

Jurisdição constitucional procedimentalista

Autor: Carlos Bruno Ferreira da Silva

(Defensor público do Estado do Rio de Janeiro e mestrando em "Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado" na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ)
| Artigo publicado em 08.03.2005 |

Os primórdios da escola alemã bismarckiana de direito público têm como principal mote o entendimento da constituição como uma lei, sendo a única distinção um modelo mais complexo no seu procedimento de reforma. Este "positivismo juspublicista" concebe a aplicação da lei conforme o modelo silogístico e descontextualizado. O ordenamento jurídico é ausente de lacunas, sendo todas as respostas para os problemas jurídicos encontrados na análise do textos positivos. Paul Laband pode ser considerado o grande expoente deste pensamento.

A obra de Kelsen é um levante contra Laband, mas também contra Schmitt e Smend. O Tribunal Constitucional nasceu, na formulação de Kelsen, para coibir o estado da judicatura em Weimar, em que o juiz, como mediador entre o direito e a "consciência jurídica da comunidade", poderia até ditar sentenças contra a lei, mantendo assim o prestígio da lei, por outro lado acossada pelas análises de que o Chefe de Estado era o verdadeiro "guardião da constituição" e depositário da "vontade geral" popular (1).

Neste contexto, a obra de Hans Kelsen surge de forma original concebendo a constituição como fundamento supremo de uma ordem jurídica de formato piramidal. A sua preponderância no sistema justifica a criação de um "Tribunal Constitucional" em que as discrepâncias entre a lei ordinária e a constituição sejam dissipadas na função de um "legislador negativo", sempre somente sob a ótica procedimental ou de competência, já a organização interna do Estado é o único tema próprio às constituições. Para tal, segundo Kelsen, era fundamental o máximo de exatidão de conteúdo na norma constitucional (ausência de cláusulas indeterminadas), sob pena das opiniões políticas dos juízes constitucionais afetarem a autonomia do Parlamento. Mantinha-se, assim, uma concepção positivista do texto da carta magna, sendo seu controle atividade meramente técnico-jurídica. Esta total abstração não negava o momento que o direito deva ser livre criação, levando em conta os interesses em jogo, ao invés de mera reprodução : esta concretude se dá quando o legislador formula as leis frente à constituição e o juiz ordinário diz o direito frente aos fatos que lhe são dados, porém sendo-lhe vedado o controle difuso da constitucionalidade.

A obra de Carl Schmitt serve em muitos aspectos de contraponto e complemento à de Kelsen. Neste há um inegável realce sobre o

caráter inconstituível do poder constituinte do povo, ou seja, não-impossibilidade de exigência de uma forma pré-estabelecida (procedimento de reforma) para a manifestação da vontade da multidão. Sob este mesmo sentido, um regime que deseja auto-intitular-se democrático não pode eximir o “governo pela opinião pública”, a constante consulta à “vontade geral” existente no seio da sociedade.

Também a caracterização da atividade de interpretação da constituição como jurisdicional merece reparos por parte de Schmitt. O cerne do poder do Tribunal Constitucional não está na sua maior capacidade de decifrar os desígnios da constituição, mas sim na irrecorribilidade das suas decisões. Tal faculdade de impor a palavra final no significado do texto constitucional é, no seu entender, atividade eminentemente legislativa.

Pela influência indelével sobre a atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão é inevitável também analisar a contribuição de Rudolph Smend ao debate sobre a função desta corte constitucional. O conceito de “integração” é fundamental em sua obra, e pode ser caracterizado como o processo que constitui e renova a substância espiritual da comunidade, assim garantindo a existência do Estado nesta unidade. A Constituição é o documento que consubstancia estes valores ao unir direitos humanos à conformação do Estado. A função do juiz seria retirar dos debates judiciais a decisão mais “integradora”. Este objetivo maior deve ser buscado mesmo à custa da observância literal da norma, sendo as “constituições abertas” do século XX material ideal, posto que sujeitas a inúmeras possibilidades de prevalecência de diferentes valores.

Estes três autores seminais propõem responder questões que ainda hoje são matérias centrais de um constitucionalismo democrático.

O que norteia a interpretação do texto constitucional? Meramente o texto do poder constituinte originário, onde poderíamos colocar Kelsen e também os “originalistas” americanos. Ou, como nos diz Schmitt, a vontade do povo daquele momento histórico é igualmente fundamental na análise? Deveríamos substituir esta noção de opinião pública schmittiano (que é agregada a figura do presidente da república) por uma referência aos valores culturais da comunidade como em Smend ?

Quais são os limites do “judicial review”? Qual a natureza da função do juiz constitucional? A resposta a pergunta anterior influencia diretamente nestas. Uma opção pela versão “decisionista” de Schmitt ou “integradora” de Smend representa um recebimento de determinados caracteres jusnaturalistas no controle de constitucionalidade que nos fazem intuir a insuficiência da mera

técnica jurídica e, portanto, dificulta a caracterização da função como jurisdicional, que só resiste adotando-se a interpretação restritiva de inconstitucionalidade de Kelsen, já que a “imparcialidade” do julgador é pedra central do pensamento kelseniano no tocante ao distanciamento das disputas políticas, posto que para tal já bastaria o mero acatamento da decisão do parlamento.

Logo, de um lado mantemos a concordância da maioria sob prejuízo da segurança do direito veiculado por normas e princípios. No outro a desvinculação com os contextos éticos-substantivos é o preço a pagar pelo respeito a função estritamente jurisdicional. Como superar tal Cillis e Caribis é o que se propõem os filósofos do direito Peter Häberle e John Hart Ely em sistemas jurídicos muito distintos, mas alcançando soluções deveras semelhantes.

A obra de Ely é construída a partir (e não somente, é importante ressaltar) da sua experiência como “clerk” do juiz Earl Warren na época que a Suprema Corte Americana foi por ele presidida. Foram os anos de 1953 a 1969 e foi o período de maior atuação na história do tribunal constitucional americano, com a consolidação da garantia da defesa dos direitos humanos e sociais. Sua influência se fez sentir ainda sob a presidência seguinte, o chamado Tribunal Burger. As características de seu inegável sucesso, ainda mais em contraposição às decisões originalistas do tribunal na metade do século XIX (cujo exemplar mais notável é o caso Dred Scott – 1857) ou à época da doutrina do “devido processo legal substantivo” (1890-1937), em que, sob a justificativa de utilizar a técnica jurídica da razoabilidade para garantir os direitos fundamentais a suprema corte chegou a um passo do mais escancarado ativismo judicial, são bastantes iluminadoras sobre as respostas que procuramos.

Na sua obra maior, “Democracy and Distrust”, John Hart Ely começa por explicar exatamente os equívocos tanto dos interpretativistas quanto dos que defendem uma hermenêutica mais substancial. Os primeiros (que no Brasil de certa forma são representados pelos defensores de um “princípio da simetria” muito estrito e que nos Estados Unidos tem como principal ícone o prof. Robert Bork) subordinam séculos de gerações à vontade de quem aprovou a constituição. Logo, ao invés de seguir-se o pensamento de Jefferson da constituição ser um patrimônio dos vivos, busca-se ser governado pelos mortos. Além disso esta doutrina não concede uma explicação satisfatória de como fazer a leitura das cláusulas abertas.

Por outro lado os “não interpretativistas” (cujo maior autor é Ronald Dworkin), ao estabelecerem valores substanciais muito fortes no texto constitucional, terminam por exercer função de natureza legislativa, com caráter profundamente antidemocrático, posto que têm autoridade para substituir a vontade do povo através de órgão

não eleito. Qualquer que seja a postura de “preenchimento do significado da norma constitucional” que se filie (valores do juiz, direito natural, razão, tradição, consenso, princípios neutros ou predição do progresso) não há qualquer motivo para supor os juízes possam por si só alcançar tais “verdades” ou que o parlamento não seja mais legítimo para esta procura.

Não há porque continuar a aceitar a tese da relativa inofensividade do judiciário (“least dangerous branch”), diz Ely, quando constatamos a progressiva ingerência nas esferas dos demais poderes (sob pena de crime de “desobediência”) e a ausência de qualquer espécie de controle sobre si próprio. O autopolicimento do Poder Judiciário é necessário para evitar o risco da desmoralização deste fundamental poder.

No entender de Ely, a atividade do Tribunal Warren exatamente adquiriu seu padrão de excelência ao, ao contrário do senso comum, não se pautar por valores substantivos, mas sim em garantir dois enfoques: que todas os pontos de vista tenham sido levados em conta no processo de elaboração das leis e que o direito das minorias sofresse uma análise estrita do porquê estava sendo negado (2). Reforça, portanto, um esquema de atuação mais processualista em detrimento de uma concepção “paternalista” (3) de controle de constitucionalidade em que o jurista protege o povo da irracionalidade do legislador. Suas palavras aqui são categóricas: “se o parlamento não é suficientemente democrático, então o que devemos fazer é reforçar a democracia do Parlamento e não colocar os juízes acima deles por considerá-los mais capazes de interpretar o sentimento popular”. Não por coincidência sua teoria é chamada de “democratic reinforcement”.

Sua leitura da constituição americana a vê como dotada, na sua parte mais ampla e relevante, de uma série de mecanismos que fizeram possível a participação, em condição de igualdade, de todos os interessados na tomada de decisões que lhes afetem (“our constitution has always been substantially concerned with preserving liberty... The principle answers to that are by a quite extensive set of procedural protections, and by a still more elaborate scheme designed to ensure that in the making of substantive choices the decision process will be open to all on something approaching an equal basis, with the decision makers held to a duty to take into account the interests of all those their decisions affect” (4) . A única tarefa jurisdicional adequada à separação de poderes é garantir que estes canais funcionem adequadamente. Então duas grandes qualidades dos juízes reforçam sua predisposição para esta tarefa : a familiaridade com processos e procedimentos e a sua cantada imparcialidade frente ao sistema político.

Ao mesmo tempo, no cenário alemão, outro autor realizava pesquisas similares. Böckenford, ao analisar as correntes de interpretação constitucional na Alemanha do pós-guerra, classifica Häberle como o autor que buscou democratizar o método tópico (“jurisprudência dos problemas”) ao estabelecer um auditório mais amplo do que os juristas especializados na famosa “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”.

O pressuposto central do pensamento häberliano é o reconhecimento de que a indeterminação do texto constitucional só nos admite pensar em “constituição interpretada” (5), em que a idéia de “mutação constitucional” desta hermenêutica conforme a atuação e contribuição dos cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais daquele momento histórico é fundamental.

Neste momento inaugura-se a esfera procedimental na obra de Häberle. Os canais de participação democrática não se reduzem a participação político-eleitoral, mas também através dos processos jurídicos, sociais e institucionais que atualizam continuamente o conteúdo constitucional. O “núcleo duro” substancial da constituição se reduz, portanto, a este mínimo de liberdades que possa permitir a manifestação do pluralismo existente na sociedade (6).

Häberle se posiciona tanto contra os positivistas (representado por Forsthoff) que entendem a interpretação da constituição como esse “bem precioso” restrito a casta dos juristas especializados quanto contra os jusnaturalistas e sua ampla gama de direitos universais e eternos.

Apesar do comum uso do termo “opinião pública” com Carl Schmitt, esta em Häberle é multifacetada, plural e não concentrada no presidente do Reich como na obra do primeiro. O “procedimento” de Häberle é fonte para veiculação de alternativas, de garantir (através primeiramente da liberdade de expressão e do princípio da publicidade) a complexidade das visões analisadas e não se simplificar a tomada de decisão nas nossas sociedades como na teoria de Luhmann.

Assim a Corte Constitucional não tem qualquer valor substantivo que deva preservar, tendo como função ser o órgão garantidor do processo democrático de criação do direito, antes, durante e depois do processo legislativo em si. E, especificamente no “controle de constitucionalidade”, o foco principal será verificar a legitimidade daquela norma que advém da participação e controle de diversos setores da sociedade interessados e, em casos de forte dissenso na comunidade, a solução que será mais “integradora”.

Esta solução de Häberle não visa a tolher a independência judicial, mas tão-somente agregar com igualdade ao procedimento pressões que na vida real o julgador já é inevitavelmente exposto. Só assim a suspeita de politização e de ideologia das decisões judiciais pode ser desfeita pelo suporte da comunidade de cidadãos.

Portanto, em ambos os autores a proteção da voz e do acesso das minorias de hoje e a garantia de um procedimento igualitário (“legitimação do procedimento” e não “através do procedimento”) é constante. No entanto, em Häberle a constituição representa uma ideologia de governo e não só um processo de governo e a perspectiva de atuação do juiz constitucional é de garantir a regularidade da democracia no Estado de Direito como um todo e não só no sistema representativo.

Desta forma observa-se que a rejeição de Peter Häberle na sua concepção procedimentalista aos valores substantivos é muito menor do que a de John Hart Ely, podendo se encontrar na obra do autor germânico uma aproximação da visão de direitos fundamentais como valores vividos por uma sociedade à la Smend que com certeza receberia críticas por parte de Ely. Por outro lado a crítica mais cabal que Ely recebeu no debate americano, por Lawrence Tribe, é exatamente de que por trás de uma concepção procedimentalista “pura” há uma inevitável consideração substancial da amplitude das regras de participação (ex: na aceitação de provas adquiridas por meios ilícitos ou na amplitude do princípio do acesso ao ensino). Logo, talvez as aproximações entre as teorias sejam maiores do que Ely gostaria de reconhecer, conforme a obra de Carlos S. Nino, que ultrapassa os limites deste trabalho, pode demonstrar.

A dogmática dos dois autores supracitados influencia e encontra eco nas obras dos autores “republicanos” mais destacados: Frank Michelman, Cass Sunstein e Philip Pettit. Nestes as condições processuais são elemento prático que traz a confiança de que a esfera pública poderá alcançar o seu potencial comunicativo de entendimento dos cidadãos em prol do bem comum, numa leitura em que este se torna semelhante ao conceito de “princípio da solidariedade” (7) dos nossos mais modernos doutrinadores (8).

Aqui o patriotismo é entendido como antítese do autoritarismo e da opressão, representando conexão com uma identidade cultural e histórica: “como vemos que a civilidade implica tanto a identificação quanto a internacionalização, reconhecemos que a civilidade deve significar identificar-se, por uma boa parte, com a sociedade ou a entidade política considerada como um todo. E uma tal identificação é precisamente aquilo que queremos chamar de patriotismo. Isto corresponde à afirmação feita por Charles Taylor sobre este tema: ‘sinto uma ligação de solidariedade com meus compatriotas em um

empreendimento comum” (9) . É uma nação de cidadãos e não uma mera nação de cultura.

Este complexo cultural preexistente e comum que conforma a comunidade de cidadãos é fundamental para que da discussão se alcance a “melhor” resposta: “persuasive arguments and discussions seem inconceivable without conscious reference by those involved to their mutual and reciprocal awareness of being coparticipants not just of this one debate, but in a more encompassing common life, bearing the imprint of a common past, within and from which the arguments and claims arise and draw their meaning” (10). Tal raciocínio dialógico provoca uma inevitável crítica à figura do juiz (ou órgão judiciário) que acredita ter respostas além da vontade popular, representada no debate americano na obra do jurista Ronald Dworkin: “what is lacking is dialogue. Hercules... is a loner. He is much too heroic. His constructions are monologous. 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. Hercules is just a man, after all. No one man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality” (11).

O “republicanismo renovado” vê o Tribunal Constitucional como o garantidor desta “democracia deliberativa” – “one of the distinctive features of this approach is that the outcome of the legislative process becomes secondary. What is important is whether it is deliberation – undistorted by private power – that gave rise to that outcome” (12). Sob os olhos destes autores o Poder Judiciário ou qualquer outro órgão não pode funcionar como representantes de uma sociedade civil “incapaz” (no sentido do Código Civil) , mas sim servir de canalizador da vontade que ela de alguma forma já tem.

Neste republicanismo não se encontra o elitismo que lhe mereceu tantas críticas. Ao contrário, há o predomínio de uma corrente democrática baseada em Maquiavel, Thomas Jefferson e James Madison que busca assegurar a todos o poder de contestação e não teme a amplitude das modernas repúblicas, desde que criadas as instituições que permitam o debate e o controle (potencial) permanente e se dê publicidade às decisões tomadas. Esta repulsa ao elitismo e a aproximação com a tese liberal da busca em alcançar valores deontológicos (nos princípios universais que fundamentam a participação procedimental) invés de meras concepções particulares de bem os afasta das teses comunistaristas clássicas e os aproxima da “modelo procedimental ” de Jürgen Habermas, especialmente do conceito de patriotismo constitucional, que conforma uma leitura das

normas indissociável da ética político-cultural contingente a um procedimento balizado por princípios universais.

Conclui-se que a adoção oficial de valores nos julgamentos de constitucionalidade não nos permite mais encarar os Tribunais Constitucionais como meramente técnico-jurídico. Estando esta configuração como tribunal superada se propõe que o déficit de democracia nesta deliberação seja superada através da “legitimidade através do procedimento” que se dá quando o juiz adapta sua atuação para garantir em todas as esferas sociais os instrumentos para que todas as opiniões e pontos de vista sejam considerados na escolha das opções numa sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, José Antonio Estévez, *La Constitución como proceso e la desobediência civil*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 1994.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1999.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia : entre a Faticidade e a Validade*, volume I, Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 1997.

MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.), *Democracia e Legitimidade*, Rio de Janeiro, Editora Landy, 2002.

MIRANDA, Daniel Calhman de, *Uma perspectiva da jurisdição constitucional : Democracy and Distrust*, in *Arq. Minist. Just.*, Brasília, 49 (187): 167-182, jan/jul, 1996.

SANCHÍS, Luis Prieto, *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, in *Doxa*, nº 23.

NOTAS DE RODAPÉ

1. Embora seja paradoxal que também os Tribunais Constitucionais atuais da tradição continental sejam acusados de ativismo judicial tendo estes surgidos desta formulação de Kelsen, isto se dá pois no pós-2^a. Guerra estes tribunais abandonaram na prática seu modelo, tendo se inclinado para seguir o “judicial review” da Corte Suprema norte-americana, em virtude do conteúdo aberto das constituições que buscavam preservar, mas também por uma metodologia que renovou o interesse pela resolução dos casos concretos (a “tópica”).

2. Não fundamental para o tema deste trabalho, mas importantíssimo para a obra a obra de Ely é o seu conceito de “presunção de inconstitucionalidade” de certas “leis suspeitas”, especificamente aquelas que estabeleçam distinções em detrimento de grupos que

recebam “hostilidade generalizada” e em prol das pessoas que dominem os órgãos legislativos, assim chamadas “autoemuladoras”.

3. Jürgen Habermas, *Direito e Democracia : entre a Faticidade e a Validade – volume I*, Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 1.997, pág. 329.

4. Jürgen Habermas, *idem*, pág. 327

5. Devemos reconhecer aqui a influência de Konrad Hesse que pioneiramente asseverou que “o teor da norma só se completa no ato interpretativo”. (apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 1.997, p. 439).

6. O conceito de sociedade em Häberle corresponde a “sociedade aberta” de Karl Popper.

7. Constituição Federal, art. 3º, incisos I e III

8. “O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalidade”, em *O Princípio da Solidariedade*, Maria Celina Bodin de Moraes, pág. 176, in *Os Princípios da Constituição de 1988*, Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (org.), Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2.001.

9. Philip Pettit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, p. 260, apud Andre Bertin, *Republicanismo e Motivação Política*, pág. 33 in Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira (orgs.), *Democracia e Legitimidade*, Rio de Janeiro, Editora Landy, 2.002.

10. Frank Michelman, *Law’s Republic*, p. 1513, apud J. Habermas, *op. cit.*, p. 346.

11. Frank Michelman, *The Supreme Court 1985 Term, Foreword : Traces of Self-Government*, em : *Harvard Law Review*, 100, (1986), p. 76 apud J. Habermas, *op. cit.*, p. 278.

12. Cass Sunstein, *Interest Groups in American Public*

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO
- EMAGIS