A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMO TEORIA DO DIREITO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

THE CONSTITUTION THEORY AS A THEORY OF THE RIGHT'S CONSTITUTIONAL STATE

Gustavo Ferreira Santos*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: A Constituição adquiriu, nos tempos atuais, um papel central na vida política e social. Para isso, a revisão judicial da legislação contribuiu enormemente. Isso fez com que temas da Teoria da Constituição e Temas da Teoria do Direito se superpusessem, transformando as questões suscitadas no estudo da Constituição em questões relativas a todo o ordenamento. O artigo discute essa transformação que a Constituição conheceu até os nossos dias, refletindo sobre algumas das idéias principais do pensamento que deu suporte teórico à esse processo.
Palavras-chave: Constituição. Judicial Review. Jurisdição Constitucional. Supremacia Constitucional. Poder de Reforma.

Abstract: The Constitution has acquired actually a central role in the social and political life. The judicial revision of legislation has contributed strongly to this. This reality has turned the subjects of the Constitutional Theory and of the Theory of Law in common subjects and it has transformed the questions about the study of the Constitution in questions about the system of law. The article argues the transformations in the role of the Constitution until our days, thinking about some of the main ideas of the theory that gave theoretical support in this process.
Key Words: Constitution. Judicial Review. Constitutional Jurisdiction. Supremacy of Consitution. Power of Constitutional Reform.

1. Nunca na História da humanidade a Constituição exerceu um papel de destaque como o que a ela é reservado nos nossos tempos. A ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a sua efetivação por uma jurisdição constitucional atuante acabaram por submeter a política a parâmetros substanciais rigorosos. A lei, portanto, deixou de ser a protagonista, papel que lhe era reservado no século XIX, para viver tutelada pela Constituição.

O estudo da Constituição ganha, também, um novo impulso. A natureza normativa da Constituição, que fulmina de invalidade os atos infraconstitucionais que lhe são incompatíveis, põe sob os holofotes a teoria da Constituição, que aparece no Estado constitucional revitalizada.

Como se sabe, o constitucionalismo significou uma domesticação da política com a imposição de limites ao Estado, seja através de normas de organização das instituições, seja com as declarações de direitos que reconheciam posições jurídicas aos indivíduos. Hoje, quando vemos uma Constituição que cotidianamente se constrói na Jurisdição Constitucional, fala-se mesmo em uma nova versão do constitucionalismo, o neoconstitucionalismo.

*Mestre (UFSC) e Doutor (UFPE) em Direito, Professor Adjunto de Direito Constitucional na UFPE e na UNICAP e Procurador Judicial do Município do Recife.

Neste texto, teceremos algumas considerações sobre esse atual papel da Constituição e sobre alguns problemas que ele suscita. Tocaremos, portanto, em alguns aspectos da crítica à supremacia da Constituição, ao *judicial review* fundadas na chamada objeção contramajoritária.

2. A Constituição conheceu um novo lugar com a evolução das primeiras formas liberais de Estado ao Estado que hoje conhecemos. O liberal via o Estado como um mal necessário, ficando, portanto, restrito a poucas atividades e submetido a um conjunto de limitações representadas pelos direitos humanos. Para ele, a não atuação do Estado tinha uma marca positiva, já que os seus excessos violavam posições jurídicas fundamentais que garantiam a autonomia do indivíduo. Já o Estado que resulta da constitucionalização da questão social e das expectativas de solidariedade intergeracional que o século XX construiu não pode se bastar na omissão, mas assume posição de promotor de direitos econômicos, sociais e culturais.

Evidentemente que no Estado liberal o papel da desempenhado pela lei era central. Esse papel decorria das algumas características que marcavam o chamado Estado de Direito.

A expressão "Estado de Direito" remete-nos a um amplo conjunto de significados e de experiências[1]. Nela está resumida uma necessidade de compatibilização entre liberdade e ordem, pois, segundo Reinhold Zippelius, ele procura um compromisso entre a necessidade de um poder do Estado homogêneo e suficientemente forte para garantir a paz jurídica e a necessidade de prevenir um abuso do poder estatal e de estabelecer limites a uma expansão totalitária do poder do Estado, assegurando na maior medida possível os direitos individuais.[2].

O Estado de Direito não é apenas o Estado segundo a lei. Do surgimento dessa noção aos dias atuais ele passou a ser entendido como o Estado que se guia por princípios da razão. Canotilho afirma que ele deve ser tomado como um esquema organizatório limitado pelo Direito[3]. Com essa noção, não há, nas sociedades que adotam essa fórmula, Estado fora do Direito.

Nesse caminho, Canotilho assenta que só será um Estado considerado Estado de Direito quando: (1) está *sujeito* ao direito ("o Estado, os governantes, as autoridades, obedecem às leis, não estão colocados sobre as leis, mesmo que elas tenham sido criadas ou produzidas pelos órgãos do poder"); (2) *atua* através do direito ("só quem esteja habilitado, só quem tenha uma competência previamente definida por regras jurídicas, está apto, num qualquer Estado de Direito, a desempenhar funções com o selo de autoridade pública"); (3) positiva normas jurídicas informadas pela *idéia de direito* ("O Estado de direito é *informado e conformado por princípios* radicados na consciência jurídica geral e dotados de *valor* ou bondade intrínsecos")[4].

O "Estado de não direito", antítese do Estado de Direito, poderia ser assim caracterizado: "(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis e desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a 'razão de Estado' imposta e iluminada por 'chefes'; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito".[5]

A proeminência da lei no pensamento liberal decorre do fato de que os Parlamentos afirmaram-se, à época do absolutismo, como instrumentos de defesa da liberdade perante do poder. No conceito de Estado de Direito novecentista não está presente o medo do Parlamento, mas sim o do arbítrio da Administração. O próprio conceito

de Estado de Direito traz em si a idéia de que só a lei é o instrumento adequado para a restrição de direitos individuais.

Veja-se, a esse respeito, a imagem que Otto Mayer tinha de *Rechtsstaat*, que se marcava pela (i) supremacia da lei sobre a Administração; (ii) na subordinação à lei, e somente à lei, dos direitos do cidadão, não podendo poderes autônomos incidir sobre tais direitos; (iii) a presença de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei, e somente a lei, nas controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre eles e a Administração[6].

A posição de destaque no cotidiano da Jurisdição Constitucional hoje observado quanto aos direitos fundamentais é de fácil explicação. Trata-se de um evidente reflexo do câmbio do próprio conceito de Constituição, que caminhou de uma posição privilegiadora de normas organizacionais para uma ênfase nas normas protetivas de indivíduos e grupos em face do poder.

O papel assumido pela Constituição reflete, ainda, a crise do Estado legislativo e do próprio conceito de lei. A coerência do ordenamento, criado sob os auspícios de interesses de um grupo, que caracterizou o Estado burguês, não comparece no atual Estado constitucional. A caótica inclusão de temas em leis, nos diversos acordos momentâneos de interesses que se verifica na atividade parlamentar da atual sociedade pluralista vai encontrar nos princípios constitucionais um mínimo conteúdo referencial. Na Constituição encontram-se termos de um acordo mais amplo, capaz de nortear os embates cotidianos de interesses. A lei cede espaço à Constituição como elemento mediador[7]. O Estado Constitucional representaria, assim, um *plus* em relação ao Estado de Direito, que era marcadamente legislativo.

Assim, há uma variedade de interesses na Constituição, que exerce diferentes funções. Como afirma Cass R. Sunstein, as normas constitucionais "podem ser liberais ou não-liberais; diferentes Constituições, e diferentes partes da mesma Constituição, protegem diferentes interesses"[8].

Nesse contexto, a interpretação constitucional substitui, em muitos aspectos, o debate político. A decisão que sairia do embate entre propostas melhores ou piores cede lugar muitas vezes à adoção de medidas segundo a sua constitucionalidade. As próprias forças políticas em luta incorporam o argumento da constitucionalidade aos seus discursos. Esse argumento é evidentemente mais forte, pela autoridade que contém, do que os argumentos sobre as possíveis virtudes práticas das medidas propostas.

Os principais problemas da atual Teoria da Constituição, não por coincidência, correspondem a problemas colocados aos estudiosos da Teoria do Direito. A idéia de supremacia constitucional, as teorias de interpretação da Constituição, a natureza das normas constitucionais, os limites da racionalidade judicial no controle da Constitucionalidade, dentre outros, são temas que indiferentemente colocam-se aos constitucionalistas e aos cultores da Teoria do Direito. Adiante, trataremos dos problemas da supremacia da Constituição e da revisão judicial da legislação, temas que se apresentam como caros exemplos dessa centralidade dos problemas constitucionais. Apresentaremos, intencionalmente, essas reflexões com base em uma bibliografia majoritariamente de Teoria do Direito.

3. A Constituição, em sua supremacia, coloca o problema da relação entre atualização e permanência das decisões políticas. Ao instituir-se como comunidade, um povo escolhe a forma e o conteúdo de suas instituições. Exerce o poder de

dizer como o Estado e a sociedade se organizarão. Ao mesmo tempo, em razão do estabelecimento da rigidez constitucional, retira da atividade política cotidiana o poder de alterar tais decisões[9].

Identifica-se, nessa seara, o que Holmes chamou de "paradoxo democrático", ou seja, questiona-se como uma geração que suplanta a obra constitucional da geração anterior pode impor às gerações futuras a sua obra constitucional.[10] Para Jon Elster, ao estabelecer o compromisso em um texto constitucional, a sociedade age como Ulisses, que se atou ao mastro do navio, após tampar com cera os ouvidos dos marinheiros e dar ordem para que não fosse desamarrado, mesmo que pedisse. Estabelecemos limites para momentos de dificuldades, para não cairmos na tentação das soluções mágicas – que aparecem com mais força em razão das difíceis circunstâncias[11].

A imagem do Ulisses atado ao mastro é bastante criticada por não ser passível de aplicação a uma comunidade. Ulisses é o mesmo, quando decide amarrar-se, durante a travessia e após a superação dos perigos. Porém, as decisões constitucionais que se pretendem definitivas não amarram somente os que decidiram pelo congelamento da cláusula, mas também atinge gerações posteriores[12].

Como se sabe, não há Constituições imutáveis. Uma Constituição que se pretendesse imutável seria indubitavelmente uma Constituição breve. As alterações nas relações concretas na sociedade por ela regulada levariam à sua implosão, diante da impossibilidade de adaptação do texto à vida. Com Jorge Miranda podemos dizer que a "modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar"[13].

As Constituições, nesse processo de atualização, sofrem alterações tanto por processos formais, como a revisão ou a emenda, como por processos informais, como na chamada mutação constitucional. Num ou noutro momento, manifesta-se a tensão entre atualização e permanência. Num ou noutro, o que se busca é manter a norma constitucional como parâmetro para a solução dos problemas da vida.

Ordinariamente, as Constituições regulam os processos a serem observados para a sua própria alteração pelos membros da sociedade. Constituições rígidas trazem formas especiais de processo legislativo para que algo em seu texto seja mudado[14]. São momentos, atores ou quoruns específicos, acrescendo, portanto, ao princípio da maioria, exigências que não são colocadas para a tomada das decisões políticas diárias. A existência desses processos visa dar longevidade ao texto da Constituição, de um lado permitindo sua adaptação às mudanças ocorridas no real e de outro lado protegendo matérias sensíveis dos procedimentos ordinários de fixação de normas jurídicas.

Nesse passo, quanto mais Constituição tiver um país, ou melhor, quanto maior for o número de matérias incluídas na Constituição formal, maior será o conjunto de temas submetidos a um processo político decisório mais complexo ou, o que é pior, à imutabilidade[15].

Essa supremacia/rigidez tem suscitado objeções, fundadas na afirmação da democracia. Questionam tais posicionamentos a necessidade de retirar da sociedade o poder de decidir seus rumos frente aos problemas que a vida apresenta. O entrincheiramento de determinadas decisões tem evidente tensão com o elemento democrático do Estado.

A Constituição, ao dificultar ou vetar a alteração de alguns de seus dispositivos,

estaria conduzindo um tipo paternalismo, decorrente de uma desconfiança em relação às gerações futuras. Seria um autoreconhecimento de lucidez, concomitante a uma proteção de suas iluminadas decisões.

No caso brasileiro há um discurso comum de condenação às diversas alterações impingidas ao texto constitucional. É evidente que alterar com freqüência abala a força normativa que se espera de uma Constituição. No entanto, essa constatação não pode ser o único móvel para a permanência do texto. A Constituição tem que se mostrar apta a regular os problemas que a sociedade enfrenta. Se seus dispositivos não mais correspondem às expectativas dos principais atores políticos, a mudança apresenta-se como uma saída recomendável.

Da mesma forma, não podemos deixar de reconhecer que, quanto maior for o plexo de matérias e quanto mais profunda em detalhes tiver sido a regulação, maior será também a possibilidade de que uma necessidade de mudança de política leve a uma necessidade de intervenção no texto da Constituição. Não se pode esperar de um governo democraticamente eleito, muitas vezes com uma plataforma reformista, que se acomode na função de mero executor das decisões tomadas em 1987 e 1988.

Ninguém pode desconhecer as profundas mudanças que atingiram o mundo no período de tempo compreendido entre a elaboração de nossa atual Constituição e os dias de hoje. Evidentemente que um governo tendente a integrar a economia brasileira na nova ordem internacional deveria mexer nas normas constitucionais que tocam a ordem econômica. Óbvio, também, que os parâmetros da previdência social, diante dos graves problemas de seu financiamento, mereceram mudanças. Como o processo constituinte levou a uma Constituição marcadamente conjuntural, uma nova situação na conjuntura política ou econômica exige que se mexa no texto[16].

Mesmo assim, poucas foram as mudanças exclusivamente principiológicas na Constituição. A maior parte cuidou de detalhes que não são facilmente justificáveis como decisões fundamentais, mas que poderiam ter sido deixados pelo Constituinte à disciplina pelo legislador ordinário. Tratam, por exemplo, de limite de remuneração de servidores e agentes políticos, formas de aposentadoria, alíquotas de tributos ou contratação de professores estrangeiros por universidades públicas. Mais do que condenar o Administrador que lutou pelas reformas, há que se questionar a atitude constituinte de elevar ao nível constitucional um número muito grande de questões e, o que é pior, de detalhes.

Aquele desejo de colocar tudo no texto da Constituição, ao qual já fizemos referência, revelava uma desconfiança em relação às instituições e um certo medo da política. Foram nutridas no período constituinte esperanças de qualidades quase mágicas da Constituinte. Basta lembrar o samba de enredo que dizia "espero da Constituinte na minha mesa muito pão, uma poupança cheia de cruzados e um carnaval com muita paz no coração"[17]. Por outro lado, no processo constituinte não ficou caracterizada uma clara maioria homogênea, o que permitiu a inclusão de interesses eventualmente majoritários[18].

No entanto, não são as decisões constituintes revelações de deuses. Não são ontologicamente superiores a outras decisões humanas. Aliás, contaminam-se com as mesmas práticas espúrias que contaminam as decisões políticas cotidianas. Muitas das decisões de uma Assembléia constituinte são tomadas em contextos de

negociatas e trocas de favores entre grupos que colocam no texto constitucional seus interesses incompatíveis com qualquer idéia de interesse geral.

A decisão de tornar algo protegido no texto da Constitucional deve ser extremamente amadurecida, pois se trata de dificultar, enquanto durar a Constituição, a discussão política sobre aquele tema. O setor protegido deveria ter por objeto somente aquilo que seja considerado fundamental para a própria existência da comunidade[19]. Em especial, direitos fundamentais, cuja observância estaria acoplada ao próprio conceito de democracia.

A democracia, aqui, é vista não simplesmente como governo da maioria. Alguns elementos formam as condições para que seja aceitável a decisão da maioria. Esses elementos, via de regra, decorrem da necessidade de garantir a autonomia dos agentes que formam a comunidade.

As citadas objeções não comprometem no todo, ao nosso ver, a legitimidade da existência dos procedimentos mais difíceis para alterar a Constituição. Abalam, porém, a fundamentação de qualquer cláusula proibitiva de alteração. A incompatibilidade, portanto, não está entre rigidez e democracia, mas entre vedação de discussão e democracia[20].

A proteção por procedimentos mais complexos reconhece a necessidade de que decisões fundamentais, ou seja, que incidem sobre matérias de especial relevância para a comunidade, não podem ficar sujeitar a um processo aberto infinito de discussão. A mudança freqüente de parâmetro para as atividades dos indivíduos, ditadas por maiorias eventuais, levaria à deslegitimação do próprio Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil entroniza um largo rol de dispositivos no espaço protegido, com a regra contida no §4º do art. 60. Diz que não será passível de deliberação emenda tendente a abolir a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, a forma federativa de Estado e os direitos e garantias fundamentais.

No entanto, não se trata de uma cláusula absoluta de imodificabilidade. A alteração de tais matérias é possível, desde que não identificada uma tendência à abolição daquelas decisões. Isso significa que alterações pontuais, que não desestruturem os esquemas traçados pelo Constituinte ou, até mesmo, que os reforce serão aceitas, mesmo que alterem artigos devotados às matérias ali definidas.

De 1988 aos nossos dias algumas alterações nesses campos foram levadas a cabo sem que tenha sido reconhecida uma ofensa à proibição de alteração. Veja-se, por exemplo, a mudança, na Emenda Constitucional n. 32, da titularidade do poder de organizar e estruturar Ministérios e órgãos da Administração. Tal poder, até então, estava nas mãos do Congresso Nacional, tendo passado à decisão do Poder Executivo. Ora, apesar de incidir sobre a separação de poderes, já que altera limites na relação entre Legislativo e Executivo, não se pode falar que houve tendência à abolição da cláusula protegida.

Devemos nos lembrar que essas "cláusulas pétreas" não impedem que sejam suprimidos os temas daquilo que é o parâmetro constitucional do país, mas apenas que sejam suprimidos daquela específica Constituição, já que é plenamente possível uma ruptura e um novo exercício do poder constituinte. O processo de substituição de uma Constituição por outra não é regulado pelo texto constitucional ou por qualquer outra norma jurídica.

Então, por que lançar a sociedade em uma situação de temporária de ausência de Constituição, com um novo exercício do poder constituinte, que ninguém sabe no

que vai dar, quando podemos mudar o texto em um processo controlável? Um país sem Constituição está à deriva. Ninguém sabe quem pode e até que ponto pode. O arbítrio pode resultar em qualquer arranjo institucional. O questionamento da cláusula "X", caso exista vedação constitucional de sua alteração, poderia levar, em um agravamento dos ataques ao preceito, os detentores do poder político ao poder de alterar qualquer cláusula constitucional, já que resultaria no exercício do poder constituinte. Em um procedimento regulado, ou seja, em uma alteração na forma da Constituição, como ocorre quando não há cláusulas de alteração proibida, o foco é dado naquela matéria questionada, permanecendo estáveis todos os outros elementos da Constituição naquele momento não questionados.

Uma fórmula como a adotada pela Constituição da Espanha, na qual os representantes do povo se manifestam, depois é renovada a representação com eleições parlamentares, tendo nova manifestação dos representantes, e, por fim, há consulta direta ao povo, é muito mais compatível com a necessidade de manutenção da Constituição sem impedir a manifestação da decisão democrática:

Art. 168. 1 – Quando for proposta a revisão total da Constituição ou uma revisão parcial que afete o título preliminar, a seção I do capítulo II do título I ou o título II, proceder-se-á à aprovação do princípio da revisão por maioria de dois terços de cada Câmara e à dissolução das Cortes.

2 – As Cortes que vierem a ser eleitas deverão ratificar a decisão e proceder ao estudo do novo texto constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de dois terços de ambas as Câmaras.

3 – Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para ratificação.

Ao povo, diretamente, caberá a última palavra, após um sistemático amadurecimento do debate, com os membros das Cortes assumindo o ônus da dissolução, que se seguirá à decisão favorável à mudança. Os debates nas eleições que entremeiam as manifestações dos representantes não desconhecerão o tema objeto de análise nas Cortes, o que reforça, ainda mais, a legitimidade da decisão final.

A submissão de tais matérias a um novo processo legitimador, que envolva o maior número possível de opiniões, pode até se mostrar uma estratégia positiva, já que renova na comunidade as razões que levaram à consagração da cláusula como elemento especial da Constituição. A sociedade refletirá e renovará o compromisso assumido no período constituinte.

Aos críticos da supremacia constitucional essa fórmula seria marcada pelos mesmos problemas verificados na imutabilidade, já que, apesar de permitida, as dificuldades de se levar uma alteração a cabo tornariam praticamente impossível o exercício do poder de reforma. Para tais posições, o máximo de concessão seria uma fórmula como a adotada na Suécia, que não exige quorum diferenciado para a adoção de mudanças constitucionais, porém, usa o instrumento das duas votações, entre as quais deverá ser realizada uma eleição geral e se deverá aguardar, no mínimo, nove meses[21].

4. Concordamos com Jeremy Waldron[22] quando clama por um novo olhar sobre a função legislativa. A revalorização do papel da lei é também uma revalorização da democracia. Muitas críticas dirigidas ao legislador, questionando a sua legitimidade, geralmente deflagradas em razão de problemas cotidianos, tais como corrupção no Estado ou acordos espúrios, atingiriam, se a ela dirigida, a própria as-

sembléia que construiu a Constituição. Muitas dessas críticas, na verdade, tratam de um constituinte mítico, imaculado, iluminado e distante dos conchavos que marcam o dia a dia da política, ou seja, uma entidade inexistente.

É evidente que os instrumentos complexos das democracias atuais são imperfeitos. Pior, ainda, é a prática que se verifica na execução de tais instrumentos. Porém, esses problemas não podem justificar o desprezo pela decisão democrática. É evidente que, apesar dos problemas, a figura da representação aporta uma legitimidade ao representante que não encontramos no indivíduo isolado sentado numa cadeira na Universidade. Em nada o professor de direito constitucional será mais legítimo que o parlamentar. Adiante, discutiremos com mais vagar esse problema da legitimação democrática dos detentores do poder.

A atual noção de democracia não a reduz a um mero governo da maioria, mas incorpora em sua definição a proteção de determinadas posições mesmo diante da decisão majoritária. Os direitos fundamentais representariam uma espécie de "terreno proibido", garantido frente ao princípio da maioria. Para Dworkin, os direitos individuais são trunfos que protegem o indivíduo contra a maioria. Para ele,

os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.[23]

A convivência em sociedade e a submissão ao jogo democrático no cotidiano dependeriam de um prévio acordo sobre um número específico de direitos, o que viabilizaria posições de indivíduos e grupos. Seriam os direitos fundamentais posições jurídicas a serem reconhecidas e protegidas como bases da vida sem sociedade. Limitariam materialmente o poder de reforma e os poderes constituídos.

Para Jeremy Waldron[24], não há na Constituição um procedimento com limitações materiais. O que existe são procedimentos limitando procedimentos. O procedimento democrático da decisão por maioria, é limitado por outro procedimento, que permite a afirmação das cláusulas limitadoras pelo Poder Judiciário. Assim, diante dessa combinação de procedimentos, ele manifesta preferência pelo procedimento da maioria que, diante dos outros, teria melhores características intrínsecas, pois garantiria o direito do cidadão à igual participação na decisão – principal preocupação de sua visão sobre a legitimidade - o que não ocorre quando há a determinação de um conteúdo por um tribunal.

Ele chama atenção para a necessidade de contemplarmos em nossa visão do processo político a existência da discordância. Afasta ele a necessidade de trabalharmos com o consenso como uma finalidade do processo político. Nesse sentido, a decisão majoritária seria ao mesmo tempo eficaz e respeitosa, uma vez que "não requer que a posição de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso"[25].

Apesar do brilhantismo da crítica de Jeremy Waldron, temos algumas resistências à sua aceitação. É certo que o conteúdo dos direitos fundamentais não é de antemão determinado. É verdade, ainda, que o que se faz, ao instituir o *judicial review*, é criar um procedimento para controlar outro procedimento. Porém, esse segundo procedimento, o adotado pelo Judiciário, é qualificado, girando em torno de uma pauta mais rígida, na qual as declarações de direitos não são coleções de palavras soltas, mas contém expressões que designam certos "conteúdos", pois carregados de história.

A decisão do tribunal não pode ser comparada em arbítrio à decisão das maiorias. Por mais que exista indeterminação quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais, as possibilidades de decisão são mais restritas que aquelas existentes em um processo político aberto e ilimitado. O que precisamos é que o Tribunal se contenha ao fixar o conteúdo das cláusulas limitadoras do poder de decisão da maioria.

Um forte argumento a favor da Constituição vem da tese da democracia dualista de Bruce Ackerman[26]. Para ele, há uma diferença fundamental entre a decisão tomada no momento constituinte e a decisão política do dia a dia parlamentar. Na primeira, é mais forte a legitimidade da decisão, pois há, diretamente ou acompanhando com mais atenção e mobilização, a participação popular, a quem a decisão é atribuída[27]. Assim, o Judiciário funciona como um garante da primeira decisão, original e de legitimidade reforçada, contra arroubos do legislador ordinário, sendo, portanto, essencial à própria democracia. Contrapõem-se alguns a essa tese, dizendo inexistir garantias de que o momento constituinte tenha sido um momento de maior participação da sociedade, podendo a decisão constituinte maquiar interesses escusos[28]. Concordamos com essa objeção. O momento constituinte não é neutro. Ao contrário, digladiam-se interesses, que não são desconhecidos pelo autor da tese da democracia dualista. O resultado, a Constituição, nem sempre é o melhor texto que poderia ter sido feito. O que a tese da democracia dualista quer fixar, porém, é uma espécie de ficção legitimadora. É a afirmação de que é possível identificar uma diferença qualitativa, independentemente das experiências contratas das sociedades, entre a decisão constituinte e a decisão parlamentar cotidiana.

Não que a objeção ao *judicial review* signifique nos críticos uma negação da necessidade de qualquer controle. Para alguns dos autores incluídos na chamada crítica contramajoritária da jurisdição constitucional há uma necessidade de controle, mas que não deve ser feito pelo Judiciário. Mark Tushnet[29] analisa algumas experiências de afirmação da Constituição por instituições não-judiciais, que têm obtido sucesso, e enxerga uma possibilidade em tais experiências de criação de uma confiança popular a legitimá-las. Evidentemente, clama por mais estudos sobre essas instituições não-judiciais que podem acrescer eficácia ao controle da constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review.* Vol 113, Janeiro 2000, n. 3, pp. 632-727.

BAYÓN, Juan. Derechos, democracia y constitución. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s).* Madri: Trotta, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.* Tradução Rafael Serrano. Madri: Trotta, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito.* Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens.* Cambridge: Cambridge, 1984.

_____. *Ulysses unbound.* Cambridge: Cambridge, 2000.

LAPORTA, Francisco. El ámbito de la constitución. *Doxa,* Alicante, n. 24, p. 459-484, 2001.

GARZÓN VELDÉS, Ernesto. Representación y democracia. *Doxa,* Alicante, n. 6, p 143-161, 1989.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge, 1988.

MOREIRA, Vital. Constituição e democracia

na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antônio.. *Constituição e democracia.* São Paulo: Max Limonad, 2001.
PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista Crítica Jurídica.* Curitiba, n. 22, jul/dez 2003.
SUNSTEIN, Cass R. Constitutions and democracies: an epilogue. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge, 1988.
TUSHNET, Mark. Non-judicial review. *Harvard Journal Legislation,* n. 40, n. 2, 2003, pp. 453-492.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça.* São Paulo: Malheiros, 1999
WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação.* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
_____. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Paper apresentado no "Colloquium in Legal and Social Philosophy", da University of College, Londres, em março de 2005.Disponível em <http://www.ucl.ac.uk/spp/download/seminars/0405/Waldron-Judicial.pdf> . Acesso em 10/05/2005.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil.* Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 1999.
ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. Trad. António Cabral de Moncada. 2.ed.- Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1984.

NOTAS

[1] Ernst BÖCKENFÖRDE, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, p. 45.
[2] *Teoria geral do estado,* p. 384.
[3] *Estado de direito*, p.15.
[4] *Estado de direito,* p. 49.
[5] *Estado de Directo*, p. 12.
[6] *Apud* Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil,* p. 23.
[7] Cf. a respeito Gustavo ZAGREBELSKY, *op. Cit.*, p. 40;
[8] *Constitutions and democracies: an epílogue,* p. 327.
[9] Ernesto GARZÓN VELDÉS chama de "coto vedado" a área não passível de discussão pela atividade parlamentar, *Representación y democracia, p. 157.*
[10] Stephen HOLMES, *Pré-commitment and the paradox of democracy,* p. 198.
[11] Cf. *Ulysses and the sirens*.
[12] Juan BAYÓN, *derechos, democracia y constitución,* p. 224. Para uma justificação da analogia em Elster, cf. *Ulysses unbound*, p. 88.
[13] *Manual de direito constitucional, tomo II*, p. 129.
[14] Francisco LAPORTA considera como as formas mais comuns de proteção constitucional contra alterações são o quorum qualificado (que é diferente do exigido para as leis), as "cláusulas de esfriamento" (como a necessidade de mais de um turno de votação) e o plebiscito, *El ámbito de la constitución,*p. 466.
[15] "Toda a discussão americana tradicional entre constitucionalistas e democráticos roda à volta deste ponto, como bem o sabemos. O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático. Constitucionalizar é colocar fora do comércio político, que o mesmo é dizer: fora do alcance da vontade da maioria daquilo que é constitucionalizado" Vital MOREIRA, *Constituição e democracia na experiência portuguesa*, p. 273.
[16] "A imodéstia constituinte dificilmente fica impune e o poder constituinte evolutivo acaba por ser a sanção da imodéstia e da arrogância do poder constituinte, quando ele não é capaz de ousar acima da conjuntura da sua própria época" Vital MOREIRA, *Constituição e democracia na experiência portuguesa,* p. 274.
[17] Samba da "Caprichosos de Pilares", do Rio de Janeiro, para o carnaval de 1987.
[18] "O constituinte de 1987/1988, nesse sentido, teria cometido excessos, constitucionalizando temas que poderiam ter ficado para o legislador ordinário. O fato de a Constituinte não ter realizado seu trabalho a partir de um projeto predeterminado, mas a partir de vinte e quatro subcomissões, criou sérios problemas de sistematização. Essas subcomissões, além de trabalhar isoladamente umas das outras – o que gerou dificuldades em sintonizar todas as perspectivas num documento inicial – também atuaram, em muitos casos, de forma sobreposta. Somado a esse problema técnico, a Constituição foi o resultado de uma determinada conjuntura política em que nenhum dos grupos conseguiu estabelecer hegemonicamente seu projeto político.

Assim, diversos dispositivos constitucionais resultam da força de maiorias meramente eventuais, aglutinadas especialmente para a inserção de um tópico no texto constitucional" Oscar Vilhena VIEIRA, *A constituição e sua reserva de justiça,* p. 133.

[19] Francisco LAPORTA, *El ámbito de la constitución,*p. 474.

[20] Francisco LAPORTA, *El ámbito de la constitución,* p. 482.

[21] Juan BAYÓN, *Derechos, democracia y constitución,* p. 234.

[22] *A dignidade da legislação,* p. 2.

[23] *Levando os direitos a sério,* p. XV.

[24] *The Core of the Case Against Judicial Review,* p.

[25] *A dignidade da legislação,* p.192.

[26] *The new separation of powers,* p. 664.

[27] "The higher law track should be specially designed to identify those rare occasions when a political movement has earned the right to speak for a mobilized and decisive majority on a matter of central political importance. The normal track should instead be designed for use in the more typical case in which such a deep popular mandate does not exist." *The new separation of powers,* p. 664.

[28] Antonio Manuel Peña Freire, *Constitucionalismo garantista y democracia,* p. 44.

[29] *Non-judicial review,* p. 453.