

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA



Resenha: Emílio Peluso Neder Meyer*
Autor: Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 492 páginas.

O título da obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Jurisdição constitucional democrática*, encerra um paradoxo. Fossem outros os tempos, considerar-se-ia tal fato um problema, uma evidência de ausência de cientificidade. Niklas Luhmann, sociólogo contemporâneo, já teria uma outra visão: é possível perceber os paradoxos de uma forma criativa, como opostos que se constituem reciprocamente¹. Jürgen Habermas, marco teórico da obra em análise, substituiria o termo *paradoxo* por *tensão*, mantendo o mesmo intuito.

Realmente, nenhuma questão tem afligido o Constitucionalismo de uma maneira tão aguda quanto a da devida relação a se estabelecer entre Constituição e democracia. Como compatibilizar um documento que, de antemão, estabelece quais os limites, o *modus faciendi* e que matérias são ou não passíveis de alteração no que respeita à elaboração das leis? A autonomia popular para definir que leis regerão a vida em comum dos participantes de uma comunidade política é ilimitada? Tais perguntas sempre permearam as teorias constitucionais pós-revolucionárias; mas elas ganharam uma nova coloração, como também

* Emílio Peluso Neder Meyer é graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Advogado.

¹ Para tanto, cf. LUHMANN, Niklas. O uso criativo dos paradoxos no direito e na história jurídica: a terceira questão. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto. *Law and Society Review*, n. 15, p. 153-165.

uma maior gravidade, com a consolidação do controle de constitucionalidade das leis. Toda vez que um juiz ou um tribunal declara inconstitucional uma lei, a princípio, está-se afirmando a Constituição em prejuízo das leis aprovadas pela maioria; esse seria o modo de conceber as coisas caso se entendesse o princípio da supremacia constitucional como diametralmente oposto ao princípio da democracia.

O trabalho em voga não comunga desse conceito restrito de tensão. Nele, tal como em Habermas, Constituição e democracia “constituem-se” reciprocamente; nele, não podemos conceber o Estado de direito sem uma democracia radical. Se Kant e Rousseau falharam em tentar relacionar eqüiprimordialmente a autonomia pública e a autonomia privada cidadãos (ou seja, soberania popular e direitos humanos, democracia e Constituição), Jürgen Habermas foi pródigo em justificar tal tensão como opostos que se fazem valer complementarmente². Em sociedades modernas e complexas, os indivíduos não podem mais apelar para um suposto direito natural, ou qualquer outra justificação metafísica, caso queiram regular suas vidas em comum; eles precisam do instrumental do direito positivo, o único capaz de gerar racionalidade, visto que, também, gera liberdade. Ora, o direito só possibilita liberdade na medida em que ele é fruto da vontade daqueles que a ele se submetem. Se a autonomia no direito é fracionada em autonomia pública (direitos de participação na formação da vontade do Estado) e autonomia privada (liberdades de ação individuais) em razão de seu caráter positivo, isso não significa que não haja um nexó interno entre ambas. Dá de barato que só há direito se ele for legitimado pelo princípio democrático; só há democracia caso haja procedimentos autonomamente positivados que a possibilitem.

Assim, o exercício do poder político em sociedades contemporâneas requer legitimação por meio da democracia. Mesmo as mais severas ditaduras do século XX precisaram, ao menos, travestir-se de democracias ou “empunhar” o poder em nome do povo; a justificação pública do governo de George W. Bush para derrubar a longa permanência de Saddam Hussein no Iraque não foi outra. A necessidade de legitimidade e justificação dos atos de quem exerce o poder político cresce na medida em que o Poder Judiciário assume a função anômala de dizer o que, supostamente, o Poder Legislativo esqueceu de obedecer ou simplesmente ignorou. O exercício do controle de constitucionalidade das leis requer uma fundamentação complexa e racional: Álvaro Ricardo de Souza Cruz demonstra, com acuidade, como as teorias adotadas no Brasil a fim de dar curso a tal tarefa são extremamente problemáticas, para dizer o mínimo.

Descartes e seu *cogito* inauguraram uma era de certezas no pensamento ocidental. Nada do que não pudesse ser comprovado “cientificamente” pelas matemáticas, pela física e outras ciências exatas poderia ser chamado de ciência. A divisão procedida por Schleiermacher, entre ciências do espírito e ciências da natureza, gerou uma busca incessante por “portos seguros” mesmo na hermenêutica, como se pode depreender da obra de Dilthey. O ápice dessa jornada pode ser encontrado no positivismo de Comte: a sociedade possuiria suas próprias leis que deveriam ser desvendadas pelo cientista, é dizer, serem descritas por ele.

² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

É certo que o positivismo jurídico não se confunde com o positivismo científico; mas ele compartilha a idéia de que haveria um sentido a ser desvendado, um único sentido que traria certezas às relações entre os membros de uma comunidade regida pelo direito. Está aí a popularidade do positivismo: seja por buscar um único sentido, seja por criar métodos que busquem um sentido aproximado, ele estará sempre atrás de certezas. Numa sociedade complexa como a nossa, talvez não haja nada mais atrativo.

Seguindo as tradições ibéricas, o positivismo se implementou de uma maneira incisiva no pensamento de juristas e operadores do direito. Ele é predominante nas faculdades de Direito, nos tribunais, no exercício da advocacia; é saudado pela maioria das pessoas, já que ele promove o que se costumou chamar de segurança jurídica. O positivismo vê o sistema do direito constituído unicamente por regras (Hart e Kelsen): nos casos difíceis, para os quais não há uma resposta imediata nem na legislação e nem na jurisprudência, o positivismo apresenta a alternativa do uso do poder discricionário do juiz. Segue que o argumento de autoridade assume as vestes de justificação racional das decisões. Não é à toa que o normativismo kelseniano irá indiferenciar qualitativamente o ato legislativo do ato jurisdicional, apenas distinguindo-os no que concerne ao aspecto quantitativo.

Conseqüência disso é a concepção de um tribunal constitucional como legislador negativo. Um legislador negativo que, no Brasil, traria a segurança do fim de decisões díspares a respeito da constitucionalidade das leis. O Supremo Tribunal Federal carregaria o fardo de dizer, de uma só vez, o que é direito abaixo da Constituição, instaurando, a tantas vezes proclamada, segurança jurídica.

Não tardaria muito para que a doutrina e a prática jurídicas brasileiras se apercebessem das insuficiências do positivismo jurídico. Um despertar que já havia ocorrido, no início do século XX, nos Estados Unidos, por meio de teorias como a do *realismo jurídico*, e na Alemanha dos anos de 1950, pela jurisprudência de valores da Corte Constitucional Alemã e seus asseclas, apenas se concretizaria no Brasil após a Constituição de 1988. Enquanto, no século passado, o pensamento ocidental via a alteração do foco da filosofia do sujeito para a filosofia da linguagem, com movimentos como a Escola de Oxford, bem como a ocorrência posterior e mais radical do giro pragmático, a doutrina brasileira ainda tinha muito o que fazer para compensar os anos de aprisionamento à interpretação positivista conceitual. Assim, teorias como as propostas pela jurisprudência de valores, classificadas pelo autor como comunitaristas, passaram a exigir do operador jurídico e, principalmente, do Judiciário que se mostrassem mais sensíveis às mazelas da sociedade brasileira.

Para tanto, havia um caminho. A Constituição viria a ser interpretada como uma ordem concreta de valores, tal como havia proclamado a Corte Constitucional Alemã, cinquenta anos atrás, valores estes realizáveis num grau ótimo por um Judiciário que deve tomar as rédeas da conduta da sociedade no paradigma do Estado democrático de direito. Grande parte da doutrina constitucionalista brasileira prega uma renovação do constitucionalismo, renovação esta influenciada pelo pensamento de autores como Robert Alexy. Teorias extremamente sedutoras, porque transferem um poder ainda maior aos juízes – e o que é

pior, com pretensões de justificação racional –, são incorporadas acriticamente como a superação do arcaico positivismo jurídico. Os autores brasileiros não reconhecem a contradição interna de um pensamento que reconhece o giro lingüístico, mas permanece positivista quando entende que o conflito de princípio será racionalmente resolvido caso se obedeça a um método (o princípio da proporcionalidade). O caráter deontológico do direito é substituído pelo tratamento valorativo de princípios, renovando os padrões normativos do direito. Tal relativização é percebida como uma inovação extremamente saudável, sem se atentar para os perigos que ela suscita.

Talvez não seja tão difícil diagnosticar o problema: em países como o Brasil, de pouca tradição democrática e de instituições pouco participativas, parece que a sociedade atravessa uma fase de imaturidade, na qual é mais proveitoso que um tutor (o Estado e, *in casu*, o Judiciário) nos guie no caminho da emancipação. Tal como demonstra Maus³ em relação à Alemanha, onde o Judiciário assumiu o trono do Imperador outrora deposto, no Brasil o Judiciário se dirige para o mesmo local onde antes figurava (ou ainda figura) o Executivo.

Contra essas duas propostas – de um lado, a positivista e, de outro, a comunitarista – Álvaro Ricardo de Souza Cruz propõe uma compreensão procedimentalista da jurisdição constitucional. O controle de constitucionalidade passa a ser visto não mais como uma legislação negativa em termos de uma composição hierárquica das leis, nem como uma atividade de realização, na maior medida possível, dos valores constitucionais, mas como uma garantia dos direitos fundamentais e do devido processo, de modo que possibilite a autonomia pública e privada em equíprimordialidade dos destinatários das leis e provimentos jurisdicionais. Nesse diapasão, é possível enxergar uma convivência pacífica entre os modelos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, uma vez que eles passam a ser compreendidos, na esteira de uma teoria discursiva do direito, como processos *subjetivos* que demandam a participação de seus destinatários para que se pretendam legítimos.

É nessa perspectiva reconstrutiva da jurisdição constitucional (empreendida ao longo dos capítulos I a V) que o autor analisa todas as inovações trazidas pelas Leis n. 9.756/98, 9.868/99 e 9.882/99 ao controle brasileiro de constitucionalidade das leis. Sem deixar de dedicar uma importante avaliação histórica do Supremo Tribunal Federal (capítulo VI), demonstrando a tradição autocrática do nosso controle, Souza Cruz salienta como institutos da espécie das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade (as chamadas “sentenças intermediárias”), o efeito vinculante, o instituto do *amicus curiae*, a concepção objetiva de processo, entre outros, devem ser reinterpretados para que possam ter uma justificação racional no paradigma do Estado democrático de direito. Todas essas mudanças, comemoradas pela doutrina brasileira, são analisadas sob críticas contundentes, tudo no marco de uma teoria discursiva do direito e da democracia.

³ Cf. MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, São Paulo, p. 183-202, nov. 2000.

Ante as exigências cada vez mais candentes de legitimidade no exercício do poder político, não se pode relegar ao alvedrio e à virtude das pessoas o encargo de conduzir a autonomia de nossa sociedade. No paradigma democrático, como lembra Habermas, a soberania popular ocupa um lugar vazio, descansando em procedimentos. Juízes, tal como cidadãos comuns, devem ser vistos como co-partícipes de uma mesma comunidade de princípios, no sentido dworkiano⁴, que exige deles responsabilidade e reflexão na tomada de decisões. Os juízes devem aplicar um direito instituído autonomamente e, justamente por isso, deontologicamente concebido; cuida-se de um direito que vale para eles também, ontem, hoje e amanhã. O direito é um empreendimento que pede a todos que o tratem coerentemente e à sua melhor luz, ou seja, de acordo com um projeto para o qual todos contribuíram e contribuem diuturnamente, como autores e destinatários. Afinal, o direito não é simplesmente o que os juízes dizem que ele é.

A obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz vem integrar uma escola procedimentalista do direito e da Constituição. Ao lado de autores como José Alfredo de Oliveira Baracho, Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, entre vários outros, o jurista dá sua contribuição na melhor maneira possível de se fazer ciência nos dias atuais: criticamente, mas sabedor dos limites. Nesse diapasão, a academia oferece aquilo que dela se espera em sociedades democráticas. Ela deve contestar e propor novas soluções (sempre provisórias, diga-se), como partícipe que é da mesma comunidade de princípios. *Jurisdição constitucional democrática* cumpre tal desiderato, de uma maneira didática e, ao mesmo tempo, rica, revelando a grandiosidade de um autor que prova conhecer todas as nuances do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição. Trata-se de um livro tanto para iniciados na matéria quanto para profundos conhecedores; em suma, uma das melhores obras relativas ao controle de constitucionalidade à disposição do leitor.

⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.