melhor que ele possa ser.

Conforme David Richards (1986, p. 32), a analogia de Dworkin é útil para explicar o papel que a teoria política e moral pode adequadamente desempenhar na interpretação jurídica. Nesta visão, a interpretação é a elaboração e articulação coerente das tradições da comunidade. A interpretação jurídica é a tentativa de articular e desenvolver coerentemente uma concepção da comunidade sobre seu exercício legítimo do poder. Nesse esforço, a teoria política e moral tem um papel central.

O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. [...] Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito [...] deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. (DWORKIN, 2000, p. 239)

Se a missão do Direito é antes de tudo política, visões de moralidade política funcionam necessariamente como um instrumento interpretativo da prática jurídica. Da mesma forma que o romancista tem que se apoiar em uma teoria da estética literária para ver o texto interpretado a sua melhor luz, o intérprete judicial tem que se amparar em alguma teoria sobre o exercício legítimo do poder para ter a melhor visão possível da história institucional que interpreta. Por isso, a alusão a concepções de moralidade política é a condição mesma de um entendimento mais profundo acerca daquilo que uma determinada tradição jurídica é (RICHARDS, 1986, p. 32).

Essa descrição geral revela que a integridade no Direito tem três dimensões. Primeiro, ela insiste em que uma decisão judicial seja uma *questão de princípio*, não de compromisso, estratégia ou acomodação política. Um princípio pode oferecer justificação para uma decisão particular somente se puder ser demonstrado que o princípio citado é consistente com decisões anteriores não revistas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas (DWORKIN, 1978, p. 88). Segundo, uma decisão judicial bem fundada nos termos da integridade deve satisfazer uma dimensão formal de *ajuste* ou *adequação*. Ela deve se acomodar à vasta rede de decisões políticas e estruturas

da prática institucional à qual pretende dar continuidade. Ela deve ser uma continuação das decisões passadas, um prosseguimento da história, não um recomeço. Uma decisão se mostrará mais ajustada quanto maior a sua capacidade de dar conta das decisões institucionais relevantes. Assim, se uma interpretação estiver baseada num princípio que justifica o Direito em sua totalidade, ela deve ser preferida a uma interpretação cujo princípio se ajusta bem ao Direito privado, mas não encontra respaldo no Direito constitucional, por exemplo. No mesmo tom, uma interpretação que não mostre um grau mínimo de ajuste não serve para justificar decisões. Por exemplo, por mais que alguém entenda que numa sociedade justa a propriedade da terra deva ser coletiva, nenhuma interpretação que afirmasse que, no sistema jurídico brasileiro atual, não há propriedade privada dos imóveis rurais, atingiria um grau mínimo de ajuste com aquilo que no Brasil se reconhece como Direito em vigor. Terceiro, a justificação de decisões interpretativas de acordo com a integridade envolve uma dimensão substantiva de *justificação* ou *aceitabilidade moral*. Essa dimensão torna-se especialmente nítida nos casos difíceis, quando uma análise preliminar do ajuste não faz prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou julgado. Nesse caso, o juiz deve fazer uma escolha entre as interpretações que se mostram aceitáveis na dimensão formal, “perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo” (DWORKIN, 1999, p. 306).

Não obstante o principal dado acerca do método do “direito como integridade” possa ser catalogado como sendo sua demanda por princípios, a primeira dimensão acima destacada não exigirá maiores discussões. Ela concorda exatamente com aquilo que se está procurando aqui: um método de decisão judicial que satisfaça a ânsia da Constituição por decisões fundadas em princípios. Sendo assim, deve-se averiguar se as duas dimensões de aplicação do método, a dimensão formal do ajuste ou adequação e a dimensão material da aceitabilidade moral ou justificação, mostram-se como coordenadas interpretativas pertinentes para a solução de casos controvertidos sob bases publicamente aceitáveis.

Podem surgir algumas dúvidas a respeito de se a dimensão de ajuste é realmente capaz de excluir alguma interpretação como desajustada, haja vista que não haveria critérios uniformemente partilhados por todos os intérpretes para formulá-la. Existiria, por conseguinte, o risco de que a primeira dimensão viesse a se tornar inteiramente parasitária da segunda, de tal modo que cada intérprete poderia fazer aquilo que seu ideal pessoal de justiça

ou equidade ordenasse. Mas o correto entendimento dessa dimensão mostra que ela não é tão maleável quanto pode dar a entender. A própria prática institucional tende a estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do Direito deve atender para se mostrar aceitável.²⁰⁰ Como explica Dworkin (1999, p. 305), “esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça”. Qualquer juiz que desconsidere que as fontes jurídicas estabelecidas restringem a influência das suas convicções políticas sobre seus juízos interpretativos, estará desconhecendo sua própria situação de participante numa prática social mais ampla, a qual ele não deu início e na qual ele não é o único ator. Se o limiar de adequação desse juiz derivar completamente de suas convicções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável, ele não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica (DWORKIN, 1999, p. 305-306).

A dimensão de aceitabilidade moral, por sua vez, tem seu funcionamento facilitado exatamente no passo em que a dimensão de adequação opera de alguma forma significativa. À medida que algumas escolhas interpretativas foram excluídas naquela passagem por desajustadas ou pouco ajustadas, compete a esta dimensão indagar qual dentre as opções sobreviventes é mais justificável no âmbito da moralidade política. Dentre os sentidos possíveis que se ajustaram aos dados institucionais relevantes, alcançando o limiar de adequação, deve ser escolhido aquele que for moralmente melhor. A decisão correta é aquela sustentada por um princípio que possa justificar a maior parte das decisões jurídicas anteriores (dimensão do ajuste) revelando-as na sua feição mais atraente (dimensão de aceitabilidade moral).

²⁰⁰ Nesse sentido caminham as considerações de Dworkin sobre a etapa “pré-interpretativa” da interpretação e sobre os “paradigmas”. Segundo Dworkin (1999, p. 81), em uma comunidade são necessários diferentes graus de consenso para cada etapa da interpretação com vistas no florescimento da atitude interpretativa para com suas práticas. Ele separa três etapas: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós-interpretativa. A primeira etapa, denominada pré-interpretativa, é aquela em que são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. Nessa fase, ressalta Dworkin, é preciso haver um alto grau de consenso se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, podendo-se, portanto, passar por alto essa etapa e pressupor que as classificações que ela oferece são tratados pelos participantes da prática como um dado da reflexão e argumentação do dia-a-dia. Como diz Dworkin, talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso na etapa pré-interpretativa. Já os paradigmas são tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático. (DWORKIN, 1999, p. 88)

Adverta-se ainda que as duas fases de construção da decisão judicial apontadas pelo método do “direito como integridade” não são independentes como a explicação acima pode precipitadamente sugerir. A interação entre adequação e justificação é complexa. A interpretação construtiva está empenhada em mostrar o objeto a sua melhor luz. O esforço da interpretação de um texto consiste na imputação de propósitos razoáveis a esse texto para que o intérprete possa compreendê-lo. O senso de qualquer intérprete acerca da finalidade ou função de um texto, do qual dependerá cada aspecto da sua abordagem da interpretação, irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste. Sendo assim, o componente extratextual da interpretação, o propósito imputado, não opera isoladamente ao texto. A definição do ajuste de diversos sentidos ao texto não é indiferente ao propósito do intérprete, mas dependente dele. E isso ocorre desde o momento mais inicial da interpretação, pois “as regras sociais não têm rótulos que as identifiquem”²⁰¹ (DWORKIN, 1999, p. 81).

Haja vista que não há como separar ajuste e justificação, também no segundo momento de construção da decisão judicial as questões de adequação voltam a surgir. Mesmo quando uma interpretação supera um teste preliminar de ajuste, qualquer inadequação ulterior irá voltar-se contra ela. Isso mostra que, em rigor, a restrição que a adequação impõe à substância é a restrição de um tipo de convicção política a outro na avaliação geral sobre qual interpretação torna uma manifestação de atividade política, consideradas todas as coisas, a melhor possível.

Isso não significa, entretanto, que essa distinção analítica de dois níveis não tenha importância. Ao contrário do primeiro nível, o segundo nível é indisfarçadamente substancial. Nele deve-se decidir qual dentre as escolhas interpretativas disponíveis mostra o histórico jurídico como o melhor possível do ponto de vista da moral política substantiva. O valor da distinção entre os dois níveis está em tematizar abertamente as convicções morais (a pré-compreensão normativa) sobre as quais se ampara a interpretação. Isso é algo que facilmente poderia ficar obscurecido, permanecendo no resguardo das suposições não pronunciadas dos intérpretes, caso não fosse explicitamente tratado. Por essa razão, a identificação em separado do segundo nível estimula o intérprete a expor publicamente seus ideais políticos.

²⁰¹ Isso não significa nada mais do que o fato óbvio de que a visão moral do intérprete jurídico condiciona o sentido que ele atribui ao texto que interpreta. Para expressar essa idéia em termos mais caros à hermenêutica filosófica: não há compreensão sem pré-compreensão.

Existe uma outra vantagem notável desse segundo nível. Ele ilumina um procedimento especialmente salutar para lidar com as situações de disputa entre princípios. Quando dois princípios igualmente ajustados apontam soluções distintas para um mesmo caso, ele não recomenda que o intérprete escolha aquele princípio que promove em maior medida as preferências da comunidade. Ele exige que o intérprete opte pelo princípio que torna o histórico legal da comunidade o melhor possível do ponto de vista da moral política. O intérprete deve acomodar os princípios de modo a dar uma prioridade contingente àquele que sobreviver melhor ao exame do equilíbrio reflexivo.²⁰² O intérprete deve transitar entre suas convicções morais mais profundas e abstratas e seus juízos concretos, na busca de um arranjo coerente entre eles, para, assim, decidir qual dos princípios concorrentes oferece a melhor solução para o problema. Qualquer que seja ela, não se tratará de um julgamento em que o intérprete avalia qual decisão maximiza suas preferências e as de seus consortes. O que o julgador encontrará é a decisão que aos seus olhos é exigida pelas convicções de moralidade política mais profundas da sua comunidade, consideradas as circunstâncias do caso.

O método do “direito como integridade”, portanto, permite ao intérprete refletir conscientemente a respeito das suas concepções morais e testar suas visões abstratas em face de casos específicos, tentando formular uma perspectiva político-moral coerente. Ele provoca o intérprete a questionar os dados da interpretação com base nos princípios mais abstratos que guiam sua compreensão, e a questionar seus princípios mais abstratos à luz dos dados específicos da interpretação, regendo essas idas e vindas por um critério de coerência que pede a ele que determine quais especificidades do objeto interpretado são mais relevantes e quais princípios abstratos mais atraentes. Quando o intérprete submete os princípios morais que, em seu entender, estão na base das normas públicas da comunidade a serem testados contra os dados específicos dessas normas (a Constituição, as leis, os precedentes judiciais e as opiniões doutrinárias), ele expande o alcance das suas considerações. Ele sai em busca de princípios de moralidade política que possam ser tratados como sendo da comunidade como um todo e não apenas seus próprios.

²⁰² Procede-se aqui a uma assimilação direta entre o modo como o “direito como integridade” soluciona conflitos de princípios e o método do equilíbrio reflexivo de Rawls. Isto porque não parece haver outra interpretação justa para aquilo que Dworkin diz quando afirma que, em caso de conflito entre princípios jurídicos, “a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema *que reflita suas fontes respectivas em um nível mais profundo de moral política*” (DWORKIN, 1999, p. 321, grifo nosso); e que, quando um caso de conflito entre princípios for apreciado por um juiz que aceita a integridade, “ele deve decidir qual é superior em termos de moral pessoal e política” (DWORKIN, 1999, p. 331, n. 20). Nesses dois trechos Dworkin alude expressamente ao raciocínio moral, e é um fato mais do que notório que ele é extremamente simpático à técnica do equilíbrio reflexivo como método de raciocínio em questões morais. (DWORKIN, 1978, p. 159-168)

A integridade, por conseguinte, fomenta nos juízes e demais participantes do discurso constitucional o plexo de atitudes que devem estar presentes para a produção de decisões publicamente justificadas. Ela “expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente para desenvolver as normas públicas da sua comunidade” (DWORKIN, 1999, p. 230). Ela representa um componente especial do ideal de uma sociedade de pessoas que governam a si mesmas segundo a sua própria razão, “pois um cidadão não pode considerar-se um autor de um conjunto de leis incoerentes em princípio” (DWORKIN, 1999, p. 229).

Como método interpretativo, a integridade encoraja uma atitude a um só tempo protestante, construtiva e fraterna. Protestante, porque torna “todo o cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância” (DWORKIN, 1999, p. 492). Construtiva, porque “sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho a um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado” (DWORKIN, 1999, p. 492). E fraterna por ser uma expressão de como homens e mulheres são unidos pela comunidade apesar de divididos por seus projetos, interesses e convicções (DWORKIN, 1999, p. 492). A integridade, em suma, “promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça a qual estão comprometidos em virtude da cidadania” (DWORKIN, 1999, p. 230).

O método do “direito como integridade” recupera, dessa forma, a publicidade e o elemento crítico perdidos pelo método da ponderação. Ele abre o discurso jurídico ao discurso prático-normativo da forma não arbitrária, pedindo aos juízes que ponham à prova suas convicções morais diante de diferentes situações e perspectivas e que, no mínimo, ajustem essas convicções aos padrões convencionalmente reconhecidos como públicos, com vistas na construção de uma visão coerente dos princípios de justiça e equidade subjacentes ao histórico jurídico da comunidade.

Esse processo, no entanto, é mais exigente do que a análise de Dworkin parece recomendar. Este autor retrata o juiz – idealizado numa figura mitológica de capacidades sobre-humanas – como alguém que raciocina apenas subjetivamente, envolvido num monólogo em que este ser reflete sobre suas próprias experiências e convicções. Ao fazer isso, Dworkin minimiza uma parcela fundamental da argumentação prático-normativa: seu

caráter discursivo ou dialógico. Como esclareceu Michelman (1986a, p. 27), a argumentação normativa não pode ser uma atividade solitária, seu exercício requer conhecimento, incluindo autoconhecimento, que só pode ser obtido pelo encontro com visões diferentes no debate público. A compreensão que um sujeito tem de si mesmo depende do seu envolvimento com outras pessoas. A abertura à alteridade caminha não apenas rumo ao reconhecimento do outro, mas também de si mesmo (MICHELMAN, 1986a, p. 33). Assim, a razão normativa tem seu fórum necessário em “uma comunidade política de iguais” e o seu temperamento é “a boa vontade de submeter opiniões à exposição e ao debate público” (MICHELMAN, 1986a, p. 27). É este perfil conversacional que está ausente na visão de Dworkin sobre a integridade na jurisdição:

O que está faltando é diálogo. Hércules, o juiz mítico de Dworkin, é um solitário. Ele é demasiadamente heróico. Suas construções narrativas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto através de livros. Ele não tem embates. Ele não encontra nenhuma alteridade. Nada o sacode. Nenhum interlocutor viola o inevitável isolamento da sua experiência e visão.²⁰³ (MICHELMAN, 1986a, p. 70, tradução livre)

Deve-se reconhecer, antes que se produzam conclusões apressadas, que a crítica dialógica é mais um aprimoramento do que uma renúncia ao modelo construtivo de Dworkin. O que ela sugere é uma maior atenção ao diálogo na interpretação judicial. De modo algum ela advoga o abandono do ideal da integridade na jurisdição. Nesse sentido, a recepção dessa crítica tem dois tipos de consequência. Uma no nível interno da instituição judicial. Outra no que diz respeito à estruturação do processo político na sua totalidade, com repercussões especialmente importantes na alocação de autoridade interpretativa da Constituição entre os diferentes ramos do governo.

No âmbito interno do Judiciário, ela propugna um dever de sinceridade, transparência, respeito e, principalmente, de audiência recíproca, entre os juízes que compõem órgãos colegiados de julgamento, sobretudo os tribunais constitucionais. Isto significa, de um lado, que os juízes devem revelar em seus votos e opiniões aquilo que eles realmente têm em sua mente. O texto escrito deve refletir fielmente o processo de pensamento do seu escritor. A menos que as razões reais sejam postas na mesa, não há oportunidade para uma resposta significativa ou para qualquer diálogo útil. De outro lado, as opiniões majoritárias, que em última análise definem o conteúdo de um acórdão, não podem se furtar a responder às

²⁰³ “*What is lacking is dialogue. Hercules, Dworkin’s mythic judge, is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologues. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook.*” (MICHELMAN, 1986a, p. 70)

objeções que houverem sido levantadas pelos votos ou opiniões dissidentes. Os juízes não podem passar por alto as críticas e divergências postas por seus companheiros de corte. Em síntese, a deliberação judicial deve refletir o projeto de resolução de disputas normativas pela conversação, uma prática comunicativa aberta e inteligível de apresentação de razões.

Mas esta, sem dúvida, não é a implicação de maior impacto derivada da tomada de consciência a respeito da feição dialógica ou conversacional do processo de reflexão normativa. Essa exigência de diálogo não se resume ao domínio estrito dos órgãos judiciais. Ela inspira uma específica concepção da política em um governo constitucional. O pilar da crítica dialógica à integridade é que qualquer decisão bem fundada em princípios exige diálogo e sensibilidade ao ponto de vista do outro. Ao passo em que a marca da legitimidade das decisões políticas num regime constitucional é a fundamentação por princípios, não há como não expandir o modelo do diálogo a todas as instâncias de decisão constitucional. É dizer, não há como se esquivar do aperfeiçoamento de *uma concepção constitucional da política*.

Obviamente, essa expansão não deixará de repercutir sobre os tribunais. Dessa vez, porém, não será sobre a sua ação interna. Uma concepção abrangente da política constitucional, coligada às capacidades institucionais dos diferentes órgãos de governo (principalmente Judiciário e Legislativo), permitirá definir com maior rigor o papel que cada um desses órgãos deve desempenhar na interpretação da Constituição. Espera-se, dessa forma, extrair dessa junção de fatores o componente que falta à teoria da decisão judicial constitucional: a circunscrição da autoridade interpretativa dos tribunais.

3.3 Democracia e o papel dos tribunais como intérpretes da constituição

Numa seção que se dedica a delimitar o papel dos tribunais no processo de interpretação e implementação da Constituição, nada melhor do que começar com a lição de um membro efetivo de um tribunal constitucional. Num texto recentemente publicado, o Juiz Stephen Breyer, da Suprema Corte dos Estados Unidos, disse o seguinte sobre a Constituição norte-americana:

É importante que o público [...] entenda que a Constituição não resolve, nem teve a intenção de resolver, os problemas da sociedade. [...] a Constituição fornece uma *moldura* para a criação de soluções democraticamente determinadas, que protege as liberdades básicas de cada indivíduo e garante ao indivíduo igual respeito por parte

do Estado, enquanto assegura uma forma democrática de governo.²⁰⁴ (BREYER, 2002, p. 271-272, tradução livre, grifo no original)

Nesse breve trecho o Juiz Breyer ilumina a tensão subjacente ao constitucionalismo democrático. De um lado, ele afirma o compromisso da Constituição com o governo do povo, pelo povo. A Constituição assegura uma forma democrática de governo, viabilizando que os problemas da sociedade sejam resolvidos mediante decisões democraticamente legitimadas. De outro, a Constituição impõe limites ao governo do povo, ela garante a cada indivíduo um rol de liberdades básicas e o igual respeito por parte do poder público. A Constituição, ao mesmo tempo, estimula e constringe a liberdade política do povo de eleger seus próprios caminhos.

O constitucionalismo, consoante essa exposição, ergue-se sobre duas fórmulas: o autogoverno do povo e o governo das leis. A primeira requer que o povo determine por si mesmo as normas que devem reger sua vida social, enquanto a segunda demanda a proteção do povo contra o abuso do poder arbitrário. Mas como o povo pode governar a si mesmo e ser governado pela lei ao mesmo tempo?

De fato, a reconciliação entre esses dois ideais não é alcançada considerando-se simplesmente que o povo faz ou dá consentimento às suas próprias leis. Como advertiu Michelman (1988, p. 1501), o processo de legislação popular é aquilo a que se costuma chamar política; e a política é um teatro de poder onde sempre existe o risco de que algumas pessoas abusem de outras. Para lembrar Madison, um regime constitucional não é um governo de anjos, mas de homens. Isto, porém, não significa que não exista solução possível.

Como bem acentuou o Juiz Breyer, ao tratar da Constituição como uma *moldura* para a produção de decisões democráticas, o governo das leis representa, ao menos em uma de suas faces, a disciplina institucionalizada capaz de tornar a política legislativa digna de confiança. Assim, a “lei”, na fórmula do governo das leis, coloca-se numa relação circular com a política. Ela se situa tanto como resultado quanto como premissa, como produto e como condição prévia do processo político (MICHELMAN, 1988, p. 1501). O problema está em como dar sentido a esse aparente paradoxo da relação entre lei e processo

²⁰⁴ “It is important that the public [...] understands that the Constitution does not resolve, and was not intended to resolve, society’s problems. [...] the Constitution provides a *framework* for the creation of democratically determined solutions, which protect each individual’s basic liberties and assure that individual equal respect by government, while securing a democratic form of government.” (BREYER, 2002, p. 271-272)

político popular. Como um governo de leis, e não de homens, pode ser em algum sentido não fictício o governo do povo?

Michelman (1988, p. 1502) sugere que as próprias expressões “governo do povo” e “governo das leis” indicam um caminho. Se o oposto ao governo das leis é um governo de homens, a solução está em sustentar que o governo do povo não é o mesmo que o governo dos homens. A resposta está, desse modo, numa aproximação conceitual entre “leis” e “povo”. De acordo com Michelman (1988, p. 1502), “uma forma possível de dar sentido a isso é concebendo a política como um processo em que ‘homens’ com preocupação privada tornam-se cidadãos com preocupação pública e, assim, membros de um povo”.²⁰⁵ Seria em virtude dessa qualidade formadora do povo que o processo político conferiria a suas emissões em forma de lei o caráter de Direito obrigatório para todos, como se todos fossem seus próprios legisladores. Michelman (1988, p. 1502) chama um processo político detentor dessa qualidade de “jurisgenerativo” (“*jurisgenerative*”).²⁰⁶ E aponta que a saída para a reconciliação entre as duas premissas do constitucionalismo – autogoverno popular e governo das leis – acalenta, deste modo, a possibilidade de uma política jurisgenerativa, capaz de infundir em seu produto legislativo um “senso de validade” como Direito, como norma em relação à qual os cidadãos são ao mesmo tempo destinatários e autores.

Interessa, portanto, determinar em contornos mais nítidos essa concepção jurisgenerativa da política. A premissa dessa concepção é que tanto o processo político quanto seus pronunciamentos em forma de lei devem ser tais que todas as pessoas submetidas a esses pronunciamentos possam considerar-se realmente como concordando que esses pronunciamentos, derivando-se do processo, justificam sua promulgação como Direito. (MICHELMAN, 1988, p. 1526). Para tratar uma lei como produto do autogoverno popular, é preciso explicar como essa lei poderia ter sido realmente considerada pelo povo sujeito a ela como merecedora de aceitação, sem desconsiderar a experiência e a situação social real desse povo. Quer dizer, é preciso que essa lei possa ser vista de alguma maneira como se fosse feita pelo mesmo povo ao qual ela se aplica.

Isso pode fazer crer que a política jurisgenerativa pressupõe um alto grau de uniformidade de costumes, hábitos e padrões éticos na população. Nesse viés, a política

²⁰⁵ “One possible way of making sense of this is by conceiving of politics as a process in which private-regarding ‘men’ become public-regarding ‘citizens’ and thus members of a people.” (MICHELMAN, 1988, p.1502)

²⁰⁶ O termo é emprestado por Michelman de Robert Cover (1983). Um processo “jurisgenerativo” é um processo capaz de gerar resultados que valem como Direito, mas a validade é no sentido de dignidade de respeito, de legitimidade.

jurisgenerativa nada mais seria do que a revelação de um consenso social real, latente e pré-existente, com respeito aos termos corretos de ordenação social. Se fosse assim, esta não seria uma concepção minimamente atraente no contexto de sociedades plurais, em que a diversidade de ideais de vida, doutrinas religiosas e visões de mundo, é reconhecida e até mesmo celebrada. Uma Constituição que pretende vigor em meio a uma sociedade plural, em que as pessoas divergem inclusive em suas concepções de justiça e direitos básicos, não poderia em hipótese alguma se comprometer com um ideal político desse tipo.

Isso significa que a política jurisgenerativa deve ter outros fundamentos. Segundo Michelman (1988, p. 1526), dado o pluralismo, um processo político só pode validar uma norma social, perante seus destinatários, como autolegislada se: 1) a participação no processo político de gênese da norma resultar em alguma mudança ou ajuste nos entendimentos relevantes de alguns (ou todos) os participantes; 2) existir um conjunto de condições sociais e procedimentais prescritivas tais que a experimentação por parte de alguém, sob essas condições, da “modulação dialógica” de seus entendimentos não seja considerada ou sentida como coercitiva, invasiva, ou de qualquer outra forma como uma violação da sua identidade ou liberdade; 3) estas condições realmente prevalecerem no processo que se supõe ser jurisgenerativo.

Como Michelman admite, a questão crucial e problemática dessas estipulações está no requisito de número (2). Para enfrentá-la é indispensável compreender adequadamente a idéia de “modulação dialógica” dos entendimentos pré-políticos dos participantes. Isso não exige que pessoas sejam umas antes de adentrarem a deliberação política e outras, completamente diferentes, depois. Também não exige uma conformidade crescente de visões de mundo. Como se o bem comum fosse algo pré-definido e independente das perspectivas particulares de cada pessoa, que se revelaria lentamente no processo político, de tal forma que a continuidade do processo político venha a uniformizar os valores, convicções e preferências dos cidadãos. Algo que só ocorreria se o ideal do processo político fosse guiar todos as pessoas para um padrão de excelência rígido e bem definido de cidadão virtuoso. Não se trata, enfim, de um objetivismo do bem público e de uma teleologia da virtude cívica. Trata-se, isto sim, de “um processo de justificação normativa sem fundações objetivistas últimas – de justificação das escolhas sociais, no sentido de satisfazer todos os

contendores sem negar que seus conflitos, de interesse ou de visão, são profundos e possivelmente duradouros”²⁰⁷ (MICHELMAN, 1986a, p. 23).

Com a idéia de modulação dialógica dos interesses, Michelman (1988, p. 1527) alude à possibilidade de casos em que os participantes reconheçam as normas sociais como válidas quando, ao invés de abandonarem seus compromissos iniciais, venham a sustentar os mesmos compromissos em uma nova forma. O que a estipulação (2) aparentemente descreve:

é um processo de auto-revisão sob estímulo dialógico-social. Ela contempla, então, um sujeito cuja identidade e liberdade consiste, em parte, em sua capacidade para a reconsideração reflexivamente crítica dos fins e compromissos que ele já tem e que fazem dele quem ele é. Este sujeito necessariamente obtém seus recursos auto-críticos de, e testa seus atuais entendimentos contra, entendimentos que estão além da sua vida e experiência pré-crítica, é dizer comunicativamente, alcançando a perspectiva de outras e diferentes pessoas.²⁰⁸ (MICHELMAN, 1988, p. 1528, tradução livre)

Nessa perspectiva, em que cada um precisa do outro para compreender e questionar a si mesmo, o pluralismo é uma virtude, e não um obstáculo. Divergência e heterogeneidade são forças criativas, indispensáveis ao bom funcionamento do governo constitucional (SUNSTEIN, 1993, p. 135). No espectro da política jurisgenerativa, a valorização da pluralidade, do reconhecimento da diferença e da inclusão do outro por meio do diálogo, tornam-se compromissos básicos de uma sociedade constitucional.

A reconciliação entre os dois ideais do constitucionalismo, o autogoverno popular e o governo das leis, realiza-se, portanto, a partir de uma visão da política. A Constituição é um compromisso fundamental e solene com a política jurisgenerativa. Como foi bem enfatizado pelo Juiz Breyer, a Constituição oferece uma *moldura* para a produção de soluções democráticas para os problemas da sociedade.

Como já foi dito, essa concepção jurisgenerativa da política tem implicações enormes no âmbito da interpretação constitucional. É preciso averiguar, então, como a interpretação da Lei fundamental, impregnada pelo discurso jurídico, é capaz de recuperar essa dimensão plural, participativa, dialógica e inclusiva da política subjacente à Constituição.

²⁰⁷ “[...] a process of normative justification without ultimate objectivist foundations – of justifying social choice, in the sense of satisfying all contenders without denying that their conflicts, of interest or of vision, are deep and possibly enduring.” (MICHELMAN, 1986a, p. 23)

²⁰⁸ “[...] is a process of personal self-revision under social-dialogic stimulation. It contemplates, then, a self whose identity and freedom consist, in part, in its capacity for reflexively critical reconsideration of the ends and commitments that it already has and that make it who it is. Such a self necessarily obtains its self-critical resources from, and tests its current understandings against, understandings from beyond its own pre-critical life and experience, which is to say communicatively, by reaching for the perspectives of others and different persons.” (MICHELMAN, 1988, p. 1528)

Mais uma vez, Michelman aponta o caminho. Segundo ele, “a forma legal da pluralidade é a indeterminação” – a suscetibilidade do corpo de fontes jurídicas estabelecidas a uma pluralidade de destilações interpretativas, que apontam para resoluções diversas dos casos pendentes, e por meio delas, a futuros normativos diversos (MICHELMAN, 1988, p. 1528-1529). Nesse sentido, a indeterminação legal é a precondição da dimensão dialógica, crítico-transformativa, da prática jurídica.²⁰⁹

A dificuldade, todavia, é que as indeterminações legais generativas não estão logo ali, como dados brutos simplesmente aguardando para serem descobertos. Diferentemente disso, elas são produtos da ação, são as criações de atos motivados de cultivo e percepção (MICHELMAN, 1988, p. 1529). Mas quem tem condições de protagonizar essa ação motivacional? Resposta: sobretudo aqueles que entram na conversação – ou, como às vezes parece, tentam perturbá-la – das suas margens, ao invés daqueles que presidem o seu centro.

A sugestão é que a busca da liberdade política através da lei depende do “nosso” constante alcance da inclusão do outro, daqueles até agora excluídos – o que na prática significa trazer à presença jurídico-doutrinal as vozes até agora ausentes dos grupos sociais autoconscientes em emergência.²¹⁰ (MICHELMAN, 1988, p.1529, tradução livre)

O desempenho jurisgenerativo da interpretação constitucional depende da inclusão contínua dos participantes no discurso constitucional. É por meio do compromisso solene com o diálogo entre os cidadãos, orientados pela empatia à perspectiva uns dos outros e para a receptividade à inclusão de novos pontos de vista, que a Constituição escrita funda a

²⁰⁹ Uma formulação talvez extremada dessa idéia foi apresentada por Robert Cover (1983, p. 18): “Existe uma dicotomia radical entre a organização social do Direito como poder e a organização do Direito como significado. Essa dicotomia, manifestada nas culturas populares e clandestinas presentes mesmo nas sociedades mais autoritárias, é particularmente aberta à vista numa sociedade liberal que renega o controle sobre a narrativa. O caráter descontrolado do significado exerce uma influência desestabilizadora sobre o poder. Preceitos devem ‘ter significado’, mas eles o emprestam necessariamente de materiais criados pela atividade social que não está submetida às restrições de origem que caracterizam o que nós chamamos legislação formal. Mesmo quando instituições dotadas de autoridade tentam criar significado para os preceitos que elas articulam, elas agem, a esse respeito, de um modo não privilegiado.” (“There is a radical dichotomy between the social organization of law as power and the organization of law as meaning. This dichotomy, manifest in folk and underground cultures in even the most authoritarian societies, is particularly open to view in a liberal society that disclaims control over narrative. The uncontrolled character of meaning exercises a destabilizing influence upon power. Precepts must ‘have meaning’, but they necessarily borrow it from materials crated by social activity that is not subject to the strictures of provenance that characterize what we call formal lawmaking. Even when authoritative institutions try to crate meaning for the precepts they articulate, they act, in that respect, in an unprivileged fashion.”) A descrição de Cover é extremada porque a política jurisgenerativa não precisa crer “numa dicotomia radical” entre o Direito como poder e o Direito como significado. No seio da política jurisgenerativa, parece mais adequado enxergar uma separação contingente entre esses dois aspectos, contornável pela prática dialógica do processo legislativo.

²¹⁰ “The suggestion is that the pursuit of political freedom through law depends on ‘our’ constant reach for inclusion of the other, of the hitherto excluded – which in practice means bringing to legal doctrinal presence the hitherto absent voices of emergently self-conscious social groups.” (MICHELMAN, 1988, p. 1529)

identidade de uma comunidade política e, paralelamente, convida a sua auto-revisão mediante o debate sobre o seu significado. Os direitos básicos têm um papel de destaque nesse universo jurisgenerativo. Eles são indispensáveis à deliberação democrática. Os direitos constitucionais garantem as precondições da política jurisgenerativa limitando o poder de a maioria eliminar essas precondições. O reconhecimento de direitos é a origem e o resultado do processo pelo qual ofensas, que uma vez foram sussurradas e não ouvidas, tornam-se reivindicações, e reivindicações, que uma vez foram mal-sucedidas, vêm a persuadir outras pessoas e transformar a vida social.

Esse amplo processo pressupõe que os portadores de direitos têm o poder de questionar as transgressões aos seus direitos pela sua própria voz. E procura assegurar que eles obtenham em resposta um julgamento razoável e publicamente justificado. Exatamente por isso, ele tem repercussões institucionais extremamente importantes. Ele acredita que o fórum do debate jurisgenerativo não pode ser facilmente concentrado em órgãos majoritários centralizados. Ele desperta a consciência de que “nós o povo”, não é o mesmo que “nós os ocupantes dos órgãos do governo representativo”. Conforme assinalou Michelman (1986a, p. 75): “O Congresso não somos nós. O Presidente não somos nós. [...] ‘Nós’ não estamos ‘dentro’ desses corpos. Suas determinações não são nosso autogoverno”.²¹¹

Desse modo, as assembleias legislativas formais não configuram a arena exclusiva, nem mesmo primária, da política jurisgenerativa. Isso, contudo, não quer dizer que aquela arena seja dispensável ou sem importância. Quer dizer, sim, que parte sensível do diálogo com conseqüências normativas ocorre fora dos canais formais de política eleitoral e legislativa, e que “na sociedade moderna esses canais formais possivelmente não são capazes de prover para a maior parte dos cidadãos muita experiência direta de [...] envolvimento dialógico”²¹² (MICHELMAN, 1988, p. 1531).

A política jurisgenerativa pugna por uma noção de cidadania não centralizada no Estado (MICHELMAN, 1988, p. 1531). Defende, assim, que muito, talvez a maior parte, da experiência dialógica deve ocorrer nas arenas a que se costuma chamar vida pública num sentido amplo, algumas delas nominalmente políticas, outras não. A cidadania abarca não apenas a participação formal nos negócios do Estado mas também a presença respeitosa – de vozes distintas e audíveis – na vida pública e social em geral. A ênfase nesses

²¹¹ “*Congress is not us. The President is not us. [...] ‘We’ are not ‘in’ those bodies. Their determinations are not our self-government.*” (MICHELMAN, 1986a, p. 75)

²¹² “[...] *in modern society those formal channels cannot possibly provide for most citizens much direct experience of [...] dialogic engagement*”. (MICHELMAN, 1988, p. 1531)

espaços informais de formação da opinião e da vontade públicas tem duas conseqüências. A primeira é dar credibilidade à idéia de que, em certa medida, as democracias constitucionais institucionalizam as condições procedimentais da política jurisgenerativa. E que o exercício do poder majoritário centralizado, sobretudo em sede de processo legislativo, deve ser receptivo a esse amplo domínio de atividade dialógica informal.

A segunda implicação, intimamente relacionada à primeira, é definir o papel do Poder Judiciário na interpretação constitucional. Ao notar que o processo político formal está de alguma forma separado do autogoverno popular, localizando a política jurisgenerativa “em processos sociais extragovernamentais que o Direito estatal, por isso, pode tanto nutrir quanto suprimir”²¹³ (MICHELMAN, 1988, p. 1532), pode-se negar que o Judiciário tenha que adotar uma postura de estrita deferência em relação aos outros Poderes no âmbito do controle de constitucionalidade. Se as determinações do Legislativo em larga medida não são as determinações do povo, os juízes que invalidam aquelas determinações não estão necessariamente subtraindo algo da liberdade dos cidadãos, a despeito de que os juízes, obviamente, também não são os cidadãos agindo por si próprios (MICHELMAN, 1986a, p. 75). O papel do Judiciário, nesse contexto, é evitar que o processo político jurisgenerativo venha a caducar em uma política de auto-negação. Aos tribunais incumbe desafiar a tendência de os cidadãos politicamente engajados enclausurarem-se em torno das suas próprias visões morais atuais, como se elas fossem definitivas; e, assim, evitar que os cidadãos “neguem a si mesmos a pluralidade da qual depende sua capacidade de auto-renovação transformadora”²¹⁴ (MICHELMAN, 1988, p. 1532).

No universo constitucional da política jurisgenerativa – com suas características dialógicas, participativas e inclusivas –, é certo que não cabe aos tribunais funcionar como fórum central dos princípios. Aliás, como foi visto, nem sequer pode caber a qualquer mecanismo político formal essa pretensão. Isso não quer dizer, contudo, que a política jurisgenerativa se confunde com o simples governo por maioria. Ela é muito mais exigente do que isso. Requer que os cidadãos reflitam conjunta e criticamente sobre a sua herança jurídico-política comum, o que depende da abertura permanente a novas demandas ainda não ouvidas. Inclusão – diversidade na universalidade – é o mote da política jurisgenerativa. E qualquer pretensão majoritária de negar reconhecimento à diferença, ainda

²¹³ “[...] *extra-governmental social process that state law, therefore, may either nurture or suppress*”. (MICHELMAN, 1988, p. 1532)

²¹⁴ “[...] *to deny to themselves the plurality on which their capacity for transformative self-renewal depends*”. (MICHELMAN, 1988, p. 1532)

que sustentada por uma maioria firme, é um vício com o qual essa visão da política constitucional é incapaz de compactuar.

O majoritarismo ilimitado não deve ser identificado com a democracia. Um sistema em que as maiorias têm permissão para reprimir as visões daqueles que divergem delas dificilmente poderia ser descrito como democrático (SUNSTEIN, 1993, p. 142). A função dos tribunais, órgãos distanciados da política majoritária, é, portanto, reagir contra o auto-enclausuramento popular, evitando que os cidadãos imponham obstáculos ao bom funcionamento do processo político democrático. Isto porque, “os juizes talvez desfrutem de uma vantagem situacional sobre o povo em geral para ouvir as vozes que vem das margens”²¹⁵ (MICHELMAN, 1988, p. 1537), o que pode permitir a eles revigorar o diálogo quando ele é ameaçado.

Mas, resta perquirir, como o compromisso constitucional com a política jurisgenerativa afeta a autoridade interpretativa dos tribunais? Cass Sunstein (1993, p. 144) já acentuou, com sobras de razão, que num regime constitucional “dizer que a deliberação é requerida é apenas perguntar como os tribunais e outras instituições podem promover essa aspiração”.²¹⁶ Por isso, é preciso avançar a análise. Qualquer resposta convincente àquela indagação inicia dizendo que os tribunais devem agir de forma a reforçar a democracia, e não a obstá-la. Isso conduz a uma posição muito próxima àquela que no segundo capítulo foi chamada teoria constitucional democrático-procedimental, conforme a qual os juizes devem assegurar que os processos políticos ordinários de democracia majoritária operem de forma a permitir a todos uma oportunidade equitativa de afetar as decisões políticas. Sem embargo, essa aproximação ao modelo democrático-procedimental deve ser vista com parcimônia. Existem ao menos duas teses geralmente atribuídas à teoria democrático-procedimental, tendo em conta sua versão mais conhecida, encontrada na obra de John Hart Ely “*Democracy and Distrust*” (Democracia e Desconfiança) (1980), que não são endossadas pela proposta a ser desenvolvida.

Em primeiro lugar, Ely pretendia reduzir à Constituição à sua face procedimental. Para ele, a Constituição era um documento esmagadoramente dedicado, de um lado, à equidade procedimental na resolução de disputas individuais, de outro, a garantir ampla participação nos processos e distribuições do governo (ELY, 1980, p. 87). A essa visão

²¹⁵ “*Judges perhaps enjoy a situational advantage over the people at large in listening for voices from the margins*” (MICHELMAN, 1988, p. 1537)

²¹⁶ “*To say that deliberation is required is only to ask how courts and other institutions might promote that aspiration*”. (SUNSTEIN, 1993, p. 144)

procedimental Ely opunha a visão da Constituição como uma declaração de valores gerais em evolução. A verdade é que a Constituição não é nem uma coisa nem outra. Muito da atração despertada pela teoria de Ely está no fato de esse autor ter estabelecido como definitivas e abrangentes dicotomias que, em verdade, são parciais e contingentes, como a dicotomia processo/substância. A Constituição não é uma ordem objetiva de valores, mas também não é um simples documento procedimental que pretende apenas assegurar a todos ampla participação. A Constituição envolve um compromisso com uma forma específica de política que, na esteira de Michelman, aqui se tem chamado política jurisgenerativa.

Nessa concepção, a política não deixa de ser um processo, mas é um processo comprometido com valores substanciais, concentrados na idéia de deliberação política entre iguais. Essa concepção compartilha com Ely (1980, p. 87) a idéia de que “a seleção e acomodação de valores substantivos deve ser deixada quase inteiramente ao processo político”.²¹⁷ Mas nega que isto se dê porque a Constituição esteja despreocupada com esses valores. O que a Constituição faz é exigir dos cidadãos que conversem e reflitam abertamente sobre seus valores fundamentais, com a intenção de submeter tais valores continuamente à crítica renovadora.

A Constituição não se esgota na sua dimensão meramente procedimental. Não se trata de um diploma que desconheça afirmações de valores fundamentais. Ela traz aspirações coletivas a serem realizadas e garante direitos individuais que desconfiam das majorias, e, acima de tudo isso, a Constituição escrita torna solene um compromisso comum de um povo de decidir de forma pública e razoável, por si próprio, suas questões fundamentais de justiça social. É aí que se encontram a fraqueza e a virtude da teoria democrático-procedimental de Ely. Ely a propôs como uma teoria sobre o sentido da Constituição. Nessa primeira perspectiva, ela é frágil.²¹⁸ Mas existe uma outra forma de vê-la. Esta corresponde

²¹⁷ “[...] *the selection and accommodation of substantive values is left almost entirely to the political process* [...]”. (ELY, 1980, p. 87)

²¹⁸ Esse é o objeto essencial da crítica de Laurence Tribe segundo a qual o modelo democrático-procedimental de Constituição proposto por ela Ely cria um círculo vicioso: “Se alguém fosse bem-sucedido em persuadir as pessoas em geral de que a empresa da exegese constitucional pudesse seguramente e legitimamente ser deixada a especialistas judiciais que aperfeiçoam processos e reforçam a representação, e que a empresa em si não tivesse conteúdo substantivo além da exposição e reparação de obstáculos essencialmente técnicos à participação equitativa e à representação adequada, então haveria muito pouco para qualquer um que não um juiz (ou um estudante e crítico do comportamento judicial) discutir [...] com respeito às questões constitucionais. As preocupações constitucionais seriam todas redutíveis a questões sobre como ajustar melhor o maquinário do governo representativo para assegurar que ele represente verdadeiramente aqueles que desejam ser representados. De fato, se as frases abertas e pistas parciais da Constituição não devem ser interpretadas para alcançar mais objetivos substantivos além desses, então esta regra de interpretação é presumivelmente um comando dirigido não somente aos juízes mas a *todos* aqueles que a Constituição vincula. E, se isto é assim, exortações para que os juízes prestem atenção às deliberações dos outros departamentos são convocações para o

mais propriamente à definição acima apresentada, de acordo com a qual a teoria democrático-procedimental determina que os juízes devem assegurar que os processos políticos ordinários de democracia majoritária operem de forma a permitir a todos uma oportunidade equitativa de afetar as decisões políticas. Nessa segunda perspectiva, a teoria é forte, pois ela não é uma teoria sobre a Constituição em si, mas uma teoria sobre a função que os juízes, agentes públicos distanciados da política representativa, devem desempenhar na interpretação da Constituição.²¹⁹

Existe, ademais, um outro aspecto da teoria de Ely que deve ser deixado de lado. É o seu apego demasiado a uma visão da política como negociação entre grupos de interesses privados. Para Ely, o processo político representativo funciona mal essencialmente quando algum grupo não consegue expor suas preferências. A idéia de participação equitativa no processo significa que todos devem ter suas preferências consideradas, e que a política é uma instância de agregação de preferências em que cada grupo luta para defender seus interesses. É por essa razão que Ely se sente à vontade para descrever sua teoria procedimental do controle judicial de constitucionalidade como algo “análogo ao que pode ser chamado uma orientação ‘antitruste’ em oposição a uma orientação ‘regulatória’ dos negócios econômicos – ao invés de ditar resultados substantivos ela intervém somente quando o ‘mercado’, em nosso caso o mercado político, está em mau funcionamento sistêmico”²²⁰ (ELY, 1980, p. 102-103). Esse posicionamento reside nitidamente na base da primeira das duas funções que Ely (1980, p. 74) atribui ao judiciário constitucional: “desobstruir os canais de participação política”, haja vista que tal desobstrução é necessária para que as pessoas em seu interesse próprio escolham representantes cujos interesses sejam inter-relacionados com os seus. É também por essa razão que a segunda função que Ely imputa ao controle judicial de

diálogo vazio e ultimamente circular.” (*If anyone were to succeed in persuading people generally that the enterprise of constitutional exegesis could safely and legitimately be left to process-perfecting and representation-reinforcing judicial experts, and that the enterprise itself had no substantive content beyond that of exposing and repairing essentially technical obstacles to fair participation and adequate representation, then there would be little for anyone but a judge (or a student and critic of judicial behavior) to discuss [...] with respect to constitutional matters. Constitutional concerns would all be reducible to issues in how best to adjust the machinery of representative government to assure that it truly represents those who wish to be represented. Indeed, if the Constitution’s open phrases and partial clues are not to be construed to achieve more substantive aims than that, then this rule of construction is presumably a command directed not solely to judges but to all whom the Constitution binds. And, if that is so, then exhortations that judges pay heed to the constitutional deliberations of the other branches are calls to empty and ultimately circular dialogue.*) (TRIBE, 1985, p. 21)

²¹⁹ Nesse sentido, a teoria democrático-procedimental é uma variação da teoria dos valores substanciais; e não um contraposto a ela. (ELY, 1980, p. 75; BREST 1981; DWORKIN, 2000, 41-105; ORTIZ 1991)

²²⁰ “[The approach to constitutional adjudication recommended here is] akin to what might be called an ‘antitrust’ as opposed to a ‘regulatory’ orientation to economic affairs – rather than dictate substantive results it intervenes only when the ‘market’, in our case the political market, is systemically malfunctioning.” (ELY, 1980, p. 102-103)

constitucionalidade “corrigir certos tipos de discriminação contra minorias”, parece não se ajustar bem com a sua compreensão de democracia. Uma preocupação ativa contrária à discriminação de minorias baseada no preconceito não se adapta a um regime de agregação de preferências. Na crítica precisa de Lawrence Sager:

A teoria da representação de Ely exige que os legisladores rejeitem resultados a favor dos quais maiorias sociais iriam optar em alguns momentos e lugares, talvez maciçamente, se lhes fosse dada a oportunidade de escolherem por si mesmas. E ela faz isso com fundamento na *injustiça* do preconceito, não com fundamento no respeito à verdadeira, ao invés da imediata, vontade da comunidade. [...] O que Ely efetivamente demonstra é que nenhuma teoria plausível de governo pode ver todas as questões de escolha pública como apropriadamente solucionáveis pela vontade popular. Mesmo um majoritarismo elementar, inclinado tanto quanto conceitualmente possível em direção ao governo pela preferência popular, exigiria que algumas questões importantes [...] fossem julgadas pela justiça política.²²¹ (SAGER, 1990, p. 914-915, tradução livre, grifo no original)

A ênfase da política jurisgenerativa na possibilidade da persuasão por meio do diálogo entre iguais, da modulação dialógica das crenças e convicções, da reavaliação das preferências, da transformação deliberativa do *status quo*, enfim, do uso público da razão, faz dela uma postura antagônica à visão pluralista da política sustentada, de forma mais ou menos cambaleante, por Ely. Deve-se ressaltar, porém, que o antagonismo entre política jurisgenerativa e política pluralista não significa que as duas funções do controle judicial de constitucionalidade defendidas por Ely devam ser abandonadas. À medida que seu objetivo principal é indicar o papel do Judiciário no aperfeiçoamento do processo democrático, elas certamente podem, e devem, ser retomadas à luz da política jurisgenerativa.

Parte considerável do trabalho de Cass Sunstein sobre o papel do Judiciário na interpretação constitucional parece ser uma tentativa de refundar o modelo democrático-procedimental de Ely sob bases jurisgenerativas, livrando-o, assim, dos dois problemas acima indicados.²²² Sunstein (1993, p. 123) parte da idéia de que a base da interpretação constitucional deve ser buscada no compromisso geral com a democracia deliberativa.²²³

²²¹ “Ely’s theory of representation requires legislators to reject outcomes for which social majorities in some times and places would opt, perhaps overwhelmingly, if given the chance to choose for themselves. And it does so on grounds of the *injustice* of prejudice, not on grounds of respecting the true rather than the immediate will of the polity. [...] What Ely effectively demonstrates is that no plausible theory of government can view all matters of public choice as appropriately resolvable by popular will. Even a bare-bones majoritarianism, tilted as far as conceptually possible towards government by popular preference, would require that some important matters [...] be judged by political justice.” (SAGER, 1990, p. 914-915)

²²² Tentativa semelhante é executada por Jürgen Habermas (1997, p. 326-330), embora o filósofo alemão pareça não identificar claramente a feição pluralista da teoria de Ely (HABERMAS, 1997, p.327).

²²³ Embora a idéia de “democracia deliberativa” de Sunstein (1988; 1993) não seja absolutamente idêntica à “política jurisgenerativa” de Michelman (1988), anotar suas diferenças é um assunto por demais complexo e específico para ser tratado aqui. Por ora, basta dizer que ambos os autores partem de um princípio semelhante, a deliberação ou diálogo na política dirigida ao bem comum, e tem um inimigo em comum, a concepção pluralista da política. Para os propósitos desse trabalho eles se assemelham no essencial: ambos localizam a essência

Nessa visão, a política não é um processo de agregação de preferências. Pelo contrário, a tarefa central da política é minimizar o efeito de certas preferências impedindo que elas venham a ter efeitos condenáveis se traduzidas em leis. O processo político deve identificar as preferências que se mostrem reprováveis ou distorcidas, garantindo que elas sejam filtradas por processos de deliberação, a discussão e o debate político. Conforme Sunstein (1993, p. 20), “a condição mínima da democracia deliberativa é a exigência de razões para a ação governamental”.²²⁴ A Constituição funda uma república de razões:

[...] o governo deve sempre ter uma razão para aquilo que ele faz. Se ele está distribuindo algo a um grupo ao invés de outro, ou privando alguém de algum bem ou benefício, ele deve se explicar. A razão exigida deve contar como uma razão de consideração pública. O governo não pode apelar para o interesse privado isoladamente.²²⁵ (SUNSTEIN, 1993, p. 17, tradução livre)

Com apoio nessa visão democrático-deliberativa, Sunstein mira diretamente o aspecto político-pluralista da proposta de Ely. O núcleo do compromisso deliberativo está em banir dos fundamentos da ação governamental o que Sunstein denomina “preferências nuas”: a distribuição de recursos ou oportunidades a um grupo ao invés de outro simplesmente sob o fundamento de que o grupo favorecido exerceu o poder político bruto para obter aquilo ele queria (SUNSTEIN, 1993, p. 25). A condenação das preferências nuas atinge em cheio a teoria democrático-procedimental de Ely:

A proibição das preferências nuas coloca-se como um repúdio às teorias que reivindicam que o papel judicial é apenas policiar o processo de representação para assegurar que todos os grupos de interesse afetados possam participar. Com respeito a isso, a proibição das preferências nuas reflete um valor distintamente substantivo e não pode ser facilmente capturada em termos procedimentais. Acima de tudo, pressupõe-se que os tribunais constitucionais servirão como críticos da visão pluralista, não como aderentes empenhados somente em “desobstruir os canais” para a luta política.²²⁶ (SUNSTEIN, 1993, p. 26, tradução livre)

Além disso, Sunstein (1993, p. 349) critica abertamente a visão de que o papel da Constituição na sociedade deve ser definido por referência às capacidades do Judiciário. Para ele, a Constituição não se resume àquilo que está disponível aos seus

normativa da democracia em processos comunicativos entre cidadãos livres e iguais, e na subordinação das decisões políticas a esses processos.

²²⁴ “*The minimal condition of deliberative democracy is a requirement of reasons for governmental action*” (SUNSTEIN, 1993, p. 20)

²²⁵ “[...] *government must always have a reason for what it does. If it is distributing something to one group rather than to another, or depriving someone of some good or benefit, it must explain itself. The required reason must count as a public-regarding one. Government cannot appeal to private interest alone.*” (SUNSTEIN, 1993, p. 17)

²²⁶ “*The prohibition of naked preferences stands as a repudiation of theories claiming that the judicial role is only to police the process of representation to ensure that all affected interest groups may participate. In this respect, the prohibition of naked preferences reflects a distinctly substantive value and cannot easily be captured in procedural terms. Above all, it presupposes that constitutional courts will serve as critics of the pluralist vision, not as adherents striving only to ‘clear the channels’ for political struggle.*” (SUNSTEIN, 1993, p. 26)

intérpretes judiciais. Os objetivos democráticos, que a Constituição funda e promove, convidam atores não-judiciais – o Congresso, o Presidente, os agentes públicos, os cidadãos ordinários – a se engajarem na deliberação sobre o sentido das amplas garantias constitucionais. Nesse viés, “o significado da Constituição não é idêntico às interpretações da Suprema Corte, que devem ser vistas como uma simples parte de um longo e complexo diálogo”²²⁷ (SUNSTEIN, 1993, p. 350).

Desonerado das duas fragilidades do procedimentalismo de Ely, Sunstein é capaz de apresentar uma visão deliberativa dos órgãos constitucionais de representação política. De acordo com sua proposta, sob o sistema da democracia deliberativa, os representantes públicos devem ser, em última instância, responsáveis perante o povo, como queria Ely; mas eles também devem ser capazes de se envolver em uma forma de deliberação não dominada pelos interesses privados das facções em confronto. Diz Sunstein:

Nós devemos entender a Constituição como um complexo conjunto de estratégias de pré-comprometimento, através da qual a cidadania cria arranjos institucionais para se proteger contra o interesse político pessoal, o facciosismo, as falhas na representação, a miopia e outros problemas previsíveis do governo democrático.²²⁸ (SUNSTEIN, 1993, p. 21, tradução livre)

Ao redefinir o compromisso democrático da Constituição em termos deliberativos, Sunstein propicia uma visão diferente dos mecanismos formais de representação política. A principal função do sistema democrático passa a ser vista como sendo “assegurar que através de processos representativos, vozes novas ou submersas, ou novos retratos de onde se situam os interesses e quais são eles de fato, possam ser ouvidas e entendidas”²²⁹ (SUNSTEIN, 1993, p. 182-183). O que atribui uma importância e dignidade ainda maior ao processo de formação das leis, pois, num ambiente deliberativo, se a maioria for proibida de expressar seus julgamentos ponderados por meio da legislação, uma importante arena para o autogoverno democrático terá sido eliminada.²³⁰ Com essa

²²⁷ “*The meaning of the Constitution is not identical with de interpretations of the Supreme Court, which should be seen as a mere part of a long and complex dialogue*” (SUNSTEIN, 1993, p. 350)

²²⁸ “*We might understand the Constitution as a complex set of precommitment strategies, through which the citizenry creates institutional arrangements to protect against political self-interest, factionalism, failures in representation, myopia, and other predictable problems in democratic governance*”. (SUNSTEIN, 1993, p. 21)

²²⁹ “*A principal function of democratic system is to ensure that through representative process, new or submerged voices, or novel depictions of where interests lie and what they in fact are, can be heard and understood*”. (SUNSTEIN, 1993, p. 182-183)

²³⁰ É preciso notar que a concepção de democracia deliberativa de Sunstein é professadamente tributária de James Madison, enfatizando o papel da representação política no encorajamento da deliberação por meio da filtragem das preferências e pontos de vista normalmente desinformados e pouco refletidos do público em geral. (PETERS, 2000, p. 1461) De acordo com Sunstein (1999, p. 133), os redatores da Constituição norte-americana “rejeitaram modelos populistas em favor de um esforço republicano para promover a reflexão mais ponderada através de mecanismos desenhados, nas palavras de James Madison, para ‘refinar e ampliar’ a visão pública. [...]”

construção, o enfoque democrático-deliberativo de Sunstein permite recuperar a insinuação de Ely (1980, p. 74) de que as intervenções judiciais no processo político, mais precisamente na ação do Poder Legislativo, devem ser movidas por um desejo de assegurar que o processo político esteja aberto a todos os pontos de vista em bases aproximadamente iguais.

Assim, é possível ter um argumento democrático defensável para dizer que as decisões das questões mais importantes para a cidadania devem ser deixadas ao processo político; ou seja, que os tribunais devem adotar uma atitude normal de deferência em face do processo legislativo, exceto quando as próprias condições da democracia estejam ameaçadas. Isso significa que os tribunais devem intervir apenas quando o processo democrático funciona mal. O que ocorre essencialmente em duas classes de casos: 1) casos que envolvem direitos centrais para o processo democrático e cuja limitação, por isso, muito provavelmente será incapaz de convocar um remédio político; 2) casos que envolvem grupos ou interesses dificilmente capacitados a obterem uma audiência justa no processo legislativo (SUNSTEIN, 1993, p. 142-143).

Essas duas situações retratam as hipóteses de auto-enclausuramento dos cidadãos que ocupam o centro do poder ante a diversidade que vem das margens. É contra isso que os tribunais devem reagir. Por esse motivo é que eles têm razões especialmente fortes para uma ação agressiva nesses dois casos. Exemplos típicos da primeira classe de casos são as intervenções governamentais no direito ao voto, no direito a concorrer a cargos públicos, no direito à liberdade de consciência, expressão, imprensa e reunião. Mas eles também se estendem para todos aqueles direitos que, ademais destes, possam ser definidos como precondições da democracia deliberativa – igualdade política, liberdade religiosa, dentre outros. Já a segunda categoria de casos diz respeito aos ônus e às restrições impostos pelo governo àqueles grupos que enfrentam obstáculos à organização política ou, então,

O sistema americano é de democracia representativa e não de democracia direta, parcialmente em razão de um julgamento de que a deliberação política pode ser melhor promovida através de um sistema representativo”. (“*The framers] rejected the populist models in favor of a republican effort to promote more considered reflection through mechanisms designed, in James Madison’s words, to ‘refine and enlarge’ the public view. [...] The American system is one of representative rather than direct democracy, partly because of a judgement that political deliberation can best be promoted through a representative system*”). Em *O Federalista* n. 10, Madison (2003, p. 82-83) estabeleceu sua conhecidíssima distinção entre duas formas de governo popular, a Democracia (pequeno número de cidadãos, pequena extensão territorial e governo mediante participação direta) e a República (maior quantidade de cidadãos, maior extensão territorial e governo representativo). Segundo Madison (2003, p. 83), o primeiro ponto de diferença entre uma Democracia e uma República é “a delegação do governo, na última, a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos restantes”, sendo que um dos efeitos vantajosos do governo representativo que caracteriza a República, e está ausente na Democracia, é “refinar e ampliar os pontos de vista do público, filtrando-os através do meio de uma assembleia escolhida de cidadãos, cuja sagesa pode discernir melhor o verdadeiro interesse do seu país, e cujo patriotismo e amor da justiça terá menor probabilidade de sacrificar esse interesse a considerações temporárias ou parciais”.

confrontam-se com o preconceito e a hostilidade disseminados na sociedade – os homossexuais, por exemplo. Estas barreiras excessivas ao exercício da influência política, suportadas apenas por certos grupos, retiram fundamento da presunção ordinária em favor dos resultados do processo democrático.

Identificados esses casos é hora de conferir a essas coordenadas gerais de atuação judicial um perfil mais detalhado. É preciso averiguar como o papel do Judiciário constitucional de fomentador do processo democrático se harmoniza com as características institucionais dos tribunais e, assim, demarca os limites da sua autoridade interpretativa. Este é o fundamento para o desenlace da pergunta sobre quando e em que medida é apropriada a intromissão dos tribunais no processo de interpretação e implementação da Constituição. Além disso, não se pode furtar de uma tentativa de instrumentalização desses constrangimentos institucionais por meio de métodos de controle judicial de constitucionalidade e testes interpretativos a serem adotados pelos juízes para que possam bem exercer o seu papel.

3.4 Limites institucionais do judiciário: o minimalismo judicial

A seção anterior tentou construir uma concepção defensável do papel dos tribunais na interpretação constitucional. Em face das rigorosas exigências de deliberação, diálogo e respeito à diferença, que se impõem aos intérpretes constitucionais no contexto de uma política jurisgenerativa, concluiu-se que o papel do Judiciário deve ser o de garantir o contínuo aperfeiçoamento do processo democrático. É dizer, evitar que o auto-enclausuramento dos grupos sociais politicamente mais expressivos impeça o acesso e a oitiva de novas reivindicações no debate político. Esse se mostrou o papel mais digno que os juízes podem desempenhar numa sociedade ciente das profundas divergências morais que dividem seus membros e comprometida com o governo mediante razões publicamente aceitáveis.

O efeito abrupto desse enfoque é exigir dos juízes que eles deixem de ver a si próprios como intérpretes solitários da Constituição. Eles devem encarar sua obrigação de fidelidade à Constituição à luz dessa redefinição do seu papel como juízes, conscientes do fato de que os tribunais nada mais são do que “participantes em um sistema elaborado de deliberação democrática”²³¹ (SUNSTEIN, 1999, p. 263). Nesse sistema, não compete aos juízes apenas dar o melhor de si para elaborar, reinspecionar e revisar a estrutura de liberdade

²³¹ “[...] courts are participants in an elaborate system of democratic deliberation”. (SUNSTEIN, 1999, p. 263)

e igualdade instaurada pelas cláusulas genéricas da Constituição. Os magistrados também ostentam um dever de abertura ao diálogo e respeito à diferença. Como bem ressaltou Richard Fallon Jr.:

[...] a tarefa do juiz não é apenas alcançar um julgamento pessoal sobre como a Constituição, vista à luz dos princípios morais corretos, seria lida da melhor forma [...]. O papel dos juízes é também, ao menos com a mesma importância, o de levar em conta e às vezes acomodar as visões razoáveis dos outros. O papel dos juízes, além disso, não é exclusivamente o de contar a verdade sobre o significado da Constituição (da forma como cada um, pessoalmente, pensa que ela seria idealmente entendida), mas é também, às vezes predominantemente, o de participar em um projeto necessariamente cooperativo de implementação da Constituição.²³² (FALLON JR., 1997, p. 147-148, tradução livre)

Para se imbuírem da intenção de cooperar com os demais intérpretes, os juízes devem compreender que isolados nos órgãos judiciais eles são incapazes de realizar o projeto constitucional. Eles são parte – não são o todo, muito menos o ápice – do processo de interpretação e implementação da Constituição. Eles têm de reconhecer que “a Constituição é uma afirmação de ideais morais abstratos que cada *geração* deve interpretar por si própria” (DWORKIN, 2003, p. 154, grifo nosso), que “a Constituição verdadeiramente fornece a moldura para a sociedade debater suas questões mais incômodas”²³³ (CHEMERINSKY, 1989, p. 101).

É preciso que os juízes relembrem que existe uma importante diferença entre uma teoria do controle judicial de constitucionalidade e uma teoria da interpretação constitucional (CHEMERINSKY, 1989, p. 102). Que uma coisa é perguntar qual o conteúdo substantivo, o sentido verdadeiro de uma cláusula constitucional. Esse é o problema da interpretação. Outra coisa é perguntar qual o papel institucional que o Judiciário deve ocupar no contínuo processo de busca e reavaliação do sentido correto das cláusulas constitucionais. Esse é o problema do controle judicial de constitucionalidade. E que equiparar interpretação e controle judicial, identificando a Constituição plena com a Constituição judicializada (SAGER, 1993, p. 435), de tal modo que as visões dos tribunais esgotem a Constituição, tem o pernicioso efeito de que quando os tribunais não reconhecem um direito ou deixam de dar efetividade a uma norma constitucional isso elimina o direito ou vicia a norma. Ou seja, retira

²³² “[...] a Justice’s job is not just to reach a personal judgement about how the Constitution, viewed in light of correct moral principles, would best be read [...] The Justices’ role is also, at least as importantly, one of taking into account and sometimes accommodating the reasonable views of others. The Justices’ role, moreover, is not exclusively one of truth-telling about the meaning of the Constitution (as each, personally, thinks that it ideally would be understood), but is also one, sometimes predominantly, of participating in a necessarily cooperative project of implementing the Constitution.” (FALLON JR., 1997, p. 147-148)

²³³ “The Constitution truly provides the framework for society to debate its most troublesome issues”. (CHEMERINSKY, 1989, p. 101)

da cidadania a prerrogativa de participar significativamente do processo de interpretação e implementação da Constituição.

Em verdade, o quadro é, e deve ser, precisamente o contrário deste. A recusa de um tribunal em reconhecer ou proteger um direito constitucional está constantemente influenciada pelas preocupações institucionais dos juízes a respeito do papel do Judiciário. Qualquer um que conceda o mínimo de seriedade para doutrinas como as das questões políticas, da autocontenção judicial e do Judiciário como legislador negativo, perceberá que por trás delas localiza-se exatamente o problema institucional. Conforme advertiu Sunstein:

O direito constitucional, como ele opera nos tribunais, é uma complicada mistura de teoria substantiva e constrangimento institucional. Resultados constitucionais não são simplesmente uma questão de princípios gerais corretos; a posição distinta do Judiciário deve ser sempre considerada. Limites institucionais forçam os tribunais a restringir o alcance dos constrangimentos substantivos sobre a ação governamental. [...] por razões institucionais, o Tribunal irá às vezes validar certas práticas mesmo se estas práticas pudessem ser justificadamente consideradas inconstitucionais por uma instituição que não enfrente os mesmos limites que o Judiciário enfrenta.²³⁴ (SUNSTEIN, 1993, p. 152, tradução livre)

Nesse sentido, a equação correta da relação entre interpretação constitucional e controle judicial é a que diz que quanto mais os argumentos institucionais afetam as decisões do Judiciário, maior a necessidade de interpretações independentes realizadas pelos outros Poderes que não estão submetidos aos mesmos constrangimentos que os tribunais. Quanto mais limitado o enfoque adotado pelos tribunais no controle judicial de constitucionalidade, mais os outros poderes devem engajar-se na análise e proteção constitucional independente (CHEMERINSKY, 1989, p. 102-103).

O objetivo deste tópico é sustentar, a partir das observações antes feitas sobre a centralidade da participação e da cooperação na empreitada constitucional, que cabe aos juízes aceitar um receituário de modéstia, cautela e humildade no exercício do controle judicial de constitucionalidade. Quer se destacar o fato de que os juízes constitucionais podem pecar tanto pela falta quanto pelo excesso. De um ponto de vista prático, a intervenção judicial em demasia pode ser tão ou mais danosa para o projeto constitucional do que a deferência absoluta do Judiciário à ação dos outros Poderes. E que, numa sociedade

²³⁴ “Constitutional law, as it operates in the courts, is an uneasy mixture of substantive theory and institutional constraint. Constitutional results are not simply a matter of the right general principles; the distinctive position of the judiciary must always be considered. Institutional limits force the courts to limit the scope of substantive constraints on government action. [...] for institutional reasons, the Court will sometimes uphold certain practices even if those practices could justifiably be found unconstitutional by an institution not facing the limits that judiciary does.” (SUNSTEIN, 1993, p. 152)

heterogênea, que vive num ritmo acelerado de transformações sociais e tecnológicas, o Judiciário, devido às suas próprias condições institucionais, deve estar menos preocupado em descobrir o verdadeiro sentido do texto constitucional e mais interessado em produzir decisões estreitas, superficiais e provisórias – soluções funcionais e pouco ambiciosas – para os complexos e cambiantes problemas jurídicos que se apresentam.²³⁵

A principal razão para isso é que quando os juízes falam prematuramente a verdade, como eles a enxergam pessoalmente, sobre os dispositivos constitucionais, eles estão, no mais das vezes, frustrando o debate arrazoado e a experiência democrática que a Constituição motiva e sem a qual a Constituição não sobrevive. Essa frustração se dá por dois motivos. Primeiro, porque os juízes podem errar. A sua visão pessoal pode ser defeituosa em virtude das restrições de conhecimento e comunicação a que eles estão sujeitos. Segundo, porque mesmo quando sua decisão seja acertada, é dizer, alcance um resultado justo, ela pode gerar efeitos danosos. Ela pode produzir conseqüências maléficas não pretendidas, que minem os próprios objetivos que ela pretende afirmar. Ela pode motivar a aglutinação de forças opositoras e desarticular os atores políticos que a favorecem, dificultando a implementação e obstruindo o avanço dos princípios que declara. Acima de tudo, ela tende, à medida que exclui determinadas matérias do âmbito do politicamente decidível, a empobrecer a deliberação pública, o aprendizado democrático, o compromisso e a evolução moral ao longo

²³⁵ Esse trecho sintetiza algumas noções básicas de um enfoque sobre a decisão judicial constitucional que se tem chamado, na esteira de Cass Sunstein, “minimalismo judicial”. Sua idéia básica é que freqüentemente a melhor decisão que os juizes devem tomar em questões constitucionais é deixar as coisas sem serem decididas, ou seja, decidir o mínimo possível. Isso se dá a partir de duas estratégias. A primeira é tomar decisões estreitas e superficiais, que não excedam o que é necessário para resolver o litígio em questão, inibindo ao máximo os efeitos dessa decisão sobre casos futuros. A segunda é evitar inteiramente decidir sobre determinadas questões ou, então, decidi-las de uma forma que sustente as escolhas feitas pelos órgãos políticos. Segundo Chistopher J. Peters (2000, p. 1469), autor que provavelmente realizou a análise mais sistemática acerca do minimalismo até aqui, essa postura é animada por duas premissas: 1) a premissa de que uma decisão é menos legítima do ponto de vista democrático quando tomada por um tribunal do que quando tomada por um dos ramos políticos do Estado; 2) a premissa de que os tribunais geralmente não são mais competentes do que os órgãos políticos para decidir sobre direitos constitucionais. É comum tratar o minimalismo judicial como uma retomada da discussão de Alexander Bickel (1986, p. 111-198) sobre as “virtudes passivas” do controle judicial de constitucionalidade. Embora isso seja em ampla medida verdade, existe uma diferença fundamental: o argumento minimalista encontra suas fundações na aspiração à democracia deliberativa, com a insistência de que seu principal veículo é a legislatura, não o Judiciário; o Judiciário deve exercer apenas um papel catalítico e suplementar (SUNSTEIN, 1999, p. 267, n. 5). Contrariamente, Bickel pensava que os tribunais eram o principal repositório de princípios, que, por causa do seu isolamento, eles seriam a instituição deliberativa central. Isso é avesso ao minimalismo. Como Sunstein (1999, p. 267, n. 5) disse expressamente: “Eu penso que Bickel errou em ver o Tribunal como tendo um entendimento sistematicamente melhor de “princípio” do que os outros departamentos” (“*I think Bickel erred in seeing the Court as having a systematically better understanding of ‘principle’ than other branches*”). Além de Sunstein, certamente o defensor mais destacado dessa abordagem, Richard Fallon Jr. (1997) e Michael Dorf (1998) deram contribuições importantes à perspectiva minimalista. A visão desses autores, principalmente Sunstein, influencia todo esse tópico.

do tempo. Enfim, a intromissão excessiva do Judiciário pode minar, ao invés de assegurar, o bom funcionamento da política jurigenerativa.

Essas razões a favor da interferência judicial cautelosa e em pequena escala no processo de interpretação da Constituição são poderosas porque tem sólidas bases nas condições institucionais do Judiciário. Já foi mencionado que a maior fraqueza institucional do Judiciário como intérprete da Constituição situa-se no número reduzido de participantes e perspectivas que adentram o processo judicial. Isso enfraquece a aptidão dos tribunais para deliberar sobre questões de princípio, à medida que a qualidade desse tipo de deliberação depende da variedade e diversidade dos pontos de vista considerados. O fato, porém, é que esse não é o único defeito marcante que sobrecarrega a instância judicial. O Judiciário também tem uma capacidade limitada de conhecer fatos (DORF, 1998, p. 8, 27, 33-43; SUNSTEIN, 1993, p. 147-149; 1999, p. 103, 255). Três causas colaboram para isso.

Primeiro, o isolamento dos juízes torna restritos os canais de entrada de informação no processo judicial. Por exemplo, um juiz que julga um processo sobre a possibilidade de plantio e comercialização de soja transgênica, como regra, não realizará audiências públicas para ouvir agrônomos, biólogos, engenheiros ambientais, médicos, economistas etc., muito menos terá esses profissionais na sua assessoria. E mesmo que tudo isso seja possível, a instrução probatória no processo judicial não tem a mesma permeabilidade a informações que se verifica no processo legislativo e na Administração Pública.

Segundo, o foco do processo judicial sobre o caso em litígio torna difícil aos juízes entender os complexos e às vezes imprevisíveis efeitos da intervenção judicial. Em juízo, o principal objetivo da instrução probatória é a reconstrução histórica dos fatos objetos da demanda. Em geral, não se buscam informações sobre as conseqüências sociais mais amplas de cada julgado. Ainda que tais informações existam, a capacidade de previsão e predição fática dos magistrados não se compara às virtudes do Legislativo e do Executivo nesse campo. Não por outro motivo é comum a afirmação, geralmente procedente dos próprios membros do Judiciário, de que aos juízes não cabe planejar políticas públicas.

Terceiro, a proeminente matriz analógica do raciocínio judicial não capacita os tribunais a apreenderem sistematicamente com a experiência empírica. A justificação retrospectiva e prospectiva das decisões judiciais, baseadas na comparação com outras decisões jurídicas passadas e casos hipotéticos, o trânsito entre princípios abstratos e juízos concretos, elevam, no raciocínio judicial, a intuição acima da experimentação. A característica

mais saliente do raciocínio analógico empregado pelos juízes é o papel predominante da reflexão abstrata (ainda que com baixo nível de generalidade) em oposição à experiência empírica. Assim, o método de raciocínio típico dos juízes só é capaz de captar as modificações das circunstâncias sociais de maneira predominantemente inconsciente, por meio da intuição e da especulação. A utilização de testes empíricos, orientados por padrões rigorosos de experimentação, é estranha à prática e à autocompreensão judicial.

Esse catálogo de restrições institucionais sugere que os tribunais devem ser extraordinariamente cuidadosos para não retirarem antecipadamente do diálogo público e da experimentação democrática os problemas fundamentais da vida social, bem como para não desestimularem esse diálogo a revisitar constantemente seus próprios resultados anteriores à luz de novas informações, experiências e perspectivas. Juízes conscientes de suas limitações cognitivas e comunicativas, com disposição a atuar como fomentadores da conversação democrática numa sociedade sabidamente plural – em que as pessoas estão mergulhadas em controvérsias profundas e persistentes sobre o justo e o bom – estão, por conseguinte, repletos de razões para valorizar aquilo que Sunstein denominou “usos construtivos do silêncio” (*constructive uses of silence*) (1996, p. 38; 2000, p. 124-125). O silêncio – sobre algo que se pode provar falso, obtuso ou excessivamente controvertido – pode ajudar a minimizar o conflito, permitir que o presente aprenda com o futuro, e que se economizem tempo e despesa.

Nesse contexto, a prática dos magistrados de silenciar sobre as questões mais amplas e controvertidas, de não dizer nada além daquilo que seja necessário para resolver o litígio que lhes é apresentado, de deixar o máximo possível sem decidir, enfim, a adoção de uma postura minimalista, tem amplas virtudes (SUNSTEIN, 1999, 3-4). Três delas merecem ser destacadas. A primeira é sua capacidade para reduzir os encargos suportados pelas decisões judiciais. É de esperar que os juízes necessitem de menos tempo, informação, debate e reflexão para decidir um menor número de questões. Isso é especialmente importante em órgãos colegiados de julgamento, quando qualquer decisão depende do acordo entre dois ou mais juízes. A segunda virtude é a capacidade de tornar os erros judiciais menos frequentes e, sobretudo, menos danosos. Um tribunal que deixa muitas questões em aberto não estará excluindo opções de maneira que possa causar um grande mal.²³⁶ Ademais, um Tribunal que

²³⁶ Exemplos sempre citados de grandes males causados por uma intromissão excessiva do Poder Judiciário sobre a vida política são as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *Dred Scott v. Sanford*, julgado em 1857, quando a Suprema Corte deu proteção constitucional à instituição da escravatura; e *Lochner v. New York*, julgado em 1905, quando a Corte invalidou uma legislação que limitava a jornada máxima de

decide relativamente pouco também estará reduzindo os riscos que advêm da intervenção em sistemas complexos, nos quais uma alteração, ainda que pontual, pode gerar enormes transtornos não previstos ou de difícil previsão.²³⁷ A terceira, e também mais notável, virtude é a relação harmônica do minimalismo com a democracia. O minimalismo auxilia a democracia de três formas diferentes.

De modo mais evidente, o minimalismo favorece a democracia ao deixar a maior parte dos problemas, sobretudo as questões mais controvertidas e fundamentais, para serem resolvidos pelos órgãos de representação política. Decisões minimalistas obviamente ampliam o espaço da reflexão e do debate nos níveis local, estadual e nacional, simplesmente porque elas não excluem decisões subseqüentes (SUNSTEIN, 1999, p. 4). Para além disso, quando o minimalismo vem inspirado por uma concepção deliberativa da política, como aqui se pleiteia, ele pode estimular a democracia não somente deixando questões abertas para os fóruns democráticos, mas também, e mais fundamentalmente, fomentando o diálogo e assegurando que certas decisões importantes sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis (SUNSTEIN, 1999, p. 5). Devidamente comprometidos, os tribunais podem estimular a deliberação e a responsabilidade democráticas. Os tribunais são capazes de estimular a deliberação ao perquirirem a existência de boas razões subjacentes aos atos que são submetidos à sua fiscalização. Os tribunais são capazes de estimular a responsabilidade democrática ao exigirem que determinadas decisões sejam tomadas, de maneira clara e refletida, pelo ramo do governo que tem o selo da representação e da pluralidade, o Poder Legislativo.

O minimalismo judicial persegue a participação popular, o diálogo e a responsabilidade democrática por estratégias diversas. A primeira delas é a produção de decisões estreitas e superficiais (SUNSTEIN, 1999, p. 10-11). Decisões estreitas são aquelas que visam resolver casos ao invés de estabelecer regras abrangentes. Um juiz minimalista, ordinariamente, deve decidir somente o caso que lhe é posto. Ele não deve decidir outros

trabalho. Além de serem amplamente reconhecidas como erros históricos, essas duas decisões colaboraram para desencadear conseqüências extremamente danosas. No primeiro caso, a Guerra da Secessão. No segundo, um atraso de mais de trinta anos na implementação ampla de políticas de bem-estar social nos Estados Unidos. No Brasil, Sérgio Fernando Moro (2004, p. 220) parece sugerir que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107-3/DF, decidido em 1991, que, em seu entender, levou à “nulificação do mandado de injunção”, configuraria um episódio desse tipo.

²³⁷ Aqui estão em questão, sobretudo, as políticas públicas de promoção do bem-estar social. Alguns exemplos pertinentes são os seguintes: uma decisão que exija o aumento de gastos com transporte escolar pode deslocar recursos de uma área com clamor igual ou até maior por investimento público – como programas médicos ou assistenciais para a população carente. A criação de um direito amplo contra a poluição pode ter uma variedade de efeitos maléficos e não previstos, como o aumento do desemprego e da pobreza, bem como a elevação dos preços. (SUNSTEIN, 1993, p. 148)

casos também, exceto na extensão em que ele necessariamente vincule-se a outros casos. Por exemplo, um tribunal pode julgar constitucional o requisito de tempo decorrente da colação de grau de nível superior para o ingresso em uma determinada carreira do serviço público sem, contudo, decidir se essa exigência é constitucional como requisito para ingresso em carreiras análogas ou em toda e qualquer carreira do setor público. De outro modo, uma decisão é superficial quando evita questões últimas de princípio. Um juiz minimalista prefere decidir com base em argumentos de baixo grau de generalidade, postergando ou deixando entre parênteses as questões mais fundamentais e controvertidas. A discussão recente sobre o aborto no Brasil fornece um bom exemplo aqui. Um tribunal pode decidir que a proibição do aborto de um feto anencéfalo é inconstitucional, sem precisar decidir se as mulheres têm um direito fundamental a escolher autonomamente manter ou interromper uma gravidez. Da mesma forma, o tribunal pode julgar constitucional essa proibição sem decidir a questão mais profunda a respeito da existência ou não de um direito fundamental do feto, ou se o feto tem ou não o *status* de pessoa.

Ao apoiar decisões estreitas e superficiais, o minimalismo confronta tanto a definição de regras amplas quanto o emprego de teorias abrangentes em sede de controle judicial de constitucionalidade. Essa desconfiança em relação às regras e às teorias abrangentes tem um notável fundamento democrático e pluralista. Por um lado, desde o momento em que os juízes preferem tomar decisões estreitas e localizadas, resolvendo o menor número de questões possíveis, eles estarão evitando a produção de antagonismos desnecessários. Se os juízes constitucionais evitam decisões de largo alcance, então os perdedores em casos particulares perdem muito menos. “Eles perdem uma decisão, mas não o mundo”²³⁸ (SUNSTEIN, 2000, p. 125). Eles podem vencer em outra ocasião, sua própria convicção mais profunda não foi rejeitada. De outro lado, evitando decisões profundas os juízes estarão demonstrando um alto grau de respeito a seus pares, aos demais Poderes e à cidadania. Pois, aceitando que eles também estão mergulhados nas divergências morais que permeiam a sociedade, e que eles não compõem a única nem a mais participativa arena de deliberação, a adoção de uma postura minimalista mostra respeito às mais fortes convicções daqueles que são contrariados por suas decisões. Quando os fundamentos dos julgados constitucionais são desprovidos de amplas considerações abstratas sobre o bom e o correto, os perdedores podem submeter-se às decisões, ainda que relutantemente, sem serem forçados a

²³⁸ “They lose a decision, but not the world” (SUNSTEIN, 2000, p. 125).

renunciar a seus ideais últimos (SUNSTEIN, 2000, p. 125). Agindo assim, o Judiciário estará realizando o importante serviço de economizar divergência.

Ao evitar o antagonismo e expressar respeito pela diferença, o Judiciário contribui para o revigoramento do processo político deliberativo, pois ele promove a inclusão, a diversidade e a continuidade do debate democrático. Utilizando-se das estratégias da estreiteza e da superficialidade, os tribunais convidam as pessoas a não se sentirem excluídas do diálogo simplesmente por terem sido derrotadas num determinado caso constitucional. A função judicial passa a ser inclusiva, pois os que perdem mantêm a esperança de que suas convicções possam prevalecer noutra ocasião. Esse mesmo fato também fomenta a diversidade entre os participantes, já que eles não precisam enxergar a uniformização de convicções como o único caminho a seguir. Por fim, tendo em conta que permanece existindo campo aberto para a discussão e alteração das decisões tomadas, o grupo discordante continua tendo motivos para expor seus ideais no fórum público.

Existe, ainda, uma segunda estratégia pelo qual o minimalismo é permissivo com as instituições políticas. Em certas circunstâncias, o minimalismo prega a exclusão integral de determinadas questões da intervenção judicial. Pode-se dizer que quando não se encontra nenhum defeito palpável no sistema de deliberação democrática, os tribunais devem respeitar os julgamentos legislativos razoáveis, mesmo quando a constitucionalidade da medida seja duvidosa e ainda que essa dúvida tenha amparo em um direito constitucional. Desde o momento em que o Judiciário é uma instituição menos informada, menos plural e menos representativa do que o Legislativo, seu papel predominante é agir nas falhas do sistema democrático, assegurando a deliberação e a responsabilidade política. Fora desses casos, salvo se estiverem em jogo precondições da democracia ou direitos de minorias, a ação dos juízes deve ser extremamente contida.

O clamor por ausência de intervenção judicial é particularmente forte quando a controvérsia constitucional envolve dois tipos de questões: questões de estratégia social e questões de responsabilidade social (SAGER, 1993, p. 420-422). A barreira à intervenção judicial deve-se ao fato de que ambas estas questões só podem ser enfrentadas mediante escolhas importantes, complexas e controversas, que demandam uma amplitude enorme de informações e conhecimentos técnicos, bem como um índice elevado de participação popular, coisas que os tribunais não podem prover. Essas questões de estratégia e responsabilidade social afloram basicamente na formulação de políticas públicas voltadas à promoção do bem-estar e à distribuição de recursos sociais, inclusive, à população carente.

Questões de estratégia social dizem respeito, dentre outras coisas, à seleção das necessidades que devem ser satisfeitas, aos critérios que definem quais as pessoas que se qualificam como portadoras dessas necessidades, a que órgãos devem ser encarregados de prestar as utilidades necessárias, aos procedimentos por meio dos quais esse órgão deve operar para a realização do fim proposto, aos meios que devem ser postos a sua disposição e aos os recursos que lhe serão destinados para a execução de suas tarefas. Questões de responsabilidade social dizem respeito basicamente a quem deve financiar os custos dos programas de promoção do bem-estar e redistribuição de recursos, e como os custos desses programas devem ser repartidos entre esses responsáveis.

Cabe advertir, no entanto, que essa recomendação genérica de deferência judicial nos casos em que estão em jogo questões complexas de estratégia e de responsabilidade social, as quais englobam essencialmente direitos à prestação de bem-estar e distribuição de recursos, direitos à alimentação, moradia, cuidados de saúde, educação, segurança social, em síntese, os direitos econômicos e sociais – os direitos que têm por objetivo alterar a parcela de bens e oportunidades a que cada pessoa tem acesso, o que geralmente exige a realocação de recursos sociais e, conseqüentemente, implica a alteração do *status quo* econômico e social – não significa que o Judiciário deve ficar completamente ausente do controle de políticas públicas voltadas à satisfação desses direitos. É certo que aos juízes só pode caber um papel secundário nestes casos, que o Legislativo e o Executivo são o destino prioritário das obrigações decorrentes de tais direitos. Mas, em determinadas circunstâncias, uma vez que essas instituições tenham agido e criado contextos em que a questão do direito venha à tona largamente desvinculada das questões de estratégia e responsabilidade social, o Judiciário deve ser capaz de atuar para assegurar prerrogativas de bem-estar²³⁹ (SAGER, 1993, p. 429).

Retirando o foco dos casos de passividade judicial e redirecionando-o para os casos de intromissão justificada do Judiciário, deve-se ressaltar que em face da combinação entre minimalismo e democracia deliberativa, duas situações especiais desencadeiam a intervenção judicial. A primeira delas, que estimula a forma mais agressiva de intromissão,

²³⁹ Exemplo disso seria uma decisão judicial que, fundando-se no direito à saúde, ordenasse aos hospitais públicos de um Município brasileiro a atender pacientes oriundos de outras localidades, quando esses hospitais estivessem reiteradamente negando-se a prover esse atendimento. Outro caso mais difícil, embora também justificável nesses termos, ocorreria caso um tribunal, com base no direito a condições mínimas de subsistência, ordenasse a manutenção de um determinado programa social, quando o governo pretendesse o encerramento desse programa sem oferecer nenhuma espécie de contrapartida em seu lugar, em virtude de ele ser o único direcionado a uma certa parcela desvantajada da população.

ocorre nas hipóteses (1) de violação dos direitos centrais ao processo democrático (direito ao voto e a liberdade de discurso) e (2) de imposição de cargas ou prejuízos que discriminam minorias isoladas e sem voz. Esses são os dois casos em que as condições da democracia deliberativa (diálogo e igualdade política) estão ameaçadas. A segunda situação de intromissão judicial, muito menos agressiva, diz respeito a casos de suspeição que recaem sobre o andamento do processo legislativo. Nessa hipótese, o que o Judiciário visa promover, em primeiro lugar, é a responsabilidade democrática dos órgãos representativos. Aqui a invalidação do ato não ocorre porque ele atenta contra os valores fundamentais da democracia deliberativa, mas porque a lei não passou por um processo confiável de discussão política.

Como a justificativa para a fiscalização das condições da democracia deliberativa já foi apresentada no tópico anterior, é oportuno focalizar mais detidamente a segunda situação. Em verdade, o seu objetivo é remediar as causas mais comuns de desconfiança com relação ao processo de elaboração das leis. Essas causas são basicamente de duas ordens: a evasão das questões constitucionais e a análise apressada e impensada dessas questões (CALABRESI, 1991, p. 104; CHEMERINSKY, 1989, p. 97-98). A evasão das questões constitucionais relaciona-se com a própria natureza do processo legislativo que torna a análise constitucional relativamente improvável. Diferentemente dos tribunais, que são obrigados a ouvir as reclamações constitucionais ainda quando sustentadas por um único litigante, as legislaturas são mais adequadas para responder somente às pressões de grupos de interesse. Já a análise apressada e impensada das questões constitucionais deve-se à grande suscetibilidade do Legislativo a pressões e conveniências políticas, as quais geralmente dificultam o enfrentamento cuidadoso da dimensão constitucional dos seus atos. Nas assembleias legislativas, quando as pressões por resultados imediatos são fortes o suficiente e as emoções elevadas o suficiente, sempre existe o risco de que os parlamentares prefiram agir segundo a conveniência ao invés de buscar uma visão mais ampla. Em suma, o Legislativo tem grande probabilidade de evadir-se dos problemas constitucionais e, mesmo quando tal evasão não ocorre e os legisladores enfrentam questões atinentes a direitos constitucionais, muitas vezes o fazem de forma apressada e pouco refletida.

Essas duas causas – evasão e ausência de reflexão – demonstram que o problema do processo legislativo, em verdade do processo político em geral, é o insuprimível risco de que ele deixe de ser um exercício de deliberação pública para se transformar num exercício nu e cru de poder. Para muitos, tais pontos são razões suficientes para dar aos tribunais a primazia na interpretação e aplicação da Constituição. Essa, todavia, é uma visão

demasiadamente ingênua. Em princípio, os tribunais podem ignorar a Constituição e abusar de seu poder tanto quanto os órgãos políticos. Não se trata, por isso, de remediar os vícios do processo legislativo substituindo-o pelo processo judicial.

Uma alternativa mais convincente é olhar para os tribunais como parceiros dos legisladores. Nesse sentido, não se espera que o Judiciário atue decidindo no lugar do Legislativo. Não se almeja que o Judiciário manifeste-se sobre o conteúdo da decisão legislativa. Ao invés disso, com o objetivo de impedir que os problemas constitucionais sejam tratados com indiferença ou vejam-se obscurecidos e diluídos em meio a indagações de conveniência política, sugere-se que os tribunais apenas advirtam os legisladores de que as questões constitucionais precisam ser encaradas de forma clara e deliberada, sob o olhar atento do povo. A intenção desse controle é convocar o Legislativo a dar uma segunda olhada sobre suas decisões, desta vez com os olhos do povo postos sobre si (CALABRESI, 1991, 104). Assim, o Judiciário promove a responsabilidade política e fortalece a democracia, sem que haja o risco de cercear indevidamente o processo político.

Existem diversas formas pelas quais o controle judicial de constitucionalidade promove a responsabilidade política. Essas formas são correlatas aos diversos modos pelos quais a ação legislativa mostra-se suspeita de evasão ou de falta de reflexão. Guido Calabresi aponta o seguinte elenco de casos de comportamento legislativo suspeito:

Legisladores geralmente agem apressadamente ou de maneira impensada com respeito aos direitos fundamentais em razão de pânico ou de crise ou, mais frequentemente, porque estão simplesmente pressionados pelo tempo. Outras vezes, eles escondem infrações de direitos através da linguagem vaga, ou não dão atenção para o alcance da linguagem que utilizaram. Outras vezes ainda, eles fazem delegações a burocratas que não são responsáveis perante o povo, a quem, por isso, não pode ser confiada a proteção dos direitos. Também, frequentemente, os legisladores esquivam-se da responsabilidade falhando em repelir leis velhas que têm vindo – seja pelo crescimento dos direitos, seja pela alteração do efeito das leis velhas – a violar prerrogativas que seriam consideradas fundamentais se a questão fosse verdadeiramente enfrentada na atualidade.²⁴⁰ (CALABRESI, 1991, p. 103-104, tradução livre)

²⁴⁰ “Legislatures often act hastily or thoughtlessly with respect to fundamental rights because of panic or crises or because, more often, they are simply pressed for time. At other times, they hide infringements through vague language or give no thought to the reach of the language they have used. At still other times, they delegate to bureaucrats who are not accountable to the people and who therefore cannot be trusted with the protection of rights. Legislatures also often shirk responsibility by failing to repeal old laws that have come – either through growth in rights or through change in the effect of the old laws – to violate entitlements that would be deemed fundamental if the issue were truly addressed today.” (CALABRESI, 1991, p. 103-104)

Nessa passagem, Calabresi distingue quatro ocorrências de quebra da responsabilidade constitucional dos legisladores. Vale a pena olhar mais atentamente para cada uma delas para visualizar a forma de controle judicial correspondente.

A primeira situação deve-se ao fato de que os “legisladores geralmente agem apressadamente ou de maneira impensada com respeito aos direitos fundamentais em razão de pânico ou de crise ou, mais freqüentemente, porque estão simplesmente pressionados pelo tempo”. Um caso evidente é o de dispositivos extravagantes que são inseridos em certos textos legais com os quais não tem a mínima proximidade, apenas com o objetivo de facilitar sua aprovação rápida e dificultar que o público tenha conhecimento deles e que os parlamentares venham a debatê-los abertamente. Um caso desse tipo surgiria, por exemplo, se fosse editada uma lei cujo objeto declarado fosse a reforma do ensino superior e, num dispositivo colocado no final do texto – disfarçado talvez fosse uma melhor expressão –, houvesse um preceito que estabelecesse uma proibição expressa da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Uma lei cujo conteúdo tentou-se esconder de parcela significativa dos parlamentares, e que a sociedade civil só vem a conhecer depois de aprovada, dificilmente pode ser fruto do exercício responsável da representação popular, muito menos de um diálogo plural e aberto. Por esse motivo, um juiz poderia invalidar esse artigo da lei. Não porque em seu entender a proibição à união civil entre pessoas do mesmo sexo viola definitivamente a Constituição, mas porque uma decisão que envolva uma controvérsia tão profunda e especialmente onerosa para uma parcela específica e hostilizada da população deveria ser objeto da discussão informada e refletida dos representantes populares. Um juiz que derrubasse a lei com esse fundamento estaria sugerindo aos parlamentares que retomassem a matéria com mais atenção, sinceridade e publicidade, sem se ter pronunciado sobre o verdadeiro sentido da Constituição e os valores fundamentais da associação política. O juiz não estaria dizendo aos legisladores para alterarem o conteúdo da lei. Esse resultado seria deixado, por enquanto, inteiramente na alçada do Legislativo. O juiz estaria apenas advertindo os parlamentares para que eles assumissem a responsabilidade que sobre eles incide em virtude dos mandatos que lhes são conferidos pelo povo. Nessa primeira forma, portanto, a intervenção judicial visa promover a responsabilidade dos representantes populares pedindo aos juizes que avaliem a existência de discussão e publicidade no processo que levou à edição de uma determinada lei.

O segundo caso exposto por Calabresi ocorre quando os legisladores “escondem infrações de direitos através da linguagem vaga ou não dão atenção para o alcance da linguagem que utilizaram”. Exemplo desse tipo seria uma lei que declarasse que “está proibida a exibição em grandes auditórios de obras cinematográficas com conteúdo imoral”. Essa lei certamente teria imensas dificuldades de passar num teste de constitucionalidade. Ela levanta dúvidas quanto à sua validade em face dos direitos fundamentais, pois aparentemente ofende o direito à liberdade de expressão. É verdade que podem existir restrições admissíveis à liberdade de expressão, mas também é verdade que esse direito não está livremente disponível à legislatura ou a qualquer outra autoridade estatal. Por isso, a limitação desse direito precisa ser feita de forma minimamente clara. Só assim é possível debater publicamente se uma dada restrição é legítima ou insuportável.

Por essa razão, o Judiciário poderia declarar essa lei inconstitucional por ela aparentemente restringir um direito fundamental mediante uma fórmula excessivamente vaga. Nessa segunda forma de intervenção judicial, a promoção da responsabilidade política ocorre à medida que o Judiciário não diz ao Legislativo que ele não pode decidir certa matéria, nem decide em seu lugar. Os juízes não dizem nada sobre se a lei pode, ou não, proibir a exibição de filmes pornográficos, por exemplo. Eles apenas exigem que a regulação daquele tema seja feita por uma lei clara, por meio da qual os legisladores se manifestem inequivocamente sobre a questão controvertida. A questão substancial é postergada para um outro momento e a via política é mantida aberta ao Legislativo.

O terceiro caso referido pelo autor norte-americano se dá quando os legisladores “fazem delegações a burocratas que não são responsáveis perante o povo, a quem, por isso, não pode ser confiada a proteção dos direitos”. Para exemplificar essa situação, pode-se pensar na hipótese em que o Legislativo edita uma lei proibindo a venda de bebidas alcoólicas em qualquer estabelecimento comercial no período noturno, compreendendo-se como noturno o período que vai das vinte e três horas até às seis horas da manhã do dia seguinte. Na aplicação dessa lei pode surgir a dúvida sobre se ela proíbe apenas a venda individualizada de bebidas alcoólicas para consumo imediato ou qualquer tipo de comercialização. Se fiscais vierem a flagrar, no meio da madrugada, um caminhão de uma empresa de bebidas entregando uma grande quantidade de engRADADOS de cerveja no centro de abastecimento de uma rede de supermercados, as empresas poderão sofrer sanções?

Imagine-se que os fiscais aplicam uma multa às empresas envolvidas na transação. Num caso como esse, um juiz pode resolver a questão sem decidir se a

Constituição autoriza que seja proibida a comercialização de bebidas alcoólicas por atacado no período noturno. Basta ele dizer que há dúvidas sobre a inclusão ou não dessa espécie de comercialização no texto legal e, à medida que a proibição do comércio por atacado viria a repercutir sobre o direito ao livre exercício de atividade econômica dos distribuidores de bebidas e supermercadistas, não caberia aos agentes de fiscalização resolvê-la, sendo essa uma decisão que só os Legisladores poderiam tomar. Essa é uma matéria que não poderia ser objeto de delegação do Legislativo para os agentes burocráticos da Administração Pública.

Desse modo, o Judiciário estaria exercendo uma terceira forma de controle judicial voltado à promoção da responsabilidade política. Diante da dúvida a respeito da constitucionalidade de certos sentidos atribuíveis à lei, o Judiciário deixaria de decidir sobre a conformidade efetiva dessas interpretações controvertidas para com a Constituição, e, mesmo assim, invalidaria determinadas interpretações, afirmando que elas só poderiam ser decididas pelos legisladores. A particularidade dessa terceira forma de intervenção judicial está em que ela não se volta contra a lei em sua face, de maneira abstrata, mas a um caso específico da sua aplicação. Isso com o fim de assegurar que as questões fundamentais da vida política sejam decididas pelos representantes do povo.

Por último, Calabresi menciona que freqüentemente os legisladores esquivam-se da sua responsabilidade “falhando em repelir leis velhas que têm vindo – seja através do crescimento dos direitos, seja através da alteração do efeito das leis velhas – a violar prerrogativas que seriam consideradas fundamentais se a questão fosse verdadeiramente enfrentada na atualidade”. Nesse derradeiro caso, não se trata da ausência de discussão e publicidade na elaboração da lei, mas da decorrência do tempo e concomitante mudança das condições fáticas e convicções valorativas com base nas quais certas leis foram editadas. Quando uma lei editada há muitos anos, num contexto de fatos e valores muito diferente do atual, passa a ser crescentemente desafiada em bases constitucionais, os juízes podem se convencer a invalidar essa lei, com o fim de que o Legislativo venha a reapreciar a questão.²⁴¹ Isso não significará que os juízes julgaram que o conteúdo dessa lei viola invariavelmente a Constituição, mas que, em face das largas divergências e contestações, potencializadas em virtude do fato de que dia após dia torna-se mais difícil reconhecer essa lei como uma manifestação dos representantes do povo, é preciso devolver a matéria a quem cabe decidi-la, ou seja, ao fórum democrático.

²⁴¹ Até recentemente, a invalidação, por um tribunal, da norma do Código Penal Brasileiro que tipificava o crime de adultério (Art. 240, Decreto-Lei n.º 2.848/40; revogado pela Lei n.º 11.106/05), poderia ser tratada por essa forma de controle judicial de constitucionalidade voltado à promoção da responsabilidade política.

Por trás dessa última hipótese, está a idéia de que certas normas podem perder a sua dignidade de respeito com o passar do tempo por se tornarem faticamente irrealizáveis ou deixarem de ser normativamente atraentes. Aqui a intervenção judicial funciona como um estímulo a que os órgãos políticos reavaliem suas decisões anteriores. O Direito não se baseia numa ditadura do passado sobre o presente. Em determinadas circunstâncias, o Judiciário pode desempenhar uma função valiosa lembrando a cidadania e os órgãos políticos representativos desse fato.

Verificadas as situações em que o Judiciário promove a democracia garantindo o pronunciamento genuíno e a atenção cuidadosa dos representantes do povo aos direitos constitucionais, convém demonstrar por que os tribunais estão bem equipados para esse tipo de decisão. Existem dois argumentos que demonstram a aptidão dos tribunais para se envolverem nessas questões. O primeiro é um argumento negativo: é de se esperar que o Legislativo seja inepto na correção de suas próprias tentativas de se evadir de suas responsabilidades constitucionais. Diante dessa qualificação negativa da legislatura, qualquer outro órgão estaria melhor habilitado que o Legislativo para apontar seus comportamentos suspeitos. Nesse viés, o Judiciário pode desempenhar essa função meramente por ser um órgão separado do Legislativo, sem que seja preciso nenhuma qualificação adicional para tanto.

Existe, contudo, um segundo argumento, de caráter positivo, para que o Judiciário exerça esse tipo de controle. A observação atenta dos quatro casos descritos revela que em todos eles há uma premissa para a intervenção judicial que independe da evasão ou do descuido dos legisladores. Em todas aquelas situações é preciso que se identifiquem direitos constitucionais aparentemente infringidos pelo legislador, é necessário que haja uma dúvida plausível quanto à constitucionalidade da lei. Quer dizer que nessas formas de intervenção judicial é indispensável que os juízes ofereçam definições *provisórias* dos direitos constitucionais ofendidos, conquanto de outra forma os juízes não saberiam como questionar a constitucionalidade das ações evasivas e impensadas dos legisladores. O aspecto relevante, portanto, é destacar qual a característica do processo judicial que faz dos tribunais uma arena especialmente competente para realizar essas definições provisórias dos direitos constitucionais.

Tal característica exclusiva do processo judicial, como bem notou Chemerinsky (1989, p. 86), é que “o Judiciário é a única instituição obrigada a ouvir as

reclamações de uma única pessoa”.²⁴² Diversamente do Judiciário, o Executivo e o Legislativo respondem a pressões de grupo. Uma pessoa sozinha não elege representante, nem consegue se opor às preferências da maioria, por mais justas que sejam suas reivindicações pessoais. Isso dificulta que reclamações individuais ou de pequenos grupos sejam recebidas nos órgãos políticos. Por isso, quando esses órgãos afetam interesses individuais ou minoritários, é por meio do processo judicial que as pessoas prejudicadas mais facilmente podem se fazer ouvir.

Em que pese isso não seja suficiente para fazer do Judiciário o órgão mais deliberativo do sistema democrático, essa particularidade mostra que os tribunais podem compor um esquema de diálogo e cooperação com os outros Poderes que assegure o caráter deliberativo da totalidade do sistema.

É precisamente o fato de que o Judiciário deve ouvir reclamações ainda quando provenientes de uma única pessoa que serve de alicerce para a afirmação de que o papel dos tribunais no controle judicial de constitucionalidade é evitar que aqueles que ocupam o centro do debate político se fechem aos que estão nas margens. Como não poderia deixar de ser, também é esse o pilar da idéia de que os juízes devem intervir mais agressivamente no processo político quando os resultados desse processo atentam contra os direitos centrais à democracia deliberativa – liberdade de discurso e voto –, bem como quando eles oneram minorias vítimas de estereótipos e preconceitos – por exemplo, negros, índios, mulheres, presos e grupos historicamente hostilizados em geral.

Identificada a chave que abre a porta para a participação dos tribunais no diálogo democrático, é preciso regressar a um problema mais técnico. Já foram especificadas as formas pelas quais os juízes, mediante processos minimalistas de decisão, cedem espaço ao juízo democrático (decisões judiciais estreitas e superficiais) e promovem a responsabilidade constitucional dos órgãos políticos (invalidação de dispositivos legais apressadamente editados, invalidação de leis vagas, invalidação de delegações a órgãos não responsáveis politicamente, invalidação de leis anacrônicas perante as quais os legisladores postam-se inertes). Falta identificar os mecanismos práticos pelos quais o Judiciário pode assegurar a qualidade dialógica do processo político, protegendo os direitos centrais à democracia deliberativa e as minorias isoladas e sem voz.

²⁴² “*The judiciary is the only institution obliged to hear the complaints of a single person*”. (CHEMERINSKY, 1989, p. 86)

Não se deve olvidar da importância desses mecanismos práticos (FALLON JR., 1997, p. 57-59). Mesmo quando existe concordância geral concernente a certos princípios que a Constituição protege, questões de implementação desses princípios continuam em aberto. Em geral, os enunciados de princípios são por demais vagos para serem aplicados inequivocamente. Em virtude disso, sua implementação efetiva requer a elaboração pelos tribunais de procedimentos específicos a serem utilizados para a resolução de classes particulares de casos. Esses procedimentos podem ser representados na forma de testes que visam dar uma configuração prática às coordenadas teóricas de interpretação constitucional e, ao mesmo tempo, servem para reduzir a profundidade dos debates entre os intérpretes judiciais da Constituição. Eles facilitam, assim, a produção de decisões em situações de escassez de tempo, conhecimento e comunicação. Exatamente as situações que circundam o labor dos juízes constitucionais. Conseqüentemente, viabilizam a implementação judicial da Constituição.

Deve-se chamar atenção para o fato de que na prática constitucional dos tribunais há um considerável espaço para a exploração de meios práticos voltados à satisfação de princípios. Quando os juízes decidem casos, eles têm em mente princípios subjacentes de justiça constitucional – isto é, as normas de moralidade política alcançadas por meio daquilo que eles enxergam como a melhor interpretação da Constituição –, mas seu empreendimento não é, nem deve ser, a tradução literal desses princípios em regras legais estritas. Pelo contrário, as normas constitucionais que eles enunciam ostentam uma relação estratégica ou instrumental com os princípios que são seu alvo (SAGER, 1993, p. 422). A maior parte das normas constitucionais judicialmente decodificadas não se apresenta como expressões literais dos princípios de justiça política que estão na sua base. Mesmo as normas que são mais assemelhadas a uma expressão direta desses princípios são mais formulárias, mais mecânicas, mais capazes de implementação judicial e mais encorajadoras de conformidade governamental do que seus princípios subjacentes (SAGER, 1993, p. 423).

A intervenção judicial na tutela dos direitos centrais à democracia deliberativa e das minorias isoladas e sem voz não destoa desse padrão. Também aqui o caráter vago dos princípios gera problemas de aplicação, e a utilização de testes pode ser de grande valor para aliviar o processo de implementação judicial da Constituição. Em virtude disso, é útil esboçar, ainda que resumidamente, uma tentativa de formulação desses testes.

No caso de restrições aos direitos centrais à democracia deliberativa, pode-se enunciar o princípio subjacente à intervenção judicial com a idéia de que “todos os

cidadãos devem ter a oportunidade de participar significativamente na formação dos compromissos, instituições e programas públicos”. Os cidadãos fazem isso essencialmente por meio de duas ações: votando nos pleitos eleitorais e expondo publicamente seus pontos de vista. Como regra, a maior extensão das oportunidades de voto e de discurso implicam maior participação e, conseqüentemente, maior qualidade deliberativa do discurso político. Isso significa que qualquer restrição ao voto ou à liberdade de discurso político causa desconfiança. Não que seja impossível a ocorrência de hipóteses de restrição justificada a essas liberdades. Existem contextos, por exemplo, em que a divulgação de fatos e idéias com conteúdo político pode desencadear conseqüências desastrosas ou, então, servir como uma forma de opressão a um grupo social tradicionalmente estigmatizado. Em princípio, porém, esses são contextos excepcionais.

É preciso ter claro que um objetivo nuclear da liberdade de participação política, protagonizada por meio do voto e da liberdade de discurso, é garantir a presença de vozes dissidentes nas deliberações governamentais. Sem embargo, toda a lei que tem por objeto uma restrição ao voto ou à liberdade de discurso provém necessariamente daqueles que alcançam maior influência sobre o jogo político – é preciso ter maioria para aprovar uma lei –, por isso, é razoável presumir que elas tendem a ter como objetivo silenciar as perspectivas divergentes. Em razão disso, é recomendável adotar, para os casos de leis restritivas ao voto e à liberdade de discurso político, um teste que imponha uma carga de argumentação especialmente pesada para a defesa da lei restritiva. Isso pode ser feito utilizando-se daquilo que a doutrina norte-americana denomina “teste de conteúdo suspeito” (“*suspect-content test*”) (FALLON JR., 1997, p. 68, 88-90). Esse teste identifica certos tipos de leis como presumivelmente, mas não necessariamente, inconstitucionais. Aplicado à participação política, ele implica que restrições à liberdade de discurso político e ao voto são presumivelmente proibidas, podendo ser mantidas somente na presença de razões extraordinariamente fortes.

Um exemplo de aplicação desse teste pode ser extraído do caso *Virginia v. Black*, anteriormente descrito, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou inconstitucional um dispositivo legal que estabelecia, juntamente a uma norma que tipificava como crime a queima de cruzeiras com a intenção de ameaçar – prática amplamente identificada com o grupo racista *Ku Klux Klan* – a presunção de que sempre que alguém colocasse fogo em uma cruz sua intenção seria de realizar uma ameaça. Isto porque, segundo a opinião majoritária, uma cruz em chamas pode servir, em certas ocasiões, como um artifício de

expressão política e, portanto, não poderia ser objeto de uma proibição geral como a perpetrada pela referida lei.

Já no caso da proteção de minorias vulneráveis, o princípio subjacente é um princípio de não-discriminação, segundo o qual “nenhuma pessoa ou grupo pode ser prejudicado na distribuição de benefícios e encargos sociais em razão do preconceito que outras pessoas ou grupos nutrem por ela”. Isso implica que, quando um grupo social identificável tenha estado consistentemente e significativamente sub-representado no processo legislativo, ou de outro modo excluído desse processo, não se possa confiar nos processos políticos tradicionais para a proteção desse grupo. Os tribunais devem, por isso, guarnecer este grupo diante do tratamento seletivo injustificado, ou seja, da discriminação. Os tribunais devem confrontar os prejuízos impostos a esses grupos em razão do preconceito, como uma forma de abrir o processo político às suas reivindicações.

A proteção das minorias isoladas e sem voz ante a discriminação coloca duas grandes dificuldades práticas (CALABRESI, 1991, p. 96-99). Uma é identificar quais os grupos que merecem essa proteção. Com certeza nem todos os grupos estruturalmente fragilizados são dignos de tal salvaguarda. O grupo composto pela parcela da população que não tem formação de nível superior não merece especial proteção simplesmente pelo fato de que, em geral, um diploma garante acesso a melhores ocupações e salários e, por isso, eles se encontram debilitados no acesso ao mercado de trabalho. Outro empecilho é definir quais tipos de tratamento seletivo são suficientemente significativos para sustentar a intervenção judicial. Todas as leis estabelecem distinções entre grupos, mas só algumas leis são condenadas pelo princípio da não-discriminação. O tratamento prejudicial ao grupo dos milionários decorrente da instituição de um imposto sobre grandes fortunas não é uma discriminação remediável judicialmente. Contrariamente, uma lei que proibisse o casamento entre pessoas de cor negra e de cor branca, sem dúvida, reclamaria a pronta intervenção judicial.

Com relação ao problema da caracterização dos grupos marginalizados, a mera distinção quantitativa entre minorias e majorias não é suficiente. Algumas vezes interesses minoritários são extremamente poderosos politicamente. Quem olha para o Congresso Nacional, por exemplo, não se cansa de ver a ação de algumas minorias extremamente bem articuladas, como os evangélicos, os representantes dos clubes de futebol, os representantes das empreiteiras, os representantes das instituições de ensino particular, dos servidores públicos, do agronegócio etc. Nesse sentido, sequer seria um absurdo descrever a

política contemporânea a partir de um quadro de composição mais ou menos estável entre minorias, ao invés de retratar uma separação clara entre maioria e minoria. Por outro lado, não é raro que grupos numericamente majoritários apresentem-se tão difusos e desorganizados que eles não apenas gozem de um poder muito pequeno na arena legislativa, como, inclusive, sejam consistentemente maltratados, como acontece com as mulheres, por exemplo.

Esses dois aspectos deixam claro que o conceito de minorias isoladas e sem voz, grupos vulneráveis, grupos marginalizados, ou qualquer que seja a expressão utilizada, tem caráter qualitativo. Ele depende, acima de tudo, da experiência de autoconhecimento, de definição da própria identidade, que as pessoas vivenciam em suas interações recíprocas, sobretudo mediante a comunicação e o diálogo. Isso significa que o Judiciário deve olhar para os pontos onde as identidades emergem, para as margens da sociedade. Ele deve tentar identificar “os bodes expiatórios em uma sociedade particular, os proscritos da sociedade”²⁴³ (CALABRESI, 1991, p. 97). Exemplos costumeiramente citados são os negros, as mulheres, os índios, os judeus, os homossexuais, os presidiários e os portadores de deficiência, mas certamente essas categorias não esgotam nem de longe o rol. Até porque, num ambiente democrático, novas identidades estão em constante formação e numa incessante luta por reconhecimento.

De uma perspectiva mais prática, o instrumento primordial posto à disposição dos juízes para a identificação desses grupos é a análise histórica. Como asseverou Calabresi (1991, p. 98, n. 51), “uma análise histórica cuidadosa, mesmo se não explica por quê, oferece uma base justamente sólida para decidir quais grupos não são protegidos pelo processo político ordinário e quando eles não o são”.²⁴⁴ Apesar disso, a especulação histórica não pode ir ao ponto de cegar o juiz para o estímulo fundamental que o processo judicial lhe propicia: a audiência sincera e ampla das partes em meio ao contraditório. De fato, a história pode ser contada de diferentes pontos de vista. Em razão disso, o juiz deve enxergar a conversação com as partes como uma forma de polemizar suas próprias compreensões e de aprender criticamente com olhar dos outros. É dizer, a análise histórica da discriminação não é uma investigação solitária em busca de fatos incontroversos, mas um diálogo participativo que procura a todo o tempo reavaliar os entendimentos estabelecidos.

²⁴³ “[...] *the scapegoats in a particular society, the society’s outcasts*”. (CALABRESI, 1991, p.97)

²⁴⁴ “*A careful historical examination, even if it does not explain why, gives a fairly solid basis for deciding which groups are not protected by the ordinary political process and when they are not*”. (CALABRESI, 1991, p. 98, n. 51)

Quanto ao problema da definição dos tipos de tratamento legislativo que sustentam a intervenção judicial, o parâmetro se define a partir da seguinte noção: se o grupo prejudicado tem tradicionalmente tido pouca influência no processo político, os resultados desse processo são necessariamente indignos de confiança. Como foi evidenciado no parágrafo acima, não basta que o grupo onerado seja apenas um perdedor político temporário, ele deve ter experimentado uma história de discriminação ou, então, deve estar diante de um perigo real de exclusão duradoura (CALABRESI, 1991, p. 91). O enfoque da não-discriminação se baseia na idéia de que os legisladores devem ser obrigados a minimizar os efeitos discriminatórios das leis que oneram primariamente os marginalizados sociais. O problema, portanto, está em distinguir quando as pessoas depositam encargos sobre si mesmas, sobre aqueles que ordinariamente podem proteger seus interesses fundamentais por meio do processo legislativo, e quando, diversamente, os encargos são depositados sobre aqueles cujos interesses fundamentais a legislatura pode facilmente ignorar (CALABRESI, 1991, p. 100).

Existem duas situações em que essa distinção é razoavelmente clara. A primeira é quando o conteúdo da lei reforça estereótipos disseminados contra grupos minoritários. Uma lei que declarasse que numa união matrimonial o homem é a “cabeça do casal” incorreria nessa hipótese. O mesmo ocorreria com uma lei que determinasse que crianças brancas e negras não poderiam freqüentar as mesmas escolas, ou então que impusesse sanções criminais às relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo. A segunda situação se dá quando uma lei é aprovada com motivação abertamente discriminatória, situações em que a intenção do legislador foi discriminatória a despeito de haver dúvidas se o conteúdo da lei poderia ser tratado como neutro. Caso desse tipo ocorreria se, por exemplo, uma lei, objetivando regular o ingresso na carreira de delegado de polícia, impusesse testes físicos extremamente rigorosos, com a intenção de evitar o acesso de mulheres a esta carreira. Nesses dois casos, reforço de estereótipo e intenção discriminatória do legislador, é relativamente fácil visualizar o tratamento prejudicial a grupos sub-representados, e, assim, apoiar a intervenção judicial.

Existe, porém, uma terceira situação, esta bem mais complicada. Ela diz respeito aos casos em que o conteúdo da lei é aparentemente neutro e não se identifica a intenção legislativa discriminatória. Contudo, os efeitos oriundos da aplicação da lei revelam-se especialmente onerosos a um determinado grupo marginalizado. Alguns, como Calabresi, acreditam que esses casos não colocam dificuldades adicionais. Para ele, “o princípio da

antidiscriminação é sempre presumivelmente violado quando a legislação trabalha para impor um ônus ou desvantagem prática significativa sobre o grupo”²⁴⁵, por isso, “a questão última deve ser: *na prática* elas oneram todos nós, ou apenas aqueles que não têm influência na legislatura?”²⁴⁶ (CALABRESI, 1991, p. 99, 93) Sem embargo, o problema é mais complicado do que possa parecer. Isto porque, em muitas situações, definir se a aplicação da lei produz efetivamente resultados discriminatórios exige análises empíricas qualificadas. Algo que, como já foi dito, os tribunais são mal equipados para fazer. Como o próprio Calabresi (1991, p. 103) reconhece, “no fim, [...] a questão de quais tratamentos seletivos são suficientemente significativos para sustentar a intervenção judicial depende da questão empírica sobre o quê, no contexto particular, constitui discriminação”.²⁴⁷ Esse é um fator que pode atuar limitando a intervenção judicial. Os tribunais podem se sentir menos tentados a intervir quando se sentem mal preparados para examinar as implicações fáticas da aplicação de uma lei.

Um simples caso pode revelar a dimensão do problema. Imagine-se que num certo país governado por uma constituição democrática, que aceita o princípio da não-discriminação, a forma principal de acesso de estudantes às instituições públicas de ensino superior seja o exame vestibular. Uma prova para a qual qualquer pessoa que tenha completado o ensino médio pode se candidatar e na qual são aprovados os candidatos que obtêm as maiores notas. Suponha-se, além disso, que existam dados das principais universidades demonstrando que seus cursos mais tradicionais, em geral aqueles que oferecem maiores oportunidades de emprego e remuneração, têm registrado o ingresso maciço de alunos provenientes de escolas privadas e um ingresso bastante reduzido de alunos provenientes de escolas públicas. Como o ensino privado é muito dispendioso no país e uma parcela significativa das crianças não tem acesso a ele, o resultado é que os alunos provenientes das classes pobres têm sido especialmente onerados por essa forma aparentemente neutra de seleção para a educação superior pública. Isto significa que o Judiciário deveria agir, com base no princípio da não discriminação, para derrubar as normas que estabelecem o exame vestibular? Parece que não, sobretudo por dois motivos. De início, porque dificilmente os juízes teriam um quadro fático suficientemente claro para terem certeza de que o fim do vestibular reduziria o problema de discriminação apontado. A seguir,

²⁴⁵ “[...] *the antidiscrimination principle is always presumptively when the legislation works to impose a significant practical disadvantage or burden on the group [...]*”. (CALABRESI, 1991, p. 99)

²⁴⁶ “*The ultimate question must be: in practice do they burden all of us, or only those who do not carry weight in the legislature?*” (CALABRESI, 1991, p. 93)

²⁴⁷ “*In the end, [...] the question of which selective treatments are sufficiently significant to support judicial intervention turn on the empirical question of what in the particular context constitutes discrimination.*” (CALABRESI, 1991, p. 103)

e mais fundamentalmente, porque os juizes não teriam instrumentos para avaliar se os efeitos colaterais dessa decisão não seriam ainda mais prejudiciais aos alunos discriminados ou mesmo a toda a sociedade. Em virtude desses dois motivos, seria mais prudente que os juizes contivessem seus impulsos e adotassem uma posição de deferência às decisões tomadas pelos outros órgãos políticos do governo.

Mas qual seria o teste adequado para os juizes enfrentarem os problemas de discriminação dos grupos politicamente excluídos ou sub-representados? Como a exposição anterior demonstrou, os dados sob exame nesses casos são os motivos com base nos quais se podem suportar determinadas decisões governamentais. Se uma decisão se baseia unicamente no desprezo que os cidadãos com influência no processo político nutrem para com pessoas ou grupos sem influência política, ela invoca a intervenção protetiva do Poder Judiciário. O que o princípio da não-discriminação prescreve é a invalidação das ações tomadas por razões proibidas. O teste adequado é, portanto, aquele que a doutrina constitucional norte-americana nomeia “teste dos propósitos” (“*purposes test*”) (FALLON JR., 1997, p.71-73, 90-102). Nele o foco recai sobre as fontes que alimentam os processos governamentais de decisão. De acordo com o “teste dos propósitos”, as leis ou outras decisões políticas governamentais são inválidas se desenvolvidas ou aplicadas por razões constitucionalmente ilegítimas. Logo, a investigação crítica versa sobre se o governo teria imposto a restrição na ausência de fundamentos inadmissíveis. Tendo em vista que as decisões que prejudicam as minorias isoladas e sem voz são presumivelmente fundadas em argumentos discriminatórios, presume-se que o propósito dessas normas seja ilegítimo e, em decorrência disso, que elas são inconstitucionais. Nesse viés, se os motivos do governo são discriminatórios, uma lei aparentemente neutra é inválida. Mas se o governo não tem propósitos discriminatórios, uma lei cujo impacto é discriminatório pode ser mantida, desde que seu conteúdo não seja manifestamente arbitrário ou irracional.

A vantagem dos testes dos propósitos e do conteúdo suspeito é que eles se compatibilizam muito bem com os limites institucionais do Poder Judiciário. Ambos aliviam a carga de justificação que recai sobre os juizes. Na articulação e implementação de um desses testes os tribunais normalmente não precisam explicar plenamente por que certo conteúdo é suspeito, ou por que certos propósitos são proibidos. Os juizes podem concordar com um mesmo resultado, ou seja, com a suspeição ou proibição, sem ter que chegar a um acordo em torno das razões que motivam esse resultado. Juizes com fundamentos teóricos distintos podem convergir para uma mesma decisão, haja vista que esses testes definem

alcances de proteção bastante limitados. Esses testes facilitam a produção entre os juízes de acordos incompletamente teorizados,²⁴⁸ que possibilitam decisões concretas e superficiais em meio a divergências profundas. Eles caem como uma luva na proposta minimalista.

Não se deve concluir, todavia, sem um esclarecimento final a respeito do minimalismo. O minimalismo firma uma presunção contra as decisões judiciais profundas e abrangentes. Ele favorece uma posição cautelosa, conforme a qual os tribunais preferem dar passos curtos, reversíveis, permitindo a si mesmos acomodar desenvolvimentos inesperados. Ele vê com bons olhos a deferência judicial em uma ampla gama de casos. Enfim, ele crê que “a moralidade distintiva da jurisdição em uma sociedade pluralista convida a uma presunção em favor da modéstia teórica, especialmente quando os tribunais são chamados a invalidar a legislação” (SUNSTEIN, 1999, p. 258). Mas isto não significa que ele condene de forma absoluta as decisões teoricamente profundas e o debate judicial em torno dos princípios mais fundamentais de justiça política.

Em certas ocasiões, esse debate envolvendo as precondições da democracia deliberativa pode ser saudável e recomendável mesmo para um juiz minimalista. Mas, para isso, é necessário que dois requisitos estejam presentes. Em primeiro lugar, as incursões teóricas profundas não devem ser repentinas. Os julgamentos profundos são pertinentes quando servem de ponto culminante de uma série de passos intermediários, que tenham sido incrementados sucessivamente com o pensamento e a experiência (SUNSTEIN, 1999, p. 257). Em segundo lugar, é preciso que os juízes tenham considerável certeza dos méritos da sua decisão (SUNSTEIN, 1999, p. 57). Se os juízes são capazes de concordar com uma teoria abstrata, e se ela pode ser demonstrada como uma boa teoria, sua aceitação dificilmente causa embaraço, pelo contrário, esta é uma ocasião para celebração (SUNSTEIN, 1996, p. 56).

A grande diferença do minimalismo em relação a outras abordagens é a ênfase que ele põe no contexto como elemento definidor do alcance adequado das decisões judiciais, incluindo de modo proeminente avaliações comparativas de competência institucional. Ele chama atenção para algo essencial, embora comumente esquecido no discurso constitucional. A escolha entre uma maior ou menor intervenção do Judiciário não depende apenas do sentido verdadeiro da Constituição, mas liga-se, também, a considerações

²⁴⁸ A idéia básica embutida no conceito de “acordos incompletamente teorizados” é a de que quando as pessoas discordam em patamares mais abstratos, podem, muitas vezes, procurar o acordo movendo-se para níveis mais baixos de generalidade. Sunstein (1996) elaborou e divulgou esse conceito, provavelmente a partir de John Rawls. São de Rawls as seguintes palavras: “De fato, pode haver diferenças consideráveis nas concepções de justiça dos cidadãos, desde que essas concepções conduzam a julgamentos políticos semelhantes. E isso é possível, uma vez que premissas diferentes podem levar à mesma conclusão” (1997, p. 429).

pragmáticas e a julgamentos acerca das capacidades dos vários atores institucionais. “Existe sempre uma questão preliminar sobre quão incomodamente a ocasião demanda uma resposta. Pode ser melhor deixar o assunto para ser equacionado sem uma solução dotada de autoridade, ou talvez a única solução possível seja uma que o tribunal não tenha meios para impor”²⁴⁹ (LEARNED HAND, 1958, p. 15). E que, quando o Judiciário deixa de intervir, isso não significa a indiferença da Constituição em relação à matéria. Significa, sim, que nesse âmbito o dever de realização das aspirações constitucionais é protagonizado pelos representantes populares. Por que isso importa? Porque, numa sociedade cujo compromisso primordial é com o diálogo aberto entre cidadãos livres e iguais, nenhuma pessoa ou instituição tem direito a dar a última palavra nas controvérsias sociais fundamentais. O que a todos incumbe, principalmente aos órgãos oficiais de decisão, em especial aos juízes, é encorajar indefinidamente o debate.²⁵⁰ Para isso, o minimalismo é superior aos outros enfoques.

²⁴⁹ “*It is always a preliminary question how importunately the occasion demands an answer. It may be better to leave the issue to be worked out without authoritative solution; or perhaps the only solution available is one that the court has no adequate means to enforce.*” (LEARNED HAND, 1958, p. 15)

²⁵⁰ “As pessoas geralmente consideram o controle judicial de constitucionalidade como um constrangimento externo sobre o processo democrático. Isto é um erro; o controle judicial de constitucionalidade é um ingrediente no processo” (“*People often regard judicial review as an external constraint upon the democratic process. That is a mistake; judicial review is an ingredient in the process.*”). (EISGRUBER, 2001, p. 77)

4 Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais (CRFB/88, art. 60, § 4º, IV) e o controle judicial de constitucionalidade das emendas

Na primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição de 1988 por ofensa à cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais, o que ocorreu no julgamento da medida cautelar na ADIn 939-7/DF, em 15.09.1993, que impugnava o art. 2º da Emenda Constitucional n.º 3/93, o qual autorizava a instituição do imposto provisório sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF), sem que sobre este tributo incidisse a limitação prevista no art. 150, III, “b” da Constituição²⁵¹ (princípio da anterioridade tributária), o Ministro Francisco Rezek apresentou à Corte, no incisivo voto dissidente que redigiu, a seguinte advertência:

o que está em debate neste exato momento é saber se o aspecto de bom direito da tese trazida ao Supremo e o risco de que se aguarde simplesmente o julgamento definitivo da ação direta têm dimensão bastante para justificar *esse ato idealmente raro, porque traumático, de esvaziar-se, pela voz da instituição judiciária, aquilo que os poderes políticos do Estado, destacadamente o Congresso Nacional, entenderam de inscrever em nossa ordem jurídica, e no seu patamar mais alto* – ainda que, no caso concreto, em caráter temporário. [...] Fico a pensar nas *conseqüências da crítica judiciária ao poder de emenda à Constituição, ao poder que o legislador – a tanto legitimado pelo voto popular – tem em suas mãos de trabalhar sobre a Carta*. Afinal, não há no país um único jurista que entenda a Carta de 1988 imune a emendas que possam, ou solver uma contingência, como parece o caso da presente emenda, ou melhorar, em caráter definitivo, sua qualidade. (ADInMC 939/93, p. 1976-1977, sem grifo no original)

Algum meses antes, no julgamento da ADIn 830-7/DF, julgada em 14.04.1993, que indagava a respeito da constitucionalidade da antecipação, efetuada pela Emenda Constitucional n.º 2/92, do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de 1988 (forma e sistema de governo), o Ministro Sepúlveda Pertence havia ressaltado que “é delicadíssima a tarefa que esse controle de constitucionalidade das emendas à Constituição acarreta para as Cortes constitucionais: a emenda constitucional é a manifestação mais eminente da vontade política dos poderes constituídos do Estado” (ADIn 830/93, p. 220).

²⁵¹ O art. 150, III, “b”, da CRFB/88, estabelece que “sem prejuízos de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Passados alguns anos, quando o Supremo Tribunal Federal veio novamente a enfrentar o problema da criação, por meio de emenda constitucional, de um tributo incidente sobre movimentações financeiras, dessa vez sobre a forma de contribuição, e não mais de imposto, no julgamento da medida cautelar na ADIn 1.497-8/DF, em 09.10.1996, em que se impugnava a Emenda Constitucional n.º 12/96, que incluiu o art. 74 no ADCT/88,²⁵² autorizando a União a instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF), o Ministro Sepúlveda Pertence, em abono da opinião majoritária favorável à constitucionalidade da Emenda, pontuou:

Já na ADIn 939, subscrevera a ponderação do Ministro Octavio Gallotti, sobre a extrema circunspeção que há de ter o intérprete, e, sobretudo, o órgão de controle da constitucionalidade na aplicação das limitações materiais ao poder de revisão ou de reforma constitucional. Trata-se de resolver uma tensão dramática entre a vocação de permanência ou a pretensão de permanência e de estabilidade, que têm todas as constituições, e a indagação intrigante e recorrente sobre até onde vai o direito de uma geração de subordinar e vincular as gerações futuras aos seus valores, e muitas vezes, menos que a valores, a certas opções suas de política – muitas vezes conjuntural – nas constituições abrangentes, como a nossa. Não é demais recordar que uma das constituições revolucionárias francesas, a de 1793, expressamente assinalava que “*une génération ne peut assujeter à ses lois une génération future*”. (ADInMC 1.497/96, p. 104-105)

Essas passagens apontam com razoável precisão para as duas grandes dificuldades que estão subjacentes ao exercício do controle judicial de constitucionalidade das emendas. Ambas têm a ver com a sua justificação. Uma com a justificação da legitimidade das limitações ao poder de reforma. Outra com a justificação da autoridade institucional do órgão capaz de fiscalizar a observância de tais limitações. Em primeiro lugar, como bem indica o pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence, quando se admite que uma emenda à Constituição pode ser inconstitucional, é preciso lidar com a tensão dramática entre a vocação de permanência da Constituição e a indagação intrigante sobre até onde vai o direito de uma geração de vincular as gerações futuras. Em segundo lugar, como apropriadamente destacou o Ministro Francisco Rezek, quando essa função de declarar a inconstitucionalidade das emendas recai sobre um ramo institucional específico do Estado, o Judiciário, seu exercício torna-se traumático, à medida que esvazia, pela voz da instituição judicial, aquilo que os poderes políticos do Estado, legitimados pelo voto popular, entenderam por escrever no patamar mais alto da ordem jurídica.

²⁵² O *caput* do art. 74 do ADCT/88, inserido pela EC 12/96, preceitua: “A União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira”. O foco do julgamento da ADInMC 1.497/96 centrou-se, porém, no § 2º desse artigo, que exclui a aplicação do disposto nos arts. 153, § 5º e 154, I, da CRFB/88 sobre a mencionada contribuição.

4.1 Duas versões do paradoxo da democracia constitucional

As duas dificuldades apontadas podem ser descritas mediante duas interpretações distintas de um paradoxo que envolve a Constituição – na sua condição de lei suprema, escrita e rígida –, o controle judicial de constitucionalidade e a democracia. Esse paradoxo, já mencionado em outros momentos desse texto, tem sido chamado por diversos autores de “paradoxo da democracia constitucional”. Uma primeira interpretação desse paradoxo, elaborada por Frank Michelman (1999, p. 4), descreve-o como a tensão entre o ideal de governo limitado pelo direito (constitucionalismo) e o ideal do governo pela ação do povo (democracia). Uma segunda interpretação, desenhada por Larry Kramer, destaca o dilema presente no fato de que ao mesmo tempo em que instituições imunes à política ordinária podem ser vitais para assegurar princípios que são pré-requisitos do governo democrático, como a liberdade de discurso e de imprensa, a cidadania igual e outros elementos da liberdade pessoal, em última instância, nada pode garantir a correção daquilo que essas instituições fazem, nada pode salvá-las da parcialidade e da falta de visão, que não o desafio, o escrutínio e a revisão democrática (KRAMER, 2001, p. 15).

Essas duas visões do paradoxo da democracia constitucional mostram-se a toda evidência no caso da afirmação e fiscalização dos limites ao poder de reforma constitucional. A própria idéia de limites constitucionais ao poder de mudar a Constituição implica que cada geração vê restringida sua capacidade de definir seu próprio destino. Uma das primeiras funções das constituições modernas é impedir que a maioria governe como bem entenda. A institucionalização de restrições e condicionantes ao exercício da função reformadora é, por isso, o caso extremo do papel que as constituições pretendem exercer nos regimes democráticos. Nesse caso, a capacidade da Constituição de conter e domesticar o poder se esgarça as suas últimas fronteiras. Mais do que isso, ele põe frente a frente a Constituição como barreira de contenção do poder político e a Constituição como ato pelo qual um povo materializa e torna solene por meio de palavras seu intento de se autogovernar.

A atribuição a um ramo não majoritário do Estado do poder de controlar a constitucionalidade das emendas agrava ainda mais esse quadro. Uma outra função geralmente vinculada à Constituição é a de lei fundamental da sociedade política, sede onde se consubstanciam os valores e as opções políticas fundamentais dessa sociedade. É uma premissa de qualquer governo democrático que as decisões fundamentais sejam tomadas pelo povo. A primeira vista, o controle judicial de constitucionalidade das emendas constringe

enormemente a gama de mecanismos institucionais pelos quais o povo pode tomar suas decisões fundamentais. Afinal de contas, num regime constitucional estável, o instrumento mais alto de legislação é o das emendas constitucionais. Se a edição de emendas estiver submetida ao crivo rigoroso de juizes, cuja responsabilidade perante o povo é no mínimo difícil de se estabelecer, o povo estará sendo lembrado que só lhe resta o último recurso da revolução, e que, ao fim e ao cabo, apenas nos momentos revolucionários é que se faz possível o genuíno autogoverno popular.

Esse tipo de preocupação foi manifestada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da ADIn 3.105-8/DF, em voto proferido em 26.05.2004, quando, após declarar certa desconfiança com relação à aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da brasileira, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte, afirmou que conferir amplitude desmesurada às cláusulas de intangibilidade da Constituição seria uma construção intelectual antidemocrática. Isto porque:

[...] em última análise, visa impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incriveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir seu futuro, diretamente ou por meio de seus representantes ungidos com o voto popular. (ADIn 3.105/04, p. 165-166)

Diante de dilemas tão profundos, não espanta que juizes constitucionais tratem o controle das emendas como uma atividade traumática e extremamente delicada, tentando, paralelamente, fixar cânones de prudência judicial para equacionar essas dificuldades. Tais cânones podem ser sintetizados na expressão do Ministro Octavio Gallotti no julgamento da medida cautelar na ADIn 939/93:

A estabilidade da Constituição Federal, onde reside a finalidade inequívoca das limitações postas ao poder constituinte derivado, poderá, ao meu ver, ficar comprometida – ao invés de reforçada –, com o rigor de uma interpretação que, exacerbando essas restrições, viesse a conduzir justamente àquilo que a Constituição quis evitar, ou seja, estimular a tendência de ruptura, como um todo, do texto constitucional. (ADInMC 939/93, p. 2035)

É por meio de critérios como esse, que recomendam uma certa flexibilidade interpretativa por parte dos juizes, acompanhada de alguma medida de deferência às decisões dos órgãos políticos encarregados da realização da reforma constitucional, que o Supremo Tribunal Federal tem tentado se desincumbir daquilo que o Ministro Gilmar Mendes definiu, recentemente, no julgamento da ADIn 3.105-8/DF, em 18.08.2004, como “o grande desafio da jurisdição constitucional”: “não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa

ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo” (ADIn 3.105/04, p. 298).

Este capítulo pretende retomar essas tensões presentes no controle judicial de constitucionalidade das emendas e, a partir delas, desenhar, tendo por base o modelo teórico-constitucional proposto nos capítulos anteriores, uma visão sobre como os juízes constitucionais devem decidir casos em que esteja em jogo a violação da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CRFB/88).

4.2 Democracia e controle judicial de constitucionalidade das emendas

Para todos aqueles que defendem a idéia de que a imposição de limites ao poder de reforma constitucional é legítima e vinculante, surge um segundo problema, freqüentemente ignorado, a despeito de ser igualmente importante. O problema sobre quem deve fiscalizar o respeito a esses limites, sobretudo no caso dos limites materiais de reforma. É certo que não basta dizer simplesmente que o Judiciário tem competência para guarnecer a Constituição. Isso nem de longe significa que ele tenha poder para julgar a conformidade constitucional das emendas com relação aos limites materiais. Existe, no mínimo, um excelente fundamento para se repudiar o controle judicial de constitucionalidade das emendas. Nesta esfera, o risco da substituição da soberania popular pela soberania judicial é mais eminente do que em qualquer outra.

Para comprovar isso, é suficiente mencionar o seguinte argumento, constantemente lembrado por aqueles que tentam sustentar o controle judicial de constitucionalidade das leis perante os críticos que o caracterizam como antidemocrático: em último grau, sempre cabe ao povo, mediante o processo agravado de reforma da Constituição, alterar uma interpretação judicial, definida em sede de controle de constitucionalidade, que o próprio povo considere como uma interpretação equivocada da Constituição. O fato, no entanto, é que este argumento praticamente desaparece quando se admite o controle judicial da constitucionalidade material das emendas. A via pela qual o povo poderia fiscalizar, desafiar e revisar, pela ação das maiorias representativas constitucionalmente previstas, a leitura que os tribunais fazem da Lei Fundamental, é em ampla medida estrangulada.

4.2.1 Os juízes ou o povo

Como assinalou John R. Vile (1995, p. 198), uma forte objeção à existência de limites judicialmente reconhecíveis ao processo de reforma da Constituição deriva do que isso pode acarretar para o delicado equilíbrio entre o Judiciário e o povo. Por mais que se enfatize o aspecto “constitucional” em oposição ao aspecto “democrático” de uma democracia constitucional, o exercício do poder judicial por um ramo de governo cujos membros não são eleitos e detêm cargos vitalícios tem sempre estado em tensão com o governo popular. Uma razão pela qual o controle judicial de constitucionalidade é aceito, lembra Vile (1995, p. 198), “é que os julgamentos dos tribunais podem ser revogados através do processo de reforma”.²⁵³ Sendo assim, “dar poder aos tribunais, não simplesmente para rever os procedimentos pelos quais as emendas foram adotadas, mas também para invalidar emendas com base no seu conteúdo substantivo, com certeza ameaçaria a noção de um governo fundado no consentimento dos governados”²⁵⁴ (VILE, 1995, p. 198).

A concomitância entre o controle judicial de constitucionalidade das leis e o controle judicial de constitucionalidade das emendas delineia um quadro bastante crítico. Laurence Tribe (1985, p. 23-28) divisou essa situação com muita propriedade ao declinar, ainda antes de Vile, as razões pelas quais o Poder Judiciário não deveria ser responsabilizado por construir e impor os critérios de validade das emendas à Constituição norte-americana. Em seu entender, a principal razão para isso, aludida pelo Juiz Powel, da Suprema Corte, no caso *Goldwater v. Carter* (1979), é o risco de se ter o Tribunal “supervisionando o próprio processo constitucional utilizado para revogar suas decisões”²⁵⁵ (TRIBE, 1985, p. 23). O controle judicial de constitucionalidade das emendas implica atribuir aos tribunais, em especial ao tribunal supremo, a possibilidade de pronunciar-se sobre a legitimidade das ações tomadas com vistas a corrigir equívocos percebidos na sua própria jurisprudência, uma tarefa com conseqüências desconfortáveis para a integridade do empreendimento judicial (TRIBE, 1985, p. 27).

A aprovação de uma emenda estabelecendo uma mudança no texto constitucional quase inevitavelmente reflete uma insatisfação com a forma como o Direito

²⁵³ “[...] is that judgements of the courts can be reversed through the amending process”. (VILE, 1995, p.198)

²⁵⁴ “To empower the courts not simply to review the procedures whereby amendments were adopted but also to void amendments on the basis of their substantive content would surely threaten the notion of a government founded on the consent of the governed.” (VILE, 1995, p. 198)

²⁵⁵ A expressão atribuída por Tribe ao Juiz Powel é “oversee the very constitutional process used to reverse [its] decisions”. (TRIBE, 1985, p. 23)

constitucional – elaborado em grande medida, mas não exclusivamente, pelos tribunais – têm definido a matéria até então. Por isso, de acordo com Tribe, o recurso à emenda – à política constitucional em oposição ao Direito constitucional – deve ser tomado como um sinal de que o sistema jurídico atingiu um ponto de descontinuidade, um ponto em que algo menos radical que uma revolução, mas distintamente mais radical que a evolução jurídica ordinária, é requerido (TRIBE, 1985, p. 24). A questão da fiscalização dos critérios de validade das reformas, portanto, é “um problema cuja essência é encontrar um modo de proteger o processo de emenda frente à obstrução pelos próprios tribunais cuja interpretação da Constituição uma emenda poder ser projetada para reverter”²⁵⁶ (TRIBE, 1985, p. 28).

Não se pode perder de vista que o argumento, muitas vezes avançado pelos defensores do controle judicial da constitucionalidade material das emendas, que adverte para a possibilidade de que o povo e seus representantes possam adotar medidas atentatórias à dignidade humana, pode ter seu sentido invertido. Se o Judiciário tomar para si o poder de invalidar as emendas devido ao seu conteúdo, não há motivo para crer que os juízes não possam eles próprios violar a dignidade humana. Como já foi dito em outros momentos deste texto, não há qualquer fundamento para a idéia de que juízes e tribunais são mais aptos à deliberação segundo princípios do que os outros ramos de governo ou do que a cidadania. O que restaria, então, ao povo e seus representantes, na hipótese de o Judiciário emperrar as transformações consideradas legítimas?

Aqui sobraria apenas uma alternativa, o povo fazer uso do seu direito de dar a si próprio uma nova Constituição. Isso demonstra que o equacionamento entre a legitimidade e a efetividade do controle judicial das emendas só é possível em circunstâncias excepcionais. A um, porque caso exista um consenso social suficientemente disseminado em oposição ao entendimento dos Tribunais, as decisões judiciais serão superadas ainda que para isso seja necessária uma situação de ruptura institucional. A dois, porque na hipótese desse consenso ser amplo mas não o bastante para habilitar uma transição institucional, uma parcela expressiva da população estará, a seus olhos, sendo submetida ao governo arbitrário dos juízes, vendo negado seu direito de autogoverno. Isso quer dizer que, no comum dos casos, a invalidação de uma emenda significará uma de duas coisas: um convite à revolução ou, então, a usurpação judicial do poder popular.

²⁵⁶ “[...] a problem the essence of which is to find a way to protect the amendment process from obstruction by the very tribunals whose interpretation of the Constitution an amendment may be designed to overturn.” (TRIBE, 1985, p. 28)

Essa encruzilhada fica aparente no debate travado na Alemanha em torno do controle judicial das cláusulas de intangibilidade da Lei Fundamental de Bonn, na forma como ele foi recentemente relatado pelo Ministro Gilmar Mendes (ADIn 3.105/04, p. 296-297). Mendes lembrou, inicialmente, que, na Alemanha, demarcaram-se duas posições a respeito da interpretação das cláusulas de imutabilidade. Uma, mais extensiva, que entende que elas contêm uma “proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais”; e outra, mais restritiva, que entende que elas consubstanciam uma “proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição”. Em seguida, destacou que a Corte Constitucional alemã, em 1970, quando do julgamento da controvérsia sobre a constitucionalidade da emenda que introduzia restrição à inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, à revelia do eventual atingido, vedando, nesses casos, o recurso ao Poder Judiciário, adotou a posição restritiva. Nessa decisão, a maioria do Tribunal assentou que a cláusula de limites do art. 79, III, da Lei Fundamental, visa impedir que “a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização do regime totalitário”.²⁵⁷ Por fim, o Ministro enfatizou a crítica de que esse posicionamento tem sido alvo por parte da doutrina germânica:

Essa interpretação minimalista das garantias de eternidade foi amplamente criticada na doutrina, uma vez que, na prática, o tribunal acabou por consagrar uma atitude demissionária, que retira quase toda a eficácia daquelas disposições. A propósito dessa decisão, vale registrar a observação de Bryde:

“Enquanto a ordem constitucional subsistir, não será necessário que o Bundesverfassungsgericht suspenda decisões dos órgãos de representação popular tomadas por 2/3 de votos. Já não terá relevância a opinião do tribunal numa situação política em que princípios fundamentais contidos no art. 79, III sejam derrogados”. (ADIn 3.105/04, p. 297, grifo no original)

Essa crítica põe em relevo, talvez inconscientemente, aquilo que aqui se vem demonstrando. A posição minimalista da Corte alemã ressalta que a legitimidade para a invalidação de emendas só abunda quando uma emenda se volta à destruição da Constituição, pretendendo instaurar um regime totalitário. De outro lado, a crítica doutrinária nota que para que tal utilização dos mecanismos formais de emenda com vistas na legalização de um regime totalitário ocorra, deixando fora de dúvida a pertinência da intervenção judicial, o movimento de mudança deve estar baseado numa força social tamanha que, nesses casos, a possibilidade de obediência à decisão judicial é, na prática, nula. Logo, se na aparência essa crítica dirige-se

²⁵⁷ Essa tradução de fragmento da decisão proferida pela Corte Constitucional Federal alemã no caso da privacidade de comunicação é recolhida do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADIn 3.105/04. Para uma análise um pouco mais pormenorizada dessa decisão, ver seção 1.5, *supra*.

a uma possível atitude demissionária da Corte Constitucional alemã na aplicação das cláusulas de imutabilidade da Lei Fundamental, no fundo, o que ela faz é iluminar a difícil conciliação entre a legitimidade e a efetividade do controle judicial de constitucionalidade das emendas.

As objeções levantadas com relação ao poder judicial de impor limites materiais ao poder de reforma da Constituição, referentes ao equilíbrio entre o povo e o Judiciário numa democracia constitucional e à árdua conciliação entre legitimidade e efetividade da ação dos tribunais nessa seara, objetivam demonstrar que a existência de tão relevante atribuição judicial não é algo imune a divergências. É, sim, algo que demanda uma constante e tormentosa justificação.

A intenção, contudo, não é afirmar que o Supremo Tribunal Federal deveria se afastar do controle das emendas. Pelo contrário, almeja-se apenas discriminar algumas questões que o Tribunal teria de enfrentar para adotar uma atitude mais agressiva ou mais contida no exercício dessa competência.²⁵⁸ Supondo-se que a existência dessa forma de poder judicial é algo assentado, pretende-se reconstruí-la de modo a equacionar os obstáculos que poderiam se dirigir contra ela em virtude das tensões subjacentes a um regime que limita a vontade da maioria ao mesmo tempo em que se baseia no autogoverno popular.

É certo, todavia, que as considerações feitas têm um resultado imediato. Elas se opõem frontalmente a qualquer tentativa de tratar o Judiciário como órgão exclusivo e supremo de interpretação das cláusulas de limites materiais de reforma. Isso seria submeter o povo integralmente às interpretações que os juízes fazem da Constituição, relegando aos cidadãos uma única oportunidade de governar a si próprios: as raras e conturbadas hipóteses de instauração de uma nova ordem constitucional. Nesse sentido, estabilidade institucional e autogoverno popular excluir-se-iam mutuamente.

Existem, contudo, outras compreensões possíveis acerca do papel do Judiciário constitucional no âmbito do controle das emendas, que se mostram compatíveis com a proeminência do processo de reforma constitucional como mecanismo democrático de legislação. Tais compreensões são aquelas que descrevem o controle judicial como um instrumento para reforçar a abertura e a inclusividade do processo de formulação de emendas,

²⁵⁸ A verdade é que o problema da pertinência do controle judicial de constitucionalidade das reformas constitucionais envolve uma série de questões que nem sequer foi aqui mencionada, que tem a ver com as tradições, a história, as estruturas sociais e econômicas existentes em cada sistema constitucional específico (FREEMAN, 1992, p. 37, 41). A investigação que vem sendo desenvolvida, sem embargo, parte de um momento posterior de observação. Ela supõe que a existência dessa forma de poder judicial seja algo assentado no sistema sob análise. A esse respeito, ver seção 1.2, *supra*.

e que enxergam os tribunais, não como organismos externos à democracia, que a constroem desde fora, mas como participantes não-privilegiados no diálogo democrático, que cooperam com os demais participantes tendo em conta as particulares capacidades institucionais que possuem.

4.2.2 O sentido das cláusulas pétreas

Essa perspectiva dialógica e cooperativa da função dos juízes constitucionais parece estar de acordo com o papel que os limites matérias de reforma podem legitimamente exercer numa democracia constitucional. Uma Constituição é uma lei escrita para controlar que outras leis podem ser feitas, por quem e por meio de quais procedimentos. Para preservar essa posição de precedência, ela é entrincheirada num documento excepcionalmente difícil de ser modificado. Dessa forma, é essencial à noção de constitucionalismo que a Lei fundamental deva ser intocável pela política majoritária que ela pretende constroer (MICHELMAN, 1999, p. 6). Embora fundamental, a Constituição não deixa de ser ela mesma uma lei. Isso significa que ela é fruto de um processo de legislação. Se é assim, uma Constituição não regula seu próprio processo de criação, ela não define sua própria validade. Seu fundamento não está contido em si mesma. Num regime democrático, esse fundamento está situado na idéia de que a Constituição é uma manifestação do autogoverno popular. A Constituição, portanto, é resultado e pressuposto do processo democrático de governo, admitindo-se por processo democrático aquele em que o povo de um país decide por si próprio o conteúdo das leis que regulam e organizam sua associação política.

Essa relação circular entre a democracia e a Constituição deixa evidente que o autogoverno popular não termina com a instauração de um texto constitucional. A idéia de que após o estabelecimento de uma Constituição o povo e a política deixam de ser os componentes principais dos negócios públicos, dando lugar ao Direito e aos tribunais, é estranha ao constitucionalismo democrático. Embora não seja incomum descrever a Constituição como um objeto sagrado digno de fé²⁵⁹ (LEVINSON, 1988, p. 9-17), a Constituição não é um ato divino, é uma construção popular, uma lei digna de respeito, que

²⁵⁹ Thomas Paine, por exemplo, em sua obra clássica “*Rights of Man*” (Direitos do Homem), uma das mais populares e influentes defesas do constitucionalismo, publicada no início da década de 1790, descreveu a Constituição como “a Bíblia política do estado” (“*the political Bible of the state*”). (PAINE, 1996, p. 143)

para motivar a adesão de seus destinatários deve mostrar-se aceitável para eles. A Constituição, como ensina Habermas:

[...] não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. (HABERMAS, 1997, p. 326)

A razão racional para uma geração subsequente respeitar os termos do acordo constitucional, dizem Stephen Holmes e Cass Sunstein (1995, p. 304), tem menos a ver com a fonte do que com o conteúdo da Constituição.

Se uma constituição não ajuda os cidadãos atuais a resolverem seus problemas e atingirem seus objetivos, ela terá e deverá ter pouco apelo, não importa quão grande a supermaioria que a ratificou originalmente. A adequação em se tratar uma constituição como “sagrada” certamente depende daquilo que a constituição contém. [...] Assim, o respeito pela constituição deve ser baseado na percepção pública de que a constituição é (ainda que ao menos no geral) boa.²⁶⁰ (HOLMES; SUNSTEIN, 1995, p. 304, tradução livre)

O teste de bondade da Constituição é feito pela geração presente, e não pelas gerações passadas. Um requisito mínimo de autonomia é que cada um possa julgar o que é bom para si. Herdar padrões de conduta prontos e acabados das mãos de outrem, que não podem ser contestados pela própria voz de seus destinatários, é sujeição. É por isso que Holmes e Sunstein (1995, p. 276) estão corretos quando dizem que a previsão no texto da Constituição de uma fórmula de emenda oferece uma maneira para os constituintes partilharem algo da sua autoridade sobre a Constituição com as gerações subsequentes. Quem edita uma Constituição não pode descurar do fato de que “não apenas a Constituição é um documento imperfeito; ela também é evolucionista, com emendas e mudanças nas interpretações desenhadas para refletir o desenvolvimento de uma opinião pública refinada”²⁶¹ (VILE, 1995, p. 200).

Alcança-se, assim, a célebre tensão entre estabilidade e mudança, rigidez e flexibilidade, estática e dinâmica da Constituição. De um lado, se uma Constituição for demasiadamente difícil de reformar, se ela for excessivamente rígida, ela será suscetível à ruptura. Uma Constituição cerradamente rígida, baseada em uma fórmula de emenda muito

²⁶⁰ “If a constitution does not help current citizens to solve their problems and achieve their aims, it will and should have little appeal, no matter how great the supermajority that originally ratified it. The appropriateness of treating a constitution as “sacred” surely depends on what the constitution contains. [...] Thus, respect for the constitution must be based on the public perception that the constitution is (still at least generally) good”. (HOLMES; SUNSTEIN, 1995, p. 304)

²⁶¹ “Not only is the constitution an imperfect document; it is also evolutionary, with amendments and changes in interpretations designed to reflect the development of refined public opinion.” (VILE, 1995, p. 200)

rigorosa, será um convite a soluções extraconstitucionais. Por outro lado, se uma Constituição for por demais fácil de reformar, ela será uma porta aberta à constitucionalização da vida política, ou seja, ao colapso da política constitucional na política ordinária. Um processo de emenda desagradado, especialmente quando monopolizado pelo Parlamento, possivelmente encorajará os parlamentares a tentarem debilitar seus oponentes com a mudança das regras do jogo em meio às disputas. Ele também deixará os direitos humanos vulneráveis aos ventos políticos, e eliminará as vantagens, em termos de estabilidade e capacitação, fornecidas por um acordo duradouro em torno dos arranjos institucionais básicos da sociedade política.

Por trás do embate entre estabilidade e mudança não está apenas uma questão de efetividade, no sentido de se manter a Constituição receptiva às necessidades que se impõem inexoravelmente no decorrer do tempo. Como se bastasse, para solucionar essa tensão, adaptar a Constituição às circunstâncias não previstas pelos seus redatores. No fundo, o que se discute, na contínua busca do equilíbrio entre estabilidade e mudança, é o problema da legitimidade. O que está em pauta é a pergunta sobre como os cidadãos podem considerar digno de respeito um diploma legal fundamental do qual eles próprios não são autores?

Deve-se a Thomas Paine uma das exposições mais célebres dessa problemática:

As circunstâncias do mundo estão continuamente mudando, e as opiniões dos homens mudam também; e como o Governo é para os vivos, e não para os mortos, são apenas os vivos que têm qualquer direito sobre ele. Aquilo que pode ser pensado como correto e achado conveniente em uma era pode vir a ser pensando como errado e achado inconveniente em outra. Em tais casos, quem deve decidir, os vivos, ou os mortos?²⁶² (PAINE, 1996, p. 12, tradução livre)

Nesse cenário de confrontação entre os vivos e os mortos é que tradicionalmente se apresenta o problema dos limites materiais de reforma, cláusulas expressas no texto constitucional que informam aos cidadãos que eles não podem decidir sobre determinadas questões fundamentais concernentes aos termos básicos da sua associação política, exceto se quiserem pagar o alto preço de uma revolução. A causa do embaraço provocado por esses dispositivos também teve em Thomas Paine um dos seus clássicos expositores.

Nunca houve, nunca haverá, e nunca pôde existir um Parlamento, ou qualquer tipo de homens, ou qualquer geração de homens, em qualquer país, que possuísse o direito ou o poder de vincular e controlar a posteridade até o “final dos tempos”, ou

²⁶² “*The circumstances of the world are continually changing, and the opinions of men change also; and as Government is for the living, and not for the dead, it is the living only that has any right in it. That which may be thought right and found convenient in one age may be thought wrong and found inconvenient in another. In such cases, who is to decide, the living or the dead?*” (PAINE, 1996, p. 12)

de comandar para sempre como o mundo será governado, ou quem irá governá-lo; e, por isso, todas as cláusulas, atos e declarações pelas quais seus criadores tentam fazer o que eles não têm nem o direito nem o poder de fazer, nem o poder de executar, são em si mesmas nulas e sem efeito. Todas as idades e gerações devem ser tão livres para agirem por si mesmas *em todos os casos* quanto as idades e gerações que as precederam. A vaidade e presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente de todas as tiranias. Um homem não tem propriedade sobre outro homem; tampouco uma geração tem propriedade sobre as gerações que a sucedem.²⁶³ (PAINE, 1996, p. 9, tradução livre, grifo no original)

Paine mostrava, assim, que “proibir de forma absoluta as gerações futuras de deliberar sobre determinadas questões é algo de enorme gravidade, já que, com isto, elas ficam privadas da capacidade de escolherem os seus próprios caminhos” (SARMENTO, 2004, p. 357). Significaria isso que as cláusulas de extrema rigidez são incompatíveis com o constitucionalismo democrático? A presença de cláusulas pétreas seria um impedimento intransponível à conciliação entre autolegislação coletiva e governo limitado? Parece que não.

A questão que aqui se coloca difere do tema comum da rigidez constitucional somente em matéria de grau. Por isso, o mesmo caminho preconizado para o equacionamento da tensão entre democracia e constitucionalismo serve para enfrentar a dificuldade posta pelos limites materiais de reforma. Pode-se retomar, portando, uma indagação já colocada em outros momentos: por que, num país democrático, uma maioria deve ser impedida de fazer o que quer que lhe agrade? A resposta é que a “democracia” não pode ser reduzida à simples tomada de decisões majoritárias. Qualquer concepção defensável de democracia contém certas precondições que operam como estrangulamentos ao governo majoritário. Assim, tais precondições podem ser retiradas do alcance das maiorias sem rompimento com o ideal democrático. Stephen Holmes e Cass Sunstein elaboraram com exatidão essa tese:

a “democracia” não pode ser reduzida à decisão majoritária. Nós podemos adotar uma concepção de democracia que contém certas precondições que operam como estrangulamentos à regra da maioria. O direito à liberdade de discurso, por exemplo, é parte das bases para a democracia. A proteção constitucional da liberdade de discurso dificilmente é inconsistente com os princípios democráticos. O mesmo pode bem ser verdade a respeito do direito ao voto, do direito de liberdade religiosa, e do direito à propriedade privada. Muitos direitos liberais são melhor entendidos como precondições para uma democracia em bom funcionamento, e de modo algum como antidemocráticos. Nós podemos ver as constituições como estratégias de pré-compromisso, projetadas para salvaguardar certos objetivos que seriam

²⁶³ “*There never did, there never will, and there never can, exist a Parliament, or any description of men, or any generation of men, in any country, possessed of the right or the power of binding and controlling posterity to the ‘end of time’, or of commanding for ever how the world shall be governed, or who shall govern it; and therefore all such clauses, acts or declarations by which the makers of them attempt to do what they have neither the right nor the power to do, nor the power to execute, are the themselves null and void. Every age and generation must be as free to act for itself in all cases as the ages and generations which preceded it. The vanity and presumption of governing beyond the grave is the most ridiculous and insolent of all tyrannies. Man has no propriety in man; neither has any generation a property in the generations which are to follow.*” (PAINE, 1996, p. 9)

previsivelmente comprometidos por agentes do povo, ou pelo próprio povo. O alegado paradoxo da democracia liberal tem sido grandemente exagerado; democracia e liberalismo são credos que se reforçam mutuamente.²⁶⁴ (HOLMES; SUNSTEIN, 1995, p. 277-278, tradução livre)

Esse mesmo argumento serve para fundar a legitimidade democrática dos limites materiais de reforma. Basta adotar a mesma premissa, segundo a qual a Constituição funciona como um pré-compromisso relativo às precondições da democracia, e expandi-la para as cláusulas de extrema rigidez. Nesse viés, pode-se acompanhar a trilha daquele que é provavelmente o mais profundo e bem-sucedido exercício de fundamentação das limitações materiais à reforma no constitucionalismo brasileiro, elaborado por Oscar Vilhena Vieira, e afirmar, inicialmente, que:

As Constituições democráticas, ao estabelecerem que certos direitos e instituições encontram-se acima do alcance dos órgãos ordinários de decisão política ou, mesmo, fora de sua competência, por força das limitações materiais ao poder de reforma, atuam como mecanismos de autovinculação, ou pré-comprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas próprias paixões e fraquezas. [...] O constitucionalismo democrático traça, neste sentido, um conjunto de limitações à maioria com o propósito de favorecer a dignidade humana e fortalecer a própria democracia, estabelecendo os princípios e as meta-regras a partir das quais o sistema democrático deve funcionar, sem, no entanto, poder suprimi-los. (VIEIRA, 1999, p. 19)

Definida essa tese geral sobre a Constituição, o passo seguinte é realizar sua extensão para as cláusulas pétreas, denominadas por Vieira cláusulas superconstitucionais:

As cláusulas superconstitucionais [...] retiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais as condições fundamentais para a preservação da dignidade e da autonomia privada e pública dos cidadãos. Sua finalidade é proteger essas condições de maiorias qualificadas eventualmente seduzidas pelo canto de morte das sereias. Compreendidas e limitadas a essas condições de viabilização da dignidade e da autonomia pública e privada dos cidadãos, as cláusulas superconstitucionais não serão antidemocráticas, mas instrumentos legítimos e habilitadores da democracia, como meio de realização dos direitos humanos fundamentais. (VIEIRA, 1999, p. 227)

Para delinear mais precisamente como as cláusulas superconstitucionais asseguram as condições de viabilização da dignidade e da autonomia privada e pública dos cidadãos, reforçando as precondições da democracia, Vieira busca respaldo na tese de Habermas acerca da cooriginalidade entre direitos liberais e direitos de participação no

²⁶⁴ “[...] ‘democracy’ cannot be reduced to majoritarian decision making. We might adopt a conception of democracy that contains certain preconditions that operate as constraints on majoritarian rule. The right to free speech, for example, is part of the basis for democracy. Constitutional protection of free speech is hardly inconsistent with democratic principles. The same may well be true of the right to vote, the right to religious liberty, and the right to private property. Many liberal rights are best understood as preconditions for a well-functioning democracy, and not as antidemocratic at all. We can see constitutions as precommitment strategies, designed to safeguard goals that would predictably be compromised by agents of the people, or by the people themselves. The alleged paradox of liberal democracy has been greatly overstated; democracy and liberalism are mutually reinforcing creeds”. (HOLMES; SUNSTEIN, 1995, p. 277-278)

processo político. O posicionamento do filósofo alemão afirma umnexo interno entre direitos liberais e soberania popular, que se estabelece no fato de o sistema dos direitos “apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente” (HABERMAS, 1997, p. 138). Assim, define Vieira:

o papel das cláusulas constitucionais não é dar proteção absoluta a todos os direitos que foram colocados numa Constituição, mas àqueles princípios básicos que assegurem uma condição minimamente ideal para que os indivíduos possam deliberar de forma livre e igual a respeito dos direitos e da forma pela qual querem ser governados. (VIEIRA, 1999, p. 229)

Essa argumentação oferece uma motivação bastante razoável para a fundamentação da existência de cláusulas superconstitucionais, mas ela não faz desaparecer todo o desconforto produzido pelos limites materiais expressos de revisão. Ela não dá conta do problema embutido no estabelecimento de cláusulas explícitas de limites – um conjunto de palavras escritas num texto – numa sociedade marcada por um profundo desacordo a respeito da justiça, dos direitos e das idéias de bem. Como anota Vieira (1999, p. 230), os pré-comprometimentos assumidos a partir da adoção de cláusulas superconstitucionais “só serão legítimos se formulados de maneira a habilitar a continuação da jornada da sociedade, por intermédio dos caminhos traçados pelos seus próprios cidadãos, sob condições ideais de deliberação”. Ocorre, como já mencionado noutro momento, que é muito improvável que os cidadãos, que vivem gerações após o tempo de vida dos redatores da Constituição, concordem, em termos específicos, com a interpretação das condições ideais de deliberação dada pelos constituintes e cristalizada em palavras no texto constitucional. O que uma geração pode ter visto como limite mínimo que a impede de impor às futuras gerações limites máximos, pode ser visto, algum tempo depois, como constrição insuportável, preconceituosa e injustificável.

Essa é uma constatação que fala contra a adoção de cláusulas pétreas, pois reconhece que as precondições do processo democrático não podem ser fixadas de uma maneira definitiva, mas estão abertas a um fluxo contínuo de discussão e revisão no próprio processo que é por elas fundado. Todavia, esta não é uma indagação que será levada aqui a suas últimas conseqüências. Para a continuidade deste trabalho, pode-se considerar que ela seria superável, desde que as cláusulas pétreas viessem a ser definidas como princípios amplos e abstratos, cedendo uma extensa margem a uma prática permanente de interpretação, discussão e reconstrução.

Não se deve perder de vista que o Texto Magno é a declaração documentada dos direitos e processos que, em momentos particulares da história de uma comunidade, foram vistos como especialmente necessários para delinear e manter os direitos mais abstratos da soberania democrática (FREEMAN, 1992, p. 33). Nesse sentido, a inclusão da linguagem abstrata no interior da Constituição serve a uma importante função democrática. Ela marca a seriedade de certos assuntos (EISGRUBER, 2001, p. 41). A Constituição não diz simplesmente: “use seu melhor juízo na política”. Ela convida os cidadãos a exercitarem seu melhor julgamento sobre uma variedade de assuntos nomeados, tais como sobre o que conta como tratamento igualitário a homens e mulheres (CRFB/88, art. 5º, I), ou qual o sentido da inviolabilidade da vida (CRFB/88, art. 5º, *caput*). Os conceitos políticos e morais ambíguos da Constituição devem, portanto, ser compreendidos como o requerimento de que os cidadãos exercitem seu melhor juízo com relação às matérias a que esses conceitos se referem (EISGRUBER, 2001, p. 40).

A Constituição, dessa forma, induz os cidadãos a tratarem alguns assuntos, e não outros, como questionamentos acerca dos fundamentos da comunidade política. Se alguém diz: “Eu penso que esta medida levanta questões sobre o respeito a igualdade”, por consequência, esta pessoa diz: “Eu penso que esta medida levanta questões constitucionais, e nós devemos defender nossos posicionamentos perante ela como interpretações da Constituição do país”. Isto requer dos cidadãos que eles tratem a Constituição como *locus* para a justificação cívica (FREEMAN, 1992, p. 31). O que supõe, a seu turno, que a dignidade de respeito da Constituição perante seus destinatários exige que ela incorpore razões que esses mesmos destinatários poderiam endossar publicamente se deliberassem de forma franca, livre e em igualdade de condições. Tal postura, por conseguinte, coloca certas pressões sobre o intérprete. Se ele oferecer um argumento em nome da Constituição, ele estará implicitamente assegurando que terá feito um esforço de boa-fé para transcender visões partidárias e objetivos de curto prazo, produzindo uma avaliação imparcial sobre aquilo que é bom para todos.

Nesse contexto, a previsão de cláusulas pétreas em linguagem abstrata, mediante conceitos políticos e morais ambíguos, que fomentam a reflexão e a divergência de pontos de vista, pode ser entendida como um mecanismo pragmático para assegurar o caráter deliberativo das decisões tomadas no âmbito das reformas constitucionais. Um dos principais motivos para que o processo de emenda seja mais agravado que o processo legislativo comum diz com a tentativa de ampliar o raio de visão dos participantes desse processo. Em geral, esse

alargamento se dá de três formas. A primeira é por meio da ampliação das maiorias necessárias para a aprovação de uma emenda. Isso garante que um maior número de perspectivas será incluída na discussão e, deste modo, que as partes terão que buscar um ponto de vista mais geral do que aquele que seria necessário para se obter um *quorum* mais reduzido. A segunda é pela extensão no tempo do processo de discussão das propostas de emenda. Supõe-se que quanto mais prolongada a deliberação, quanto mais tempo as pessoas possam dedicar para obter informações, refletir e ouvir os outros, melhor será a decisão final. A terceira é fruto da própria idéia de uma Constituição inflexível. Se uma Constituição desse tipo é aquela cuja alteração é mais difícil que a das demais leis, e que, por isso mesmo, pretende ser especialmente resistente à mudança, tendo uma especial vocação à durabilidade, aqueles que elaboram ou reformam o texto constitucional devem se preocupar em incluir nos seus julgamentos a perspectiva dos futuros seguidores da Constituição. Eles devem ser particularmente sensíveis às potenciais reivindicações daqueles que ainda não nasceram. Pelo simples fato de que as gerações futuras terão maior dificuldades de rever as normas constitucionais do que as demais leis que vierem a receber como herança. O estabelecimento de limitações materiais explícitas à reforma constitucional pode operar, sobretudo naqueles sistemas em que as regras procedimentais de reforma são pouco rigorosas, como um quarto instrumento de garantia da largueza da deliberação. As cláusulas pétreas devem ser lidas, assim, como mecanismos interessados em assegurar que as reformas constitucionais não serão exercícios crus de poder, mas decisões fundadas em razões de consideração pública.

Esse entendimento parece plausível no âmbito da Constituição de 1988, que não leva muito adiante nenhum dos três mecanismos formais de agravamento do processo de emenda. O *quorum* qualificado de aprovação, ou seja, a maioria de três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional (art. 60, § 2º, CRFB/88), se comparado com as maiorias exigidas pelas constituições de outros países, é pequeno.²⁶⁵ Os dois turnos de aprovação em cada uma das casas (art. 60, § 2º, CRFB/88) também não se mostram muito exigentes, à medida que não vêm acompanhados de prazos mínimos, mais ou menos amplos, que obrigatoriamente tivessem que separar cada um desses turnos de votação. E, o que é mais importante, a Constituição confere um enorme protagonismo a um único órgão, o Congresso Nacional, no exercício do poder de reforma. Nem o Executivo federal, nem os órgãos dos demais componentes da Federação brasileira, nem a população por meio do voto, tem maior influência formal sobre o processo de reforma. O Presidente da República pode apenas ter

²⁶⁵ Consulte-se, sobre essa matéria, o rico estudo comparativo realizado pelo cientista político norte-americano Donald S. Lutz (1995).

iniciativa com relação à proposta de emendas constitucionais (art. 60, II, CRFB/88). O mesmo vale para as demais unidades da Federação, a quem só cabe a iniciativa do processo de emenda, a qual, ainda por cima, só será admitida quando aprovada por mais da metade das Assembléias Legislativas, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, III, CRFB/88). Já à cidadania não se reserva nenhum mecanismo formal de participação direta no processo de reforma constitucional. O povo limita-se a eleger os representantes que compõem o Legislativo Federal, os quais têm reservado para si o poder de iniciativa (art. 60, I, CRFB/88), aprovação (art. 60, § 2º, CRFB/88) e promulgação das emendas constitucionais (art. 60, § 3º, CRFB/88). Diante de um processo tão facilitado e concentrado, a previsão de cláusulas pétreas parece uma medida pragmática para evitar que o poder de reforma constitucional seja capturado por interesses de curto prazo, egoísticos e partidários.

Oscar Vilhena Vieira chamou atenção para esse fato quando, após advertir que “ao estabelecer o *quorum* de três quintos para a reforma da Constituição o legislador constituinte buscou flexibilizar o texto, evitando estabelecer barreiras intransponíveis ao poder de reforma” (VIEIRA, 1999, p. 134), argüiu:

Caso essa flexibilização não viesse acompanhada de uma expansão das cláusulas limitativas do poder de reforma, poderia gerar situação de absoluta fragilidade do cerne básico da Constituição, que organiza o Estado Democrático de Direito. Daí surge a importância absoluta não apenas dos dispositivos que estabelecem os limites materiais ao poder de reforma, como de sua adequada compreensão e aplicação. (VIEIRA, 1999, p. 135)

Se o papel das cláusulas pétreas é resguardar a seriedade da deliberação que cuida da reforma constitucional, elas não devem ser vistas como barreiras à democracia, como constrangimentos ao autogoverno do povo. Elas devem ser lidas como requerimentos de justificação, garantias da manutenção da discussão pública em torno das questões mais fundamentais que afligem a comunidade. Sua idéia básica, como resumiu muito bem o Ministro Cezar Peluso (ADIn 3.105/04, p. 248), é a de que “a Constituição da República não suporta arbitrariedade, ainda quando provenha do constituinte derivado”. Sua função é provocar o debate arrazoado, nunca cercear o diálogo. Assim, as cláusulas pétreas constituem uma advertência solene, posta à vista de todos os cidadãos e agentes públicos, no sentido de que a legislação, principalmente em seu patamar mais elevado, é um processo que deve se fundar em razões públicas, não em preferências privadas. Um processo jurisgenerativo pelo qual o povo possa sentir-se ao mesmo tempo como destinatário e autor das suas próprias leis.

4.2.3 O judiciário como intérprete das cláusulas pétreas

É óbvio que essa noção geral sobre as cláusulas pétreas repercute na sua compreensão e aplicação. No Brasil, questões constitucionais são, freqüentemente, tratadas como questões abertas à apreciação judicial. Isso não é diferente com relação às cláusulas irreformáveis da Constituição. É possível, assim, que os juízes joguem, como efetivamente têm feito, um papel importante no esforço nacional coletivo para fazer julgamentos sobre os princípios nomeados na Lei Magna. Contudo, reconhecer algum papel para o Judiciário na fiscalização dos limites ao processo de emenda não diz onde os tribunais devem fixar estes limites. A afirmação de que o § 4º do art. 60 da CRFB/88, não menos que outras partes da Constituição, está confiado à interpretação dos tribunais não diz nada acerca de qual interpretação os tribunais devem adotar. Apesar disso, as considerações expendidas até o momento permitem definir algumas diretrizes gerais sobre o controle judicial de constitucionalidade das emendas.

A primeira delas, e mais evidente, é que as cláusulas irreformáveis revelam e protegem princípios. Deve-se, como acentuou o Ministro Sepúlveda Pertence (ADInMC 1.497/96, p. 106), “interpretar as ditas ‘cláusulas pétreas’[...] sempre que possível como atinente aos princípios e não à simples concretização desses princípios em regras constitucionais específicas”. Isto significa que as cláusulas pétreas definem conceitos políticos e morais fundamentais e controvertidos. Tratar tais cláusulas como princípios é supor que pessoas razoáveis discordam quando tentam elaborar, por exemplo, quais são os direitos morais incorporados à Constituição mediante a fórmula dos “direitos e garantias individuais”, ou quais são as prerrogativas institucionais asseguradas pela cláusula da “separação de poderes”. E, também, que essas pessoas divergem quando tentam aplicar esses direitos e prerrogativas, independentemente de como eles são definidos, a assuntos complexos de administração política, como à questão da instituição de tributos imunes à incidência de garantias constitucionais dos contribuintes, ou da criação de um órgão de controle externo do Judiciário. Quem vê princípios encontra conceitos, não concepções acerca desses conceitos. Como explicou Dworkin, utilizando como exemplo a noção de equidade:

Quando eu apelo para o conceito de equidade, eu apelo para o que a equidade significa, e não dou às minhas visões sobre esse assunto nenhuma reputação especial. Quando eu declaro uma concepção de equidade, eu declaro o que eu entendo por equidade, e minha visão é, por isso, o âmago da questão. Quando eu apelo à equidade, eu coloco uma questão moral; quando eu declaro minha concepção

de equidade, eu tento responder essa questão.²⁶⁶ (DWORKIN, 1978, p. 135, tradução livre)

As cláusulas de intangibilidade, portanto, consagram esquemas de conteúdo aberto e não teorias particulares sobre os conceitos que apresentam. Segue daí uma segunda consequência em termos de aplicação judicial. As cláusulas pétreas constituem dispositivos que devem ser interpretados restritivamente pelos tribunais. Entende-se, nessa seara, por interpretação restritiva, duas coisas: 1) os limites matérias de revisão salvaguardam apenas “um núcleo essencial de valores constitucionais” (Ministro Joaquim Barbosa, ADIn 3.105/04, p. 164); 2) as emendas constitucionais estão, em geral, sujeitas a um teste de constitucionalidade menos rigoroso do que o teste aplicável às leis comuns.

A primeira face da interpretação restritiva foi assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADIn 2.024/99, em decisão unânime, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em cuja ementa consta:

As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Essa visão é correta por ser uma decorrência natural da idéia das cláusulas pétreas como princípios morais e políticos. Como exposições de conceitos fundamentais e controversos, elas só podem ser impostas se o intérprete assumir a responsabilidade de desenvolver e aplicar sua própria concepção a respeito daqueles conceitos à medida que os casos controvertidos forem surgindo. Isso implica que, para decidir casos que versem sobre a correta interpretação das cláusulas superconstitucionais, os juízes necessitam carregar com teorias específicas os conceitos vagos gravados no texto constitucional, reduzindo, assim, o caráter aberto e ambíguo desses dispositivos. Conseqüentemente, quanto maior o grau de especificação dos princípios constitucionais, menor a variedade de concepções que podem ser sustentadas com relação aos conceitos constitucionais. Logo, menor é, também, o âmbito de ação do poder reformador. Quanto mais diminuta a variedade de pontos de vista que podem ser subsumidos à Constituição, maior a pressão para que as transformações institucionais operem por meio do rompimento da Constituição. Por outro lado, quanto mais estreito o núcleo essencial de valores constitucionais, menor a necessidade de intervenção judicial, maior a amplitude das interpretações razoáveis, e maior a receptividade da Constituição a

²⁶⁶ “When I appeal to the concept of fairness I appeal to what fairness means, and I give my views on that issue no special standing. When I lay down a conception of fairness, I lay down what I mean by fairness, and my view is therefore the heart of the matter. When I appeal to fairness I pose a moral issue; when I lay down my conception of fairness I try to answer it.” (DWORKIN, 1978, p. 135)

novas demandas. Por isso, com relação às cláusulas de limites materiais, como adequadamente indicou o Ministro Sepúlveda Pertence (ADInMC 1.497/96, p. 105), “não há dúvida de que se trata de normas excepcionais, de interpretação estrita”, haja vista o perigo de, “por querer manter intangíveis demasiadas normas de uma Constituição, [...] acabar por torná-la impraticável, à falta de alterações inadiáveis, e abrir ensanchas a aventuras golpistas”.

Já a segunda face da interpretação restritiva teve seu pronunciamento mais visível no voto do Ministro Paulo Brossard no julgamento final da ADIn 939/93:

[...] no tratamento de matéria como esta, resultante de emenda constitucional, o Tribunal há de ser, particularmente, discreto. Se é certo que não se declara a inconstitucionalidade de uma lei, senão quando for manifesta, porque se presume a sua constitucionalidade, creio que esta regra sobe de ponto quando se trata de emenda constitucional e não de lei ordinária. (ADIn 939/93, p. 300)

Consigna-se, desta maneira, que, seja lá qual for o teste de constitucionalidade que o juiz utilize para julgar as leis comuns – é certo que não precisa ser um único teste, podendo haver uma variedade deles de acordo com a especificidade da lei em questão –, o teste de constitucionalidade das emendas deverá ser mais flexível. Por detrás desse argumento está, com certeza, a idéia de que o papel dos tribunais nos assuntos relativos à reforma constitucional deve ser menos proeminente que o desempenhado no controle de constitucionalidade das leis. A razão para isso é a inexistência de qualquer outro mecanismo institucionalizado de manifestação popular mais alto do que as emendas, como lembrou o Ministro Sepúlveda Pertence, ao falar ao plenário do Supremo Tribunal Federal (ADIn 939/93, p. 254) acerca da “extrema contenção em que a de pôr-se este Tribunal, na missão que é, por definição, a mais delicada que se lhe atribuiu, a de controle da validade da manifestação mais eminente dos poderes constituídos: a emenda constitucional”.

A posição aqui avançada, contudo, não tem estado imune a críticas. Críticas que, a despeito da sua profundidade e refinamento, não conseguem superar seus próprios defeitos. Nesse sentido, podem-se analisar alguns argumentos defendidos por um dos mais qualificados críticos da tese da interpretação judicial estrita, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto. Com efeito, Ayres Britto (2001, p. 66) sustentou, em oposição às teses acima expostas, que as normas constitucionais autorizativas da produção de emendas “devem ser interpretadas restritivamente, porque emenda é sempre exceção ao princípio lógico ou tácito da estabilidade da Constituição”, e as cláusulas pétreas devem ser interpretadas extensivamente, por se caracterizarem “como afirmadoras daquele princípio de estabilidade ínsito a cada Estatuto Supremo”.

Contra esse ponto de vista pode-se dizer, inicialmente, que ele é absolutamente incapaz de equacionar a relação entre democracia e Constituição. Como assinalou Daniel Sarmento (2004, p. 364), esse posicionamento “não deu a devida atenção à importância que deve ter, no Estado Democrático de Direito, a autonomia pública do cidadão, entendida como o poder do povo, em cada momento, de decidir livremente o seu destino coletivo”. É preciso, no entanto, desenvolver essa contradição, apontando-se mais detalhadamente onde se localizam as fraquezas daquela objeção.

As fragilidades que envolvem a tese da interpretação extensiva das cláusulas superconstitucionais são melhor vistas quando avaliadas as razões que a alicerçam. O Ministro Carlos Ayres Britto forneceu-as no julgamento da ADIn 3.105-8/DF, em voto proferido em 26.05.2004, quando contestou a opinião de que as cláusulas pétreas devem ser interpretadas restritivamente, pois, do contrário, as gerações futuras estariam sendo sacrificadas pela geração contemporânea da Constituição. Segundo ele, existe uma diferença, que esse argumento ignora, entre geração e nação. A Constituição originária é obra da nação; e, explica Ayres Britto, “dentro de uma mesma nação, as gerações vão se sucedendo. Toda a nação é multigeracional” (ADIn 3.105/04 p. 189). Em decorrência disso, averbou o magistrado:

Não há espaço para uma geração se sentir oprimida por outra se a nação permanece a mesma, ou seja, assim como o rio é um só rio da nascente à foz – nascente, foz, corrente – tudo é um só rio, a nação de ontem é a mesma de hoje, do ponto de vista ontológico, de sua identidade cultural. Se a geração atual entende que essa Constituição já se esclerosou, já não serve como locomotiva social, e as instituições nascidas à sombra dela já se esclerosaram, entraram em colapso cardíaco ou coisa que o valha, o que impede essa nova geração de pugnar por uma nova Constituição? Mas, enquanto a Constituição permanecer, tem que ser respeitada sem que haja, no interior dela, essa fricção geracional preocupante. (ADIn 3.105/04, p. 189)

Esse posicionamento ergue-se sobre dois fundamentos, ambos de difícil sustentação. O primeiro é que a nação é composta de pessoas culturalmente homogêneas. De sua ótica, não há, pelo menos não em um grau significativo, diversidade religiosa, filosófica, ética, étnica ou de tradições no seio de uma mesma comunidade nacional. A nação aí representada certamente tem muito pouco a ver com as sociedades complexas e plurais da atualidade, marcadas por uma diversidade de doutrinas e visões de mundo. É muito improvável que alguma democracia constitucional contemporânea goze do tipo de identidade cultural que esse argumento pressupõe. Por outro lado, esse argumento impõe às gerações que se sentem insatisfeitas com as opções políticas de seus predecessores o caminho único e exclusivo da ruptura institucional. De tal forma que a Constituição funciona reservando para

determinados momentos extraordinários e quase míticos a possibilidade dos cidadãos tomarem as rédeas da sua própria vida.

Em descompasso com essas duas visões, o constitucionalismo moderno não se construiu nem sobre o postulado da homogeneidade cultural, nem sobre a idéia de que uma associação política legítima é uma sociedade fechada, que não coloca em discussão seus próprios fundamentos, uma sociedade cujas leis fundamentais não são abertas ao tempo. São emblemáticas, a esse respeito, as palavras iniciais de *O Federalista*, pelas quais Alexander Hamilton, no dia 27 de outubro de 1787, dirigiu-se ao povo norte-americano (mais precisamente ao povo do Estado de Nova York), conclamando-o para deliberar acerca de uma nova Constituição para os Estados Unidos da América:

[...] parece ter estado guardado para o povo deste país, pela sua conduta e pelo seu exemplo, decidir esta importante questão: se as sociedades humanas são ou não realmente capazes de estabelecer um bom governo a partir da reflexão e da escolha, ou se estão para sempre destinadas a depender do acidente e da força no que respeita às suas Constituições políticas. (HAMILTON, 2003, p. 35)

Essa que é uma das passagens mais citadas da história do constitucionalismo destaca o fato de que a Constituição é uma tentativa de o povo definir seus padrões básicos de associação política pela “reflexão e escolha”. É dizer, a Constituição é antes de tudo um projeto de organização racional do poder. O governo pela razão é a idéia básica do constitucionalismo moderno. A tentativa é declaradamente de romper com os padrões culturais e tradicionais até então existentes. A crença fundante é que o povo pode transcender, pelo exercício da razão, seus laços tradicionais.

Dessa opinião também compartilhava Sieyès quando declarou ao povo francês, em 1789, na crítica que desenvolveu à Constituição britânica, ter muito medo de que essa obra-prima tão elogiada não pudesse sustentar “um exame imparcial feito de acordo com os princípios da verdadeira ordem política. Reconheceríamos, talvez, que ela é um produto do acaso e das circunstâncias, muito mais que das luzes” (SIEYÈS, 2001, p. 40). Não é por outro motivo que o mesmo Sieyès (2001, p. 45, 48, 50), após declarar que só a nação tem direito de fazer a Constituição, e que “a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo”, ressaltava que “antes e acima dela só existe o direito natural”, dado da razão, e que a nação é “uma associação legítima, isto é, voluntária e livre”. A nação das origens do constitucionalismo, alardeada por Sieyès, não é uma formação culturalmente homogênea, é “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura” (SIEYÈS, 2001, p. 4), ou, então, “um número mais ou menos considerável de indivíduos isolados que

querem reunir-se” (SIEYÈS, 2001, p. 46). Sua identidade é essencialmente política e se forma “pelo jogo das vontades individuais” (SIEYÈS, 2001, p. 46). É precisamente por essa capacidade de moldar uma identidade política, cujo cimento é a razão, em meio à divergência cultural, que as constituições modernas vieram a substituir formas tradicionais e costumeiras de dominação.

Isso esclarece o porquê uma Constituição posta por uma geração pode parecer opressiva para outra, sem que necessariamente haja rompimento da identidade política da nação. A identidade da nação não é algo fixo, mas se constitui num processo constante de renovação, que se deve à própria capacidade de o ser racional aprender com a experiência. Uma vez que uma Constituição é o objeto dos atos de uma associação humana, voluntária e livre, ela deve ser tão aberta ao melhoramento quanto qualquer outra coisa que pertença ao ser humano (PAINE, 1996, p. 163). “A lei constitucional é destinada a presidir a vida da nação, e não sua morte” (Ministro Paulo Brossard, ADInMC 939/93, p. 2021). É por isso, também, que não se deve reservar, como único caminho para a insatisfação presente com a Constituição, o estabelecimento de uma nova Carta. A melhor Constituição que possa atualmente ser inventada, consistente com a condição do momento presente, pode estar distante da excelência que uns poucos anos poderão exigir. Como Thomas Paine notou, no séc. XVIII, ao observar atentamente a previsão nas constituições da América e da França de prazos de revisão e mecanismo de aprimoramento:

Talvez seja impossível estabelecer qualquer coisa que combine princípios com opiniões e práticas, que o progresso das circunstâncias, através da extensão dos anos, não virá em alguma medida a perturbar, ou tornar inconsistente; e, por isso, para evitar a acumulação de inconveniências, até que elas desencorajem reformas ou provoquem revoluções, é melhor prover os meios de as regular enquanto elas ocorrem. *Os Direitos do Homem são os direitos de todas as gerações de homens, e não podem ser monopolizados por nenhuma.* Aquilo que é digno de ser seguido será seguido em razão da sua dignidade, e é nisso que a sua segurança reside, e não em quaisquer condições com as quais possam estar enrijecidos.²⁶⁷ (PAINE, 1996, p. 162, tradução livre, sem grifo no original)

As origens das previsões de fórmulas de revisão no corpo dos próprios textos constitucionais, um legado do constitucionalismo revolucionário norte-americano, devem-se, como assinalou o professor de ciência política Donald S. Lutz (1995, p. 239), a três

²⁶⁷ “*It is perhaps impossible to establish anything that combines principles with opinions and practice, which the progress of circumstances, through a length of years, will not in some measure derange, or render inconsistent; and, therefore, to prevent inconveniences accumulating, till they discourage reformatations or provoke Revolutions, it is best to provide the means of regulating them as they occur. The Rights of Man are the rights of all generations of man, and cannot be monopolized by any. That which is worth following will be followed for the sake of its worth, and it is in this that its security lies, an not in any conditions with which it may be encumbered*”. (PAINE, 1996, p. 162)

compreensões, para além da própria idéia de soberania popular: 1) a visão da natureza humana como imperfeita, mas passível de ser educada; 2) a crença na eficácia do processo deliberativo; 3) a distinção entre legislação comum e matérias constitucionais. A primeira premissa, explica Lutz (1995, p. 239), sustentava que os humanos são falíveis, mas capazes de aprender com a experiência. Uma vez que a falibilidade era parte da natureza humana, deveriam existir mecanismos para alterar as instituições depois que a experiência viesse a revelar seus equívocos e as conseqüências imprevistas. O processo de emenda não foi pensado, assim, apenas com base na necessidade de adaptação a circunstâncias cambiantes, mas também teve por fundamento a necessidade de compensar os limites do entendimento e da virtude humanas (LUTZ, 1995, p. 239).

A crença na eficácia do processo deliberativo refletia-se no fato de que “a Constituição não era vista como um meio para alcançar decisões coletivas da forma mais eficiente possível, mas como um meio para chegar às melhores decisões possíveis na busca do bem comum sob condições de soberania popular”²⁶⁸ (LUTZ, 1995, p. 239). Como esclarece Lutz, para a geração revolucionária norte-americana, o bem comum era um padrão mais difícil de se aproximar do que o bem de uma classe ou de uma parte da população, e a condição da soberania popular, mesmo se operacionalizada por um sistema de representação, exigia o envolvimento de um número bem maior de pessoas do que aquele demandado pelas formas de governo baseadas em outros princípios (LUTZ, 1995, p. 239). Isto requeria um processo lento, deliberativo, para qualquer decisão política, e, quanto mais importante a decisão, mais deliberativo o processo deveria ser (LUTZ, 1995, p. 239-240). Essa distinção materializou-se na previsão, pela Constituição de 1787, de um processo mais agravado, tanto de ratificação quanto de emenda, que promovia a visão da Constituição como uma lei superior que deveria limitar e dirigir o conteúdo da legislação comum.

Tais considerações levaram Lutz a concluir:

Em resumo, o processo de emenda inventado pelos americanos era um processo de decisão público, formal, altamente deliberativo, que distinguia entre matérias constitucionais e legislação comum, e retornava aproximadamente ao mesmo nível de soberania popular que aquele usado na adoção da Constituição.²⁶⁹ (LUTZ, 1995, p. 240, tradução livre)

²⁶⁸ “A constitution was viewed not as a means to arrive at collective decisions in the most efficient way possible, but to arrive at the best possible decisions in pursuit of the common good under a condition of popular sovereignty”. (LUTZ, 1995, p. 239)

²⁶⁹ “In sum, the amendment process invented by the Americans was a public, formal, highly deliberative decision-making process that distinguished between constitutional matters and normal legislation, and returned to roughly the same level of popular sovereignty as that used in the adoption of the constitution”. (LUTZ, 1995, p. 240)

Sob esse foco, centrado nas premissas e objetivos da formalização do processo de reforma constitucional, como manifestadas na gênese do constitucionalismo democrático, Oscar Vilhena Vieira está absolutamente certo em afirmar que “os membros da Convenção da Filadélfia tinham clara a necessidade de deixar uma ‘porta aberta’ para futuras e necessárias correções do novo plano de governo, sem que houvesse a necessidade de revolução” (VIEIRA, 1999, p. 60-61); e em sustentar que “a criação dos processos de emenda constitucional pode ser considerada a institucionalização de um contínuo processo revolucionário” (VIEIRA, 1999, p. 62). Nesse sentido, o caminho normal para evitar que a Constituição venha a se esclerosar é a sua reforma, e não a supressão da ordem velha para a instauração de uma nova. A fórmula de emenda é, na essência, apenas mais um mecanismo institucional que pretende viabilizar a realização do projeto do constitucionalismo democrático: o autogoverno deliberativo do povo ou, para usar uma expressão mais eloqüente, a construção de uma república de razões.

Se o compromisso de uma Constituição democrática é com o governo do povo mediante “reflexão e escolha”, o processo de emenda não pode ser nem muito fácil, nem muito difícil. É preciso, como a literatura se cansa de repetir, equilibrar rigidez e flexibilidade. Um processo fácil demais obscurece a distinção entre as matérias constitucionais e a legislação comum, violando a suposição de que é necessário um maior nível de deliberação para decidir questões constitucionais, o que enfraquece a própria soberania popular. Já um processo muito dificultoso interfere na necessidade de retificação dos erros, contrariando a suposição da falibilidade humana e evitando o recurso efetivo à soberania popular quando necessário (LUTZ, 1995, p. 240).

Por conseguinte, não há fundamento para se defender uma interpretação extensiva das cláusulas pétreas, isto seria, para usar as palavras do Ministro Paulo Brossard (ADInMC 939/93, p. 2023), “amarrar com concreto armado normas jurídicas que devem ter flexibilidade para acompanhar os tremores de terra, que muitas vezes acontecem no plano institucional”. Ao revés do que pensam os simpatizantes da interpretação ampliativa dos limites materiais de reforma, nesta matéria, para continuar com as lúcidas ponderações do Ministro Brossard:

É preciso haver um pouco de modéstia para não pretender transformar um legislador, o constituinte do ano tal, como dotado de poderes mais ou menos sobre-humanos, porque capaz de imobilizar o poder da sociedade, o poder da Nação, que, no curso dos anos e na sucessão das gerações, pode ter concepções e interesses profundamente distintos daqueles que eram dominantes quando a lei tal ou qual tivesse sido elaborada. Afinal de contas, são leis humanas e se trata de instituições humanas. (ADIn 830/93, p. 232)

Se isso não bastasse, existe ainda uma última fragilidade na fundamentação da tese ora combatida. A distinção entre geração e nação, consubstanciada na idéia de que toda a nação é multigeracional, e, conseqüentemente, “não há espaço para uma geração se sentir oprimida por outra se a nação permanece a mesma”, supõe que a criação de uma nova Constituição tem sempre por premissa o surgimento de uma nova nação. Se “a nação de ontem é a mesma de hoje, do ponto de vista ontológico, de sua identidade cultural”, não há porque a geração atual, que é apenas uma passagem na vida da nação, entender que as cláusulas pétreas, aquelas cuja função é “revelar e garantir a identidade da Constituição” (BRITTO 1995), esclerosaram-se. Não há porque a geração contemporânea achar que os valores que foram julgados como essenciais por seus antecessores, que detinham a mesma identidade cultural, deixaram de ser importantes. Isso só será possível caso a nova geração desprenda-se da geração autora da Constituição, criando uma nova identidade cultural, e, portanto, originando uma nova nação, pois, como exprimiu Gustavo Just da Costa e Silva:

A substituição de uma constituição por outra não é um fenômeno “jurídico-formal” que ocorre num vazio social. É sempre o reflexo de um processo político profundo em que prevalece ou uma nova concepção acerca do modo como o poder deve ser organizado – e em função do quê – para que se considere legítimo, ou ao menos uma visão profundamente renovada da maneira como a concepção já prevalecente deva ser concretizada num documento constitucional. Em ambos os casos é a idéia de legitimidade que se substitui ou se transforma. (COSTA E SILVA, 2000, p. 203)

A visão de Ayres Britto sobre a relação entre geração e nação tem, assim, ao menos dois problemas. Em primeiro lugar, é uma compreensão totalmente alheia ao senso comum a respeito da história constitucional brasileira. É no mínimo uma interpretação heterodoxa dessa história dizer que cada uma das Constituições brasileiras foi fruto de uma nação diferente. De tal forma que, por exemplo, a nação de 1946 foi uma, a de 1967, outra; talvez já em 1969, uma nova nação houvesse surgido e, com pouquíssima margem de dúvida, 1988 coroou o afloramento de uma nova nação que não correspondia a nenhuma das anteriores. Isso ignorando-se as “nações brasileiras” anteriores a 1946.

Mas, mesmo que essa fosse uma leitura mais qualificada da história das constituições brasileiras, haveria ainda um segundo problema. Seria preciso demonstrar como, no interior de uma comunidade homogênea, cuja identidade cultural permanece absolutamente estática no decurso do tempo, poderia surgir, do dia para a noite, a sensação de que a “Constituição já se esclerosou, já não serve como locomotiva social, e as instituições nascidas à sombra dela já se esclerosaram, entraram em colapso cardíaco ou coisa que o valha”. Isso porque somente sob uma suposição de imobilidade rigorosa pode-se dizer que “enquanto a Constituição permanecer, tem que ser respeitada sem que haja, no interior dela,

essa fricção geracional preocupante”. E, como decorrência disso, apenas uma mudança radical da identidade da nação – o surgimento de uma nova nação – viria a justificar o estabelecimento de uma nova Constituição. Porém, como poderia haver tal transformação numa comunidade cuja capacidade de aprender com a experiência é tão pequena que a sua identidade não sofre alterações no passar do tempo?

Tudo demonstra, portanto, que as objeções de Carlos Ayres Britto à tese da interpretação restritiva das cláusulas pétreas, apesar de sua engenhosidade, fracassam em razão de não conferirem a devida importância à autonomia pública dos cidadãos, como justamente notou Daniel Sarmiento. Ao fim e ao cabo, a defesa da interpretação extensiva não leva a sério a democracia, pois ela impede que o povo saia da platéia e venha a ocupar o palco de todas as decisões governamentais que lhe digam respeito.

Melhor alternativa para fundar a tese da interpretação extensiva das cláusulas superconstitucionais seria, talvez, reconhecer que “a norma constitucional que proclama as cláusulas pétreas constitui verdadeiro sumário de toda a tradição constitucional democrática do povo em cujo nome é promulgada a lei fundamental do Estado” (Ministro Celso de Mello, ADIn 939/93, p. 295). E, a partir daí, questionar a “pressuposição matreira de que não se declara a inconstitucionalidade de uma emenda com a mesma facilidade com que se declara a inconstitucionalidade de qualquer outro tipo de norma legislada” (BRITTO, 1995, p. 192), sob o argumento de que, quando a Constituição coloca parcelas de si mesma para além do alcance do poder de reforma do Congresso Nacional, ela cria o “fenômeno da eternidade; ou seja, *único modo pelo qual a Constituição faz o Direito se subtrair ao legislador*, que é também o único modo pelo qual *a sociedade civil fica subtraída ao poder normativo do Estado*” (BRITTO, 1995, p. 184).

Num rápido olhar, esse parece um raciocínio atraente, pois, supondo-se que as cláusulas pétreas constituem o “momento único em que a sociedade civil não fica à mercê do poder normativo do Estado” (BRITTO, 1995, p. 194), quanto mais extenso for esse momento, mais livre será o povo e mais fortalecida estará sua herança constitucional democrática. Essa impressão, não obstante, é falaciosa. O objetivo desse argumento é denunciar a idéia de que o juiz deve adotar um grau maior de autocontenção quando julga a constitucionalidade das emendas do que quando julga a constitucionalidade das leis. Em outras palavras, seu alvo é a segunda face da tese da interpretação restritiva das cláusulas pétreas. A elaboração completa desse posicionamento seria, então, a seguinte: porque as cláusulas de intangibilidade consubstanciam o único modo pelo qual a Constituição faz o

Direito se subtrair ao legislador, elas devem ser interpretadas extensivamente, e não restritivamente, pelo juiz. Ou seja, retira-se do legislador para dar ao juiz. A falácia, desse modo, reside na idéia de que a interpretação extensiva das cláusulas pétreas pelo Judiciário levaria a que a sociedade ficasse subtraída ao poder normativo do Estado. Em verdade, o que se estaria fazendo, simplesmente, seria transferir o centro de decisão do órgão político de reforma constitucional, escolhido pelo voto popular, para o Judiciário, ramo estatal enclausurado política e eleitoralmente.

Não há como observar, assim, como a sociedade civil estaria se subtraindo ao poder do Estado. O que ocorre é apenas que ela deixa de submeter-se a um poder mais próximo de suas demandas para se submeter a um poder mais distante de si própria. Alguém poderia, sem embargo, retorquir que existem diferenças marcantes entre o funcionamento da instituição judicial e da instituição reformadora. Em virtude disso, seria melhor fazer do Judiciário o porta-voz do “sistema de valores essenciais consagrados pela Constituição” (Ministro Celso de Mello, ADIn 939/93, p. 296) ou dos “princípios profundos da Constituição” (BRITTO, 1995, p. 184), e relegar o legislador reformador para um segundo plano. Segundo essa perspectiva, os juízes limitar-se-iam a resolver as questões constitucionais de acordo com seus julgamentos imparciais, desatados das preferências políticas estreitas, que, muitas vezes, regem maiorias eleitorais e legislativas.

Com vistas em enfrentar essa nova objeção, seria instrutivo chamar a atenção para algumas observações, concernentes à interpretação constitucional e ao controle judicial de constitucionalidade, traçadas pelo constitucionalista norte-americano Sanford Levinson. A primeira delas relaciona-se com a fundamentação do poder judicial de controle de constitucionalidade. Diz Levinson:

Talvez o mais forte argumento em prol do controle judicial devesse ser rotulado “visão judicial”, ao invés de “revisão judicial”. Como apontou Charles Black, em muitas situações os tribunais examinam atividades em que ninguém se envolveu na contemplação refletida das exigências constitucionais antes de agir. [...] É certamente um pré-requisito do constitucionalismo que os agentes públicos dêem a devida consideração aos constrangimentos a eles impostos antes de agirem. Na ausência dessa consideração, o controle judicial oferece a única garantia de que “A Constituição” será de algum modo considerada.²⁷⁰ (LEVINSON, 1988, p. 49, tradução livre)

²⁷⁰ “Perhaps the strongest argument for judicial oversight should be labeled ‘judicial view’, rather than ‘judicial review’. As Charles Black has pointed out, in many situations courts are examining activity where no one has engaged in thoughtful contemplation of constitutional requirements prior to acting. [...] It is surely a prerequisite of constitutionalism that officials take due regard of the constraints upon them before acting. In the absence of such regard, judicial oversight provides the only guarantee that ‘The Constitution’ will be considered at all.” (LEVINSON, 1988, p. 49)

Adverte Levinson (1988, p. 49), porém, que o problema crítico da fiscalização judicial de constitucionalidade surge quando outros indivíduos e instituições reclamam ter analisado refletidamente aquilo que a Constituição exigia deles. Nesse caso, poder-se-ia sugerir uma resposta fácil para a dúvida sobre quem deve prevalecer nessa divergência interpretativa. Bastaria assumir que a interpretação da Constituição está ligada a determinadas técnicas com relação às quais os membros de uma instituição específica, o Judiciário, são particularmente habilitados. O problema é que esta resposta vai contra uma premissa essencial de um regime de governo limitado por uma Constituição escrita. A premissa de que os cidadãos a que a Constituição se destina devem ser capazes de bem interpretá-la. Como esclarece Levinson:

Em razão de que os tribunais podem avistar apenas uma porção muito pequena dos atos oficiais, é crucial à manutenção de uma ordem constitucional que os indivíduos acreditem em si próprios como julgadores conscientes mesmo na ausência dos constrangimentos coercitivos fornecidos pelos tribunais.²⁷¹ (LEVINSON, 1988, p. 50, tradução livre)

Além disso, complementa o autor (1988, p. 50), por mais que alguém seja cauteloso com relação às ações do Legislativo e do Executivo, “as razões para a cautela podem se aplicar também aos tribunais, uma vez que eles são em última instância criaturas das estruturas políticas locais, estaduais, e nacionais que geram os agentes do Legislativo e do Executivo”.²⁷² Sendo assim, conclui Levinson:

[...] a “revisão cidadã” é uma necessidade vital para qualquer comunidade política que se proponha a chamar a si mesma constitucional, em oposição àqueles regimes que [...] simplesmente usam “A Constituição” como um símbolo ideológico para legitimar seus exercícios próprios de poder.²⁷³ (LEVINSON, 1988, p. 50, tradução livre)

Regressa-se, então, à mesma dificuldade colocada no início desta seção: como dar aos juízes a capacidade de impedir o acesso do povo ao último recurso institucional disponível para fazer valer a sua vontade? Sobretudo, quando essa vontade pode ter por objeto precisamente a modificação das interpretações judiciais. Como justificar que as emendas constitucionais podem ser menos que a manifestação mais eminente dos poderes constituídos,

²⁷¹ “Because courts can view only a very small portion of official acts, it is crucial to the maintenance of a constitutional order that individuals believe themselves obligated to be conscientious adjudicators even in the absence of coercive constraints provided by courts.” (LEVINSON, 1988, p. 50)

²⁷² “[...] the reasons for the wariness may apply as well to courts, since they are ultimately the creatures of the local, state, and national political structures that generate legislative and executive officials.” (LEVINSON, 1988, p. 50)

²⁷³ “[...] ‘citizen review’ is a vital necessity of any polity that purports to call itself constitutional, as opposed to those regimes that [...] simply use ‘The Constitution’ as an ideological symbol to legitimize their own exercises of power.” (LEVINSON, 1988, p. 50)

na medida em que elas possam ser revistas por decisões judiciais? Como defender que a soberania popular se exerce em último grau por acórdãos de um tribunal supremo?

4.2.4 Os juízes e o povo

A única resposta às perguntas postas acima é que nada disso é possível. Aos tribunais não cabe bloquear a implementação das deliberações do povo. O poder de reforma da Constituição não é hierarquicamente inferior ao Poder Judiciário. Os juízes não são os porta-vozes supremos da vontade popular num regime constitucional. Na dicção poderosa de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia. A Constituição é *nossa*, enquanto um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 153, grifo no original)

Entretanto, nada disso significa que os juízes não tenham nenhum papel a cumprir na interpretação dos limites materiais de revisão. De fato, eles não podem ter a última palavra sobre o sentido das cláusulas pétreas. Não são eles os julgadores últimos, muito menos os únicos, da validade das emendas à Constituição. Mas eles podem funcionar como mecanismos auxiliares nessas interpretações e julgamentos. Eles podem ter uma visão digna de ser exposta sobre o sentido e a aplicação das cláusulas pétreas. Uma opinião que deverá ser ouvida no debate democrático mediante o qual a Constituição se transforma, com o objetivo de garantir a realização do fim a que essas cláusulas de eternidade se dirigem: resguardar a seriedade da deliberação que cuida da reforma constitucional.²⁷⁴

Para advogar essa proposta é preciso ter em mente, em primeiro lugar, que o “desacordo interpretativo razoável” (MICHELMAN, 1998, p. 88-89) acerca da Constituição é uma das feições do pluralismo que marca as modernas democracias constitucionais. Este fato tem por consequência “tornar indemonstrável através da argumentação pública qualquer verdade autorizada sobre o que é que todas as pessoas deste país, nesse momento, têm razão

²⁷⁴ Essa posição parece próxima daquela advogada por Cattoni de Oliveira (2004, p. 151) quando ele diz que “a Jurisdição Constitucional, no exercício do controle judicial de constitucionalidade do processo legislativo de reforma constitucional, deve garantir as condições procedimentais de um processo democrático de reforma, no tempo, das interpretações subjacentes às decisões políticas e jurídicas fundamentais acerca de o que deva ser o *juridicamente correto*, possibilitando às gerações futuras a apropriação reflexiva das tradições político-constitucionais, no sentido de que a Constituição deverá ser sempre considerada como um projeto em aberto, numa democracia”.

para acordar em matéria de codificações e interpretações de direitos jurídicos básicos”²⁷⁵ (MICHELMAN, 1998, p. 89). É de esperar (e de desejar), por isso, que existam divergências sobre o ajuste ou rompimento de uma determinada proposta de emenda constitucional para com os princípios fundamentais da Constituição. Não apenas pode haver discordância sobre quais princípios sejam estes, mas ainda quando exista consenso a esse respeito, pode haver desacordo sobre seu real sentido e alcance. E isso não é uma decorrência simples da indeterminação desses princípios, é uma conseqüência da variedade de identidades coletivas e de visões em torno da justiça e dos direitos que permeiam essa sociedade.²⁷⁶

Em termos de interpretação de princípios de moralidade política, como são os princípios fundamentais da Constituição, não há soluções deduzidas objetivamente ou discernidas passivamente de uma maneira livre e independente de algum ponto de vista. A interpretação constitucional é impregnada pelo que Tribe (1985, p. 26) descreveu como “esta inevitável dependência da perspectiva, do ponto de vista”.²⁷⁷ Como já foi assinalado noutro momento, não há outra forma de lidar com esta situação que não seja mediante a ampliação das perspectivas recepcionadas no processo interpretativo. É apenas por meio de um processo conversacional livre, aberto, igualitário e inclusivo que a interpretação constitucional pode se desenvolver.

Esse processo deve ser cooperativo e comunicacional, e os mecanismos institucionais por meio dos quais ele se realiza precisam integrar-se de modo a possibilitar que o sistema constitucional como um todo seja capaz de refletir sobre seus próprios andamentos. O retrato institucional da interpretação constitucional deve ser um processo de “colaboração dialógica” (SAGER, 1990, p. 960), em que o alcance da autoridade interpretativa de cada órgão – o quem decide o quê – deve estar diretamente ligado às capacidades institucionais do referido órgão. Disso derivam-se três efeitos.

²⁷⁵ “[...] *making nondemonstrable by public reasoning any authoritative truth about what it is that everyone in this country now has reason to agree to in the matter of legal basic-rights codifications and interpretations.*” (MICHELMAN, 1998, p. 89)

²⁷⁶ Na raiz dessa questão está aquilo que John Rawls (2000, p. 98-99) nomeou de “limites do juízo” (“*burdens of judgement*”), as fontes, ou causas, de discordância entre pessoas razoáveis. Dentre outras causas, essa discordância se deve a que “numa certa medida, nossa forma de reconhecer a evidência e pesar valores morais e políticos é moldada por toda a nossa experiência, por todo o curso de nossa vida até o momento; e as totalidades de nossas experiências sempre diferem” (RAWLS, 2000, p.100). Em decorrência dos limites do juízo, pode-se tomar como um fato geral das modernas democracias pluralistas que “muitos dos nossos mais importantes julgamentos são feitos em condições nas quais não se deve esperar que pessoas conscienciosas, no pleno exercício de suas faculdades racionais, mesmo depois de discussão livre, cheguem à mesma conclusão” (RAWLS, 2000, p. 102).

²⁷⁷ “[...] *this unavoidable dependence on perspective, on point of view [...]*”. (TRIBE, 1985, p. 26)

O primeiro é que nenhuma instituição que colabora na interpretação constitucional ocupa uma posição exterior ao diálogo democrático. Ninguém arbitra o jogo sem participar dele. Todas as instâncias de decisão são fóruns onde se desenrola o projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais. Em face disso, é um erro considerar o controle judicial de constitucionalidade como um constrangimento externo sobre o processo democrático. O controle judicial de constitucionalidade deve ser encarado como um ingrediente no processo (EISGRUBER, 2001, p. 77).

O segundo efeito é que não existem vozes privilegiadas no processo interpretativo. Nenhuma pessoa, grupo de pessoas, ou instituição pode reclamar um acesso privilegiado à verdade constitucional. O senso de aceitabilidade pública só surge à medida que se incrementa a receptividade do processo à pluralidade dos pontos de vista. Fora desse caminho, só o que resta é o exercício opressivo do poder. O que significa que quanto menos participativo e mais isolado for um órgão, menor será sua aspiração legítima a falar em nome de todos.

O terceiro efeito é a inexistência de respostas finais às divergências interpretativas. As perspectivas se reconstituem no curso do mesmo processo de discussão no qual interagem. Todos os participantes aprendem com a experiência e o reconhecimento da diversidade, ou seja, o próprio processo deliberativo fomenta o aparecimento e a inclusão de novos pontos de vista, o que garante a permanente abertura à revisão de suas decisões. O sentido da Constituição sujeita-se, desta forma, à contínua reelaboração.

Essa abordagem autoriza concluir que os juízes não são mais que participantes no diálogo democrático que envolve a interpretação e a implementação da Lei fundamental. O Judiciário é um componente especializado dentro de um processo mais amplo de deliberação pública. Sua especialização decorre das marcas institucionais do processo judicial, sobretudo o isolamento diante das pressões políticas majoritárias e a obrigatoriedade de ouvir reivindicações individuais. Essas características permitem que os tribunais funcionem como mecanismos eficazes para impedir o auto-enclausuramento das maiorias políticas. O papel do controle judicial de constitucionalidade é, nesse viés, provocar a reflexão autoconsciente das instituições constitucionais acerca da prática constitucional. É dizer, os tribunais, principalmente o Supremo Tribunal, devem motivar todos os participantes do processo político a repensar e dialogar sobre seus atos, e não decidir por estes participantes.

Com base nesses argumentos, sustentou-se, no capítulo anterior, que o Judiciário constitucional deveria intervir essencialmente em dois tipos de situações: 1) quando estivessem ameaçados os direitos que funcionam como precondições da deliberação democrática, particularmente o direito à liberdade de discurso e o direito ao voto; 2) quando estivessem em jogo medidas prejudiciais às minorias isoladas e sem voz no processo político. Fora desses casos, os tribunais deveriam agir ou abstendo-se de intervir na ação dos demais poderes (por exemplo, usando a doutrina das questões políticas) ou aplicando testes de constitucionalidade bastante atenuados (por exemplo, adotando a tese da auto-restrição judicial). Em qualquer dessas hipóteses, os juízes, como regra, deveriam construir decisões minimalistas, limitando-se a decidir aquilo que se mostrasse imprescindível para a resolução justificada do caso posto à apreciação, sem maiores aprofundamentos ou ampliações.

A observação desse receituário permitiria ao controle judicial de constitucionalidade colaborar com o processo democrático de três formas: 1) deixando a maior gama possível de questões para serem decididas pelos órgãos comuns – numerosos, plurais e eleitoralmente responsáveis – de representação política; 2) corrigindo as falhas de deliberação no processo legislativo, especialmente a ausência de reflexão e publicidade; 3) barrando as tentativas de os órgãos políticos minarem o próprio processo deliberativo, o que ocorreria particularmente por meio de uma ação mais agressiva na defesa dos direitos básicos e das minorias.

Não se pode olvidar, entretanto, que esse posicionamento endereçava-se ao controle judicial de constitucionalidade das leis e não das emendas. O cenário do controle judicial das reformas constitucionais traz um enorme complicador. Quando um tribunal declara uma lei inconstitucional, se o povo estiver convencido que essa decisão foi errada, resta a ele o instrumento das emendas constitucionais para fazer valer seu julgamento. Quando um tribunal julga uma emenda à Constituição inconstitucional, diversamente, ele não deixa nenhuma outra alternativa institucional ao povo que não tentar convencer os próprios juízes a mudarem de opinião. Mais do que isso, desde quando se reconhece uma ampla margem de atuação transformadora da Constituição por meio da interpretação judicial evolutiva,²⁷⁸ é lícito presumir que, caso houvesse um consenso suficiente em torno do andamento que o Judiciário viesse dando à Constituição, seria desnecessário alterar o Texto

²⁷⁸ Na observação do Ministro Joaquim Barbosa (ADIn 3.105/04, p.166): “no constitucionalismo moderno, somente por intermédio dos procedimentos de emenda constitucional e da jurisdição constitucional, fenômeno jurídico hoje quase universal, é que se consegue manter a sincronização entre a Constituição e a realidade social, cuja evolução é contínua e se dá em ritmo avassalador.”

Magno por meio de uma emenda. Por esse motivo, existe uma distinção significativa entre o controle judicial de constitucionalidade das leis e o controle judicial de constitucionalidade das emendas. Logo, não se pode pleitear para o controle das emendas o mesmo alcance do controle das leis.

O que fazer, então, se não se quer abdicar integralmente do controle judicial da observância das cláusulas pétreas? Para dar resposta a esta pergunta, é necessário identificar de que maneira a situação peculiar que envolve as emendas se reflete sobre aquilo que se costuma chamar vantagens institucionais do Judiciário no âmbito da interpretação constitucional. Já se disse que o principal benefício do processo judicial em relação ao processo legislativo deve-se ao fato de que o Judiciário é a única instituição obrigada a ouvir as reclamações de uma única pessoa. Essa característica permite que os juízes possam se mostrar sensíveis às reclamações daqueles que muitas vezes viram-se alijados do processo político. Aqueles que não conseguem voz nas instâncias políticas comuns, seja por difundirem pontos de vista amplamente hostilizados, seja por não conseguirem se organizar suficientemente, podem ter sua perspectiva trazida à consideração por meio do processo judicial, o qual é indiferente ao número de simpatizantes de uma causa ou ao nível de sua organização. Isso faz do acesso aos tribunais uma importante salvaguarda das minorias e dos direitos individuais, e torna a voz das instâncias judiciais particularmente digna de ser ouvida.

O que ocorre no caso das emendas constitucionais, todavia, é que a sua promulgação supõe, geralmente, que essa voz já foi ouvida e, não apenas isso, foi também objeto de reflexão e de debate metuculoso no fórum público. É fácil vislumbrar a hipótese. Um simples exemplo pode ser perfeitamente ilustrativo. Imagine-se que o Congresso Nacional aprova uma lei, posteriormente sancionada pelo Presidente da República, proibindo a interrupção voluntária da gravidez em todos os casos, exceto quando não houver outro meio para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez tiver resultado de estupro. Diante dessa lei, uma mulher que traz em seu ventre um feto portador de uma má-formação grave – a anencefalia, por exemplo – reivindica o que entende ser um direito constitucionalmente assegurado a encerrar antecipadamente sua gravidez. Ampara-se nos dispositivos constitucionais que garantem a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à liberdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88), o direito à intimidade (art. 5º, X, CRFB/88) e, por fim, no preceito que determina que o planejamento familiar é livre decisão do casal (art. 226, § 7º, CRFB/88).

Consciente de que as mulheres representam um grupo social especialmente vulnerável, e que qualquer lei que proíba a interrupção da gravidez é particularmente onerosa para as mulheres, o Supremo Tribunal Federal mostra-se simpático à pretensão da demandante, e decide que, nas circunstâncias específicas do caso – um feto anencéfalo –, assiste a ela o direito a abortar.

Suponha-se, agora, que diversos grupos religiosos insurgem-se contra essa decisão, alegando, em síntese, que ela se baseia numa interpretação esdrúxula da Constituição, pois não dá a devida atenção ao direito à vida claramente protegido pelo texto constitucional. Convencidos de que o Tribunal não voltará atrás no seu entendimento, esses grupos religiosos buscam apoio no Congresso Nacional para a edição de uma emenda à Constituição que proíba o aborto de fetos anencéfalos. Surge daí uma Proposta de Emenda Constitucional cujo texto diz: “a vida humana é tutelada desde a concepção, em todas as suas formas, sendo todos dignos de igual proteção pelos poderes públicos, independentemente da viabilidade do nascimento com vida”. Depois de um intenso debate parlamentar, com a observância do rito procedimental previsto para a edição de emendas à Constituição, essa Emenda é aprovada.

Logicamente, após a edição da emenda, os simpatizantes da permissão do aborto de fetos anencéfalos sentem-se inconformados com o conteúdo da reforma constitucional. Com um pouco de reflexão, é bem provável que eles se lembrem que a proibição da interrupção voluntária da gravidez, nessa circunstância específica, foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como atentatória à dignidade da pessoa humana, ao direito à liberdade e ao direito à privacidade. Possivelmente, eles nem mesmo parem por aí, e constatem, após o manuseio do diploma constitucional, que a Constituição proíbe a deliberação sobre emendas constitucionais tendentes à abolição dos direitos e das garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CRFB/88). Diante disso, é lícito deduzir que, para os membros desse grupo, sem qualquer margem à dúvida, o direito à interrupção voluntária da gravidez no caso de um feto anencéfalo, como sucedâneo da dignidade humana, da liberdade e da intimidade, está protegido pela cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais. Conseqüentemente, em sua perspectiva, a Emenda promulgada é inconstitucional.

Pense-se, então, que, fundado nessa tese, o grupo inconformado, utilizando-se dos meios processuais adequados, pede ao Supremo Tribunal Federal que declare a Emenda inconstitucional. No julgamento da demanda, o Supremo Tribunal Federal, embora reconheça que aquela é uma questão política e moralmente controvertida, aceita o argumento

dos autores, fundamentando sua decisão no precedente antes estabelecido. Em decisão unânime, o Tribunal declara que a proibição absoluta do aborto de feto anencéfalo, por ser incompatível com a dignidade humana e com os direitos à liberdade e à intimidade, viola a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais.

Pergunta-se: o que há de distinto entre o primeiro e o segundo julgamentos perpetrados pelo Supremo Tribunal? No primeiro caso, o Tribunal funcionou como um órgão receptivo à voz do grupo dissidente, o qual, certamente, por se tratar de um grupo vulnerável, não havia tido a devida participação no processo legislativo. Então, levando em conta esse ponto de vista até então silenciado, o Tribunal considerou a lei arbitrária. No segundo caso, porém, isso não ocorreu. A posição minoritária já havia sido levada ao debate público pela ação do Tribunal. O que é mais importante, depois de ser recepcionada, ela foi reapreciada no mais amplo fórum de deliberação que o sistema constitucional prevê, o dificultoso processo de emenda constitucional. Em razão disso, quando o Tribunal reafirmou seu entendimento e declarou a emenda inconstitucional, ele não atuou como um mecanismo receptivo a novas perspectivas até então ignoradas; pelo contrário, agiu enclausurando-se em torno da sua própria perspectiva em torno do problema. Esse exemplo deixa claro que dar poder ao Judiciário para controlar a constitucionalidade das emendas é permitir que ele próprio faça aquilo que deve combater: o auto-enclausuramento do processo político. Sendo assim, por intermédio do controle judicial das reformas constitucionais, o grande risco do processo legislativo majoritário transfere-se para o processo judicial.

Isso mostra que a principal vantagem institucional do Judiciário se vê grandemente frustrada em sede de controle judicial de constitucionalidade das emendas. Nesse caso, ao menos em princípio, o processo judicial não é um mecanismo de inclusão de novos pontos de vista no processo político de deliberação. As oportunidades são muito maiores no sentido de que ele funcione como um obstáculo à inclusividade e continuidade do debate público. Neste âmbito, não se justifica, por conseguinte, uma ação mais agressiva do departamento judicial, seja com vistas à tutela dos direitos individuais, seja com vistas à proteção das minorias isoladas e sem voz. Os tribunais devem, desta forma, ocupar uma posição subalterna na interpretação das cláusulas pétreas. Eles não devem, em caso algum, nem mesmo quando estiverem em discussão direitos individuais e interesses minoritários, retirar determinadas questões da alçada do processo legislativo de reforma. Só o que aos juízes cabe fazer é exigir que esse processo se mostre confiável, ou seja, público e refletido. A

eles incumbe assegurar que as mudanças constitucionais se processem mediante julgamentos deliberados de órgãos democraticamente responsáveis.

Responsabilidade democrática e deliberação são as duas coisas que o Judiciário pode resguardar no que diz respeito ao processo de emenda constitucional. Nesse sentido, não se espera que o Judiciário atue decidindo no lugar do poder reformador. Não se almeja que o Judiciário manifeste-se sobre o conteúdo da decisão reformadora. Ao invés disso, com o objetivo de impedir que os problemas constitucionais mais altos sejam tratados com indiferença ou vejam-se obscurecidos e diluídos em meio a indagações de conveniência política, sugere-se que os tribunais apenas advirtam os legisladores de que as questões de revisão constitucional precisam ser encaradas de forma clara e deliberada, sob o olhar atento do povo. A intenção desse controle é convocar o legislativo reformador a dar uma segunda olhada sobre suas decisões, desta vez com os olhos do povo postos sobre si. Assim, o Judiciário promove a responsabilidade política e fortalece a democracia, sem que haja o risco de cercear indevidamente o processo político.

O foco da ação judicial localiza-se, portanto, nos comportamentos evasivos e irrefletidos do poder de reforma. Nesse viés, os juízes não devem substituir as decisões do constituinte reformador ou retirar certos temas do seu alcance. Os juízes devem, sim, oferecer definições *provisórias* dos direitos constitucionais, que, quando se mostram incompatíveis com as emendas propostas, colocam dúvidas sobre a seriedade do processo legislativo reformador. Tais definições não determinam o fim da discussão, nem fixam o sentido dos dispositivos constitucionais. Em lugar disso, elas conformam um convite a que o processo de emenda seja novamente desencadeado, dessa vez sob a atenção cuidadosa do público, de modo a assegurar a responsabilidade democrática do órgão de reforma constitucional e a qualidade deliberativa do processo reformador.

Para tornar mais claro o que isso significa e, assim, evitar algumas compreensões equivocadas da proposta apresentada, principalmente com respeito a uma possível atitude demissionária em relação aos direitos individuais e às minorias, é útil formular um novo exemplo de uma emenda de constitucionalidade duvidosa. Imagine-se que fosse regularmente aprovada uma Emenda, em alteração ao art. 228 da CRFB/88, cujo texto tivesse a seguinte redação: “São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos”. O quê, segundo a proposta avançada, caberia ao Supremo Tribunal diante dessa Emenda?

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que, embora o controle judicial sugerido diga respeito à qualidade do processo legislativo de emenda, essa qualidade não se

afere apenas pela observância dos requisitos formais necessários a que uma deliberação possa ser classificada como democrática: eleições limpas, ausência de manipulação explícita do processo legislativo, ausência de parlamentares subornados etc. Um dos critérios para se julgar a qualidade deliberativa do processo legislativo é avaliar se o resultado desse processo poderia razoavelmente ser tratado como produto de uma deliberação entre pessoas que se vêem umas às outras como livres e iguais.

Essa observação é fundamental para se entender como os juízes podem averiguar a seriedade do processo de emenda. Nesse sentido, caso o Supremo Tribunal fosse confrontado com uma emenda que reduzisse a idade de início da imputabilidade penal, os juízes poderiam muito bem lançar um juízo de suspeição sobre ela em face da cláusula pétreia dos direitos e das garantias individuais. Ao fazer isso, eles estariam afirmando simplesmente que pessoas livres e iguais que debatessem abertamente a questão da maioria penal à luz do sistema constitucional de direitos dificilmente endossariam a redução da idade penal na forma enunciada pelo legislador de revisão.

Essa argumentação supõe, entretanto, que o Tribunal pode fazer esse julgamento de duas formas. Primeiro, emitindo um juízo definitivo, segundo o qual é absolutamente inadmissível que qualquer pessoa razoável aceite, diante da proteção constitucional dos direitos e garantias individuais, a redução da idade penal sem, com isso, estar cometendo uma grave violação da Constituição. Segundo, enunciando um juízo provisório, que põe em dúvida a razoabilidade da decisão oriunda do processo de emenda, mas admite que esse julgamento crítico não é a única verdade sobre os direitos e garantias individuais, ou seja, o Tribunal reconhece que esse juízo está sujeito ao debate e que ele pode ser revisto pelo enriquecimento da discussão. A visão exposta sustenta que aos tribunais só está disponível essa segunda forma de julgamento.

Mas isso não é tudo. Se o Tribunal considera seus juízos sobre direitos e garantias individuais como provisórios, ele terá novamente dois caminhos a sua disposição. Um é tentar dialogar com o poder reformador. O outro é transformar o próprio Tribunal no fórum privilegiado de discussão do sentido e do alcance dos direitos e das garantias individuais. A visão propugnada recomenda que o Tribunal siga o primeiro caminho, é dizer, ela sugere que o tribunal convide os participantes do processo político comum a discutir de forma séria e refletida sobre os direitos e as garantias individuais. É nesse passo que se insere a idéia de que os juízes devem provocar o poder de reforma a retomar a discussão do assunto objeto de emenda.

Surge, no entanto, a questão: como o Tribunal poderia estimular o diálogo político no processo de reforma? A noção central aqui é a de que o *papel institucional limitado do Judiciário como intérprete da cláusula dos direitos e garantias individuais impede que ele veja suas decisões como vinculantes para o próprio poder reformador*. Em outras palavras, está sempre aberta ao poder de reforma a possibilidade, diante da declaração judicial da inconstitucionalidade de uma emenda, de editar uma nova emenda com conteúdo idêntico ao da emenda invalidada.²⁷⁹ Assim, caberia ao Tribunal, no caso da Emenda que reduz a idade de imputabilidade penal, declarar a inconstitucionalidade dessa Emenda. O que convidaria os legisladores reformadores, caso eles entendessem que essa emenda realmente era justa e importante, a deliberar novamente sobre seu conteúdo. A diferença, entretanto, é que, dessa vez, certamente o povo estaria mais interessado em participar e fiscalizar esse debate, porque já houve uma voz audível a todos que advertiu para a possível ilegitimidade da emenda. Dessa forma, mesmo a simples declaração da invalidade de uma emenda, quando compreendida no contexto de uma visão dialógica e minimalista, serve para estimular que os representantes populares venham a deliberar novamente sobre o assunto, dessa vez com os olhos do povo postos sobre si.

O nervo da argumentação, portanto, não está em tentar descobrir um método infalível para definir qual a verdade sobre a Constituição, a justiça e os direitos. Está, sim, em determinar qual seria o melhor aparato institucional para servir de fórum para que os cidadãos discutam de maneira franca, respeitosa e sincera suas concepções divergentes acerca da Constituição, da justiça e dos direitos: se o Supremo Tribunal, o Congresso Nacional no exercício do poder reformador, ou alguma combinação entre eles que fomente a receptividade do processo de revisão aos julgamentos e aspirações do povo. O único compromisso inabdicável da perspectiva dialógica e minimalista é que o melhor caminho para tanto é este último.

²⁷⁹ Note-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu algo muito similar a isso ao afirmar que o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade de lei não alcança o legislador. Com efeito, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n. 2.617-5/MG (Relator Ministro Cezar Peluso, 23.02.2005), a unanimidade dos ministros decidiu que “a eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão”. Tal julgamento parece assentar-se em bases muito semelhantes às aqui propostas, como se pode observar, por exemplo, da ponderação do Ministro Cezar Peluso segundo a qual a extensão do efeito vinculante ao legislador “comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a um papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo para o espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo”. E, de forma ainda mais incisiva, do pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence, conforme o qual “a libertação do legislador sob esse prisma é positiva, pois viabiliza reabrir o debate, sobretudo quando o supremo declara a lei inconstitucional.”

Só assim, convidando os cidadãos e seus representantes a dedicarem seus julgamentos mais refletidos às reformas constitucionais e a debaterem mais abertamente seus pontos de vista sobre essa questão, os juízes podem atuar de modo a “impedir que os dispositivos constitucionais sejam objeto de alteração através do exercício de um poder constituinte derivado, distanciado das fontes de legitimidade situadas nos fóruns de uma esfera pública política que não se reduz ao Estado” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 151). E, dessa maneira, habilitar “cada geração a escolher seu próprio destino sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras” (VIEIRA, 1999, p. 247). A ação judicial no âmbito do controle de constitucionalidade das emendas resume-se, portanto, a conclamar homens e mulheres a debaterem, da forma mais aberta e sincera possível, suas perspectivas acerca das questões mais fundamentais que os afligem como parceiros numa ordem política comum.

4.3 Teses sobre a interpretação judicial da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais

Definidas as orientações gerais de uma teoria sobre o controle judicial das emendas constitucionais em face das cláusulas pétreas, chega o momento de focar especificamente a interpretação da cláusula dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CRFB/88). Da mesma forma que a abordagem antecedente, a preocupação será com a interpretação que os tribunais devem executar dessa cláusula, não com a integralidade do discurso constitucional a respeito dela. Essa visão restrita à ótica dos tribunais alivia alguns encargos que provavelmente estariam presentes caso fosse adotada uma abordagem mais ampla. Dois deles merecem destaque. Em primeiro lugar, esse enfoque não pretende esgotar nem o sentido da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais nem a multiplicidade de métodos interpretativos que têm sido propostos para a sua decodificação. Certamente, as possibilidades interpretativas desse preceito constitucional vão muito além das poucas variantes que serão tratadas aqui. Em segundo lugar, esse enfoque permite fechar a análise em torno das teses que os tribunais, particularmente o Supremo Tribunal Federal, têm utilizado na interpretação e aplicação do citado dispositivo constitucional. Se não for a mais diversificada fonte de análise, a experiência do Supremo Tribunal é, sem dúvida, a mais influente dentro do departamento judicial. Sendo assim, ela fornece o retrato mais visível e autorizado acerca das compreensões divergentes que os juízes constitucionais têm sustentado sobre a matéria.

O objetivo deste trabalho, ao contrapor as diferentes teses, apontando suas virtudes e fragilidades, é buscar um modelo interpretativo capaz de satisfazer duas exigências: primeiro, ajustar-se à visão genérica sobre o controle judicial das reformas constitucionais elaborada na seção anterior; depois, mostrar-se compatível com aquilo que o Judiciário brasileiro têm feito na aplicação da cláusula dos direitos e garantias individuais. Espera-se obter, assim, um quadro mais preciso acerca de como os juízes devem decidir casos em que se questione a validade de uma emenda à Constituição de 1988 por violação à cláusula de intangibilidade dos direitos e garantias individuais.

Antes, porém, de visualizar as opiniões expostas pelo órgão máximo do sistema judiciário brasileiro, é conveniente retomar uma idéia fundamental acerca dos limites materiais de revisão. Algumas páginas atrás, afirmou-se que tais limites constituem princípios morais e políticos abstratos. Essa afirmação, que *prima facie* não dá margem a maiores discussões, acarreta conseqüências importantes no domínio da interpretação judicial das cláusulas pétreas. A principal delas foi descrita, nos seguintes termos, por Oscar Vilhena Vieira:

As cláusulas superconstitucionais não podem ser vistas como um simples fato de poder, como uma decisão majoritária do constituinte que determina que certos valores fiquem longe do alcance do sistema representativo, ainda que agindo como poder constituinte reformador. Mais do que quaisquer outros preceitos jurídicos, as cláusulas superconstitucionais – por sua função de proteger as condições básicas de realização da dignidade humana e de permitir a continuidade do processo democrático, enquanto procedimento voltado à tomada de decisões públicas, entre seres racionais, iguais e livres – devem cristalizar apenas os princípios e direitos que estabeleçam uma autêntica reserva de justiça constitucional. (VIEIRA, 1999, p. 246-247)

Em que pese essa passagem defenda uma perspectiva que o presente trabalho reconhece como acertada, a sua transcrição tem finalidade diversa da simples confirmação daquilo que já foi dito. O que agora se quer ressaltar é que esse trecho reflete com muita clareza as duas teses principais entre as quais se tem debatido o Supremo Tribunal Federal na interpretação do art. 60, § 4º, IV, CRFB/88. Isso é evidenciado já pela discussão veiculada no Tribunal quando do primeiro julgamento especialmente dedicado à aplicação da cláusula dos direitos e garantias individuais, a apreciação da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF, em 15 de setembro de 1993. Discutiu-se, nesse julgamento, se o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, b, CRFB/88) deveria, ou não, ser caracterizado como intangível às emendas diante da cláusula dos direitos e das garantias individuais. O Ministro Francisco Rezek, respondendo a esta questão negativamente, argüiu:

Não consigo admitir, em juízo relacionado com a medida liminar, que o resultado da emenda em exame constitua uma afronta ao chamado princípio da anterioridade, ou seja, àquela regra segundo a qual não se cobrará tributo novo no mesmo ano civil em que promulgada a norma que o instituiu. Não estou encontrando nessa regra – que decisivamente não chamo de princípio – algo da estatura dos verdadeiros princípios a que, em momento como o atual, é sempre possível que a Corte deva garantir força bastante para que resistam a determinados empreendimentos mudancistas. [...] Não acho que a regra da anterioridade seja um princípio intocável pelo próprio Congresso Nacional, em trabalho de emenda à Carta. [...] O que me preocupa é a iminência de uma limitação, a meu ver excessiva, do poder de emenda que o Congresso Nacional tem, e que só deveria frustrar-se quando estivéssemos autorizados a dizer que o Congresso abusou do seu poder de emenda, porque investiu contra alguns dos pilares da nossa construção republicana federativa, do nosso ideário pluralista e humanista, afrontando, de algum modo, uma das garantias realmente essenciais à vida contemporânea do homem livre. (ADInMC 939/93, p. 1977 -1979, grifo no original)

De outro lado, o Ministro Carlos Velloso, pronunciando-se favoravelmente à intangibilidade da norma da anterioridade tributária, opinião vencedora no julgamento,²⁸⁰ afirmou:

Tenho como relevante, no ponto, a argüição, no sentido de que a Emenda Constitucional n. 3, desrespeitando ou fazendo tábula rasa do princípio da anterioridade, excepcionando-o, viola limitação material ao poder constituinte derivado, a limitação inscrita no art. 60, § 4º, IV, da Constituição. [...] Na verdade, o princípio da anterioridade, inscrito no art. 150, inciso III, letra b, da Constituição, a estabelecer que não é possível a cobrança do tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, é uma garantia individual, uma garantia do contribuinte; é a própria Constituição que deixa expresso que o princípio da anterioridade é uma garantia do contribuinte: no caput do artigo 150 da Constituição está escrito que “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”, e seguem-se as vedações estabelecidas como garantias do contribuinte. (ADInMC 939/93, p. 2005-2006, grifo no original)

Raciocínio semelhante ao do Ministro Carlos Velloso foi apresentado pelo Ministro Celso de Mello, quando este, no mesmo julgamento, teceu as seguintes considerações:

O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais relevantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes. Não desconheço que se cuida, como qualquer outro direito, de prerrogativa de caráter meramente relativo, posto que as normas constitucionais **originárias** já contemplam hipóteses

²⁸⁰ Participaram do julgamento da ADInMC 939-7/DF, em 15.09.1993, os Ministros Sydney Sanches (relator), Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso, Celso de Mello, Paulo Brossard, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti. O Ministro Sepúlveda Pertence, embora já compusesse o Tribunal, esteve ausente da sessão. A dissidência, que rejeitava a existência de violação à cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais no caso, foi composta por três Ministros: Francisco Rezek, Moreira Alves e Octavio Gallotti. Porém, somente os Ministros Francisco Rezek e Octavio Gallotti divergiram de maneira resoluta do entendimento majoritário que caracterizou o princípio da anterioridade como uma garantia individual protegida pela cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CRFB/88). O Ministro Moreira Alves, embora tenha lançado sérias dúvidas sobre a inserção do princípio da anterioridade sob o manto protetor da cláusula pétrea, focou sua dissidência em outro aspecto. O que ele não visualizou no caso foi a existência de qualquer tendência à abolição do princípio da anterioridade.

que lhe excepcionam a atuação. Note-se, porém, que as derrogações a esse postulado emanaram de preceitos editados por órgão exercente de funções constituintes **primárias**. As exceções a esse princípio foram estabelecidas, portanto, pelo próprio poder constituinte **originário**, que não sofre as limitações materiais e tampouco as restrições jurídicas impostas ao poder reformador. [...] As denominadas **cláusulas pétreas** representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte **derivado**. (ADInMC 939/93, p. 2011-2012, 2016, grifo no original)

O que esses posicionamentos revelam é que a discordância do Ministro Rezek com os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello não dizia respeito apenas ao enquadramento da norma da anterioridade tributária no rol de cláusulas intangíveis, por força da disposto no art. 60, § 4º, IV, CRFB/88, mas se alastrava a suas compreensões sobre como as cláusulas pétreas deveriam ser interpretadas. O Ministro Rezek claramente pugnava pela tese de que essas cláusulas “*devem cristalizar apenas os princípios e direitos que estabeleçam uma autêntica reserva de justiça constitucional*”, para usar a expressão de Oscar Vilhena Vieira. Elas devem resguardar, nas palavras de Rezek, “os verdadeiros princípios”, os “pilares do nosso ideário pluralista e humanista”, as “garantias realmente essenciais à vida contemporânea do homem livre”. Já os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, em maior ou menor medida, enxergavam as cláusulas superconstitucionais, também segundo os termos de Vieira, como “*um simples fato de poder, como uma decisão majoritária do constituinte que determina que certos valores fiquem longe do alcance do sistema representativo, ainda que agindo como poder constituinte reformador*”. Por esse motivo é que o Ministro Velloso pôde dizer, sem maiores sobressaltos, que “é a própria Constituição que deixa expresso que o princípio da anterioridade é uma garantia do contribuinte”. Por isso, também, o Ministro Celso de Mello sentiu-se à vontade para tratar o estabelecimento de exceções constitucionais à norma da anterioridade tributária como prerrogativa exclusiva do poder constituinte originário. E, além disso, não teve qualquer embaraço em definir as cláusulas pétreas como “categorias normativas subordinantes” que estão “pré-excluídas” do poder de reforma por “decisão” da Assembléia Nacional Constituinte.

A tese subjacente aos votos dos Ministros Velloso e Celso de Mello também foi vista nos pronunciamentos dos Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio. O Ministro Ilmar Galvão argumentou, a favor da inclusão da anterioridade tributária no manto protetor da cláusula dos direitos e garantias individuais, da seguinte forma:

O art. 150, que inaugura a Seção II, do Capítulo dedicado ao Sistema Tributário, arrola, ainda sob ressalva de tratar-se de simples enumeração, sem o propósito de esgotar garantias asseguradas especificamente ao contribuinte, conceito que abrange

o indivíduo, como pessoa física, não obstante não se possa tomar o alcance do termo “individual”, no caso, como excludente das pessoas jurídicas, cuja proteção, em muitas hipóteses, significa a proteção última que se pode dispensar ao indivíduo. [...] Alega-se que se trata de garantia relativa, já que nada menos que sete tributos foram, de logo, expressamente colocados fora de seu alcance pela Constituição. Trata-se, entretanto, de circunstância que só reforça o princípio-garantia, na medida em que serve para demonstrar que, para excepcioná-lo, se fez mister a iniciativa do próprio constituinte originário. (ADInMC 939/93, p. 1982-1983)

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio valeu-se de argumentação quase idêntica à anterior, como pode ser extraído do seguinte teor do seu voto:

Tem-se que, no próprio artigo 150, com utilização de vocábulo muito sugestivo – e não posso atribuir ao legislador constituinte a inserção na Carta de palavras sem o sentido vernacular – limitou-se a atividade do Estado, no campo da criação de tributos. O caput do artigo 150 é explícito ao rotular como garantias o que se contém nos incisos. Procederei à leitura apenas para minha própria lembrança: “sem prejuízo de outras garantias” – portanto, as que estão inseridas nos incisos também são garantias asseguradas ao contribuinte – “... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”: cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei mediante a qual haja sido instituído ou aumentado. (ADInMC 939/93, p. 1984-1985)

Esses dois pronunciamentos ressaltam, novamente, a compreensão das cláusulas pétreas como simples fatos de poder. É por essa razão que parece lógico aos ministros utilizar as expressões textuais da decisão constituinte para dar sentido ao dispositivo dos direitos e garantias individuais. Assim, o raciocínio judicial torna-se tão simples como dizer que se o constituinte explicitou que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais”, tudo mais que o mesmo constituinte chamou expressamente de direito ou garantia, e atribuiu à titularidade individual, está protegido pela cláusula de irrevisibilidade. Por isso, é tão fácil resolver o problema dizendo simplesmente que o art. 150 arrola “garantias asseguradas especificamente ao contribuinte, conceito que abrange o indivíduo”, ou, então, que “o *caput* do artigo 150 é explícito ao rotular como garantias o que se contém nos incisos”. É, ainda, pelo mesmo fundamento, que parece natural afirmar que aquilo que o próprio constituinte originário não excepcionou das normas gerais originalmente estabelecidas na Constituição não pode vir a ser excepcionado pelo poder reformador; ou, como advertiu o Ministro Ilmar Galvão, que a existência de exceções a incidência da norma da anterioridade no próprio texto constitucional originário revela “circunstância que só reforça o princípio-garantia, na medida em que serve para demonstrar que, para excepcioná-lo, se fez mister a iniciativa do próprio constituinte originário”. Também não é outro o motivo pelo qual não se pode dar ao texto da Constituição significado diverso do seu “sentido vernacular”, bem como, em termos de respeito à Lei

Maior, “não se pode adotar uma posição flexível e que potencialize o fim buscado com a norma editada” (Ministro Marco Aurélio, ADInMC 939/93, p. 1986).

Essas manifestações apresentam duas teorias profundamente distintas sobre a interpretação da cláusula dos direitos e das garantias individuais. Uma, representada pelo voto do Ministro Rezek, enxerga nesse dispositivo um enunciado de princípios morais. Segundo esta visão, não há como atribuir sentido ao preceito constitucional senão com apoio de visões substanciais de moralidade política. Visões a respeito da justiça, da liberdade ou dos fundamentos de um regime constitucional democrático. Seus adeptos compartilham com o Ministro Sepúlveda Pertence a idéia de que “na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional [...] o intérprete não pode fugir de uma carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos ou garantias nela inseridos” (ADIn 939/93, p. 253). Outra, representada nesse julgamento pelas opiniões dos Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Celso de Mello,²⁸¹ enxerga os limites materiais como decisões corporificadas num texto. Decisões que valem mais por estarem no texto do que por incorporarem ideais políticos e morais importantes. Por isso, seu sentido deve ser buscado em técnicas interpretativas formais, como aquela que recomenda a identificação do “sentido vernacular” das palavras do texto.

É verdade que, a rigor, essa dicotomia não esgota os modelos interpretativos sugeridos nas diversas oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal se envolveu na empresa de interpretar a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais. Ela, contudo, ilumina as posições mais radicalmente antagônicas, os pontos extremos do debate. A partir dela é possível tratar as demais teses como versões moderadas de cada uma das abordagens radicais, ou, então, como teorias mistas, que recepcionam, em doses maiores ou menores, elementos de cada uma dessas visões extremas.

O julgamento da ADInMC 939/93 foi capaz de evidenciar também esses pontos de vista intermediários. Ao menos três deles podem ser discernidos tendo por base os registros das opiniões avançadas naquela ocasião. O primeiro foi esboçado pelo Ministro Paulo Brossard que, após iniciar seu voto dizendo “que a história dos parlamentos acompanha

²⁸¹ É imprescindível ressaltar que o fato de esses juízes terem endossado essa visão formal acerca da interpretação da cláusula dos direitos e das garantias individuais, por ocasião desse julgamento, não quer dizer que essa seja a verdadeira opinião deles na matéria, nem, tampouco, que eles estejam definitivamente comprometidos com ela. Provavelmente, nenhum dos juízes apontados, caso questionado sobre a tese correta concernente à interpretação da referida cláusula, responderia nos termos aqui apresentados. É possível que alguns deles, inclusive, sustentassem a posição oposta. Isso, entretanto, não prejudica de forma alguma a análise realizada acima. O objetivo deste trabalho não é identificar quem diz o quê, mas tentar distinguir e confrontar as diferentes teses que já tiveram apoio no órgão máximo do Judiciário brasileiro.

a história dos orçamentos; e a história dos orçamentos está intimamente ligada com a dos tributos” (ADInMC 939/93, p. 2018), e traçar um retrospecto da consagração constitucional da norma da anterioridade tributária no Direito brasileiro, averbou que a edição da Emenda Constitucional n. 3:

[...] afrontou alguns dogmas do nosso Direito, não apenas do direito legislado, mas, do nosso Direito histórico, daquele que, a despeito das deploráveis alterações constitucionais, sucessivas alterações constitucionais, é conservado, formando uma espécie de patrimônio cultural, de lastro histórico da nação e com o qual a nação se identifica. (ADInMC 939/93, p. 2021)

Para além da valorização da história como critério interpretativo pleiteada pelo Ministro Brossard, o Ministro Octavio Gallotti firmou – com alguma relutância, é verdade – o que se poderia descrever como uma interpretação topográfica da cláusula de limites, ao relatar que os direitos e as garantias individuais, preservados de emenda pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição, “são, em princípio, os enumerados nos setenta e sete incisos do art. 5º da Constituição, e que se estendem por todo o Capítulo I do Título II, da mesma, precisamente denominado ‘Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos’” (ADInMC 939/93, p. 2034).

Por fim, o Ministro Moreira Alves, depois de uma referência sumária e não muito convicta a perspectiva análoga à do Ministro Gallotti, ofereceu uma versão peculiar do olhar substancial para a interpretação do preceito de imutabilidade. Ele chamou atenção para o fato de que pode não ser suficiente definir quais prerrogativas constitucionais estão acobertadas pela cláusula dos direitos e das garantias individuais. A seu ver, ao lado dessa questão, “há o problema do alcance da expressão ‘emenda tendente a abolir’ que implica que há um espaço onde ainda não ocorre essa tendência, certo como é que a Constituição não declarou que as matérias concernentes a essas cláusulas pétreas são imutáveis” (ADInMC 939/93, p. 2032). Existiria, assim, na ótica do Ministro Moreira Alves, a necessidade de se traçar uma linha divisória entre a afetação dos direitos e das garantias protegidos, o que seria admissível, e a sua abolição, o que seria reprovável.

História e topografia do texto são critérios que soam, a primeira vista, acentuadamente formais. Entretanto, eles podem ser utilizados como instrumentos com finalidades substanciais. O uso da história como argumento de interpretação constitucional pode servir, como quis o Ministro Brossard, de critério para se determinar “uma espécie de patrimônio cultural com o qual a nação se identifica”. Da mesma forma, a análise topográfica, que busca na descrição do relevo do texto constitucional – seus títulos, capítulos e seções – a

solução dos problemas interpretativos, também pode ter uma motivação substancial. As diversas variações encontradas na superfície do texto podem auxiliar o intérprete, que trata as cláusulas pétreas como sendo “apenas aquelas que se refiram aos princípios fundamentais do regime” (Ministro Octavio Gallotti, ADInMC 939/93, p. 2034), a identificar a localização desses princípios. Essas teses representam, portanto, combinações das visões formal e substancial antes apresentadas.

O mesmo se diga da perspectiva que sublinha a distinção entre afetação e abolição dos direitos e das garantias resguardados pelo manto da irrevisibilidade. Essa separação permite que o intérprete transfira o âmago do debate da questão acerca de quais são os direitos protegidos para a questão sobre em que medida esses direitos são protegidos. Não é por acaso que, num julgamento posterior envolvendo a cláusula dos direitos e garantias individuais, quando a discussão girava em torno da classificação, ou não, do princípio da não-cumulatividade dos tributos (art. 154, I, CRFB/88) como limite material de revisão, o Ministro Moreira Alves pôde afirmar: “Não quero, neste momento, entrar em cogitações a respeito de distinção de haver direitos fundamentais mais fundamentais do que outros” (ADInMC 1.497/96, p. 102). E, a partir dessa premissa, pôde expor sua razões da seguinte maneira:

Por isso, admitindo-se que se trata de direito individual, porque os direitos individuais em matéria tributária são direitos que decorrem da limitação do poder de tributar do Estado e, por isso mesmo, são direitos do contribuinte, ainda que se considere que o contribuinte, pessoa física ou jurídica, tem o direito fundamental de não ver criado novo tributo, seja ele imposto, seja ele contribuição de caráter social, violando o princípio da não-cumulatividade, não me parece que, neste caso, tratando-se de contribuição provisória única, haja, tendência a se abolir este princípio por ser excluído provisoriamente de uma contribuição singela.²⁸² (ADInMC 1.497/96, p. 102)

A especificidade desse tipo de abordagem reside em deslocar as controvérsias de fundo para um segundo momento, o do debate sobre a intensidade da proteção conferida pela cláusula de intangibilidade aos direitos e garantias acobertados por ela. Em virtude disso, ela alivia, em larga medida, a substância do julgamento concernente a quais são os direitos e as garantias gravados com a marca da inalterabilidade. É capaz, assim, de reconciliar parcialmente a tese formal com a tese substancial. Uma vez que o intérprete pode se valer inicialmente de um critério formal, como, por exemplo, o “sentido vernacular” do Texto Magno, para decidir quais os direitos protegidos. E, por meio dessa estratégia,

²⁸² Essa passagem foi complementada com o seguinte esclarecimento: “Por isso, Sr. Presidente, não tendo eu chegado a votar no mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 939, votei na apreciação da medida cautelar, que indeferi justamente porque não me afigurava possível sustentar-se que tendia a abolir o princípio da anterioridade, que era um princípio que já apresentava inúmeras exceções.” (ADInMC 1.497/96, p. 102-103)

postergar para um segundo momento seu julgamento material, o qual terá que decidir se o caso versa sobre uma afetação permitida ou uma abolição proibida.²⁸³

4.3.1 Tese formalista: o texto

Consumada essa breve exposição sobre as teses discordantes acerca da interpretação da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais fornecidas na Corte Suprema, é a ocasião de averiguar os méritos desses diversos pontos de vista. Nesse sentido, o primeiro enfoque a ser tomado como objeto de reflexão será a tese formal. Como visto, ela se baseia na idéia das cláusulas pétreas como meros fatos do poder. Tais cláusulas nada mais são do que uma decisão majoritária dos legisladores constituintes que determina que certos temas fiquem longe do alcance do sistema representativo, mesmo no caso de manifestação do poder reformador. O seu conteúdo é preestabelecido pelo constituinte originário por meio de regras concretas e detalhadas presentes no corpo da Constituição. Como consequência, a ação do intérprete que quer descobrir o significado desses limites deve restringir-se à identificação dos termos dessa decisão originária, os quais vêm expressos em dispositivos constitucionais específicos. Não há, portanto, espaço para maiores construções interpretativas, análises de propósitos e juízos de valor. O que se busca é simplesmente um esclarecimento fático, ou melhor, textual.

Tal visão pode ser abreviada, de forma um tanto grosseira, por meio da seguinte máxima interpretativa: quando a Constituição resguarda do processo de emenda “os direitos e garantias individuais”, isto significa que todas aquelas posições subjetivas de vantagem que o texto constitucional assegura ao indivíduo perante o Estado – inclusive aquelas não explicitamente declaradas no texto, mas reconhecidas pela cláusula de abertura do art. 5º, § 2º – são, salvo disposição em contrário, direitos e garantias individuais

²⁸³ Essa perspectiva é desenvolvida, em sede doutrinária, por Ingo Wolfgang Sarlet (2004) que, em primeiro lugar, rejeita “a premissa de que existem direitos apenas formalmente fundamentais e que estes (justamente por serem fundamentais apenas em sentido formal poderiam ser suprimidos do texto constitucional)” (SARLET, 2004, p. 339); em segundo lugar, aceita que “as ‘cláusulas pétreas’ não implicam absoluta imutabilidade dos conteúdos por elas assegurados”; e, em terceiro lugar, reconhece que “não é de fácil determinação o momento no qual determinada emenda à Constituição efetivamente tende a abolir o princípio protegido” (SARLET, 2004, p.342), nessa situação, segundo o autor, aplica-se “a tese da preservação do seu núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições legislativas, desde que não invasivas do cerne do direito fundamental, podem ser toleradas”(SARLET, 2004, p. 345), de tal modo que “efetivamente intangível não é o direito ou princípio, mas sim, o seu conteúdo essencial, por sua vez, aferível apenas no caso concreto e à luz de cada dispositivo e norma constitucional especificamente considerados”.(SARLET, 2004, p. 351)

petrificados.²⁸⁴ Assim, por exemplo, se a Constituição estabelece que, sem prejuízos de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, III, b, CRFB/88), caso o Congresso Nacional, no uso do poder de reforma da Constituição, venha a editar uma emenda autorizando a instituição de um tributo a ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que for criado, essa pretensão pode ser rejeitada como inconstitucional. Isto com amparo no argumento de que a referida emenda desconsidera “– ante o que prescreve, cogentemente, o art. 60, § 4º, IV, da Constituição – o fato de que a anterioridade tributária, traduzindo limitação constitucional ao poder impositivo das pessoas políticas, constitui direito público subjetivo oponível ao Estado pelos contribuintes que dela se beneficiam” (Ministro Celso de Mello, ADInMC 939/93, p. 2011). Além disso, ante aqueles que questionarem essa afirmação dizendo que a posição jurídica subjetiva invocada não configura uma garantia absoluta, na medida em que o texto originário da Carta traz várias exceções a ela (art. 150, § 1º, CRFB/88), pode-se retorquir advertindo:

A reconhecer-se como legítimo o procedimento da União Federal em ampliar, a cada vez, pelo exercício concreto do poder de reforma da carta política, as hipóteses derogatórias dessa fundamental garantia tributária, chegar-se-á, em algum momento, ao ponto de nulificá-la inteiramente, suprimindo, por completo, essa importante conquista jurídica que integra, como um dos seus elementos mais relevantes, o próprio estatuto constitucional dos contribuintes. (Ministro Celso de Mello, ADInMC 939/93, p. 2013)

A pergunta que se coloca é a seguinte: o que pode ser dito a favor desse enfoque formal? Existe algum bom motivo para crer que ele soluciona adequadamente as dúvidas interpretativas em torno da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais? A verdade é que, ao menos na aparência, esse motivo existe. Num olhar superficial, essa é a teoria que melhor se harmoniza com uma Constituição escrita e rígida. Ela aparenta ser extremamente fiel à vontade do legislador constituinte, colaborando para que a Constituição permaneça o mais próximo possível daquilo que o constituinte originário fez dela. Além disso, ela não requer do hermeneuta, em princípio, nada mais do que respeito ao texto constitucional. Ela pede apenas que ele interprete aquilo que a assembléia constituinte lhe pôs nas mãos. Nada mais.

²⁸⁴ Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 245) descreve essa tese como recomendando que o papel do intérprete seja “interpretar literalmente a Constituição e elaborar uma lista dos direitos e garantias de caráter individual que habitam toda a Constituição, além daqueles que ela não exclui, por força do § 2º do art. 5º”.

Esse receituário soa perfeitamente coerente com a noção de rigidez das constituições escritas. De fato, não se pode dizer que uma Constituição sugira naturalmente a idéia de mutabilidade. Ao contrário, seu propósito é prevenir a mudança, encravar certos direitos de uma tal maneira que as gerações futuras não possam removê-los facilmente (SCALIA, 1997, p. 40). Sendo assim, o caráter escrito e rígido da Constituição fala a favor de um método interpretativo que privilegie o texto em lugar do leitor, e que favoreça a estabilidade em lugar da mudança. Logo, em prol da tese formal surge o fato óbvio de que as cláusulas pétreas são expressões naturais do desejo do constituinte originário de preservar a sua obra. Algo coerente com o fato de que essa obra tem a durabilidade por vocação.

Se o objetivo é preservar o desejo de alguém, nada mais recomendável do que se manter fiel ao enunciado desse desejo. Por isso, a primeira vista, só quem renega este dever de fidelidade poderia querer restringir o sentido das decisões do constituinte para menos do que aquilo que está expresso no texto constitucional. Fazer isso seria substituir a vontade do constituinte pela vontade do intérprete ou, então, atentar contra a Constituição. Pode-se compreender, assim, o raciocínio exposto pelo Ministro Marco Aurélio ao defender o caráter irreformável do princípio da anterioridade tributária:

[...] não posso, de modo algum, assentar a existência de um princípio consagrado pela Carta, um princípio translúcido nessa mesma Carta, que possa, mediante uma estratégia – uma estratégia até mesmo casuística porque, no caso, específica – ser simplesmente colocado em plano secundário. O princípio da não-contradição conduz à certeza de que uma coisa existe, ou não. Ou bem temos o princípio da anterioridade a ser observado na unidade tempo-ano que esteja em transcurso, ou não o temos. O que não é possível é assentar que esse mesmo princípio consagrado pela Constituição possa ser afastado por um procedimento que implique o desconhecimento da regra contida na própria Carta. (ADInMC 926/93, p. 179)

Da mesma forma, se alguém sugere, por exemplo, distinguir os direitos e as garantias constitucionais segundo algum critério de relevância ou fundamentalidade, tratando como irreformáveis somente os direitos e garantias verdadeiramente importantes, esta pessoa está traindo a Constituição. É irrelevante que seu objetivo último seja evitar o risco de dar expressão pétrea a tudo o que está na Carta, o que certamente viria em auxílio da permanência da própria Constituição. A despeito disso, tal entendimento será fatalmente incompatível com o interesse de preservação da decisão constituinte, pois, como explicou o Ministro Carlos Velloso:

É certo que é respeitável o argumento, mais metajurídico do que jurídico, propriamente, no sentido de que o raciocínio abrangente da matéria – a matéria dos direitos e garantias individuais – sem distinguir direitos e garantias individuais de primeira classe e direitos e garantias de 2ª classe, poderia impedir uma maior reforma constitucional. O argumento, no entanto, não deve impressionar. O que

acontece é que o constituinte originário quis proteger e preservar a sua obra, a sua criatura, que é a Constituição. (ADInMC 939/93, p. 2007)

Essas palavras transmitem a impressão de que a teoria das cláusulas pétreas como fatos de poder e o modelo formal de interpretação que lhe serve de sucedâneo compõem o único ponto de vista apropriado à essência do empreendimento constitucional. É preciso observar, todavia, que essa impressão não sobrevive a uma investigação mais profunda. Com efeito, a tese formal não é tão formal quanto se faz parecer. Pesa sobre ela aquilo que Michael Dorf (1998, p. 11) asseverou sobre o formalismo na interpretação constitucional, “ao invés de substituir a subjetividade judicial por critérios objetivos externos ao tomador da decisão, o formalismo simplesmente disfarça o papel do juízo subjetivo de valor”.²⁸⁵ A tese formal meramente veste com o rótulo de questões de fato matérias que são essencialmente valorativas.

Isto pode ser demonstrado retomando-se, uma vez mais, o seu enunciado sintético. Tem-se que, em uma formulação grosseira, ele estabelece: quando a Constituição resguarda do processo de emenda “os direitos e garantias individuais”, isto significa que todas aquelas posições subjetivas de vantagem que o texto constitucional assegura ao indivíduo perante o Estado são, salvo disposição em contrário, direitos e garantias individuais petrificados. Utilizando-se a estrutura de um silogismo, este enunciado pode ser dividido em três partes:

- 1) *Premissa maior*: o diploma constitucional resguarda explicitamente os direitos e as garantias individuais do alcance do poder de emenda.
- 2) *Premissa menor*: direitos e garantias individuais são, na ausência de disposição em contrário, todas aquelas posições subjetivas de vantagem que o texto constitucional assegura ao indivíduo ante o Estado.
- 3) *Conclusão*: as posições subjetivas de vantagem que o texto constitucional assegura ao indivíduo ante o Estado, na ausência de disposição em contrário, estão resguardadas do alcance do poder de emenda.

Basta, agora, colocar à prova cada um desses enunciados parciais para ver o que há por trás da tese em sua totalidade. Não há grandes dúvidas sobre a veracidade do primeiro deles. Ninguém questiona que uma norma obrigatória da Constituição vigente no Brasil preceitua que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os

²⁸⁵ “Instead of substituting objective criteria external to the decisionmaker for judicial subjectivity, formalism merely disguises the role of subjective value choice.” (DORF, 1998, p.11)

direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV, CRFB/88). Também não causa perplexidade a terceira afirmação, desde que, é claro, o segundo enunciado seja verdadeiro. Tudo se volta, por conseguinte, à veracidade do segundo enunciado. É acertado dizer que direitos e garantias individuais são, na ausência de disposição em contrário, todas aquelas posições subjetivas de vantagem que o texto constitucional assegura ao indivíduo perante o Estado?

Parece que só há uma resposta possível a essa pergunta. Ela diz mais ou menos o seguinte: pode muito bem estar certo entender o termo “direitos e garantias individuais” como “todas aquelas posições subjetivas de vantagem que o texto constitucional assegura ao indivíduo frente ao Estado”, mas o acerto, ou o erro, desse entendimento não é definido por nenhum critério que possa ser revelado pela expressão textual “direitos e garantias individuais”.

Não é por outro motivo que diversas análises acerca do sentido da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais iniciam ressaltando a dificuldade localizada no fato de que “a expressão ‘direitos e garantias individuais’, utilizada no art. 60, § 4º, inc. IV da CF, não se encontra reproduzida em nenhum outro dispositivo da Constituição” (SARLET, 1998, p. 360; VIEIRA, 1999, p. 244). Supõe-se que tal fato constitua um empecilho porque, se a expressão “direitos e garantias individuais” aparecesse em algum outro trecho do texto constitucional, este poderia servir para esclarecer o teor do art. 60, § 4º, IV. Como isso não ocorre, o intérprete encontra-se em dificuldades para descobrir o sentido literal do termo “direitos e garantias individuais”. Observe-se, contudo, que, à medida que seja necessário se socorrer de um outro dispositivo para esclarecer o sentido ou a abrangência art. 60, § 4º, IV, CRFB/88, isto implica que a expressão textual da cláusula pétrea é insuficiente para trazer à luz seu significado inequívoco. A dúvida sobre o conteúdo do artigo 60, § 4º, IV, deve, portanto, ser obrigatoriamente buscada fora da expressão literal desse mesmo artigo.

Mas, mesmo que existisse uma outra disposição constitucional que reproduzisse o termo “direitos e garantias individuais”, isto não significaria necessariamente o aparecimento de uma resolução formal para o problema do conteúdo da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais. Um intérprete comprometido com o sentido vernacular da expressão “direitos e garantias individuais” poderia continuar insistindo em que direitos e garantias individuais são as posições subjetivas de vantagem atribuídas ao indivíduo, e, por isso, qualquer dispositivo constitucional que apresentasse um rol explícito dos direitos e garantias individuais seria de caráter meramente exemplificativo. Para contrariá-lo, e sustentar

a natureza taxativa de dito rol, seria preciso lançar mão de argumentos externos ao texto constitucional, argumentos marcadamente valorativos.

Inclusive, deve-se notar que a própria discussão atual sobre se os direitos sociais encaixam-se, ou não, no conceito de direitos e garantias individuais (COSTA E SILVA, 2000, p. 124-130; MENDES, 1997, p. 85-86; SARLET, 1998, p. 359-364; 2004, p. 333-341) ilumina a visão substancial que sempre está subjacente aos argumentos interpretativos aparentemente formais. Nenhuma das partes do debate discorda acerca da seqüência lingüística apresentada pelo art. 60, § 4, IV, da Constituição. Nenhum intérprete diz estar vendo nessa cláusula uma expressão gráfica que os outros intérpretes contestem. Ou seja, a controvérsia gira em torno de qual o significado correto a ser atribuído à expressão direitos e garantias individuais, não sobre se lá esta escrito “direitos e garantias liberais” ou “direitos e garantias sociais”, por exemplo. Em suma, ninguém tem um argumento literal a seu favor, o que se debate não são fatos, são, sim, juízos de valor, concepções de moralidade política dissonantes.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996, p. 8-9) deu a devida ênfase a essa questão quando enfatizou a delicadeza do problema da delimitação do conteúdo da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, “sobretudo para os juristas que usam apenas e tão-somente do método dito ‘gramatical’ de interpretação e assim se apegam à letra dos textos”. Isto porque, como lecionou o professor da Universidade de São Paulo, na tradição constitucional brasileira, inaugurada com a Constituição de 1934 e mantida até a Emenda Constitucional n. 1/69, “direitos e garantias individuais” é expressão que abrange somente as liberdades clássicas, não englobando os direitos sociais (FERREIRA FILHO, 1996, p. 9). Salta aos olhos, portanto, que o intérprete interessado em decodificar o sentido “literal”, “vernacular” ou “gramatical” do termo “direitos e garantias individuais” terá que escolher entre essa leitura tradicional mais restritiva, que abarca apenas os direitos liberais clássicos, e a leitura mais generosa, defendida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 939/93, a qual estende o teor do preceito a praticamente todas aquelas posições subjetivas de vantagem que o texto constitucional assegura ao indivíduo perante o Estado.²⁸⁶

²⁸⁶ Observe-se, a título ilustrativo, o que disse o Ministro Carlos Velloso no julgamento da medida cautelar da ADIn 939/93: “Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º, no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte. É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Hoje não falamos, apenas, em

Essas considerações demonstram que não há nada que se possa chamar honestamente de um modelo formal de interpretação da cláusula pétreia dos direitos e das garantias individuais. Mesmo aquilo que na superfície parece formal é substancial nas profundezas. Por isso, quando alguém diz que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados segundo o seu sentido “vernacular”, essa pessoa está fazendo um juízo de valor, e não uma afirmação puramente formal. Esse, aliás, é um fato evidente em se tratando de textos constitucionais centenários. Não há nenhuma garantia de que o sentido “vernacular” de uma expressão grafada no séc. XVIII, por exemplo, seja o mesmo sentido que os dicionários contemporâneos atribuem a ela. Portanto, tudo que resta ao intérprete comprometido com o método da interpretação literal, com certeza o mais facilmente classificado como formal, é fazer uma opção entre o sentido vernacular da expressão no século XVIII e o sentido vernacular da expressão na atualidade. Essa, sem embargo, é uma opção que estará invariavelmente baseada em juízos de valor.

O apego a critérios estritamente formais de interpretação tem efeitos especialmente graves no âmbito da interpretação das cláusulas superconstitucionais. Essa é uma estratégia que mina a relação entre os juízes e o povo, a relação dos juízes entre si e, até mesmo, a reflexão pessoal de cada juiz. Ela permite ao Judiciário não ser sincero com o povo. Ela autoriza os tribunais a dizerem ao povo que a maioria da população não pode fazer da Constituição aquilo que bem entender, sem, contudo, obrigar os juízes a revelarem por que o povo não pode agir assim. De fato, como acentuou Christopher Eisgruber (2001, p. 119), a obsessão pela especificidade textual pode realmente aumentar o poder dos tribunais, pois, à medida que ela obscurece os julgamentos de valor que os juízes realizam, ela os isola da crítica pública efetiva. Neste aspecto, a interpretação formal é o caminho mais fácil para a transformação da soberania popular em soberania judicial.

Por outro lado, este enfoque permite, também, que os juízes escondam uns dos outros os reais fundamentos de seus julgados. O fetichismo dos textos desonera os juízes do dever de expor integralmente as razões que os levam a optar por uma determinada decisão. Deste modo, ele impede que essas razões sejam conhecidas, discutidas e contestadas pelos demais juízes. Finalmente, a interpretação formal impõe um obstáculo à reflexão deliberada do próprio juiz que se serve dela. Negando a existência dos julgamentos de valor, este método impede que o próprio juiz tome consciência dos critérios que embasam suas decisões e, assim,

direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração. O mundo evoluiu, e assim, também, o Direito.” (ADInMC 939/93, p. 2006-2007)

submeta esses mesmos critérios à reflexão. Diante dessas considerações, não há como negar que a tese formal tem mais fragilidades que virtudes.

4.3.2 Tese mista (1): a topografia do texto

O escrutínio um pouco mais rigoroso demonstra que devem existir sérias restrições ao uso de critérios puramente formais na interpretação da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais. Tendo isso em vista, não gera surpresa o fato de que o Supremo Tribunal Federal tenha gradualmente se afastado do modelo interpretativo formal. Distanciamento que parece ter atingido seu ponto culminante no julgamento da medida cautelar pleiteada na ADIn 2.024/99, quando a unanimidade dos ministros reconheceu que as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da CRFB/88 enumera, do que é exemplo a cláusula dos direitos e garantias individuais, “não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.²⁸⁷

Esse pronunciamento reflete com nitidez o predomínio do viés substancial no órgão mais alto do aparato judiciário brasileiro. Porquanto seja difícil criticar a superioridade dessa tese, é preciso reconhecer que nem todos os juízes que concordam com ela visualizam-na da mesma forma. As teses interpretativas antes classificadas como intermediárias ou mistas explicitam esse tipo de desentendimento. De fato, embora os juízes pareçam endossar a afirmação de que o *telos* da norma constitucional que proclama as cláusulas pétreas “destina-se a preservar [...] o núcleo essencial do sistema democrático-constitucional vigente no Brasil” (Ministro Celso de Mello, ADIn 939/93, p. 296), eles divergem sobre qual a melhor forma de alcançar esse núcleo essencial. Os distintos caminhos apresentados podem ser resumidos em três propostas: integridade da Constituição, história e topografia do texto. O método da integridade é aquele professado pela visão mais radical da tese substancial. Em razão disso, sua avaliação será feita por último. Por enquanto, as duas teses moderadas serão o objeto em foco, haja vista estarem ainda impregnadas de alguns resquícios formalistas.

Atente-se de imediato para a tese baseada na topografia do texto constitucional. De acordo com ela, os direitos e garantias individuais intangíveis à mão do

²⁸⁷ Participaram do julgamento da ADInMC 2.024-2/DF, em 27.10.1999, os Ministros Sepúlveda Pertence (relator), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Estiveram ausentes os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello.

legislador reformador são aqueles que constam dos incisos do artigo 5º da Constituição de 1988, ou seja, são aqueles que fazem parte do que se convencionou chamar catálogo de direitos. Como mencionado, essa tese está amparada num argumento substancial. Para ela, as cláusulas pétreas são apenas aquelas que se referem aos princípios fundamentais do regime. Porém, em face da diversidade de entendimentos a respeito de quais sejam esses princípios fundamentais, nada melhor, segundo os que perfilham essa tese, do que buscar uma visão que tenha o aval do constituinte. Se o constituinte identificou um determinado catálogo de direitos e garantias fundamentais, os direitos inseridos nesse catálogo é que devem ser abrangidos pela cláusula pétrea. O problema, novamente, é a mera aparência de neutralidade desse critério topográfico.

Se o que se busca são os princípios fundamentais do regime, certamente existe a possibilidade de que alguns desses princípios condizentes com os direitos e as garantias individuais não se encontrem expressos no interior do catálogo constitucional de direitos. Da mesma maneira, é muito provável que algumas prerrogativas inseridas explicitamente nesse catálogo não possam ser qualificadas, como um mínimo de plausibilidade, como princípios fundamentais do regime. Nesse sentido, é salutar a seguinte ponderação do Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] assim, creio, não haveria discussões nesta Casa sobre ser o direito à vida conteúdo da cláusula intangível. Já teria muitas dúvidas, embora inserido no art. 5º, se daria esta estatura ao inciso XXXI, relativo à sucessão de bens de estrangeiros, situados no país, que “*será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus*”, segundo essa mera regra de Direito Internacional Privado, que não se sabe como surgiu e se vêm repetindo nas Constituições, nos textos mais nobres das sucessivas constituições brasileiras. (ADInMC 1.497 /96, p. 107, grifo no original)

Existe ainda uma segunda crítica a essa tese que revela o desprestígio de sua face formalista. É bastante duvidoso que o catálogo constitucional de direitos seja restringido aos setenta e sete incisos originariamente inscritos no art. 5º. Isto se deve a, no mínimo, dois motivos. Primeiro, o art. 5º ocupa inteiramente o Capítulo I, intitulado “*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*”, do Título II, nomeado “*Dos direitos e garantias fundamentais*” (art. 5º a 17), da Constituição de 1988. Portanto, o relevo do texto não é de forma alguma conclusivo acerca da amplitude do catálogo constitucional dos direitos. Resume-se ele ao art. 5º, abarcando somente “*os direitos e deveres individuais e coletivos*”? Ou ele abrange todo o Título II da Carta (art. 5º a 17), incluindo todos “*os direitos e garantias fundamentais*”? Segundo, a pista mais importante que o texto de 1988 dá a esse respeito vem consagrada no § 2º do art. 5º, que, indiscutivelmente, é o principal enunciado pelo qual o constituinte tentou

definir a abrangência dos direitos constitucionais. Este, porém, ao declarar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, amplia as incertezas ao invés de saná-las. Se o próprio texto admite a existência de direitos que não estão enumerados por ele, como limitar esses direitos e essas garantias aos expressamente previstos no art. 5º? Isso significa que a melhor descrição topográfica do texto constitucional está sujeita a divergências razoáveis, as quais nenhum artifício estritamente formal é capaz de resolver.

Não causa espanto, por isso, que a tese topográfica tenha tido tão fraca acolhida no Supremo Tribunal Federal, tendo sido rechaçada já no julgamento da medida cautelar na ADIn 939/93, oportunidade em que apenas o Ministro Octavio Gallotti e o Ministro Moreira Alves pronunciaram-se a seu favor.²⁸⁸ Que se saiba, após esse julgamento, a tese só veio a angariar a adesão do Ministro Maurício Corrêa, numa manifestação isolada, efetuada no julgamento da medida cautelar da ADIn 1.497/96.²⁸⁹ Tal itinerário trágico é mais uma comprovação da incoerência que marca essa tese, que, pelo visto, ao tentar conciliar as perspectivas formal e substancial, acabou por desagradar ambas.

4.3.3 Tese mista (2): a história

A abordagem histórica, sugerida pelo Ministro Brossard, parece ter tido melhor sorte do que o enfoque topográfico. Com ela já compactuaram, mesmo que apenas parcialmente, vários outros membros do Tribunal. Ainda no julgamento da liminar na ADIn 939/93, o Ministro Néri da Silveira mostrou simpatia à tese ao defender o caráter pétreo do princípio da anterioridade:

Não vejo, destarte, haja a Constituição de 1988, em seu art. 150, III, letra “b”, desnaturado o princípio da anterioridade, como garantia do contribuinte e, assim, como garantia individual, tal qual sucedia nos regimes constitucionais anteriores, desde 1946. Nem se justificaria entendimento diverso, após mais de quarenta anos

²⁸⁸ Em seu voto, o Ministro Moreira Alves afirmou ter “sérias dúvidas a respeito do alcance das denominadas ‘cláusulas pétreas’ a que se refere o § 4º do artigo 60 da Constituição. Principalmente no tocante à cláusula pétreia concernente aos direitos e garantias individuais, se se considerarem como tais não só os constantes nos setenta e sete incisos do artigo 5º” (ADInMC 939/93, p.2032). Ele, porém, como já referido, não foi além disso. Isentando-se de se manifestar a favor, ou contra, o caráter pétreo do princípio da anterioridade, Moreira Alves preferiu fundar sua opinião dissidente no argumento de que a emenda em questão não tendia a abolir dito princípio.

²⁸⁹ “Para precisar exatamente o que seria a perpetuidade dos direitos e garantias fundamentais de que trata o Título II da Constituição, a ponto de não se admitir qualquer ingerência do poder constituinte derivado, embora pare uma nuvem cinzenta sobre essa temática, entendo que a imutabilidade reside na avaliação estrita do art. 5º e seus incisos da Carta de 1988.” (Ministro Maurício Corrêa, ADInMC 1.497/96, p. 79)

de consagração do princípio entre os direitos e garantias individuais, à vista do espírito da Constituição de 1988, que se informa por preocupação de preservar os valores do Estado Democrático de Direito, registrando-se, ainda, no § 2º de seu art. 5º, que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. (ADInMC 939/93, p. 2028)

Depois disso, no julgamento da medida cautelar na ADIn 1.497 – DF, em 09.10.1996, o Ministro Carlos Velloso deu passos muito similares ao qualificar o princípio da anterioridade como cláusula pétrea, por força do art. 60, § 4º, IV, “dado que esse princípio tem conotação histórica, vem desde a Magna Carta de 1215, refletindo um ‘fundamentalmente importante valor social’”(ADInMC 1.497/96, p. 59). E, recentemente, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello também tiveram oportunidade de ressaltar a importância da história na compreensão das cláusulas imodificáveis da Constituição brasileira. Com efeito, no julgamento da ADIn 3.105-8/DF, em 18.08.2004, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou que tais cláusulas devem impedir “não só a supressão da ordem constitucional, mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica” (ADIn 3.105/04, p. 296). Ainda no mesmo julgamento, o Ministro Celso de Mello procedeu à consideração semelhante, exposta com as seguintes palavras:

O significado transcendente das cláusulas vocacionadas a preservar a identidade político-jurídica do Estatuto Constitucional, como aquelas inscritas no art. 60, § 4º da vigente Carta Política, resulta da necessidade de proteção a certos valores fundamentais, cujo processo de positivação resultou de longo itinerário histórico, motivado pela necessidade permanente de ampará-los contra o arbítrio do poder [...]. (ADIn 3.105/04, p. 400)

Essas observações efetivamente atestam a influência que o uso da história como critério interpretativo tem tido sobre a jurisprudência constitucional. Não obstante, parece que a informação mais reveladora acerca da pertinência da história para a boa compreensão da cláusula dos direitos e das garantias individuais reside mesmo na ADIn 939/93. Conforme relatado, na ocasião do julgamento da medida cautelar requerida pelos autores daquela ação, em 15.09.1993, os Ministros Paulo Brossard e Néri da Silveira afirmaram enxergar na história do constitucionalismo brasileiro uma base suficiente para sustentar o caráter pétreo do princípio da anterioridade tributária. Entretanto, quando do julgamento final da ADIn 939, em 15.12.1993, o Ministro Sepúlveda Pertence, que estava ausente na apreciação da liminar, desafiou a interpretação histórica realizada pelos seus pares, nos termos a seguir transcritos:

Com todas as vênias da maioria que se formou pela concessão da liminar, diria que a grandeza atribuída à regra da anterioridade, no contexto da Constituição vigente, é fruto mais que de uma interpretação retrospectiva [...] de uma interpretação nostálgica: o que se quer, à força, é ver na anterioridade o velho princípio da anualidade, da exigência da prévia autorização orçamentária anual para cobrança de

cada imposto, que, esse sim – não é preciso repetir a História a partir de João Sem Terra –, teve uma carga histórica e política de grande relevo. Mas a verdade é que a dinâmica da administração financeira do contemporâneo Estado intervencionista a superou, mal ou bem, no constitucionalismo brasileiro. (ADIn 939/93, p. 253-254)

Num primeiro exame, pode parecer que este argumento, ao denunciar o caráter nostálgico da interpretação pugnada pela maioria da Corte, teve por fim questionar frontalmente o próprio uso da história na interpretação constitucional. Todavia, o objetivo do Ministro Pertence era mais sutil. Isso ele deixou claro, algum tempo depois, ao explicar as razões por que dissentiu da opinião majoritária do Tribunal, na ADIn 939/93, que considerou o princípio da anterioridade coberto pela cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais. Disse ele:

Entendi aí exagerada a hierarquia dada a um princípio que, dos sete impostos federais, só cobre três, pois, com relação a quatro, a própria Constituição já os excluiu de sua proteção. E, por outro lado, a regra da anterioridade, fora perdendo seu significado histórico, que era o velho princípio da anualidade da autorização orçamentária, reclamada de há muito, a cada ano, para que um imposto fosse cobrado. Que fosse a cobrança objeto de uma autorização específica do Parlamento, foi um grande instrumento político dos parlamentos, a partir do sistema feudal, da relação entre os reis e os senhores feudais, que haviam de reunir-se periodicamente, para autorizar a cada ano a cobrança de um novo imposto. Não vou me meter em outras águas profundas mas apenas recordar como esse princípio foi sendo diluído na evolução do constitucionalismo tributário brasileiro, a ponto de ser hoje absolutamente normal que os funcionários da Imprensa Nacional percam a antevéspera do reveillon, para publicar, no dia 31 de dezembro, inovações de tributos a serem cobrados a partir de 1º de janeiro. Por tudo isso, transformar esta garantia num dos pilares do sistema de garantias da constituição me pareceu exagerado. (SEPÚLVEDA PERTENCE, 2001, p. 40-41)

Nesse texto, publicado alguns anos após o julgamento da ADIn 939/93, o Ministro Pertence descreveu seu argumento enfatizando que o princípio da anterioridade, de grande importância nas origens do constitucionalismo ocidental, “foi sendo diluído na evolução do constitucionalismo tributário brasileiro”. Esta, aliás, não é uma impressão solitária. Num estudo mais detalhado sobre a origem e a evolução dos princípios da anualidade e da anterioridade tributárias no Direito Constitucional brasileiro, publicado em 1995, estudo que, ademais, é uma crítica contundente à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 939/93, Flávio Bauer Novelli sustentou que, na dilatada experiência constitucional brasileira, a qual beira os dois séculos, a regra da anterioridade “somente exsurge (e, a bem dizer, com sentido adverso ao interesse do contribuinte: enquanto restrição à anualidade) a escassos 30 anos” (NOVELLI, 1995, p. 71). Curiosamente, inclusive, esse princípio, segundo o autor, não surgiu por disposição expressa do texto constitucional, mas sim mediante construção interpretativa do Supremo Tribunal Federal. Construção esta que, também na opinião do citado estudioso, funcionou como uma verdadeira derrogação do princípio mais

protetivo da anualidade, estabelecido no texto da Constituição de 1946 (art. 141, § 34),²⁹⁰ impondo-se a anterioridade pela jurisprudência dos tribunais “no intento mais que óbvio, não de garantir, mediante nova salvaguarda, o direito do contribuinte, mas, ao revés, de abrir, em desfavor desse, uma exceção permanente, uma fissura irreparável no corpo da garantia mais ampla, a da anualidade tributária” (NOVELLI, 1995, p. 68).

O peculiar valor das aludidas considerações do Ministro Pertence, corroboradas pela análise de Flávio Bauer Novelli, está em revelar que a história não é uma simples investigação retrospectiva sobre fatos. A memória histórica é complexa e divergente. Onde os Ministros Paulo Brossard, Néri da Silveira e Carlos Velloso vislumbraram a formação de “uma espécie de patrimônio cultural com o qual a nação se identifica”, uma “consagração de mais de quarenta anos”, e um “fundamentalmente importante valor social”, o Ministro Sepúlveda Pertence enxergou uma tendência crescente ao esvaziamento, cujo ápice veio com a edição da Constituição de 1988, a qual pareceu conferir ao princípio da anterioridade um ar de exceção ao invés de regra. O que é mais interessante, toda esta divergência se deu sem que houvesse qualquer discordância de monta a respeito dos fatos históricos citados. Em verdade, ninguém questionou a recondução do princípio da anualidade à Magna Carta de 1215, nem a sua consagração pela Constituição brasileira de 1946, nem, tampouco, o conteúdo da interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu aos princípios da anualidade e da anterioridade durante a vigência daquele texto constitucional, e muito menos o teor dos posteriores dispositivos constitucionais que trataram do tema. Mesmo assim, os diferentes intérpretes alcançaram conclusões nitidamente antagônicas, ou seja, as duas correntes ofereceram análises históricas razoáveis, porém, incompatíveis.

Isso mostra que nenhuma tentativa de reconstruir acontecimentos e entendimentos do passado pode reclamar o predicado da univocidade. Como saber, mediante a reconstrução histórica, se, no curso dos anos, a nação construiu um patrimônio cultural comum no qual a garantia da anterioridade tributária aparece como um valor fundamentalmente importante, e não como um valor subalterno crescentemente desprezado? O fato é que, embora discordem radicalmente, ambas as leituras históricas apresentadas

²⁹⁰ O art. 141, § 34, da Constituição de 1946, estabelecia, entre outras coisas, que “nenhum tributo será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra”. Na vigência desse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, mitigando os aparentes rigores da norma constitucional, assentou o entendimento de que “é legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro” (Súmula 66, 13.12.1963); juntamente com a compreensão de que “é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro” (Súmula 67, 13.12.1963). Ou seja, onde muitos viam o princípio da anualidade o Supremo identificou o princípio da anterioridade.

mostram-se competentes. Isso porque os fatos históricos por si só não solucionam as dúvidas que eles mesmos colocam. A história oferece orientações ambivalentes. Por isso, o uso que os juízes fazem dos fatos históricos é sempre seletivo. Ele inevitavelmente coloca algumas recordações no centro, aos olhos de todos, e lança outras, potencialmente relevantes, para as margens, onde elas não podem ser vistas. É preciso aceitar, portanto, que as tradições históricas são amplamente manipuláveis, e reconhecer que toda a história é sumária, que “as lentes da câmera histórica, ao focalizarem um evento, necessariamente lançam névoas sobre outros”²⁹¹ (TRIBE; DORF, 1991, p. 99). Ao fim e ao cabo, qualquer opção por alguma certa tradição histórica tem muito mais a ver com os juízos políticos e morais do intérprete do que com a seqüência de ocorrências históricas consideradas.

Além disso, não se pode esquecer que o próprio uso da história para solucionar questões normativas é contestável. Muitos Estados hoje chamados de democracias constitucionais – o Brasil não é exceção neste ponto – têm inegáveis tradições institucionais de discriminação em razão de renda, raça, gênero e orientação política. Isto, todavia, não autoriza nenhum intérprete a dar aos dispositivos da Constituição de 1988 sentido abertamente discriminatório ou preconceituoso. Nesses casos, a tradição histórica é exatamente aquilo que se quer romper, e a identidade da nação é algo que se quer redefinir. Em tais hipóteses, o uso da história, se servir para alguma coisa, é para indicar aquilo que não deve ser repetido. Como decidir, nesse contexto, quando a referência histórica é adequada e quando não é?

É forçoso, assim, concordar com uma avaliação cética sobre o uso da história na interpretação constitucional. E aceitar que a história, como lecionam Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf (1991, p. 100), fornece orientações ambíguas, seja porque as tradições históricas podem ser indeterminadas, seja porque, mesmo quando se descobre uma clara tradição histórica, não é de modo algum óbvio o que a existência dessa tradição conta ao intérprete acerca do significado da Constituição. Por essas razões, o uso da história não é uma alternativa ao julgamento valorativo do intérprete. É, quando muito, um complemento desse julgamento. A referência histórica pode auxiliar o juiz a argüir que a sua concepção de princípio moral não é idiossincrática, não é uma mera opinião pessoal, mas é algo que pode ser plausivelmente apresentado como uma compreensão de todo o povo (EISGRUBER, 2001, p. 167). Com o apelo à história, os juízes podem, por exemplo, adicionar um selo popular a

²⁹¹ “*The lens of historical camera, in focusing on one event, necessarily blurs others*”. (TRIBE; DORF, 1991, p.99)

decisões impopulares. Em qualquer situação, no entanto, “a história contribuirá para a jurisprudência constitucional como serva, não como rival, da justiça”²⁹² (EISGRUBER, 2001, p. 127). Seu papel é servir como um ingrediente no processo complexo por meio do qual os juízes refletem em torno de convicções sobre a justiça e os direitos, com vistas em construir uma narrativa coerente acerca da identidade política do povo e da sua Constituição.

A tese substancial deixa de ser, em face das considerações tecidas, uma simples candidata ao estatuto de melhor teoria da interpretação da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais da Carta da República. Ela é, de fato, a única alternativa. Nessa matéria, não há critério formal apto a substituir o raciocínio moral do intérprete. O que está em jogo, por conseguinte, quando os juízes divergem sobre o conteúdo dessa cláusula, são concepções dissidentes de moralidade política, controvérsias profundas envolvendo visões antagônicas sobre a justiça e os direitos. Sendo assim, a resolução de dúvidas sobre o significado daquela cláusula, sobre aquilo que está ou não coberto por seu manto protetor, depende de que o intérprete se envolva num processo de argumentação moral. Os juízes devem tratar essa cláusula como um enunciado de princípios morais abstratos e precisam, por isso, exercer o julgamento moral para decidir o que elas realmente exigem. Não existe outra maneira de eles interpretarem fielmente aquilo que os constituintes lhes puseram nas mãos. As tentativas de resolver tais problemas com recurso exclusivo – ou prioritário – ao texto, à topografia da Constituição, ou à história, não passam, geralmente, de artifícios retóricos para se defender conclusões razoáveis com base em argumentos pobres ou desonestos.

4.3.4 Tese mista (3): o conteúdo essencial dos direitos

No cenário traçado, parece incontestável a afirmação segundo a qual, na demarcação do conteúdo protegido pela cláusula que proíbe a deliberação, pelo poder de reforma constitucional, sobre propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, “o intérprete não pode fugir a uma carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos e garantias nela inseridos” (Ministro Sepúlveda Pertence, ADIn 939/93, p. 253). A experiência do Supremo Tribunal Federal revela, contudo, que esse inevitável juízo de valor pode ser implementado de duas maneiras. Mesmo partindo de idêntica suposição: a idéia de que as limitações materiais de reforma expressamente estabelecidas na Lei fundamental “não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição

²⁹² “*History will [...] contribute to constitutional jurisprudence as servant, not rival, to justice*”. (EISGRUBER, 2001, p.127)

originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (Ministro Sepúlveda Pertence, MS 23.047/98, p. 2556); os juízes têm adotado técnicas distintas para resguardar esse núcleo essencial.

Para alguns, como o Ministro Carlos Velloso, tal proteção impõe ao intérprete a necessidade de reconhecer que os direitos e garantias individuais, referidos no art. 60, § 4º, IV, da Constituição, “não são qualquer direito [...] mas direitos fundamentais, direitos humanos” (ADInMC 1.497/96, p. 65). O papel do intérprete que busca compreender essa norma constitucional é, portanto, olhar para o texto constitucional – seus princípios, fundamentos, objetivos e enunciados básicos – e, utilizando-se de padrões morais, definir quais os direitos fundamentais materiais e quais os direitos fundamentais formais, ou seja, fazer uma distinção entre “aqueles direitos que se alçam a uma categoria superior e direitos fundamentais que seriam secundários” (Ministro Carlos Velloso, ADInMC 1.497/96, p.73). Essa abordagem permitiu a Velloso dizer, por exemplo, que a regra da não-cumulatividade de tributos (art. 154, I, CRFB/88) não pode ser incluída entre os direitos fundamentais protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV (ADInMC 1.497/96, p. 74). Sem que, para isso, fosse necessário negar categoricamente que a não-cumulatividade é uma garantia constitucional do contribuinte. Pois, segundo esse raciocínio, embora a não-cumulatividade assegure uma situação subjetiva de vantagem para o indivíduo em relação ao Estado, essa posição não é de tal modo importante para caracterizar um direito fundamental protegido pela cláusula dos direitos e das garantias.

De acordo com esse enfoque, a proteção do núcleo essencial de princípios da Constituição faz-se pela identificação de quais sejam esses princípios e pela manutenção da sua intangibilidade. Uma segunda proposta, todavia, contesta essa técnica. Ela questiona, como já teve oportunidade de fazer o Ministro Moreira Alves (ADInMC 1.497/96, p. 102), o apelo a cogitações que visam distinguir alguns direitos como mais fundamentais que outros. Essa discussão, no entender dos críticos, conduz, “primeiro, a um perigo: o de se admitir que nem todos os direitos fundamentais sejam realmente fundamentais; e em segundo lugar, leva também à possibilidade de arbítrio, ou seja, de, num caso, achar-se que um direito é mais – ou menos – fundamental que outro” (Ministro Moreira Alves, ADInMC 1.497/96, p. 102).

Esses problemas estimulam o crítico a elaborar uma outra técnica de proteção do núcleo essencial dos princípios constitucionais. Em lugar de distinguir direitos mais ou menos fundamentais, ele distingue intervenções nucleares de intervenções periféricas. Ele diferencia entre a tendência à abolição de um determinado direito e a sua mera afetação. E

examina o caso concreto com a intenção, aparentemente menos ambiciosa, de ver se a restrição apontada extrapolou as barreiras à intervenção legítima. A pergunta que se suscita é se essa segunda técnica é verdadeiramente capaz de remediar os problemas que ela aponta em sua concorrente.

Inicie-se pela objeção apresentada pelos críticos em segundo lugar. Seria a tese alternativa capaz de evitar a possibilidade de definir-se arbitrariamente, num caso concreto, diferenças envolvendo a fundamentalidade ou importância dos direitos constitucionais? Em princípio, sim. Essa estratégia permite abrir mão da discussão da qualidade dos direitos. Em lugar disso, ela direciona a análise para o grau, se admissível ou não, da intervenção sobre cada direito. Volta-se, assim, primordialmente, a identificar se uma determinada mudança atingiu apenas a periferia de um direito, os seus componentes acidentais, ou, então, se ela violou o conteúdo essencial desse direito. Logo, ela torna impertinente o debate sobre se um determinado direito é realmente fundamental.

Um juiz pode, baseando-se nessa orientação, declarar, por exemplo, a constitucionalidade de uma pretensa violação, perpetrada por uma emenda, da regra tributária da não-cumulatividade e, paralelamente, fazer vistas grossas à questão sobre se essa garantia do contribuinte é um direito suficientemente importante para estar abrangido pela cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais. Basta que ele diga que a restrição imposta pela emenda à área *prima facie* protegida pela garantia da não-cumulatividade, não foi o bastante para ofender aquilo que constitui a própria essência dessa garantia. A alteração constitucional não atenuou, de forma significativa, a proteção oferecida pela garantia. A reforma não aniquilou seus fundamentos, não atingiu os elementos ou componentes inseparáveis e verdadeiramente inerentes ao princípio da não-cumulatividade. Exatamente isso foi feito pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da medida liminar na ADIn 1.497/96:

[...] ainda que se considere que o contribuinte [...] tem o direito fundamental de não ver criado novo tributo, seja ele imposto, seja ele contribuição de caráter social, violando o princípio da não-cumulatividade, não me parece que, neste caso, tratando-se de contribuição provisória única, haja, tendência a se abolir este princípio por ser excluído provisoriamente de uma contribuição singela. (ADInMC 1.497/96, p. 102)

Ocorre, porém, que um adepto dessa corrente não terá a mesma facilidade para responder às objeções que lhe forem endereçadas no sentido de que essa restrição, aparentemente periférica, em verdade, atinge a essência da garantia molestada. Críticas que argüissem, por exemplo, que a garantia da não-cumulatividade é como a garantia que veda a ampliação das hipóteses de aplicação da pena de morte; de tal forma, que a mínima restrição,

fora das hipóteses originalmente previstas no texto constitucional, é insuportável. Surpreendido por indagações desse teor, um juiz que tenha esboçado posição análoga a do Ministro Moreira Alves terá apenas duas alternativas. A primeira é negar a seriedade da crítica. Esse comportamento permitiria a ele desqualificar a objeção e afirmar, dogmáticamente, sem maiores explicações, que tal crítica é errada. A segunda opção é tentar oferecer argumentos para convencer o crítico de que a sua visão é indefensável.

A primeira alternativa não está disponível para nenhum juiz que aceite a obrigação de fundamentar suas decisões. Alguém que se vê obrigado a basear suas decisões em razões, e não na força ou na vontade pessoal, não tem essa porta normalmente aberta para si. Resta, por isso, apenas a segunda alternativa. Ela, no entanto, tem por pressuposto que o juiz terá a intenção de apresentar distinções relevantes entre a garantia da não-cumulatividade e a garantia que proíbe a ampliação da pena de morte. Em algum momento, ele terá que dizer que a cobrança provisória de um tributo cumulativo é menos grave do que a permissão temporária da aplicação da pena de morte fora dos casos autorizados pela Constituição originária. Conseqüentemente, ele se verá constrangido a admitir que a garantia da não-cumulatividade não tem o mesmo grau ou importância da garantia que veda a ampliação da pena de morte.

Tem-se, em virtude do exposto, que a diferença entre a estratégia de avaliação da qualidade dos direitos e a estratégia de avaliação da qualidade da intervenção sobre os direitos é meramente retórica. Os julgamentos envolvidos são da mesma ordem. Tanto uma quanto a outra demandam do juiz a aferição daquilo que é mais fundamental e daquilo que é menos fundamental. Na essência, os dois métodos são iguais. Decorre daí que a técnica que mede os graus de intervenção está sujeita aos mesmos juízos arbitrários que a técnica que avalia a fundamentalidade dos direitos. Logo, a primeira não está apta a superar o problema que aponta na segunda.

Seja como for, o intérprete preocupado com a compreensão da cláusula dos direitos e garantias individuais persiste com a incumbência de demarcar os princípios fundamentais do regime, de singularizar os tópicos de identificação da Constituição, de delimitar o “núcleo essencial consubstanciador das decisões políticas fundamentais subjacentes ao estatuto constitucional” (Ministro Celso de Mello, ADIn 3.105/04, p. 398). E, não obstante, à medida que esses princípios merecedores de proteção parecem despidos de conteúdo específico, não encontra nenhum critério estritamente formal capaz de aliviar suas incertezas.

Ao tomar ciência desse quadro, o juiz que pretende se manter fiel à Constituição exibirá, provavelmente, um certo tom de perplexidade. De um lado, ele se sente motivado a concordar inteiramente com o Ministro Celso de Mello, quando este leciona que:

[...] a razão subjacente às cláusulas pétreas **traduz** a necessidade de preservar, de modo especial, a permanente **intangibilidade** dos valores, que, erigidos à condição de elementos determinantes da própria identidade constitucional, **merecem**, por isso mesmo, a **qualificada** proteção que lhes deu a Constituição, **sob pena** de a transgressão a esse sistema de valores **romper** a própria unidade da Constituição, **degradá-la** em sua irrecusável supremacia, **atingir-lhe** a coerência interna e, assim, **comprometer** a integridade do núcleo axiológico **que anima e dá significação material** à Lei Fundamental, **convertendo-a**, arbitrariamente, em um instrumento normativo **incapaz** de manter-se fiel aos compromissos **que justificaram**, em determinado momento histórico, a sua soberana formulação por uma Assembléia Constituinte **investida** de poderes originários. (ADIn 3.105/04, p. 401, grifo no original)

Apesar disso, esse juiz desconfia radicalmente de qualquer fórmula abstrata que se proponha a delimitar os precisos contornos dos princípios ou valores que conferem identidade ao texto constitucional. Ao mesmo tempo em que se dá conta da indispensabilidade do apelo a julgamentos morais na definição desses conteúdos, ele percebe o risco de arbítrio e de excesso de subjetividade presente nesses julgamentos.

Embora tenha adquirido a sólida convicção de que o propósito das cláusulas de eternidade é impedir que, “a pretexto de alterar, mude-se a Constituição derruindo os seus elementos de identificação” (Ministro Sepúlveda Pertence, ADInMC 1.497/96, p. 109), o juiz nota que isso é insuficiente para guiá-lo na aplicação do imperativo constitucional. A honestidade, conjugada com a sensibilidade à existência de visões a um só tempo conflitantes e razoáveis em matéria de justiça e direitos, levam-no, então, a confessar a incapacidade de estabelecer “critérios abstratos para distinguir o que [...] nas muitas situações subjetivas favoráveis ao cidadão, estabelecidas pela Constituição, se deve ou não compreender, ou entender compreendido na cláusula de imutabilidade” (Ministro Sepúlveda Pertence, ADInMC 1.497/96, p. 106).

Nada disso, entretanto, conduz o julgador à conclusão inexorável de que não há padrões minimamente objetivos a regerem a interpretação da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais. Tal cláusula, sem dúvida, não é um espelho em que cada um enxerga a si próprio. Aliás, o problema vislumbrado não difere daquele encontrado sempre que um texto legal serve-se de expressões abstratas de acentuado teor político ou moral. Por isso, não é exagero descrever a questão nos termos usados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (ADInMC 1.497/96, p. 106): “Como em tantos outros problemas jurídicos, é fácil distinguir nos pontos extremos o que é, ou o que não é, direito ou garantia individual, [...] mas há uma zona

cinzenta, onde as fronteiras já não são tão claras”. Ou, então, utilizar-se da exposição feita pelo Ministro Gilmar Mendes, quando, em voto proferido na apreciação da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33-5/PA (Rel. Ministro Gilmar Mendes, 29.10.2003), asseverou que “o efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico”.

4.3.5 Tese substancial: a integridade da constituição

Resta saber no que consiste o “esforço hermenêutico” que pode ajudar o intérprete a aclarar a zona cinzenta que cerca o sentido da cláusula dos direitos e garantias individuais. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes (ADPF 33-5/PA – MC, 29.10.2003), tal esclarecimento pode ser obtido pelo “estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência”, de tal modo, que a identificação dos direitos e garantias individuais “não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional”, fazendo-se mister que os limites materiais de revisão “operem como verdadeiros ‘limites textuais implícitos’”.

Essas coordenadas parecem consistentes com a idéia assentada, de que as cláusulas pétreas se ocupam do resguardo “dos princípios e valores imanentes à própria positividade do ordenamento constitucional que servem de base à identidade do sistema plantado pelo constituinte originário” (Ministro Néri da Silveira, ADInMC 1.420-0/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, 17.05.1996, p. 102-103). Sem embargo, não parece óbvio saber como o exame sistemático das disposições constitucionais pode revelar com precisão o conteúdo, à primeira vista indeterminado, dos direitos e das garantias individuais. Já ficou consignado que o simples apelo ao texto não soluciona dúvidas interpretativas que versam sobre princípios que o próprio texto consagrou em termos abstratos e carregados de significação moral. A despeito disso, a combinação das visões do Ministro Gilmar Mendes com as considerações, acima transcritas, dos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, parece oferecer um modelo interpretativo atraente para a cláusula em comento.

Com efeito, o Ministro Celso de Mello observou que a identidade da ordem constitucional é violada quando a “unidade da Constituição” é rompida, a sua “coerência interna” é atingida, comprometendo-se, assim, “a integridade do núcleo axiológico que anima e dá significação material à Lei Fundamental”. Fica evidente que os termos unidade, coerência e integridade não se referem à pluralidade de preceitos específicos do texto

constitucional. Eles tratam de um núcleo axiológico que anima e dá significação material à Constituição. Esse núcleo reflete, segundo o Ministro Celso de Mello, os compromissos que justificaram a formulação da Carta Política no momento histórico da sua edição. Ou seja, não se trata simplesmente de descrever as decisões do constituinte, é preciso identificar os princípios que serviram de base para justificar essas decisões. A manutenção da integridade da Constituição exige, por conseguinte, que se olhe para a Carta como se ela fosse a obra de um único autor, agindo com o propósito de expressar uma visão moral e política coerente.

Isto significa que, quando o próprio constituinte deixa expressa a sua preocupação especial com os direitos e garantias individuais, definindo-os como limites às reformas constitucionais, é preciso, na medida do possível, ler o sistema de direitos constitucionais como a expressão de uma concepção coerente de justiça. É certo que o texto constitucional, por si só, não esclarece que concepção seja essa. Em geral, diferentes concepções parecem se ajustar de modo semelhante à seqüência de enunciados lingüísticos que compõem o corpo da Constituição. Todavia, existem determinados direitos que indiscutivelmente compõem o cerne da Carta. Na enfática colocação do Ministro Sepúlveda Pertence: “é fácil distinguir nos pontos extremos o que é, ou o que não é, direito ou garantia individual”. Ninguém coloca em dúvida, por exemplo, como certa vez ponderou o Ministro Marco Aurélio, que a propriedade e a exclusão da pena de morte são direitos individuais (ADIn 939/93, p. 259-260).

É aqui que entram em cena as lições do Ministro Gilmar Mendes. Um intérprete secundado pelas observações anteriores, ou seja, preocupado em construir o sistema de direitos constitucionais como a expressão coerente de uma concepção razoável de justiça, e, ao mesmo tempo, ciente de que existem casos paradigmáticos de identificação desses direitos, pode ter algo a extrair do “estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência”. Essa última recomendação vem a cimentar as duas anteriores. A primeira orientação interpretativa, definida pelo Ministro Celso de Mello, conclama o intérprete a construir um arranjo coerente de justificativas para as decisões constituintes. À medida que esse arranjo pretende justificar a formulação da Carta Política, ele deve identificar princípios suficientemente abstratos para encamparem da forma mais ampla possível os imperativos gravados no texto constitucional. Tais princípios devem permitir que a Constituição seja vista como uma unidade, um conjunto de decisões políticas harmônicas, não como um agregado de normas singulares e desconectadas. É dizer, esta coordenada inicial

ressalta a necessidade de identificação de princípios gerais, cujas concretizações específicas possam ser lidas nos diversos preceitos constitucionais.

A feição genérica desses princípios, entretanto, deixa o intérprete em apuros no momento de decidir quais de suas especificações podem ser alteradas pela ação reformadora e quais não podem. Por exemplo, o princípio da segurança jurídica seria significativamente afetado pela instituição, por meio da edição de uma emenda, de um único tributo, de caráter provisório, cuja cobrança pudesse ser realizada no mesmo exercício financeiro da edição da norma que o criou? O princípio da igualdade seria vulnerado por uma emenda constitucional que estabelecesse um teto máximo para o benefício previdenciário da licença à gestante? Haja vista que esse é um benefício concedido exclusivamente às mulheres, sua restrição seria uma desvantagem injustificável para o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, onerando-as arbitrariamente, e conferindo vantagens ilegítimas aos trabalhadores do sexo masculino?

Essas e outras perguntas similares não podem ser respondidas com base apenas em considerações abstratas. É aí que se encaixa a observação do Ministro Sepúlveda Pertence. Com efeito, ele iluminou o fato de que existem certas situações paradigmáticas, de alto grau de especificidade e detalhamento, em que não pairam grandes dúvidas acerca do que exigem os princípios abstratos que moldam a identidade da Constituição. Ninguém discute, por exemplo, que a proibição da candidatura de mulheres à Presidência da República seria uma afronta gritante ao princípio da igualdade. Da mesma forma, ninguém nega que uma autorização absoluta e incondicionada à edição de leis tributárias retroativas afetaria significativamente o princípio da segurança jurídica. Não obstante, o que não ficou claro nas considerações dos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence foi como relacionar os princípios abstratos e os juízos concretos.

O Ministro Gilmar Mendes propiciou o preenchimento desta lacuna ao enfatizar a necessidade de exame sistemático das disposições constitucionais. Para captar as conexões de sentido mediante as quais se entrelaçam os enunciados de diferentes graus de generalidade presentes no diploma constitucional, e, assim, enxergar a Constituição como um sistema único, é preciso visualizar os princípios abstratos unificadores dos diversos preceitos encontrados no texto. Logicamente, se esses princípios abstratos propõe-se a justificar e articular o próprio texto, eles não podem estar esgotados no texto. Eles transcendem o texto. Eles têm sua sede nas visões morais do intérprete. Todavia, esses princípios unificadores devem se submeter a alguns requisitos mínimos que permitam aferir se eles estão em sintonia

com a Constituição a qual o intérprete quer aplicar. Eles devem encontrar “um mínimo de recepção no texto constitucional” (CANOTILHO, 1999, p. 995) e nos significados que tradicionalmente vem sendo atribuídos a esse texto, mostrando-se como implícitos ou imanescentes a ele. Para que isto seja possível, a seu turno, é indispensável que esses princípios amoldem-se às exigências que são consensualmente tidas como requerimentos evidentes da Constituição. É necessário que esses princípios mostrem-se aptos a justificar os casos constitucionais paradigmáticos.²⁹³

Sendo assim, o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência nada mais é que o trânsito de idas e vindas entre princípios abstratos e juízos concretos. Desde um catálogo de posições subjetivas que a cláusula dos direitos e das garantias inequivocamente protege, o intérprete, enfocando, por vezes, direitos logicamente pressupostos para que aquelas posições façam sentido, e, por vezes, direitos instrumentalmente requeridos para que aquelas posições sejam desfrutadas, infere princípios unificadores abstratos e de um alto nível de generalidade. A reconstrução coerente desses princípios abstratos unificadores em sua interação com os casos paradigmáticos de aplicação é que indicará a solução das dúvidas interpretativas que vierem a surgir diante de casos constitucionais controvertidos.

O objetivo do intérprete da cláusula dos direitos e garantias individuais é, por conseguinte, identificar qualquer emenda cujo conteúdo seja incapaz de compor este todo coerente visto à sua melhor luz. Seu intento é barrar qualquer emenda que atente contra a integridade em termos de justiça política do sistema de direitos constitucionais, garantindo, desse modo, a continuidade da narrativa constitucional. Por essa razão é que soa convincente afirmar que as cláusulas de eternidade devem impedir “não só a supressão da ordem constitucional, mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica” (MENDES, 1997, p. 77).

Nesse viés, a referência ao elemento “identidade histórica” denota que a intenção da cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais é advertir que uma emenda não é uma simples mudança. É acenar aos poderes constituídos que o propósito das emendas ou é ajustar valores constitucionais básicos a circunstâncias políticas e sociais em

²⁹³ Nesse sentido, por exemplo, nenhuma formulação abstrata do princípio da igualdade que trate as mulheres como portadoras de um *status* menor de cidadania compatibiliza-se com o texto constitucional de 1988. Simplesmente, essa elaboração do princípio é incapaz de acobertar casos claros e consensuais nos quais a Constituição costuma ser vista como um obstáculo à discriminação, como ocorre na hipótese da vedação da candidatura de mulheres a certos cargos eletivos.

transformação, ou incorporar à Constituição um entendimento mais amplo e inclusivo desses valores (RAWLS, 2000, p. 289). Jamais, nessa perspectiva, é função das emendas cancelar iniciativas nitidamente contrárias, ou que impliquem um franco retrocesso, em relação a tais valores.

Obviamente, esses valores, ao mesmo tempo em que não são conclusivamente formulados pela Constituição, não podem ser aleatoriamente selecionados pelos intérpretes constitucionais. Se o texto não basta para elaborar e dar densidade aos valores constitucionais básicos, tampouco é lícito definir esses valores a partir das convicções morais exclusivamente pessoais do julgador. Deve-se, ao invés disso, apelar para valores políticos que se julgue fazerem parte do entendimento mais razoável daquilo que John Rawls chamou de “concepção pública de justiça”. Os valores com respeito aos quais o intérprete acredita de boa-fé que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem (RAWLS, 2000, p. 287).

A função dos juízes que aplicam a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais, é, por isso, de acordo com a tese da integridade da Constituição, procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer do sistema constitucional de direitos, usando, para tanto, seu conhecimento acerca daquilo que o texto, as práticas e as tradições constitucionais requerem. Sendo a melhor interpretação “aquela que melhor se articula com o corpo pertinente daqueles materiais constitucionais, e que se justifica nos termos da concepção pública de justiça” (RAWLS, 2000, p. 286).

Dentre todas as perspectivas avaliadas, a tese da integridade da Constituição é a única proposta que não resvala nas suas próprias premissas. Ela é a única abordagem acerca da interpretação da cláusula dos direitos e das garantias individuais que não esconde em si o gérmen do mal que pretende combater. Contudo, isto não significa, de jeito nenhum, que ela seja a palavra definitiva em sede de interpretação judicial dos direitos e das garantias individuais. Mesmo que ela seja, efetivamente, a única alternativa defensável entre as vistoriadas, ela não deve ser encarada para além das suas próprias capacidades. É imperioso notar que essa é uma teoria sobre a melhor forma de obtenção do significado da cláusula de eternidade. Não se trata, por isso, de uma teoria sobre quando, e em que medida, os juízes devem decidir questões condizentes com a aplicação dessa cláusula. Portanto, ela não esgota a discussão em torno de como os juízes constitucionais devem decidir casos envolvendo emendas potencialmente violadoras de direitos e garantias individuais. Ela não passa de uma

boa teoria da interpretação constitucional. Porém, como toda a teoria desse tipo, necessita ser complementada por uma teoria da decisão judicial constitucional.

4.4 Uma proposta dialógica e minimalista: em torno da ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.946/99

Do mesmo modo que, no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, deve-se distinguir a questão sobre o que a Constituição diz e a questão acerca de qual instituição detém autoridade final para decidir o que a Constituição diz (DWORKIN, 1997, p. 124), em sede de controle de constitucionalidade das emendas, deve-se separar a questão sobre o que a cláusula superconstitucional diz e a questão acerca de qual instituição detém autoridade final para definir o que a cláusula superconstitucional diz.

Essa seria uma consideração irrelevante caso houvesse uma suposição, pacífica e incontestável, de que o Judiciário é o mecanismo institucional melhor aparelhado para captar e expor, de maneira razoável, a concepção pública de justiça da qual depende a melhor interpretação das cláusulas constitucionais e superconstitucionais. Ocorre, contudo, que tal suposição é minada por ao menos três características do processo judicial: 1) a estreiteza dos canais de participação popular no processo judicial; 2) a estreiteza dos canais de informação disponíveis aos juízes; 3) a escassez de tempo disponível aos juízes para tomarem suas decisões.

Para uma concepção de justiça ganhar o predicado da publicidade é necessário que ela possa ser endossada por todos os cidadãos razoáveis e racionais. Logo, um ponto de vista público só pode ser elaborado levando-se em conta a perspectiva de cada cidadão. O que supõe, no mínimo, que todos os cidadãos sejam representados nas deliberações que visem identificar e articular concretamente os princípios públicos de justiça. Conseqüentemente, qualquer limitação em termos de participação num processo de decisão enfraquece a pretensão desse processo de falar em nome do público. Além disso, para que a aplicação concreta de princípios normativos mostre-se respeitável, é indispensável o conhecimento aprofundado das circunstâncias fáticas em que se almeja aplicá-los. O desconhecimento em relação aos fatos do caso pode significar o apelo a princípios inadequados e, portanto, a confecção de decisões equivocadas. Por fim, não há como esclarecer questões fáticas e testar convicções morais senão pela reflexão e pelo diálogo. É

dizer, quanto menos tempo for dedicado ao pensamento e à discussão, maior a possibilidade de cometer-se erros.

Se os juízes decidem em circunstâncias de escassez de participação, informação e tempo de deliberação, não há justificativa para tratar o Judiciário como porta-voz único, nem ao menos final, dos valores políticos básicos que exprimem uma concepção pública de justiça. É muito mais razoável tratar a integralidade do esquema político-institucional como responsável por refletir sobre questões essenciais de justiça. Nesse retrato alternativo, nenhum órgão estatal detém primazia sobre os demais. O processo de interpretação constitucional é visto como um diálogo em que todos os ramos do poder público cooperam entre si e com os cidadãos, de acordo com as suas peculiaridades institucionais, na busca da realização do projeto democrático de governo segundo razões de estima pública.

Nesse esquema, o papel dos juízes que fiscalizam a constitucionalidade dos atos normativos do Estado, é assegurar que a discussão política tome o rumo dos princípios e, com isso, não se converta numa mera disputa por poder e vantagem. Para bem desempenharem essa função, os juízes são convidados a proferir decisões minimalistas, decisões estreitas e superficiais, limitadas àquilo que for indispensável para a solução da causa. Mais do que isso, os juízes se vêem instados a não se manifestarem sobre certas matérias, mesmo quando não há divergência acerca de se tratarem de questões constitucionais. E, acima de tudo, os juízes são compelidos a não enxergarem seus pronunciamentos como decisões definitivas sobre o sentido da Constituição. Isto se deve, sobretudo, a dois motivos. Primeiro, porque os juízes devem ter consciência da falibilidade dos seus julgamentos. Segundo, porque eles devem compreender a si próprios como colaboradores num processo dialógico de interpretação constitucional, não como autoridades superiores em matéria de Constituição.

Essa estratégia dialógica e minimalista, combinada com a tese da integridade da Constituição, circunscreve o roteiro de ação do controle judicial de constitucionalidade das emendas constitucionais fundado na cláusula dos direitos e das garantias individuais. Em todos esses casos, a decisão proferida pelo órgão judicial será uma mescla de razões situadas nos dois âmbitos: o âmbito da leitura fiel do texto constitucional e o âmbito da função limitada dos juízes como intérpretes da cláusula superconstitucional.

A última observação conduz a análise de volta à crítica do Ministro Moreira Alves à tese substancial da interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88. Como já referido, ele formulou duas objeções a essa teoria. Uma delas advertia para o risco de julgamentos

arbitrários. A outra, para o perigo de se admitir que nem todos os direitos fundamentais sejam realmente fundamentais. Diante de tantas ameaças, o Ministro Moreira Alves pregava que cogitações em torno da fundamentalidade ou importância dos direitos constitucionais não fossem enfrentadas. E que, ao invés disso, o juiz se restringisse a averiguar a efetiva existência de uma afetação significativa do direito constitucional reclamado.

Essa recomendação, agora, pode ser encarada nos seus devidos méritos. Vista a sua melhor luz, ela não representa uma contestação à tese substancial. Representa, isto sim, uma orientação minimalista para os juízes constitucionais. Ela orienta os juízes a não se envolverem na análise aprofundada do significado dos direitos e garantias individuais quando a questão posta perante eles puder ser resolvida de maneira mais superficial. Se nem ao menos se constata uma afetação relevante do direito ou garantia constitucional pretensamente imantado pela cláusula de eternidade, é desnecessário e imprudente avançar maiores considerações sobre temas tão fundamentais e controvertidos como aquele que diz respeito à identificação de quais são, e quais não são, os verdadeiros direitos humanos.

Avaliada friamente, a proposta do Ministro Moreira Alves não é mais que o uso da velha regra de administração judicial ou, como prefere José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 840), “máxima pragmática de apreciação da constitucionalidade”, que reza que “a corte não antecipará uma questão constitucional, sem que haja necessidade de decidi-la”. O feito notável do Ministro foi, simplesmente, estender essa máxima à aplicação das cláusulas pétreas, redefinindo-a com o seguinte teor: “a corte não antecipará uma questão superconstitucional, sem que haja necessidade de decidi-la”. Logo, a força da sua tese está precisamente na sua raiz minimalista, no estímulo a que decisões controvertidas, porém desnecessárias, não sejam tomadas.

A abordagem minimalista é especialmente pertinente em sede de controle judicial de emendas. Não é por acaso que a jurisprudência constitucional é farta em comentários a respeito da cautela, discricção, contenção e circunspeção com que deve ser ajuizada a constitucionalidade das emendas. O motivo para tanto foi muito bem realçado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, já no julgamento da ADIn 939/93, quando ele descreveu a emenda constitucional como “a manifestação mais eminente dos poderes constituídos”. Isto significa que, dentro de um quadro de normalidade institucional, o processo de reforma é o último recurso de que o povo pode se valer para impor seus julgamentos contra a vontade daqueles que ocupam os órgãos do poder público. Ora, se os tribunais desempenharem uma influência incontida sobre as mudanças constitucionais, arrogando-se à condição de árbitros

últimos e definitivos dessas mudanças, eles estarão usurpando do povo a prerrogativa do autogoverno.

A definição do papel a ser desempenhado pelos tribunais na fiscalização das emendas não pode descuidar dessa advertência. Por isso, no âmbito do controle das reformas constitucionais, o Judiciário não pode reclamar para si uma posição similar àquela que ocupa no controle de constitucionalidade das leis. Os juízes devem ser ainda mais cautelosos, contidos e respeitadores das decisões do poder de reforma. É dizer, os juízes devem demonstrar ainda maior deferência em relação ao poder de emenda do que aos outros poderes e fazer uso de estratégias radicalmente minimalistas de decisão.

Diversamente do que ocorre no domínio do controle judicial de constitucionalidade das leis, tratando-se de emendas, não há qualquer hipótese que justifique uma reivindicação de supremacia da voz dos juízes. Nessa esfera, não existe matéria na qual os tribunais possam reclamar autoridade superior àquela detida pelo poder de reforma. O *status* dos juízes deve ser obrigatoriamente secundário e auxiliar.

A ação dos tribunais deve limitar-se, por conseqüência, a repudiar os casos de suspeição que recaem sobre o andamento do processo legislativo de emenda. Nessa perspectiva, a decisão judicial volta-se a uma finalidade específica. Seu objetivo não é declarar a incompatibilidade definitiva da emenda para com alguma cláusula constitucional intangível, é, sim, a realização, muito mais modesta, consistente em verificar se a emenda aprovada passou por um processo confiável de discussão política. Com esse propósito, o escrutínio judicial do conteúdo das emendas passa a ser sempre fundado em juízos provisórios, sujeitos a serem revistos. Em definitivo, só o que a invalidação de um ato do poder de emenda pode reprovar é a qualidade do processo de legislação do qual emanou esse ato. Nunca a substância da decisão política por ele formalizada.

É bom que se ressalve que nada disso significa que os juízes não possam declarar a inconstitucionalidade de uma emenda com base na suspeita, ou mesmo numa convicção mais forte, de que seu conteúdo viola direitos e garantias individuais. Em verdade, se a declaração da inconstitucionalidade será efetivamente a melhor estratégia para lidar com uma emenda fruto de um processo legislativo indigno, é algo que depende das circunstâncias concretas de edição dessa emenda. Apesar disso, pode-se afirmar que a questão principal da proposta avançada, como o exemplo da emenda que reduz a idade inicial da imputabilidade penal deixou claro, é, provavelmente, reconhecer que *todo o juízo de inconstitucionalidade é*

provisório e que o chamado “efeito vinculante” das declarações de inconstitucionalidade não atinge o poder de reforma constitucional.

Isso, como parece óbvio, não implica que os juízes possam desprezar a interpretação das cláusulas pétreas e a fiscalização das emendas. Eles têm um papel a cumprir, que pode ser inestimável em certas circunstâncias. Os tribunais podem provocar o poder de emenda a deliberar de forma mais aberta e cuidadosa sobre temas tão fundamentais como aqueles que envolvem a identidade da Constituição e o sentido dos direitos fundamentais. O controle judicial, por estar distanciado do processo de reforma, pode mostrar-se como um meio eficiente para remediar os defeitos que podem emergir no processo legislativo de emenda.

A estratégia consiste em visualizar os tribunais como parceiros – não como supervisores, nem como opositores – dos legisladores de revisão. Um tribunal pode agir assim quando, ao invés de fornecer uma palavra superior a respeito do sentido da Constituição, ele se propõe a avaliar, de modo sério e desinteressado, a confiabilidade do processo de emenda. A verificar se esse processo foi aberto e público; se nele não estiveram obstruídos os canais de participação popular; se ele não foi um instrumento travestido para a delegação de decisões políticas fundamentais, que representam enorme risco para os direitos, a órgãos estatais sem responsabilidade democrática. Quando existir alguma dessas suspeitas fundadas sobre a seriedade do processo de emenda, a recomendação é que os juízes simplesmente convoquem o poder de reforma a dar uma segunda olhada sobre os resultados desse processo, desta vez com os olhos do povo postos sobre si.

Não se espera, assim, que o Judiciário atue decidindo no lugar do poder de emenda. Não se almeja que o Judiciário manifeste-se peremptoriamente sobre o conteúdo da decisão reformadora. Sugere-se apenas, com o objetivo de evitar que os problemas superconstitucionais sejam tratados com indiferença, ou vejam-se obscurecidos e diluídos em meio a indagações de conveniência política, que os tribunais advirtam os legisladores de que as questões superconstitucionais precisam ser encaradas de forma clara e deliberada, sob o olhar atento do povo. O Judiciário, deste modo, promove a responsabilidade política dos representantes do povo e protege os direitos, sem que haja o risco de barrar prematuramente a deliberação democrática. Nesse esquema, os juízes encorajam a reflexão e o debate no processo político, sem dizer, de uma vez por todas, o que é, e o que não é, da alçada desse processo.

Essa exposição pode soar demasiadamente abstrata e de difícil aplicação prática. Afinal de contas, ela não fornece nada mais do que orientações genéricas sobre a cooperação entre juízes constitucionais e legisladores de revisão. Além disso, é indiscutível a existência de uma grande variedade de situações concretas pelas quais o processo reformador pode se mostrar indigno de confiança. De fato, seria impossível catalogar todas as hipóteses imagináveis. Não obstante, há situações em que o comportamento legislativo defeituoso é claramente perceptível, como foi demonstrado na seção 3.4 deste trabalho.²⁹⁴ Tendo isso em mente, e com o intuito de conferir maior detalhamento à proposta formulada, convém apontar uma situação particular da experiência constitucional brasileira em que o Supremo Tribunal Federal confrontou uma modalidade notória de falha no processo legislativo de emenda. Trata-se do julgamento proferido em sede de medida cautelar na ADIn 1.946/99, cujo relator foi o Ministro Sydney Sanches. Este caso apresenta um retrato bem definido do problema e, juntamente com isso, um uso aprimorado da estratégia judicial de encorajamento da deliberação política mediante a promoção da responsabilidade democrática do órgão titular da competência reformadora. Por isso, ele é tanto um demonstrativo da adequação do enfoque proposto quanto um exemplo para guiar aplicações posteriores desse modelo de raciocínio judicial.

Na ADInMC 1.946/99, o Supremo enfrentou uma situação em que o poder reformador, por meio da edição de uma emenda redigida em linguagem lacunosa, escondeu potenciais infrações a direitos, e, assim, deu margem a que burocratas, que não são significativamente responsáveis perante o povo, pusessem-se na condição de árbitros autorizados em questões fundamentais e controvertidas de justiça política. Reagindo contra essa extensão duvidosa das atribuições de um órgão burocrático, e reconhecendo que decisões que impliquem um elevado risco aos direitos fundamentais devem ser tomadas pelos representantes populares, o tribunal deu à emenda uma interpretação que resguardou os direitos fundamentais potencialmente ofendidos, e destacou, ainda, que as medidas pretendidas só poderiam ser tomadas por decisões explícitas do poder de reforma. Tudo isso

²⁹⁴ Naquela oportunidade foram identificadas, acompanhando-se o magistério de Guido Calabresi, quatro situações exemplares em que o processo legislativo peca pela falta de publicidade ou de reflexão: 1) invalidação de dispositivos legais apressadamente editados; 2) invalidação de leis vagas; 3) invalidação de delegações a órgãos não responsáveis politicamente; 4) invalidação de leis anacrônicas perante as quais os legisladores postam-se inertes. Apenas a última dessas estratégias parece despropositada em termos de controle judicial de emendas. O exemplo que será formulado adiante versa sobre a hipótese (3). A *particularidade* dessa terceira forma de intervenção judicial está em que ela não se volta contra a lei em sua face, de maneira abstrata, mas a um caso específico da sua aplicação. Isso pode fazer com que a análise a seguir soe como se restringisse demasiadamente as possibilidades da estratégia dialógica e minimalista. As discussões anteriores parecem ser suficientes para advertir que essa leitura restritiva não procede.

sem que os ministros exarassem qualquer juízo definitivo sobre a legitimidade constitucional dessas medidas. Deste modo, o Tribunal protegeu os direitos e, ao mesmo tempo, advertindo o público acerca da responsabilidade do órgão de revisão, encorajou a deliberação democrática, sem, contudo, imiscuir-se indevidamente no processo político de reforma constitucional.

Os fatos do caso são os seguintes. Em 15 de dezembro de 1998, foi editada a Emenda Constitucional n. 20, a qual efetivou a chamada reforma previdenciária. Dentre outras disposições, esta Emenda, em seu artigo 14, estabeleceu um teto genérico para o valor dos benefícios do regime geral da previdência social.²⁹⁵ Com o intento de regulamentar a Emenda Constitucional n. 20, o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social editou, no dia 16 de dezembro de 1998, a Portaria n. 4.883, cujo artigo 6º, em alusão expressa ao artigo 14 da EC 20/98, dizia que o teto previsto nesse preceito constitucional derivado encamparia todos os benefícios do regime geral de previdência social, inclusive o denominado salário-maternidade,²⁹⁶ aquele benefício que atende as mulheres que se afastam do emprego no período de gestação.

O Partido Socialista Brasileiro argüiu, então, perante o Supremo Tribunal Federal, através da ADIn 1.946/99, a inconstitucionalidade dos artigos 14 da EC 20/98 e 6º da Portaria 4.883/98, em virtude de ofensa à cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais. Ofensa esta consubstanciada na sua desconformidade com os artigos 3º, IV (não discriminação em razão de sexo); 5º, *caput* (igualdade) e inciso I (igualdade entre homens e mulheres); e 7º, XVIII (licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias), da Constituição de 1988. No entender do autor da ação, estabelecer um teto para o valor do salário-maternidade seria um retrocesso em desfavor das grandes conquistas femininas na sociedade brasileira. Uma vez que essa medida estaria impondo às mulheres uma situação de discriminação no acesso ao emprego. Isto porque a limitação do valor máximo do benefício previdenciário acarretaria, em face da não revogação do art. 7º, XVIII,

²⁹⁵ A redação do art. 14 da EC 20/98 é a seguinte: “O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”

²⁹⁶ A redação do art. 6º da Portaria 4.883/98 do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social é a seguinte: “O limite máximo do valor dos benefícios do RGPS, a serem concedidos a partir de 16 de Dezembro de 1998, é de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), inclusive do benefício de que tratam os arts. 91 a 100 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, e dos benefícios da legislação especial pagos pela Previdência Social, mesmo que à conta do Tesouro Nacional.”

CRFB/88, o deslocamento, para o empregador, do ônus de pagar a quantidade remuneratória que excedesse o teto da previdência. Tal fato teria duas decorrências prejudiciais. A primeira seria estimular as empresas a contratar homens em lugar de mulheres, haja vista que o custo da contratação de pessoas do sexo masculino, que não são beneficiadas pela licença à gestante, seria menor. A segunda seria o estabelecimento, por vias transversas, de um teto máximo para a remuneração da mão-de-obra feminina. Desde o momento em que a responsabilidade máxima da previdência social, com relação à licença à gestante, não ultrapassasse o valor do teto, os empregadores ver-se-iam motivados a não oferecerem às mulheres vencimentos superiores a este teto, sob pena de terem de arcar com o ônus adicional da licença à gestante.

Contra as razões do Partido Socialista Brasileiro, os defensores da medida propuseram, basicamente, três argumentos. O primeiro, avançado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, questionava a existência de discriminação perpetrada pela edição dos textos normativos impugnados. Em seu entender, as indagações nesse sentido, levantadas pelo autor, nada mais seriam do que o resultado de uma dedução acerca de fatos futuros sobre a dificuldade de as mulheres obterem emprego. Assim, a inconstitucionalidade não residiria na norma constitucional criticada, mas nos fatos inusitados e incertos a que o autor fez alusão. O segundo argumento, fornecido pelo Presidente do Senado Federal, contestava a inclusão da direito à licença-maternidade no núcleo essencial e imodificável da Constituição. O terceiro argumento, ofertado pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, tentava estabelecer uma distinção entre o benefício previdenciário do salário-maternidade, cujo respaldo constitucional estaria presente no Título VIII (arts. 193 a 232) da Lei Magna, que trata da ordem social, e o direito da mulher empregada à licença à gestante, previsto no catálogo de direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7º, XVIII). Tendo em conta esta diferença, sustentava-se que a restrição do valor máximo do benefício previdenciário representado pelo salário-maternidade, em nada afetava a garantia trabalhista materializada na licença à gestante.

No deslinde da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal acolheu as razões do autor, porém, absteve-se de declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional. Em lugar dessa declaração, o Tribunal deu interpretação conforme à Constituição para a norma do art. 14 da EC 20/98, no sentido de tal norma não alcançar a licença à gestante. De modo que o teto foi interpretado como abarcando os demais benefícios, mas não incidindo sobre a licença-maternidade. Assim, o Tribunal eximiu-se de interferir na liberdade de decisão

do poder reformador e, ao mesmo tempo, assegurou o direito fundamental pretensamente violado. Interessa observar como isso foi possível.

O primeiro dado notável sobre esse caso é que os juízes alcançaram uma decisão de mérito unânime, sem que, no entanto, houvessem concordado a respeito de duas das três questões que foram objeto de análise. As duas opiniões que guiaram a Corte, o voto do relator, Ministro Sydney Sanches, e o voto concorrente do Ministro Nelson Jobim, assemelham-se em três aspectos: 1) os dois rejeitaram o argumento de que, no caso, não havia discriminação repugnante ao princípio constitucional da igualdade; 2) os dois votos não fizeram qualquer consideração, favorável ou contrária, acerca do caráter pético do direito ao salário-maternidade; 3) os dois votos analisaram a arguição de que salário-maternidade e licença à gestante seriam direitos diversos. Já a diferença mais marcante entre eles esteve na forma como abordaram esta última questão, ou seja, a possível diversidade de natureza jurídica entre a licença à gestante e o salário-maternidade. Nessa matéria, eles fizeram considerações divergentes. De um lado, o Ministro Sydney Sanches rejeitou essa distinção de natureza por ser incompatível com a evolução histórica do salário-maternidade no direito brasileiro. O Ministro Jobim, por sua vez, tratou essa discussão sobre a natureza dos direitos como irrelevante para o caso. Em seu entendimento, a única indagação pertinente era acerca de quem deveria ser o sujeito passivo da obrigação correlata ao direito constitucional da mulher trabalhadora à licença à gestante: se o empregador ou o Estado.

Isso demonstra, preliminarmente, que o julgamento da Corte primou por não decidir as questões mais controvertidas que foram colocadas diante dela, contendo-se em resolver somente aquilo que era indispensável para a solução da demanda. O problema mais profundo, sobre se a licença à gestante, prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição, seria um direito ou garantia individual imodificável, constituindo, por isso, um limite à ação do poder reformador, nem ao menos foi tocado. Por outro lado, também o problema da natureza jurídica do benefício do salário-maternidade não foi definitivamente resolvido. Ou foi tratado de uma perspectiva essencialmente histórica, como fez o Ministro Sydney Sanches, quando opinou que, “de certa forma, desde 1932 [...] já se vinha emprestando caráter previdenciário ao auxílio à gestante” (ADInMC 1.946/99, p. 114). Ou, então, foi tratado como uma questão de mera opção legislativa, já resolvida pelo legislador brasileiro, voltada, não à natureza de certo instituto jurídico, mas à sujeição passiva correspondente a um determinado direito constitucional, como ocorreu na abordagem efetuada pelo Ministro Nelson Jobim:

A Constituição outorga um direito à mulher trabalhadora. [...] A mulher trabalhadora é titular de um direito subjetivo: haver um período de licença de cento e vinte dias, sem prejuízo do retorno ao emprego e com salário integral. O art. 7º não define o sujeito passivo da obrigação. Não define quem paga. Atribui um direito.

[...]

A questão, Sr. Presidente, foi que houve uma opção legislativa brasileira de que a licença-gestante passou a ser uma obrigação previdenciária. O direito é trabalhista. Decorre da relação jurídica de trabalho. Por opção da legislação brasileira e por determinação dessa legislação a partir da OIT, passamos a ter uma obrigação de natureza previdenciária. Desvinculou-se a obrigação de pagar do empregador. Teve-se em vista as conseqüências do benefício na participação da mulher no mercado de trabalho. (ADInMC 1.946/99, p. 132, 135-136)

Os temas que realmente foram objeto de decisão circunscreveram-se, fundamentalmente, ao seguinte: (1) que a EC 20/98 não revogou o direito à licença à gestante do art. 7º, XVIII, CRFB/88; (2) que, caso se entendesse que o benefício previdenciário do salário-maternidade representa apenas parte da licença à gestante, a transferência do restante desse ônus ao empregador constituiria uma discriminação em desprestígio à igualdade, seja por facilitar e estimular a opção do empregador pelo trabalhador masculino, seja por conclamar o empregador a oferecer à mulher trabalhadora salário nunca superior ao valor do teto da previdência social. O fato digno de observação, sem embargo, é que ambas as decisões estiveram explicitamente apoiadas em juízos provisórios. Em nenhum momento o Supremo Tribunal Federal afirmou que a norma constitucional que garante a licença à gestante é irreformável. O que foi dito, como se pode ler na ementa do julgado, é que:

[...] não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. (ADInMC 1.946/99, DJ 14.09.2001)

De maneira semelhante, o Supremo Tribunal não assentou que o desconforto da medida impugnada em relação o princípio da igualdade significa que tal medida esteja absolutamente fora do alcance do poder de emenda. É verdade que ficou consignado que a limitação, ao teto geral da Previdência Social, do benefício previdenciário referente à licença à gestante resultaria numa desvantagem para a mulher trabalhadora no acesso ao emprego. E que, em decorrência disso:

Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição que, em substância, é um desdobramento do **princípio da igualdade de direitos**, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. (ADInMC 1.946/99, DJ 14.09.2001, grifo no original)

Apesar disso, o Tribunal teve o cuidado de retirar qualquer impressão de definitividade que pudesse estar embutida na consideração acima, ao sublinhar, poucas linhas depois, o seguinte:

Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. (ADInMC 1.946/99, DJ 14.09.2001)

Essa passagem deixa evidente que os ministros evitaram formular qualquer decisão que implicasse a prévia retirada de determinadas questões do alcance do poder reformador. A afirmação de que, caso o poder de reforma tivesse a real intenção de alterar tão substancialmente as garantias constitucionais da mulher trabalhadora, faria isso expressamente, de modo específico e detalhado, nunca por meio de um dispositivo genérico, não é gratuita. Ela permitiu ao Tribunal afastar qualquer julgamento sobre o que a cláusula dos direitos e garantias individuais autoriza, e o que ela veda, em matéria de modificação das prerrogativas constitucionais da mulher trabalhadora. O Supremo Tribunal Federal pôde, assim, analisar somente as implicações concretas de uma determinada interpretação do texto de uma emenda constitucional, cotejada em face de um princípio incontestavelmente fundamental da Constituição, como é o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres. Dizendo, em suma, que se houver a pretensão de restringir-se os direitos constitucionais da mulher trabalhadora, os quais visam tornar mais equânimes as condições de acesso da mão-de-obra feminina ao mercado de trabalho, isto terá de ser feito por uma decisão tomada no processo de emenda constitucional, jamais pela decisão de uma autoridade administrativa que nem ao menos é diretamente responsável perante o povo.

Não se quer, com isso, obscurecer o fato óbvio de que o Supremo reconheceu que a igualdade de direitos é um parâmetro importante na aferição da constitucionalidade das emendas. Nem, tampouco, se quer negar que houve um juízo provisório dos ministros no sentido de que a limitação da licença à gestante configura uma conduta claramente suspeita em face do princípio da igualdade. O que se deseja enfatizar, porém, é precisamente que a decisão não foi além disso. Ela deixou expresso que uma medida tão grave, como a discutida no caso da licença à gestante, não poderia, em hipótese alguma, ser obra de outro órgão que não o poder reformador. Mas não disse absolutamente nada sobre se, caso essa medida fosse objeto de aprovação no processo de emenda, ela seria legítima em face do que preceitua a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais. Essa é uma

questão que ficou em aberto. Com relação a ela, o Supremo Tribunal Federal não assumiu qualquer compromisso. Ele simplesmente evitou interferir sobre ela.

Numa olhada rápida, a ADInMC 1.946/99 poderia até parecer desinteressante para alguém preocupado com o controle judicial das emendas constitucionais em face da cláusula dos direitos e garantias individuais. Com efeito, ela não desenvolveu nenhuma teoria interpretativa sobre a referida cláusula, nem sobre o sentido geral das cláusulas pétreas. O máximo que se pode extrair dela é a suposição, talvez consensual, de que a igualdade é um direito ou garantia individual que compõe o cerne inalterável da Carta de 1988. Todavia, quando o foco se desloca do problema da interpretação da cláusula superconstitucional, dirigindo-se para o problema concernente ao alcance justificado da intromissão do Judiciário na ação do poder de reforma, esse julgado passa a ocupar uma posição referencial. Nos dois momentos em que o Tribunal fundamentou seu juízo de suspeição em relação às medidas pretensamente impostas pela EC 20/98, ele, inequivocamente, evitou apontar soluções definitivas para suas dúvidas. Só o que fez foi dizer que questões que ponham em risco direitos fundamentais devem ser expressamente decididas pelo órgão democraticamente legitimado para tanto, ou seja, o Congresso Nacional no exercício da competência reformadora.

O Supremo Tribunal atuou, assim, promovendo a democracia. Ele focou diretamente a responsabilidade democrática do poder de emenda, impedindo que os representantes máximos do povo se desviassem de deliberar seriamente sobre uma questão tão fundamental de justiça política. O Tribunal também obstou que uma autoridade subalterna, de pedigree democrático extremamente discutível, viesse a se colocar no lugar dos representantes populares, para decidir sobre uma matéria cuja face é tão perniciosa aos direitos constitucionais. O que é mais louvável, tudo isso foi feito sem que a Corte extraísse qualquer tema do âmbito de deliberação do processo democrático. O Supremo Tribunal Federal permitiu, desse modo, que a discussão continue fluindo; que nenhum ponto de vista sintasse aliado do debate; que a cidadania e seu órgão mais alto de representação, o poder de reforma constitucional, mantenham-se como atores principais no processo de reformulação da Lei fundamental.

A decisão da ADInMC 1.946/99 pode ser vista, portanto, como um exposição paradigmática da visão dialógica e minimalista no domínio do controle judicial de constitucionalidade das emendas. Ela atendeu às duas exigências fundamentais dessa proposta. Por um lado, funcionou como um estímulo para a responsabilização democrática do

órgão de revisão. Por outro, ela se esquivou de emitir qualquer juízo profundo e definitivo sobre o significado dos direitos e das garantias individuais.

Alguém poderia argüir, no entanto, que, em verdade, essa estratégia não passou de uma omissão do dever dos juízes de guardar a Constituição. Que os membros do Supremo Tribunal não fizeram mais do que esconder suas opiniões sinceras sobre o sentido do texto e que, à vista disso, foram infiéis para com essa obra quase divina que é a Constituição brasileira. Diante desse crítico, só resta apontar que, numa sociedade em que as pessoas reconhecem-se umas as outras como portadoras de direitos, o papel dos juízes não é propriamente emitir julgamentos que expressem aquilo que eles pensem ser verdadeiro de acordo com suas opiniões mais conscienciosas e refletidas.

Entre cidadãos portadores de direitos, a única certeza que se tem é que ninguém pode reclamar o acesso privilegiado à verdade moral. Cada cidadão deve ser respeitado como um agente moral independente com seu próprio senso de justiça. O respeito pelas opiniões e consciências dos outros implica que nenhum indivíduo ou punhado de indivíduos, em razão do nascimento, da classe, da profissão, ou da formação intelectual, tenha o tipo de controle sobre os resultados políticos que a sua consciência ou os seus princípios próprios pareçam ditar. Nesse contexto, falar a verdade significa, geralmente, silenciar a voz dissidente e subjugar aqueles que discordam. Por isso, se os juízes constitucionais não almejam para si essa função tirânica, seu papel deve ser bem distinto do de vociferar verdades últimas. O seu papel deve ser, sim, o de garantir, a toda e qualquer pessoa que tiver seus direitos afetados por decisões da comunidade, a possibilidade de contestar essas decisões pela sua própria voz. Nesse rumo, sem dúvida, andou o Supremo Tribunal Federal quando, ao invés de fixar definitivamente o sentido da igualdade entre homens e mulheres, advertiu que decisões extremamente controversas com respeito aos direitos fundamentais – como a decisão que põe em risco o direito da mulher trabalhadora à licença à gestante – devem ser objeto da deliberação explícita e cuidadosa dos cidadãos e de seus representantes.

Enfim, pode-se falar a respeito do controle judicial de constitucionalidade das emendas o mesmo que o Ministro Paulo Brossard disse, certa vez, sobre a cláusula de limites materiais de reforma da Constituição de 1988: “Tem sua utilidade, concorre para que a Constituição tenha certa estabilidade e que a sua alteração seja mais meditada, e melhor estudada, mas [...] não se pode, em termos absolutos, reconhecer-lhe o poder de dizer que, para sempre, tais ou quais assuntos sejam intocáveis” (ADIn 830/93, p. 232). Pois, como

avermou Laurence Tribe (1985, p. 7), “em questões de poder, o fim da dúvida e da desconfiança é o começo da tirania”.²⁹⁷

²⁹⁷ “[...] *in matters of power, the end of doubt and distrust is the beginning of tyranny.*” (TRIBE, 1985, p. 7)

Conclusão

Nenhum ramo do Estado pode querer para si uma posição de precedência sobre os direitos dos cidadãos. A imagem da interpretação constitucional não deve ser a de uma estrutura escalonada em que algum órgão ocupa o ápice. Deve ser a de um esquema de cooperação dialógica em que os poderes públicos, tendo em conta suas particularidades institucionais, colaboram entre si e com os demais cidadãos.

Ninguém interfere nesse diálogo desde fora. Tampouco existem vozes privilegiadas dentro dele. Trata-se de um diálogo entre iguais que tenta satisfazer o compromisso essencial de uma Constituição democrática: o governo segundo razões de estima pública.

Nesse processo comunicacional, que em determinada passagem foi qualificado como jurisgenerativo, os juízes devem assegurar a continuidade do debate democrático mediante a inclusão permanente de novas perspectivas no discurso público. O papel da instituição judicial é impedir que aqueles que ocupam o centro da discussão silenciem as vozes que vêm das margens, enclausurando-se ao redor das suas próprias concepções.

De acordo com essa proposta dialógica, a interferência dos juízes nas decisões políticas não deve se dar em todo e qualquer caso em que seja levantado algum tema constitucional. Certas matérias são mais bem tratadas pelos órgãos representativos comuns. Além disso, apenas alguns casos justificam uma intromissão mais agressiva do Judiciário. Estes são os casos que envolvem direitos que são pré-condições da democracia e reivindicações de minorias isoladas e sem voz. Fora dessas hipóteses mais ou menos restritas, os tribunais devem intervir apenas para afastar decisões nitidamente irracionais dos órgãos políticos, ou, então, para assegurar a responsabilidade desses órgãos e a seriedade e a publicidade das suas decisões.

Em qualquer caso, a ação judicial deve se pautar por estratégias minimalistas de decisão. Como regra, os tribunais devem proferir decisões provisórias, tão estreitas e superficiais quanto for possível. A nota fundamental do minimalismo reside em dois pontos fundamentais: o primeiro é deixar claro que uma decisão judicial não enfrenta apenas a questão sobre o que a Constituição exige num determinado caso; é preciso avaliar também se o Judiciário é a instituição adequada para resolver aquele caso. Uma decisão

judicial acerca da Constituição é um misto de razões de princípio e argumentos institucionais. O segundo ponto é exigir que os juízes jamais vejam seus pronunciamentos sobre o sentido da Constituição como definitivos. Não há última palavra em sede de interpretação constitucional. O que deve haver é um diálogo incessante por meio do qual todos os entendimentos e as compreensões possam ser submetidos à crítica e à revisão.

O minimalismo judicial, quando inspirado por uma visão deliberativa da política, pode estimular o diálogo democrático de três maneiras: eximindo-se de retirar questões dos fóruns democrático-representativos comuns; avaliando a existência de boas razões subjacentes aos atos oriundos desses fóruns; e exigindo que determinadas decisões sejam tomadas de forma clara e refletida pelo ramo do governo que tem o selo da representação e da pluralidade, o Poder Legislativo.

No âmbito dessa visão dialógica e minimalista do controle judicial de constitucionalidade, ganha especial destaque o uso de estratégias de decisão voltadas a estimular os órgãos democrático-representativos a assumirem sua responsabilidade de deliberar de maneira franca e cuidadosa sobre os assuntos fundamentais que afligem a sociedade. No decorrer do trabalho foram identificadas ao menos quatro circunstâncias em que essa espécie de controle judicial pode se manifestar: a invalidação de dispositivos legais apressadamente editados, a invalidação de leis vagas, a invalidação de delegações a órgãos não responsáveis democraticamente, e a invalidação de leis anacrônicas perante as quais os legisladores postam-se inertes.

O que particulariza essas estratégias de promoção da deliberação e da responsabilidade democrática é que elas não se voltam propriamente ao controle do conteúdo das decisões fiscalizadas. Seu primeiro foco é a origem e a qualidade do processo de onde emanam essas decisões. Elas não primam por dizer que uma determinada decisão viola os direitos constitucionais. Pelo contrário, elas lançam um mero juízo de suspeição sobre essas decisões e advertem que, para que elas sejam tomadas, é indispensável que sejam fruto do pronunciamento do órgão democrático responsável perante o povo. E, mais do que isso, que elas sejam tomadas por esse órgão num processo sério de discussão política. Um processo às vistas do público, no qual vozes dissidentes não sejam silenciadas, e juízos não sejam elaborados apressadamente sem serem objeto de debate.

Esse enfoque dialógico e minimalista da participação dos juízes na interpretação dos direitos constitucionais permite que o controle judicial de

constitucionalidade não opere, nem seja visto, como a negação do direito da cada cidadão de tomar parte nas decisões que afetam seus direitos.

Existem, porém, certas peculiaridades acerca do controle judicial de constitucionalidade das emendas que o diferenciam do controle de constitucionalidade das leis. Por um lado, existe a própria discussão em torno da legitimidade da previsão de limites materiais expressos de revisão constitucional. Não é tão fácil entender como uma geração pode criar amarras que as gerações futuras não poderão romper. Por outro, existem boas razões para se pensar que um dos motivos para a aceitação de um sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis é a possibilidade de que as decisões dos tribunais possam ser revistas, quando houver argumentos convincentes para tanto, por um processo democrático representativo especialmente exigente, é dizer, pelo processo agravado de reforma constitucional. Quando os juízes constitucionais passam a ser também os juízes das emendas constitucionais, existe um enorme risco de que eles se convertam em soberanos incontestáveis, porque o principal mecanismo institucional pelo qual suas decisões podem ser objetadas é perigosamente estrangulado.

É preciso notar, contudo, que as cláusulas pétreas não configuram necessariamente restrições ao autogoverno do povo. Tais cláusulas podem ser vistas como precauções auxiliares, adotadas pelo próprio povo, que pretendem assegurar o bom funcionamento do processo democrático em seu momento institucional mais elevado, ou seja, o procedimento de reforma da Constituição. Elas devem ser compreendidas, assim, como artifícios pragmáticos que visam garantir o caráter deliberativo das decisões tomadas no âmbito das reformas constitucionais; como declarações solenes que convidam todos, cidadãos e agentes públicos, a dedicarem seus melhores julgamentos quando determinados temas estiverem em debate. O que elas almejam, portanto, é exigir que as decisões tomadas em sede de emenda constitucional estejam baseadas em razões de consideração pública, e, assim, impedir que estas decisões sejam apenas um exercício de poder nu e cru.

A intervenção judicial no controle de constitucionalidade das emendas pode estimular a realização desse propósito das cláusulas pétreas, desde que se reconheça que nesse âmbito não há nenhum momento em que o Poder Judiciário possa reivindicar para si uma ação mais agressiva. Na interpretação das cláusulas pétreas não deve haver nenhuma espécie de proeminência dos juízes. No quadrante das emendas, diversamente do que se dá no domínio da fiscalização da constitucionalidade das leis, nem mesmo casos envolvendo

direitos que são pré-condições da democracia ou interesses de minorias isoladas e sem voz justificam uma intervenção judicial mais acentuada.

Logo, o papel do Judiciário nessa seara não é tanto decidir sobre a conformidade do conteúdo de uma dada emenda para com as cláusulas de intangibilidade da Constituição, mas, antes, garantir a seriedade do processo legislativo pelo qual as emendas são elaboradas. Aos juízes cabe assegurar que uma emenda seja o resultado de um processo de discussão aberto, refletido, e realizado às vistas do público. Um processo em que vozes dissidentes possam ter espaço, em que ninguém seja alijado do debate, e no qual nenhum ponto de vista seja tratado com indiferença.

Nesse cenário, os juízes não possuem autoridade para proferir a palavra final acerca do sentido das cláusulas pétreas. Eles têm, sim, a incumbência de encorajar os participantes do processo legislativo de emenda a deliberarem de forma pública e cuidadosa sobre o sentido dessas cláusulas. O que os juízes devem fazer é avaliar a confiabilidade do processo de legislação a partir do qual a emenda foi produzida, e, constatando algum defeito nesse processo, devolver a matéria para ser reconsiderada de forma atenta e deliberada pelos órgãos democrático-representativos – ou seja, o poder de reforma –, dessa vez com os olhos do povo postos sobre si.

Conclamar os juízes a se verem como parceiros dos legisladores reformadores no diálogo que pretende discutir o significado e o alcance dos direitos constitucionais é proteger os direitos de indivíduos e minorias de forma a não romper o equilíbrio tênue entre o Poder Judiciário e a cidadania. Se o principal atributo que os direitos conferem a seus portadores é a capacidade de questionar aqueles que lhes ofendem, juízes preocupados em preservar a dignidade de seus concidadãos devem assegurar que as reivindicações e críticas que cada um detém com respeito aos seus direitos não sejam silenciadas, e que sobre elas se pronunciem os fóruns mais amplos, participativos e diversificados de decisão que uma dada estrutura constitucional seja capaz de conceber. Assim, os juízes estimulam os cidadãos ordinários a exercerem da forma mais ampla possível seu direito de tomar parte nas decisões que dizem respeito a seus direitos e, conseqüentemente, a assumirem a responsabilidade por seu futuro comum.

Nada disso, não obstante, significa que os juízes não devam se interessar pela interpretação das cláusulas pétreas. Eles devem, sim, dar o melhor de si no esforço coletivo voltado a definir o sentido dessas cláusulas. A apreciação crítica das diferentes teses acerca da interpretação judicial da cláusula dos direitos e das garantias individuais da

Constituição de 1988 teve exatamente a preocupação de chamar a atenção para este fato. As virtudes e fraquezas de cada um dos enfoques analisados levaram ao entendimento de que existem modos mais apropriados e modos menos apropriados para a interpretação dos direitos. Um modelo interpretativo assumidamente substancial, baseado no ideal de integridade da Constituição, que coloca às claras a necessidade do intérprete de se engajar num raciocínio moral acerca da justiça e dos direitos, para, só assim, dar sentido ao citado dispositivo constitucional, mostrou-se superior aos demais. Ele é o único que não esconde suas próprias opções substanciais em disfarces formalistas. Ele é o único que, ao invés de negar que escolhas morais estejam na base das decisões judiciais que envolvem direitos, expõe essas decisões ao escrutínio crítico dos demais juízes e da cidadania.

Além disso, este enfoque pede aos juízes algo que eles podem dar. Ele recomenda que os juízes aprofundem diversas intuições que eles já possuem: a intuição de que existem princípios abstratos aptos a justificar a multiplicidade de preceitos constitucionais específicos de modo coerente; a intuição de que existem casos claros acerca do sentido das cláusulas abertas da Constituição; e a intuição de que o significado dessas cláusulas constitucionais abertas deve estar imanente ou implícito às disposições expressas do texto constitucional.

O que, em verdade, a proposta dialógica e minimalista realmente condena é a cegueira ao problema institucional subjacente ao controle judicial de constitucionalidade das emendas. É o descaso com a premissa, indispensável ao discurso constitucional, que supõe que cada cidadão ou órgão ao qual a Constituição se destina é capaz de avaliar seus comportamentos à luz do texto constitucional. É a indiferença ao fato de que, quando um tribunal declara a inconstitucionalidade de uma emenda, ele obstrui o único canal institucionalizado pelo qual o povo pode revisar a leitura que o Judiciário faz da Constituição.

Ao invés de contrapor juízes e legisladores, essa proposta fomenta em ambos o desejo de cooperar com os cidadãos comuns num debate voltado a deliberar sobre a justiça, os direitos e as bases da associação política. Um debate no qual cada instituição age de forma a encorajar a sua abertura, inclusividade e receptividade aos pontos de vista divergentes que emergem no espaço público, orientada, para tanto, pelo compromisso comum de instaurar um governo em que o povo possa ver a si mesmo como destinatário e autor das suas próprias leis.

Referências

- AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The Foundation of Legal Reasoning. **Rechtstheorie**, v. 12, p. 423-448, 1981.
- ACKERMAN, Bruce A. Higher Lawmaking. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 63-87.
- _____. **La Justicia Social en el Estado Liberal**. Trad. Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. Neo-federalism? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Eds.). **Constitutionalism and Democracy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 153-193.
- _____. **We the People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. In: GARVEY, John; ALEINIKOFF, T. Alexander (Eds.). **Modern Constitutional Theory: a Reader**. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1994, p. 184-193.
- ALEXANDER, Larry. Tudo ou Nada? As Intenções das Autoridades e a Autoridade das Intenções. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **Direito e Interpretação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 537-608.
- _____; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 7, p. 1359-1387, 1997.
- ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003.
- _____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 66, p. 13-65, 2002.
- _____. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, p. 294-304, 2000.
- _____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. **Teoría del Discurso y Derechos Humanos**. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- _____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- _____. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, v. 12, n. 4, p. 374-384, 1999.
- _____; PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality. **Ratio Juris**, v. 3, n. 1, p. 130-147, 1990.
- AMAR, Akhil Reed. Popular Sovereignty and Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 89-115.
- BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Civitas, 1987.
- _____. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardozo da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BALKIN, Jack M. Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction. In: BRISON, Susan J.; SINNOT-ARMSTRONG, Walter (Eds.). **Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation**. Boulder: Westview Press, 1993, p. 190-206.

_____; LEVINSON, Sanford. The Canons of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. 111, n. 4, p. 963-1024, 1998.

BARAK, Aharon. The Supreme Court, 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**, v. 116, n. 1, p. 16-162, 2002.

BARBER, Sotirios A. **On What the Constitution Means**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1984.

BARILE, Paolo. **Scritti di Diritto Costituzionale**. Padova: Cedam, 1967.

BARRY, Brian. **Political Argument**. London: Routledge & Kegan Paul, 1965.

BAYNES, Kenneth. Rights as Critique and the Critique of Rights. **Political Theory**, v. 28, n. 4, p. 451-468, 2000.

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Atualização de José de Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORK, Robert H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. In: GARVEY, John; ALENIKOFF, T. Alexander (Eds.). **Modern Constitutional Theory: a Reader**. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1994, p. 115-122.

_____. **The Tempting of America: The Political Seduction of Law**. New York: Simon & Schuster, 1991.

BOROWSKI, Martin. La Restricción de Los Derechos Fundamentales. Trad. Rodolfo Arango. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 59, p. 29-56, 2000.

BOUDIN, Louis B. **Government by Judiciary**. New York: Russel & Russel, 1968.

BRANDON, Mark E. The “Original” Thirteenth Amendment and the Limits to Formal Constitutional Change. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 215-236.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF (Questão de Ordem). Requerentes Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator Ministro Moreira Alves. 27 de outubro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466-2/DF. Requerente Partido Socialista Brasileiro e requerido Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Relator Ministro Celso de Mello. 03 de abril de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 jun. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 830-7/DF. Requerente Partido Socialista Brasileiro e outro e requerido Congresso Nacional. Relator Ministro Moreira Alves. 14 de abril de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 24 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 926-5/DF (Medida Cautelar). Requerentes Governadores dos Estados do Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Tocantins e Mato Grosso e requeridos Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Sydney Sanches. 01 de setembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF (Medida Cautelar). Requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e requeridos Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Sydney Sanches. 15 de setembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF. Requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e requeridos Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1420-0/DF (Medida Cautelar). Requerente Partido Liberal e requerido Congresso Nacional. Relator Ministro Néri da Silveira. 17 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.497-8/DF (Medida Cautelar). Requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde e requerido Congresso Nacional. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946-5/DF (Medida Cautelar). Requerente Partido Socialista Brasileiro e requeridos Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Relator Ministro Sydney Sanches. 29 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.024-2/DF (Medida Cautelar). Requerente Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e requerido Congresso Nacional. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 27 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.105-8/DF. Requerente Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e requerido Congresso Nacional. Relatora originária Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. 18 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 2.617-5/MG. Agravante Nunes Amaral Advogados e agravado Governador do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Cezar Peluso. 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33-5/PA (Medida Cautelar). Argüente Governador do Estado do Pará e argüido Instituto do

Desenvolvimento Econômico-Social do Pará. Relator Ministro Gilmar Mendes. 29 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 20.257/DF. Impetrantes Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale e autoridade coatora Mesa do Congresso Nacional. Relator Ministro Moreira Alves. 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 24 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.047-3 DF (Medida Liminar). Impetrante Miro Teixeira e outros e impetrado Presidente da Câmara dos Deputados. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 66. É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 ago. 2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 67. É inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 ago. 2005.

BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: the Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. **Yale Law Journal**, v. 90, p. 1063-1109, 1981.

_____. The Misconceived Quest for the Original Understanding. **Boston University Law Review**, v. 60, p. 204-238, 1980.

BREYER, Stephen. Our Democratic Constitution. **New York University Law Review**, v. 77, n. 2, p. 245-272, 2002.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição Constituinte**: Ensaio Sobre o Poder de Revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). **Direito do Estado**: Novos Rumos. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.45-67.

_____. As Cláusulas Pétreas e sua Função de Revelar e Garantir a Identidade da Constituição. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do Direito Público**: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 175-195.

BRYCE, James. **Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Tome III. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

CALABRESI, Guido. The Supreme Court, 1990 Term – Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (what the Bork-Brennan Debate Ignores). **Harvard Law Review**, v. 105, n. 1, p. 80-151, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Escritos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito (por um Exercício de *Patriotismo Constitucional*, no Marco da Teoria

Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **15 Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 131-154.

CHEMERINSKY, Erwin. The Supreme Court, 1988 Term – Foreword: The Vanishing Constitution. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 1, p. 43-104, 1989.

CHOPPER, Jesse H. **Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court**. Chicago: The University Of Chicago Press, 1980.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000.

COFFIN, Frank M. Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice. **New York University Law Review**, v. 63, n. 1, p. 16-42, 1988.

COSTA E SILVA, Gustavo Just da. **Os Limites Materiais da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, v. 97, n. 1, p. 4-68, 1983.

COX, Archibald. Book Review: “Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review” by John Hart Ely. **Harvard Law Review**, v. 94, n. 3, p. 700-716, 1981.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, v. 6, p. 279-295, 1957.

DICEY, A.V. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 10. ed. London: Macmillan, 1959.

DORF, Michael C. The Supreme Court, 1997 Term – Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. **Harvard Law Review**, v. 112, n. 1, p. 4-83, 1998.

DOW, David R. The Plain Meaning of Article V. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 117-144.

DWORKIN, Ronald. Comment. In: SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 115-127.

_____. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Freedom’s Law: the Moral Reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1996b.

_____. Liberal Community. In: AVINERI, Shlomo; DE-SHALIT, Avner (Eds.). **Communitarianism and Individualism**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 205-223.

_____. Objectivity and Truth: You’d Better Believe It. **Philosophy & Public Affairs**, v. 25, n. 2, 87-139, 1996a.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy (Ed.). **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-167.

_____. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1978.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EISGRUBER, Christopher L. **Constitutional Self-Government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

ELY, John Hart. Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World where Courts are no Different from Legislatures. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 833-879, 1991.

_____. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FALLON JR., Richard H. Marbury and the Constitutional Mind: a Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension. **California Law Review**, v. 91, n. 1, p. 1-55, 2003.

_____. The Supreme Court, 1996 Term – Foreword: Implementing the Constitution. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 1, p. 54-152, 1997.

FEINBERG, Joel. The Nature and Value of Rights. **Journal of Value Inquiry**, v. 4, p. 19-34, 1970.

_____. Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life. **Philosophy & Public Affairs**, v. 7, n. 2, p. 93-123, 1978.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, Particularmente em Face da Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 203, p. 1-10, 1996.

_____. Reforma e Revisão Constitucional. Emendas. Constitucionalidade Formal e Material. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, Porto Alegre, v. 3, p. 11-50, 2000.

FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature. **Texas Law Review**, v. 60, p. 551-567, 1982.

FISS, Owen. Objectivity and Interpretation. **Stanford Law Review**, v. 34, p. 739-763, 1982.

_____. The Supreme Court, 1978 Term – Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979.

FRANKLIN, Julian H. **John Locke and the Theory of Sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

FREEMAN, Samuel. Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade. Trad. Álvaro de Vita. **Lua Nova**, São Paulo, n. 32, p. 181-199, 1994.

_____. Original Meaning, Democratic Interpretation and the Constitution. **Philosophy & Public Affairs**, v. 21, n. 1, p. 3-42, 1992.

FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, v. 73, n. 2, p. 333-433, 1998.

FULLER, Lon. Positivism and Fidelity to Law – a Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, p. 630-672, 1958.

_____. **The Morality of Law**. 2. ed. rev. New Haven: Yale University Press, 1969.

GEWIRTH, Alan. **Human Rights**. Chicago: The University of Chicago Press, 1982.

- _____. Rights and Duties. **Mind**, v. XCVII, n. 387, p. 441-445, 1988.
- _____. Why Rights are Indispensable? **Mind**, v. XCV, n. 379, p. 329-344, 1986.
- GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse**. New York: The Free Press, 1991.
- GUNTHER, Gerald. **Constitutional Law**. 11. ed. Mineola: The Foundation Press, 1985.
- GÜNTHER, Klaus. Critical Remarks on Robert Alexy's "Special Case Thesis". **Ratio Juris**, v. 6, n. 2, p. 143-156, 1993a.
- _____. **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**. Transl. John Farrel. Albany: State University of New York Press. 1993b.
- HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Trad. Willian Rehg. Cambridge: M.I.T. Press, 1996.
- _____. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.
- _____. **Verdade e Justificação: Ensaio Filosófico**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Trad. Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Edições Colibri, 2003.
- HARRIS II, William F. **The Interpretable Constitution**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1993.
- HART, Herbert L. A. Are there any Natural Rights? In: WALDRON, Jeremy (Ed.). **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 77-90.
- _____. Bentham on Legal Rights. In: SIMPSON A. W. B. (Ed.). **Oxford Essays in Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 171-201.
- _____. Between Utility and Rights. **Columbia Law Review**, v. 79, p. 828-846, 1979.
- _____. **O Conceito de Direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- _____. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: DWORKIN, Ronald (Ed.). **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1977, 17-37.
- HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HOHFELD, Wesley N. **Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning**. Westport: Greenwood Press, 1978.
- HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Eds.). **Constitutionalism and Democracy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 195-240.
- _____; SUNSTEIN, Cass R. The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 275-306.
- HORWITZ, Morton J. The Supreme Court, 1992 Term - Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism. **Harvard Law Review**, v. 107, n. 1, p. 30-117, 1993.

- KAY, Richard S. American Constitutionalism. In: ALEXANDER, Larry (Ed.). **Constitutionalism: Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 16-63.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KLARMAN, Michael J. The Puzzling Resistance of Political Process Theory. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 747-832, 1991.
- KRAMER, Larry. The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We the Court. **Harvard Law Review**, v. 115, n. 1, p. 4-169, 2001.
- LEARNED HAND. **The Bill of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.
- LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- _____. How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27: Accounting for Constitutional Change. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 13-36.
- LOCKE, John. **Ensaio Sobre a Verdadeira Origem Extensão e Fim do Governo Civil**. Trad. João Oliveira Carvalho. Lisboa: Edições 70, 1999.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador**. São Paulo: RT, 1993.
- LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 237-274.
- LYONS, David. Constitutional Interpretation and Original Meaning. In: COLEMAN, Jules; FEINBERG, Joel (Eds.) **Philosophy of Law**. 6. ed. Belmont: Wadsworth, 2000, p. 374-388.
- _____. **Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- _____. The Correlativity of Rights and Duties. **Noûs**, v. 4, p. 45-55, 1970.
- _____. Utility and Rights. In: WALDRON, Jeremy (Ed.). **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 110-136.
- MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- _____. Rights in Legislation. In: HACKER, P. M. S. e RAZ, J. (Eds.). **Law, Morality and Society: Essays in Honor of H. L. A. Hart**. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 189-209.
- MACKIE, John. The Third Theory of law. **Philosophy & Public Affairs**, v. 7, n. 1, p. 3-16, 1977.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Limites de Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade, Possibilidade Jurídica de sua Superação. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 60, p. 249-254, 1994.
- _____. Os Limites da Revisão Constitucional. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 21, p. 69-91, 1997.
- MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

- _____. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER, Larry (Ed.). **Constitutionalism: Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 64-98.
- _____. Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Eds.). **NOMOS XXVIII: Justification**, 1986b, p. 71-99.
- _____. Law's Republic. **Yale Law Journal**, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1988.
- _____. The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**, v. 100, n. 1, p. 4-77, 1986a.
- MINOW, Martha. The Supreme Court, 1986 Term – Foreword: Justice Engendered. **Harvard Law Review**, v. 101, n. 1, p. 10-95, 1987.
- MIRANDA, Jorge. **Constituições de Diversos Países**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1986.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004.
- MORTATI, Costantino. Concetto, Limiti, Procedimento della Revisione Costituzionale. **Revista Trimestrale di Diritto Pubblico**, a. II, n. 1, p. 29-65, 1952.
- _____. **La Costituzione in Senso Materiale**. Milano: Giuffrè, 1940.
- MURPHY, Walter F. Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 163-190.
- _____; TANENHAUS, Joseph. **Comparative Constitutional Law**. New York: St. Martin's Press, 1977.
- NINO, Carlos S. **Ética y Derechos Humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989b.
- _____. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.
- _____. La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 4, p. 79-88, 1989a.
- NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A Propósito do Art. 2º, § 2º, da EC n. 3/93. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 330, p. 63-89, 1995.
- ORTIZ, Daniel R. Pursuing a Perfect Politics: The Allure and Failure of Process Theory. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 721-745, 1991.
- PACE, Alessandro. La "Natural" Rigidez de las Constituciones Escritas. Trad. Paloma Biglino Campos; Luís Delgado del Rincón. In: ____; VARELA, Joaquim. **La Rigidez de las Constituciones Escritas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 19-80.
- PAINE, Thomas. **Rights of Man**. Ware: Wordsworth, 1996.
- PAULSON, Stanley L. Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 223-239, 2003.
- PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts: Law or Politics**. New York: Oxford University Press, 1994.

_____. The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 669-719, 1991.

_____. Why Constitutional Theory Matters to Constitutional Practice (and vice versa). In: LEYH, Gregory (Ed.). **Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice**. Berkeley: University of California Press, 1992, p. 241-268.

PETERS, Christopher J. Assessing the New Judicial Minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, n. 6, p. 1454-1537, 2000.

POSNER, Richard A. Against Constitutional Theory. **New York University Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-22, 1998.

_____. The Jurisprudence of Skepticism. **Michigan Law Review**, v. 86, p. 827-891, 1988.

POST, Robert C. **Constitutional Domains: Democracy, Community, Management**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Altamiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

RICHARDS, David A. J. Constitutional Legitimacy and Constitutional Privacy. **New York University Law Review**, v. 61, n. 5, p. 800-862, 1986a.

_____. Rights and Autonomy. **Ethics**, v. 92, p. 3-20, 1981.

_____. **Toleration and the Constitution**. New York: Oxford University Press, 1986b.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e Mudança Constitucional: Limites ao Exercício do Poder de Reforma Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 120, p.159-186, 1993.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROSENFELD, Michel. Deconstruction and Legal Interpretation: conflict, indeterminacy and the temptations of the new legal formalism. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992.

_____. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. **Southern California Law Review**, v. 74, n. 5, p. 1307-1351, 2001.

ROSS, Alf. Sull'Autoriferimento e su un «Puzzle» nel Diritto Costituzionale. In: _____. **Critica del Diritto e Analisi del Linguaggio**. Trad. Riccardo Guastini; Piero Pollastro. Bologna: Il Molino, 1982, p. 205-232.

ROTUNDA, Ronald D.; NOWAK, John E. **Treatise on Constitutional Law**. V. 1. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1992.

RUBENFELD, Jed. Legitimacy and Interpretation. In: ALEXANDER, Larry (Ed.). **Constitutionalism: Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 194-234.

SAGER, Lawrence G. Constitutional Justice. **New York University Journal of Legislation and Public Policy**, v. 6, n. 1, p. 11-19, 2002.

_____. Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 1, p. 410-435, 1993.

_____. The Domain of Constitutional Justice. In: ALEXANDER, Larry (Ed.). **Constitutionalism: Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 235-270.

_____. The Incorrigible Constitution. *New York University Law Review*, v. 65, n. 4, p. 893-961, 1990.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma da Constituição**. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Direitos Fundamentais e Cláusulas Pétreas: os Direitos Fundamentais Sociais e o Problema de sua Proteção contra o Poder de Reforma na Constituição de 1988. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **15 Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 317-351.

SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **15 Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 352-380.

SCALIA, Antonin. Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting The Constitution and Laws. In: _____. **A Matter of Interpretation**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 3-47.

SCHAUER, Frederick. Amending the Presuppositions of a Constitution. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 145-161.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitución**. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

_____. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. O Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: Crônica de Jurisprudência. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). **Direito do Estado: Novos Rumos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 23-44.

SIECKMANN, Jan-Reinard. Basic Rights in the Model of Principles. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, v. 67, p. 30-36, 1997.

SIEYÈS, Emmanuel. **A Constituinte Burguesa**. Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Trad. José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SPECTOR, Horacio. Judicial Review, Rights and Democracy. *Law and Philosophy*, v. 22, n. 3-4, p. 285-334, 2003.

- STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. **Harvard Law Review**, v. 114, n. 5, p. 1457-1505, 2001.
- SUMMERS, Robert S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. **Cornell Law Review**, v. 63, n. 5, p. 707-786, 1978.
- SUNSTEIN, Cass R. Beyond the Republican Revival. **Yale Law Journal**, v. 97, p. 1539-1590, 1988.
- _____. Constitutional Agreements Without Constitutional Theories. **Ratio Juris**, v. 13, n. 1, p. 117-130, 2000.
- _____. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.
- _____. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- _____. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- SWISHER, Carl Brent. **Decisões Históricas da Corte Suprema**. Trad. Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. VII, n. 3, p. 129-156, 1893.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América**. Trad. Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Cascais: Principia, 2002.
- TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.
- _____. **Constitutional Choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- _____. Taking the Text and Structure Seriously: reflections on free-form method of constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 108, n. 6, p. 1221-1303, 1995.
- _____. The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn From Modern Physics. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 1, p. 1-39, 1989.
- _____; DORF, Michael C. **On Reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- TUCK, Richard. **Natural Rights Theories**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- TUSHNET, Mark. Constitutional Interpretation, Character and Experience. In: BRISON, Susan J.; SINNOT-ARMSTRONG, Walter (Eds.). **Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation**. Boulder: Westview Press, 1993, p. 208-231.
- _____. Dilemmas of Liberal Constitutionalism. **Ohio State Law Journal**, v. 42, p. 411-426, 1981.
- _____. Following the Rules Laid Down: a Critique of Interpretivism and Neutral Principles. **Harvard Law Review**, v. 96, n. 4, p. 781-827, 1983.
- _____. Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism. **Law and Philosophy**, v. 22, n. 3-4, p. 353-379, 2003.
- _____. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- UNDERKUFFLER, Laura S. Moral Rights, Judicial Review and Democracy: a Response to Horacio Spector. **Law and Philosophy**, v. 22, n. 3-4, p. 335-352, 2003.

VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VILE, John R. The Case against Implicit Limits on the Constitution Amending Process. In: LEVINSON, Sanford (Ed.). **Responding to Imperfection**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 191-213.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. Oxford: Clarendon Press, 1967.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

_____. Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry (Ed.). **Constitutionalism: Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 271-299.

_____. Rights. In: GOODIN, Robert. A.; PETTIT, Philip (Eds.). **A Companion to Contemporary Political Philosophy**. Oxford: Blackwell, 1993, p. 575-585.

WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, 1959.

WELLINGTON, Harry H. **Interpreting the Constitution: the Supreme Court and the Process of Adjudication**. New Haven: Yale University Press, 1990.

WRÓBLEWSKY, Jerzy. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. **Rechtstheorie**, v. 5, n. 1, p. 33-46, 1974.