

# A CONSTITUIÇÃO COMO RESERVA DE JUSTIÇA\*

OSCAR VILHENA VIEIRA

*“Mas muito mais freqüente é os homens serem distraídos de seus principais interesses, mais importantes mas mais longínquos, pela sedução de tentações presentes, embora muitas vezes totalmente insignificantes. Esta fraqueza é incurável na natureza humana”.* David Hume

A teoria da Constituição, que por muito tempo recebeu exclusiva atenção dos juristas<sup>1</sup>, tem sido revisitada, e com bastante freqüência, pelo pensamento político contemporâneo. Elster, por exemplo, utiliza-se de uma passagem da *Odisséia* de Homero<sup>2</sup>, onde Ulisses determina que o amarrem ao mastro de sua embarcação, pois sabe que se estiver livre não resistirá ao canto mortal das sereias, para explicar o papel das constituições nas sociedades democráticas. Com as mãos deliberadamente ata-

\* A expressão “reserva de justiça” tomei emprestada de José Joaquim Gomes Canotilho. Sou imensamente grato aos professores Leda Pereira da Mota, Ana Cândida da Cunha Ferraz, Paulo Sérgio Pinheiro e Gabriel Cohn, pela generosa leitura e comentários que fizeram sobre este texto; aos professores Alejandro Garro e Gerald Neuman, da Universidade de Columbia, e Paul Chevigny, da Universidade de Nova York, agradeço a leitura das versões preliminares deste trabalho. Meu maior agradecimento, no entanto, é à Beatriz, que, além de leitora, não me deixou abandonar este projeto.

<sup>1</sup> Tenho em mente autores como Maurice Hauriou, na França, A. V. Dicey, na Inglaterra, Santi Romano, na Itália, Edward Corwin nos Estados Unidos, e mais recentemente Carl Schmitt, na Alemanha, Kelsen, na Austria, Karl Loewenstein e Carl J. Friedrich (que, embora de origem alemã, desenvolveram suas carreiras nos Estados Unidos) Rui Barbosa, Afonso Arinos de Melo Franco, J. H. Meirelles Teixeira e Paulo Bonavides, no Brasil.

<sup>2</sup> Homero, *Odisséia*. trad. Jaime Bruna. São Paulo, Cultrix, p. 142.

das, Ulisses consegue passar ao largo dos rochedos, ouvir o canto das se-reias, sem, no entanto, a ele sucumbir.<sup>3</sup> Neste mesmo sentido as consti-tuições democráticas atuariam como mecanismos de auto-limitação, ou precomprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas.<sup>4</sup> Ao estabelecer 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 da Constituição, as constituições também funcionariam como proteção contra aquelas inconsistências temporais, protegendo as metas de longo prazo que são constantemente subavaliadas por maiorias ávidas por maximizar os seus interesses imediatos, conforme Hume.<sup>5</sup>

A analogia, como admite o próprio Elster<sup>6</sup>, deve ser tomada com cautela. No caso de Ulisses ocorre uma limitação individual, enquanto no processo constitucional a rigidez imposta pelas decisões consti-tuintes, além de ter um caráter supra-individual, pois é imposta ao conjun-to da sociedade, é também uma limitação às gerações futuras, e não apenas àquela que estabeleceu a Constituição. Também se distingue do modelo de Ulisses na medida em que no processo constituinte a rigidez não funciona como simples auto-limitação, mas também como limitação àquelas cor-rentes que, vencidas no embate constituinte, podem se converter em mai-orias no futuro e alterar o decidido no processo de elaboração da Consti-tuição. No dizer de Carl Schmitt as limitações materiais ao poder de reforma buscam, antes de tudo, fechar a porta aos inimigos derrotados na assembléia constituinte.<sup>7</sup> Assim é que a Constituição Francesa de 1884, ou a brasileira de 1891, definem a República como preceito inalterável, fe-chando as portas aos monarquistas, inimigos da Constituição.

3 O paralelo desta passagem do Livro XII da *Odisséia* de Homero com o constitucionalismo é explorado por Jon Elster em *Ulysses and the Sirens*. Cambridge, Cambridge University Press, 1979; agradeço à professora Maria Hermínia Tavares de Almeida por ter me chamado a atenção para a sua leitura.

4 Jon Elster, "Precommitment and Constitutionalism", Columbia University materials, 1995, 1; Stephen Holmes, "Precommitment and the Paradox of Democracy". in *Passion & Constraint*. Chicago, The University of Chicago Press, 1995.

5 De acordo com Hume os homens sofrem de alguma forma de miopia pela qual sempre preferem a satisfação imediata àquela futura. "Da origem do governo", in *Ensaio morais, políticos e literários*. São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 225; para Elster esta inconsistência temporal se manifesta pois quando os indivíduos planejam seus comportamentos eles tendem a atribuir ao futuro bem-estar um valor presente mais baixo do que o verdadeiro, "Precommitment", *ob. cit.*, p. 13.

6 Para uma auto-crítica da abordagem adotada em *Ulysses and the Sirens*, ver do próprio autor "Ulysses Revisited - Precommitment and Constitutionalism", ainda não publicado, Universidade de Columbia, 1995.

7 Carl Schmitt, "La Revolución legal mundial". *Agora* (Buenos Aires) no. 6, 1997, 132 ss. (Também neste número de *Lua Nova*).

Guardadas estas distinções, a imagem de Ulisses atado ao mastro de sua embarcação, por vontade própria, com a finalidade de se autopreservar, é paradigmática dos sistemas constitucionais democráticos, em que a sociedade, através de um instrumento constitucional rígido, restringe seu próprio poder de decisão, objetivando perpetuar sua liberdade de decidir. Sua autonomia. Nos dois casos a possibilidade de ação por parte do indivíduo ou do corpo político é bloqueada com o objetivo de autopreservação. De acordo como Stephen Holmes as limitações criadas pelo constitucionalismo são habilitadoras e emancipatórias.<sup>8</sup>

Esta possibilidade de auto-limitação e de restrição da vontade majoritária das gerações futuras é, no entanto, muito problemática se vista da perspectiva da teoria democrática, mais especificamente das teorias democráticas procedimentais ou majoritárias. Para essas correntes a democracia “é um sistema de governo da maioria que não impõe restrições à substância dos resultados sancionados pelo eleitorado, com exceção daquelas que são exigidas pelo próprio procedimento democrático de governo popular.”<sup>9</sup> Assim toda a pretensão de se controlar os resultados produzidos pelo procedimento democrático, que extrapole a defesa dos requisitos mínimos para o funcionamento da democracia, será espúria e injustificável. Para os liberais, em sentido oposto, a invenção constitucional como mecanismo de precomprometimento é absolutamente justificável, pois é um excelente mecanismo para a proteção de direitos, aos quais o procedimento democrático deve se submeter. Inscrevendo os direitos nas constituições, esses são colocados a salvo das paixões e irracionalidade das massas. O problema é saber que direitos são esses. São direitos naturais transcendentes e portanto devem ser respeitados por emanarem de uma ordem superior, ou simples direitos positivos, colocados pelos próprios homens? Caso se compreenda que os direitos são fruto da construção humana, a questão da legitimidade da fonte produtora desses direitos, como a de sua justiça intrínseca, se colocam de forma obrigatória. Sem uma justificativa plausível não há porque obedecer. Com a crise do direito natural, e, portanto, a dificuldade de se estabelecer um critério independente de justiça, dificilmente se pode predeterminar a justiça de um preceito jurídico, sem que se incorra em uma escolha arbitrária. É nesse ponto que o procedimento democrático, como mecanismo para a tomada de decisões coletivas, exerce uma função justificadora fundamental. Isto porque a democracia é a única forma de governo, até hoje encontrada, capaz de dar igual tratamento aos indivíduos no momento de estabelecer uma regra que a todos obrigará.

<sup>8</sup> Ver Stephen Holmes, *ob. cit.*, p. 134 ss.

<sup>9</sup> Amy Gutmann, “A desarmonia da democracia”. *Lua Nova*, no. 36, 1995, p. 8.

Para Robert Dahl, toda vez que se busca justificar a democracia se retoma uma presunção moral básica “denominada idéia intrínseca de igualdade.”<sup>10</sup> Além de iguais os “indivíduos adultos são, em geral, os melhores juizes dos seus interesses”. Dai a necessidade de que o governo dê igual consideração aos interesses de cada um na formação da vontade coletiva. A igualdade e a autonomia só se realizam num sistema em que cada um seja governado por uma vontade da qual participe. Se o princípio fundante da democracia é a igualdade e autonomia de todos, qualquer mecanismo que suspenda uma decisão decorrente do processo de deliberação majoritária será, a priori, inaceitável. Caso se assuma que todos são iguais, não há como se justificar que um grupo de sábios possa julgar e substituir a vontade da maioria pela sua própria vontade, pois o mecanismo mais capaz de realizar um procedimento decisório que dê igual valor a todos é a regra da maioria. Ao somar as vontades individuais, atribuindo-lhes igual valor, a decisão a ser tomada é aquela que corresponde à vontade do maior número.

Dessa perspectiva apenas aquelas expressões da vontade da maioria que violem os próprios fundamentos ou procedimentos da democracia é que podem ser legitimamente bloqueadas. Qualquer tentativa de controlar decisões substantivas, que não estejam estritamente ligadas com a estrutura da democracia será considerada ingerência ilegítima no procedimento democrático. As constituições rígidas, principalmente aquelas que dispõem de um controle jurisdicional da constitucionalidade, e que portanto autorizam que autoridades não eleitas bloqueiem decisões tomadas pelos representantes dos cidadãos, constituem autênticos mecanismos anti-majoritários. Dai as tensões entre constitucionalismo, que privilegia a proteção de direitos, e democracia, que enfatiza a regra da maioria.

## CLÁUSULAS SUPER-CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA

Esse paradoxo decorrente das relações entre constitucionalismo e democracia torna-se ainda mais agudo com o estabelecimento pelas constituições contemporâneas de cláusulas super-constitucionais. Estas não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis, pois diferentemente das demais cláusulas constitucionais não podem ser alteradas<sup>11</sup> ou abolidas<sup>12</sup>, sequer por um procedimento qualificado. Este fenômeno da adoção de limitações ma-

<sup>10</sup> Robert Dahl, *Democracy and its Critics*. New Haven, Yale University Press, 1989, p. 85.

<sup>11</sup> Conforme a formulação dada pelo art. 79 (3) da Lei Fundamental de Bonn.

<sup>12</sup> Conforme formulação dada pelo art. 60, para. 4o., IV. da Constituição Federal de 1988.

teriais ao poder de reforma da Constituição, embora não seja uma novidade, sofreu uma expansão após a segunda Grande Guerra. Tradicionalmente diversas constituições estabeleciam a intangibilidade de certos aspectos estruturantes do sistema político, como a forma republicana ou federativa.<sup>12</sup> Na própria história constitucional brasileira, a partir da proclamação da República, encontraremos esse tipo de vedação constitucional expressa, impedindo a alteração das formas republicana e federativa.<sup>13</sup> Essas “cláusulas pétreas” tinham caráter estático, voltado a impedir a supressão da estrutura básica pelo qual o poder deveria ser exercido.<sup>14</sup> As atuais limitações materiais ao poder de emenda têm um caráter mais dinâmico e são passíveis de defesa por intermédio do Judiciário. Além da proteção da estrutura central do poder contra uma total ruptura, buscam impedir que mudanças constitucionais “normais” gerem uma erosão dos princípios e valores básicos da Constituição. A partir da Lei Fundamental de Bonn, não protegem apenas a integridade do Estado, mas também os direitos fundamentais, o Estado de direito e a democracia. Passam assim a ter uma função *ex-parte populi*.

Estas mudanças ocorreram em primeiro lugar na Alemanha por motivos óbvios. Foi lá que a erosão do direito natural e do constitucionalismo liberal e a desformalização<sup>15</sup> do direito levaram a efeitos mais catastróficos.<sup>16</sup> Naquele país a hegemonia do positivismo jurídico afastou

<sup>13</sup> Para uma análise das tradicionais cláusulas pétreas ver Carl Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, V. I, p. 295 ss.

<sup>14</sup> Sua validade é questionada por alguns autores que, como Loewenstein, vêem pouca utilidade nestas cláusulas em momentos de normalidade e sua total fragilidade em momentos de crise. Em suas palavras “Na América Ibérica quando um presidente quer se fazer ditador, simplesmente anula a Constituição por um golpe de Estado...”, *Teoria de La Constitución*. Barcelona, Ed. Ariel, 1983, 216 e ss. Este tipo de argumento, no entanto, questiona não apenas a utilidade de cláusulas pétreas, mas da própria Constituição e do direito em geral, pois a princípio, nenhum mecanismo por si garante a eficácia do direito constitucional. Esta decorre de uma construção da sociedade e de sua própria legitimidade.

<sup>15</sup> Falo de desformalização do direito no sentido emprestado por Max Weber, como transformação das características internas do direito voltadas a atender as demandas do estado de bem estar e sua legislação dirigista e regulamentadora, fundamentalmente importa a perda da forma básica da lei, que é seu caráter de abstração e generalidade. *Economia y Sociedad*. México, Fondo de Cultura, 1984, 639-660; Para uma interessante análise do conceito de lei como normatização geral e abstrata ver Giovanni Sartori, *Teoria de la Democracia*. Madrid, Alianza Universidad, 1987, capítulo XI, especificamente “La supremacia de la lei en Rousseau”.

<sup>16</sup> Nos Estados Unidos a erosão da idéia de direitos naturais e a desformalização do direito simplesmente abriram espaço para o surgimento do estado de bem estar. A crítica do Justice Holmes e dos realistas demonstrou que sob a capa de direitos naturais a Suprema Corte e as demais instâncias do judiciário estavam na realidade defendendo a doutrina econômica do *laissez-faire*.

por definitivo substância e forma, moral e direito<sup>17</sup>, deixando um fértil solo para a erosão da Constituição de Weimar pelos decretos de Hitler. Esta ruptura dos paradigmas jusnaturalistas, embora sem conseqüências tão dramáticas como as da Alemanha, difunde-se por todo o mundo ocidental. Nos países de tradição românica, sobrepôs-se ao jusnaturalismo liberal o positivismo formalista, de matriz kelseniana, enquanto nos países de fala inglesa é o utilitarismo de Bentham e Mill que passou a exercer maior influência no mundo do direito.

As barbáries dos totalitarismos, onde o direito foi transfigurado em um mero mecanismo de organização e imposição da força, alertam para a necessidade de se reconstruir o sistema jurídico a partir de um conteúdo ético mais sólido. No entanto, as dificuldades teóricas de se conceber uma doutrina meta-jurídica, que substituísse o velho direito natural, estabelecendo um conjunto de princípios e direitos supra-constitucionais que não mais deixasse o direito constitucional perigosamente “pairando sobre si próprio”, levaram os legisladores constitucionais de Bonn a delinear uma ordem super e também supra-constitucional na própria Constituição. Isto se deu na esfera positiva pela proteção oferecida às chamadas cláusulas intangíveis pelo art. 79 (3) e pela abertura constitucional às idéias de inalienabilidade dos direitos humanos. Na esfera supra-constitucional impôs-se a submissão dos poderes do Estado à “justiça” (art. 20 (3) ), garantindo-se também o direito de resistência (art. 20 (4)). Tem-se assim um processo de substantivação do direito constitucional, passando a legitimidade da produção legislativa, assim como da reforma da Constituição, a estarem vinculadas não somente à realização de um procedimento<sup>18</sup>, mas à submissão a um direito com conteúdo ético, que busca seu fundamento nos direitos humanos, no direito natural e nos princípios do Estado de direito e da separação dos poderes.

<sup>17</sup> Para uma abordagem filosófica deste processo de mudança dos paradigmas da cultura jurídica que precederam o nazismo ver Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos, Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, Cia. da Letras, 1988, particularmente a Parte I.

<sup>18</sup> Daí falar-se de legitimação pelo procedimento, pois esgotadas as possibilidades legitimadoras do direito natural enquanto discurso dotado de verdade, surge a proposição de um direito que se legitima circularmente, ou seja, retira a sua legitimação dos procedimentos por ele estabelecidos, da sua racionalidade interna; partilham desta forma de pensar o direito aberta por Weber as diversas correntes positivistas, utilizando-se cada uma delas de diferentes mecanismos: para Hans Kelsen a “norma hipotética fundamental”, para H.L.A. Hart a “regra de reconhecimento”, ou ainda para Niklas Luhmann a “legitimação pelo procedimento”.

## A SUPER-CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Brasil um amplo grupo de cláusulas super-constitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do Texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos, por força do artigo 60, parágrafo 4o., IV da Constituição, constitui uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas super-constitucionais, foram sistemática e institucionalmente violados. A adoção dessas cláusulas limitadoras do poder de reforma também parece corresponder a uma alteração do próprio modelo constitucional adotado em 1988. A Constituição de 1988 é uma das representantes mais típicas do constitucionalismo “dirigista”<sup>19</sup> ou de caráter social, que se iniciou com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Diferentemente das constituições liberais, que buscavam limitar o Estado assegurando o maior espaço de liberdade para o mercado, as constituições sociais organizam um Estado que visa promover<sup>20</sup> o bem estar da sociedade, sendo, portanto necessariamente mais amplas do que as constituições liberais clássicas.

Formulada num ambiente democrático, sob a influência de uma participação social jamais vista na história legislativa e constitucional brasileira, a Constituição de 1988 foi também impregnada pelo corporativismo da política brasileira. Constituiu-se a partir de um compromisso entre os diversos setores da sociedade e do Estado que detinham poder naquele momento. Porém, ao invés de um compromisso em torno de regras fundamentais sobre os parâmetros sob os quais se deveria desenvolver o sistema político, deu-se um compromisso maximizador, no qual cada setor organizado da sociedade, através de um largo processo de barganha, alcançou a constitucionalização de interesses e demandas substantivas. Assim, ao lado de uma atualizadíssima carta de direitos e de uma ambígua distribuição vertical e horizontal dos poderes, o legislador de 1988 constitucionalizou diversos temas que não pertenciam tradicionalmente aos corpos constitucionais, mesmo que se tenha em mente constituições de Estados sociais. Constitucionalizou-se, por exemplo, a tipificação de crimes, o sistema tributário nacional, os interesses de diversas corporações, um detalhado sistema de previdência, etc. A inflação constituinte, que ampliou a inclusão de matérias típicas de legislação ordinária no texto constitucional, colocando-as no mesmo patamar hierárquico que os temas mais es-

<sup>19</sup> Para um profundo estudo do tema ver José J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, Coimbra., 1982.

<sup>20</sup> Para a função promocional do direito ver Noberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*. Milão, Ed. di Comunità, 1977.

senciais, como os direitos fundamentais, a organização do Estado de direito e a democracia, além de banalizar esses princípios e valores, deu à Constituição um alto grau de detalhamento.<sup>21</sup> Para que o rápido envelhecimento dessa Constituição, conseqüência necessária de sua prolixidade, não a inviabilizasse a cada mudança no contexto político e econômico, o constituinte de 1988 estabeleceu um processo extremamente simplificado para a reforma constitucional. Isto deixaria os elementos fundamentais da Constituição numa posição ainda mais frágil. Neste sentido o estabelecimento de um grupo mais amplo e dinâmico de cláusulas super-constitucionais, inalteráveis, favorece a formação de um *core* material da Constituição dentro do longo documento constitucional formal. Tendo a Constituição formal se flexibilizado, as cláusulas super-constitucionais vieram estabelecer uma outra barreira, esta mais alta, ao processo ordinário de reforma.<sup>22</sup> Destinadas à salvaguarda de valores nucleares e fundamentais da Constituição, as cláusulas super-constitucionais também servem como princípios que auxiliam a interpretação constitucional, suprimindo as dificuldades e tensões impostas pela desformalização do direito constitucional, que acompanham a implementação de uma Constituição tão vasta como a brasileira. Tem-se desta maneira um constitucionalismo social desformalizado, em que impera uma cultura jurídica positivista, porém submetido a regras super-constitucionais que pretendem assegurar a intangibilidade dos valores ético/constitucionais fundamentais.

Um constitucionalismo fortalecido por dispositivos super-constitucionais, como os inscritos no texto de 1988, pode servir como proteção contra paixões daqueles envolvidos pelo canto mítico das se-reias<sup>23</sup> ou simples inconsistências temporais, a que estamos todos sujeitos. Porém, caso esses dispositivos super-constitucionais sejam mal formulados, compreendidos ou interpretados, poderão servir como barreira intransponível às decisões majoritárias, protegendo privilégios ou instituições incompatíveis com as necessidades impostas por uma história em constante fluxo. Nesse sentido o constitucionalismo torna-se um instrumento antagônico à democracia. Este dilema clássico da teoria política, entre democracia e constitucionalismo, entre procedimento e valores, entre

<sup>21</sup> Como nota Carlos Ari Sundfeld, este detalhamento justifica-se na medida em que havia, e não sem motivos, uma grande desconfiança no legislador comum e nos demais poderes, como órgão encarregados de aplicar a Constituição, assim restringir ao máximo o espaço de discricionariedade dos órgãos constituídos.

<sup>22</sup> Ordinário aqui inclui o processo de reforma constitucional por intermédio de emenda.

<sup>23</sup> De acordo com a proposição de Hayek, aqui não acatada, a Constituição seria "Pedro sóbrio", enquanto a maioria seria "Pedro bêbado". *Os Fundamentos da Liberdade*. Brasília, Universidade de Brasília, 1983.

regra da maioria e direitos, é o que pretendo explorar nesse ensaio. O argumento fundamental desse trabalho é que se as limitações materiais ao poder de reforma derem proteção especial a direitos, princípios e instituições que além de essenciais à formação de uma vontade democrática constituam uma verdadeira reserva de justiça constitucional, não se colocarão como uma afronta à democracia. Ao retirar do âmbito de deliberação majoritária aqueles direitos, princípios e instituições que constituem a reserva de justiça da Constituição, as cláusulas super-rígidas se transformam em legítimo instrumento de preservação da democracia, paradoxalmente, ao limitá-la. Como na *Odisséia* de Homero, esses mecanismos de auto-limitação e precomprometimento, se bem construídos, interpretados e aplicados, poderão favorecer a continuidade da jornada.<sup>24</sup> O problema é determinar, racionalmente, que direitos, princípios e instituições são estes.

## A CONSTITUIÇÃO E SUA RESERVA DE JUSTIÇA

De acordo com Habermas, a proposição de Weber de que o direito moderno seria fruto de uma racionalização autônoma, moralmente neutra, e que constituiria a base de sua própria legitimidade, não se realizou por completo.<sup>25</sup> Desta forma, se as constituições pretendem ser válidas, devem ser intrinsecamente boas, funcionando como “reserva de justiça” para os sistemas político e jurídico que organizam. Assim: “o critério de legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com ‘as idéias de justiça’ radicadas na comunidade. Poderia talvez dizer-se que o fundamento de validade da Constituição (=legitimidade) é a dignidade de seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua ‘bondade intrínseca’.”<sup>26</sup> Isso não significa, no entanto, que para se fundamentar eticamente o direito deva-se fazer um retorno ao velho direito natural - em qualquer de suas diversas matizes. As propostas absolutas das teorias substantivas do direito natural, com suas demandas universalmente obrigatórias, são demasiado fortes, ao ver da filosofia contemporânea<sup>27</sup>, para regular sociedades pluralistas, onde há várias pretensões ao estabelecimento de verdades morais, que embora conflu-

<sup>24</sup> Para uma análise das restrições do constitucionalismo como mecanismos que habilitam e fortalecem a democracia, ver Stephen Holmes, *ob. cit.*, 1997.

<sup>25</sup> Jürgen Habermas, “Derecho y Moral”, in David Sobrevilla (org) *El Derecho, la Política y la Moral*. México, Siglo Veintiuno Ed., 1991, p. 37.

<sup>26</sup> José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra, 1993, p. 111.

<sup>27</sup>*idem*, 36.

tantes não podem ser excluídas.<sup>28</sup> A legitimidade do direito tem que ser buscada, antes de mais nada, em teorias éticas procedimentais.

A Teoria da Justiça de John Rawls foi, certamente, o esforço mais significativo da teoria política contemporânea para superar as inconsistências do direito natural, com suas cargas valorativas de difícil justificação numa sociedade pluralista e democrática sem, no entanto, abrir mão da necessidade de se estabelecer princípios de justiça que informem a organização e cooperação dos indivíduos em sociedade. Afasta-se, assim, tanto dos jusnaturalistas modernos, que desenvolvem suas teorias a partir de valores preconcebidos, como dos relativistas, que negam a possibilidade do estabelecimento de preceitos morais dotados de validade e assumem uma postura puramente decisionista. Os adversários primordiais de Rawls, no entanto, são os utilitaristas, que vêem justificativas para decisões morais apenas no princípio da maximização da felicidade para o maior número.<sup>29</sup> Essa alternativa é descartada por Rawls, para quem “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem estar da sociedade pode sobrepujar.”<sup>30</sup>

Num trabalho que pretende explorar os problemas concernentes à adoção de cláusulas constitucionais que não podem ser alteradas por emenda à Constituição, o pensamento de Rawls é provocador. Pois se as cláusulas super-constitucionais são uma limitação à democracia, elas precisam de uma justificação muito forte se pretendem se legitimar. Não havendo mais condições de fundar essa legitimidade num direito transcendente, e não se aceitando os riscos do decisionismo relativista ou utilitarista, necessário se faz buscar numa teoria procedimental da justiça, como a de Rawls, os fundamentos de uma ordem constitucional justa e por consequência os elementos constitucionais que poderiam se constituir legitimamente como obstáculos ao poder constituinte reformador.

Para Rawls o estabelecimento de padrões morais deve decorrer de uma construção racional e não de uma pressuposição, como na teoria naturalista. Assim, sua Teoria da Justiça empenha-se nesse processo construtivo. Antes de mais nada é necessário salientar que a empreitada de Rawls limita-se a uma esfera experimental e abstrata que permita a elaboração racional de dispositivos morais. Assim como Locke ou Rousseau, Rawls não pretende que as operações por ele descritas para o estabelecimento dos princípios de

<sup>28</sup> John Rawls, “The Idea of Overlapping Consensus”. in *Political Liberalism*. New York, Columbia University Press, 1993, p. 135.

<sup>29</sup> Para uma precisa análise da obra de Rawls ver Alvaro de Vita. *Justiça liberal*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993, e do mesmo autor “A tarefa prática da filosofia política de John Rawls”, *Lua Nova*, 25, São Paulo, 1992.

<sup>30</sup> John Rawls, *Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University press, 1971, p. 3.

justiça tenham existido ou venham a existir. Rawls pressupõe uma sociedade bem ordenada, que possibilite a identidade de interesses e cooperação social, entre cidadãos livres e iguais, que faça a vida melhor do que se cada um vivesse separadamente; essa sociedade bem ordenada está unida a partir de princípios morais básicos. Há porém conflitos de interesses nessa sociedade, posto que as pessoas não são indiferentes sobre de que forma deve-se distribuir os benefícios decorrentes da colaboração entre os indivíduos. Assim necessita-se de um conjunto de princípios de justiça que satisfaça os participantes.<sup>31</sup> São esses princípios, que irão definir a estrutura básica da sociedade, que a Teoria da Justiça busca apresentar.

Rawls utiliza-se do modelo contratual para demonstrar de que forma é possível alcançar esses princípios de justiça sem a necessidade de uma metafísica. Sua função é o estabelecimento de uma situação especial onde os indivíduos sejam capazes de fazer julgamentos morais imparciais, ou seja, em que tenham a capacidade não só de “ter uma concepção de seu próprio bem” como também de pensar e respeitar as concepções alheias de bem.<sup>32</sup> Para alcançar seu objetivo Rawls desenha um procedimento que sendo equitativo (*fair*) em sua estrutura irá produzir resultados sempre justos. Trata-se portanto de um modelo procedimental de justiça. Não podendo contar com critérios independentes de justiça, como os oferecidos pelo direito natural, para avaliar se os resultados são justos, Rawls busca estabelecer um procedimento onde os resultados sejam necessariamente justos, em função da justiça do próprio procedimento.

No primeiro estágio desse procedimento, que denomina “posição original”, indivíduos racionais estão separados do mundo real por um “véu de ignorância”, pelo qual ficam destituídos da capacidade de pensar estrategicamente sobre o resultado das decisões que estão tomando. Não sabendo sua condição social, religião, gênero, habilidades intelectuais ou físicas na sociedade que estão organizando, não serão capazes de prever se as decisões tomadas lhes serão benéficas ou não. Devem portanto deliberar e decidir sobre os princípios de justiça que irão organizar a estrutura da sociedade independentemente de seus interesses particulares. Nessa posição irão escolher os princípios de justiça de forma absolutamente imparcial, pois não sabendo qual a sua futura inserção na sociedade que estão estruturando, irão racionalmente buscar estabelecer um ambiente que não lhes seja desfavorável, caso estejam numa posição social e econômica menos privilegiada, ou pertençam a uma minoria discriminada.

<sup>31</sup> *idem*, p. 4.

<sup>32</sup> De Vita. *ob cit.*, 1992, p. 10.

Decidindo nesse ambiente artificial, agentes racionais, que buscam maximizar seus interesses e minimizar suas perdas<sup>33</sup>, escolheriam, ao ver de Rawls, os seguintes princípios de justiça: 1) “cada pessoa deve ter igual direito a mais ampla liberdade compatível com a liberdade dos demais”. Como salienta Fletcher, essa é uma outra maneira de expressar o princípio kantiano de que cada pessoa deve gozar de máxima liberdade, de forma que “a escolha de um possa se unir a escolha de outro de acordo com a lei universal da liberdade.”<sup>34</sup> Sob o véu de ignorância indivíduos racionais escolheriam ter suas liberdades maximizadas, porém de forma igualitária, pois ninguém correria o risco de ficar em desvantagem de direitos em relação aos demais. O segundo princípio a ser escolhido por aqueles que se encontram na posição original refere-se a distribuição. Conforme a formulação de Rawls as 2) “desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de forma que ambas correspondam (a) a uma razoável expectativa de que a todos beneficiarão, e (b) que sejam ligadas a posições e postos abertos à todos.”<sup>35</sup> Por intermédio do “princípio da diferença” Rawls busca corrigir os problemas de um igualitarismo que não se beneficie dos incentivos provocados pela desigualdade. De acordo com o “princípio da diferença” a desigualdade será admitida, desde que beneficie os menos favorecidos. Dessa forma, permitir que um médico/cientista receba mais do que os demais, pode ser um incentivo para que ele descubra a cura de várias doenças que afetam muitas pessoas. Nesse caso qualquer pessoa na posição original deveria racionalmente optar por estabelecer esses incentivos, pois caso ele contraia uma doença pretenderá ter o melhor tratamento possível.<sup>36</sup> Por intermédio do “princípio da diferença” Rawls busca minorar os efeitos de todas as diferenças a que as pessoas estão arbitrariamente submetidas, como diferenças quanto a recursos, educação, talento, inteligência, origem familiar, etc. Os mais talentosos seriam assim estimulados a produzir bens e conhecimentos que pudessem ser utilizados em favor dos menos favorecidos. Por fim, as posições que poderiam receber uma maior alocação de recursos, pois melhorariam a vida dos menos favorecidos, estariam abertas a todos.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Rawls utiliza-se aqui do chamado princípio *maximin*, que é familiar a partir da teoria dos jogos, ao explicar o que se deve entender por parte justa em relação aos resultados de qualquer empreendimento cooperativo. (...) Convém jogar de forma a minimizar as perdas máximas, ou maximizar os ganhos mínimos ..., Alan Ryan, “John Rawls”. in Quentin Skinner (org.) *As Ciências humanas e seus grandes pensadores*. Lisboa, Publicações Don Quixote, 1992, 141.

<sup>34</sup> Fletcher, *ob. cit.*, p. 136.

<sup>35</sup> John Rawls, 1971, p. 60.

<sup>36</sup> Há uma larga bibliografia crítica a presunção de Rawls de que na posição original os agentes racionais efetivamente escolheriam os dois princípios que Rawls entende que escolheriam. Esta discussão porém não é relevante para esse trabalho. Remeto para Alan Ryan, *ob. cit.*, 140 ss.

<sup>37</sup> Para uma análise crítica das conseqüências da adoção do “princípio da diferença” ver Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*. Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 70 ss.

Independentemente do acerto ou não de Rawls no estabelecimento desses dois princípios de justiça acima descritos, a importância de sua obra foi restabelecer a possibilidade de se discutir eticamente, numa época dominada pelo ceticismo e pelo relativismo, critérios independentes de justiça que devem informar a Constituição de uma dada sociedade. Como numa sociedade pluralista os indivíduos tendem a discordar sobre as decisões que vinculam a todos, principalmente quando afetam seus interesses, necessário se faz o estabelecimento de um procedimento justo para a tomada de decisões coletivas. Começa aqui a segunda etapa da teoria de Rawls.

Após a adoção dos princípios de justiça na posição original, as pessoas se voltam para o processo de elaboração da Constituição. “Aqui eles devem decidir sobre a justiça das fórmulas políticas e escolher uma Constituição...Submetidos aos limites dos princípios de justiça já escolhidos, eles devem desenhar um sistema para os poderes constitucionais do governo e os direitos básicos dos cidadãos.”<sup>38</sup> Trata-se de um momento ainda artificial, em que o véu da ignorância foi apenas parcialmente levantado, e as pessoas continuam a desconhecer suas características pessoais ou econômicas, tendo informações exclusivamente gerais sobre o nível cultural e econômico da sociedade, e logicamente sobre os dois princípios de justiça. Nessas circunstâncias os indivíduos estarão melhor habilitados para escolher a Constituição mais adequada à produção de uma legislação justa e efetiva. Porém como não há possibilidade, ao menos no nível da política, de estabelecer um mecanismo que sempre produza resultados justos, necessário se faz utilizar os princípios da justiça não apenas para que se desenhe um procedimento o mais justo possível, mas também utilizá-los para corrigir resultados eventualmente não substantivamente justos, decorrentes do procedimento adotado. Assim, a partir dos princípios da justiça seria estabelecida uma Constituição, que albergaria procedimentos justos para a tomada de decisão e elementos substantivos para o controle de eventuais resultados injustos decorrentes de seus procedimentos. “Idealmente uma Constituição justa seria um arranjo procedimental justo que garantiria um resultado justo. O procedimento seria o processo político governado pela Constituição, o resultado o corpo de legislação adotada, enquanto os princípios iriam definir um critério independente tanto para o procedimento quanto para a legislação”<sup>39</sup>

Para se compreender a teoria constitucional de Rawls é importante notar que o autor estabelece uma hierarquia entre os dois princípios, sendo certo que a Constituição abriga o primeiro e a legis-

<sup>38</sup> Rawls, 1971, pp. 196-197.

<sup>39</sup> *idem*, p. 197.

lação se responsabiliza pelo segundo. “[O] primeiro princípio da igual liberdade é o parâmetro primário para o poder constituinte. Suas exigências principais são de que as liberdades fundamentais das pessoas e liberdade de consciência e liberdade de pensamento sejam protegidas e que o processo político como um todo seja um procedimento justo. Assim a Constituição estabelece um *status* comum seguro de cidadania igualitária e realiza justiça política. O segundo princípio entra em jogo no estágio legislativo. Dita as políticas sociais e econômicas sendo voltado a maximizar as expectativas de longo-termo dos menos favorecidos sob as condições de igualdade de oportunidade, submetido à manutenção das liberdades iguais.”<sup>40</sup>

Os estágios acima descritos são parte de uma teoria e não uma constatação de como delegados constituintes e legisladores efetivamente agem. O próprio Rawls reconhece que os parâmetros aferidos por sua Teoria da Justiça são muito abstratos, o que não deve ser visto como um defeito, pois a finalidade de sua teoria é apontar com mais agudeza “os mais graves erros que uma sociedade deveria evitar”<sup>41</sup> na conformação de suas regras básicas de convivência. Não é um programa de ação mas apenas uma teoria que auxilia a pensar a questão da justiça na Constituição.

Rawls busca reduzir esse grau de abstração e pretensão de estabelecer uma teoria geral de justiça em diversos trabalhos posteriores, compilados em *Political Liberalism*, que respondem às críticas e vastos debates que sucederam da publicação da *Teoria da Justiça*. O primeiro passo de Rawls é rever a idéia de sociedade bem ordenada. A sociedade bem ordenada onde os indivíduos partilham de valores morais básicos, não parece possível a luz das sociedades democráticas e pluralistas existentes, onde distintas visões razoáveis e concorrentes do mundo convivem. O que mantém essas sociedades unidas, portanto, não é uma visão moral unificada, mas a adesão a uma concepção política de justiça, que pode e é feita a partir das diversas visões de mundo. Trata-se da adoção de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*) de doutrinas compreensivas razoáveis. “Nesse consenso, as doutrinas razoáveis endossam a concepção política, cada uma de seu próprio ponto de vista. A unidade social é fundada num consenso sobre a concepção política; e a estabilidade é possível quando as doutrinas que compõem o consenso são afirmadas pelos cidadãos ativos da sociedade e as exigências de justiça não estão em muito conflito com os in-

<sup>40</sup> *idem*, p. 199.

<sup>41</sup> *idem*, p. 201.

teresses essenciais dos cidadãos organizados e encorajados pelos seus arranjos sociais.”<sup>42</sup>

Os regimes constitucionais devem ser analisados a partir de dois pressupostos: em primeiro lugar é necessário constatar que entramos para a sociedade por um ato involuntário; em segundo, o poder político se organiza a partir da coerção. A distinção dos regimes constitucionais democráticos é que as ações do Estado são uma representação da ação de cidadãos iguais, portanto do poder do público. Inerente à discussão dos regimes constitucionais está colocada a questão da demanda por legitimidade.

O exercício do “poder político é inteiramente próprio apenas quando é exercido de acordo com uma Constituição cujos fundamentos (*essentials*) pode-se esperar de que todos os cidadãos como livres e iguais possam endossar à luz dos princípios e ideais aceitáveis à sua razão comum. Esse é o princípio liberal da legitimidade.”<sup>43</sup> O consenso sobreposto é dessa forma menos profundo que os princípios de justiça e mais amplo em abrangência do que o consenso constitucional; este último se refere apenas ao estabelecimento do procedimento político democrático. O consenso sobreposto, por sua vez, deve ter seus princípios fundados numa concepção política de justiça, indo além dos princípios políticos que estabelecem o procedimento democrático, incluindo princípios que cubram a estrutura básica da sociedade como um todo, através do estabelecimento de “direitos substantivos como liberdade de consciência e liberdade de pensamento, igualdade de oportunidade e princípios cobrindo certas necessidades essenciais.”<sup>44</sup> Na sua perspectiva de aproximação da teoria da justiça em relação aos regimes constitucionais existentes, Rawls busca demonstrar que se pode partir de uma realidade constitucional que tem a capacidade de estabilizar as relações em direção a um consenso sobreposto que inclua certas demandas básicas de justiça. Embora ainda muito abstrata, e limitada à esfera da filosofia política — sem pretensões empíricas — Rawls busca oferecer os elementos “essenciais de uma Constituição” legítima, que poderiam ser: a organização de um procedimento democrático justo, a atribuição de direitos de participação e liberdades básicas, além da satisfação de certas necessidades básicas<sup>45</sup>, que não se confundem com a adoção do “princípio da diferença” mas que habilitariam aos indivíduos participar autonomamente do processo de decisão coletiva.

<sup>42</sup> Rawls, *Political Liberalism*, p. 134.

<sup>43</sup> *idem*, p. 137.

<sup>44</sup> *idem*, p. 164.

<sup>45</sup> *idem*, p. 227 ss.

No que se refere à prática constitucional Rawls adota a fórmula de Ackerman<sup>46</sup>, que vê a política de uma forma dualista: há uma política ordinária, realizada pelo confronto de interesses privados e uma política excepcional, em que se discutem questões fundamentais. Essa política especial é o *locus* responsável pela decisão em torno das decisões constitucionais essenciais. A ela são impostas mais limitações formais, com a finalidade de que seu resultado decorra de um processo que incorpore a livre discussão entre cidadãos iguais. Trata-se do estabelecimento de um ambiente discursivo ideal voltado para a deliberação sobre as questões de justiça política e dos fundamentos constitucionais. Esta “razão pública”, no entanto, não se limita a organização da estrutura básica, mas também deve permear a ação do Judiciário e especialmente dos tribunais constitucionais, ao decidirem casos ligados aos essenciais constitucionais: “isso porque os juizes devem explicar e justificar suas decisões como fundadas na sua compreensão da Constituição...”<sup>47</sup> o que não é exigido do Legislativo e do Executivo ordinariamente.

As restrições à igualdade de participação impostas pela Constituição, por exigência de critérios supra-majoritários e pela carta de direitos, por exemplo, são justificados por Rawls na medida em que o processo democrático, não sendo mais do que um modelo procedimental imperfeito de justiça, pode gerar resultados que violem os princípios e direitos que foram assumidos como fundamentos constitucionais. Tomando a Suprema Corte como um órgão capaz de razão pública, ou seja, capaz de fundar racionalmente suas decisões naquilo que foi decidido (fundamentos constitucionais) democraticamente, no processo constituinte, Rawls não vê porque a ação do tribunal violaria a igualdade de participação. “Ao aplicar a razão pública a Corte está a prevenir que o direito seja erodido pela legislação de uma maioria transitória, ou mais possivelmente, por interesses bem organizados e situados... que conseguem o seu espaço. Se a Corte assume o seu papel e o realiza de forma efetiva, é incorreto afirmar que é simplesmente antidemocrática.”<sup>48</sup>

Os tribunais são efetivamente anti-majoritários em relação ao legislador, mas a autoridade superior do povo, cristalizada na Constituição, autoriza essa intervenção. Ao aceitar a visão dualista da política, Rawls não coloca a Corte como sendo a guardiã última da Constituição.

<sup>46</sup> Bruce Ackerman, *We the People, Foundations*. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 3 ss.

<sup>47</sup> *idem*, p. 216.

<sup>48</sup> *idem*. Destaque-se que Rawls alerta para o fato de que historicamente a Suprema Corte americana não realizou esse papel, citando casos como *Ded Scott* e *Lochner*, p. 234.

O seu papel de intérprete definitiva da Constituição limita-se à ação do Legislativo, pois no governo constitucional não é o Legislativo, o Executivo e muito menos o Judiciário que devem dar a última palavra, pois essa pertence ao povo. Quando este se manifesta, através de sua razão pública, não há limites que possam ser aplicados pela Constituição. Rawls admite que, sob a perspectiva da teoria moral, essa concepção de Constituição possa ser inferior às constituições que impossibilitam a mudança de certas disposições e princípios essenciais, mesmo que isto seja realizado pelo próprio povo.<sup>49</sup> Destaca, porém, que se emendas à Constituição, promulgadas em conformidade com os procedimentos constitucionais que autorizam a reforma da Constituição, violarem preceitos essenciais como o da igualdade ou liberdade de expressão, o que se tem não é uma emenda, mas uma ruptura constitucional, podendo então ser inadmitida pela Suprema Corte.

Ao sair do campo da filosofia moral e buscar articular argumentos de justificação da ação dos tribunais limitando a democracia, Rawls basicamente segue a teoria do dualismo político formulado por Ackerman, que não responde a todas as demandas da teoria democrática, pois a distinção entre política constitucional de hierarquia superior e política ordinária, de posição inferior, nem sempre pode ser observada do ponto de vista material ou moral.<sup>50</sup> Deve-se reter da argumentação de Rawls sobre o papel de um tribunal constitucional a sua função de agir sempre com base numa razão pública. Nesse sentido a corte não tem uma função meramente negativa, de afastar legislação contrária à Constituição, mas de articular o debate público em torno dos fundamentos constitucionais. Assumindo a teoria da adjudicação apresentada por Dworkin<sup>51</sup>, Rawls compreende que o papel primordial dos tribunais é interpretar a Constituição da melhor forma possível, por intermédio do seu texto, precedentes e princípios. E aqui vai mais além de Dworkin, propondo que os juizes fundamentem suas decisões, quando necessário, também numa “concepção política de justiça” tal qual por ele formulada.<sup>52</sup> Caso a corte não tenha uma teoria da interpretação razoável ela não estará cumprindo a sua função de articular o debate público sobre os fundamentos constitucionais.

49 *idem*, pp. 234-235.

50 Bruce Ackerman, *We the People*, p. 295 e ss.

51 Para uma análise das idéias de Ronald Dworkin em relação a teoria da interpretação ver *Law's Empire*, Cambridge, Belknap & Harvard University Press, 1986, p. 225 ss.

52 Rawls, *ob. cit.*, 1993, ver. especificamente nota 23, p. 236.

## EXIGÊNCIAS DA DEMOCRACIA À CONSTITUIÇÃO

Para John Hart Ely alternativas como as apresentadas por Rawls e outros autores contemporâneos não se despiram dos vícios que inviabilizaram as teorias do direito natural, como fonte de legitimação para uma teoria da interpretação constitucional coerente com a democracia. Ao seu ver, nas democracias representativas as decisões morais devem ser feitas pelos representantes do povo e não por magistrados que não possuem nenhuma legitimidade democrática. Ainda mais quando os juizes utilizam-se de teorias filosóficas que sequer os filósofos reconhecem consensualmente como verdadeiras. Ely apresenta assim uma alternativa que pode acomodar a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis, e no nosso caso de emendas, com o próprio princípio democrático, que exige o direito de cada geração de se auto-governar.

A construção de Ely interessou tanto à ciência política porque ao invés de investir no aperfeiçoamento das teorias da interpretação até então existentes, como tem feito Dworkin, afinando o seu instrumental de forma que a discricionariedade judicial ficasse reduzida, Ely reavalia o papel do controle da constitucionalidade na sociedade democrática. O principal problema do controle da constitucionalidade, ao seu ver, consiste no fato de que “um corpo que não é eleito ou mesmo responsável politicamente de nenhuma forma significativa está a dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem.”<sup>53</sup> Isso pode ser compreendido como certo ou errado, dependendo do princípio do qual se parta. Se o princípio que fundamenta o sistema político for o democrático, o poder dos tribunais de controlar a constitucionalidade das leis dificilmente deixará de criar embaraços. Principalmente se a corrente doutrinária dominante compreender que ao interpretar a Constituição os juizes devem ir além das fronteiras do texto<sup>54</sup>, como quer Dworkin. O que, como visto, pode ocorrer com uma frequência indesejável, quando se trata de interpretação constitucional.

Assim, para Ely, num Estado que nasceu sob o signo da democracia, de que a vontade de cada um deve ser levada em conta na cons-

<sup>53</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust*. Harvard University Press, 1980, pp. 4-5.

<sup>54</sup> Ely denomina essa corrente de não-interpretativista; a esta corrente se contrapõem os interpretativistas, para quem os juízes ao decidirem um caso devem se limitar a aplicação das normas constitucionais ou aquelas claramente implícitas no seu texto, pois assim os juízes não estariam substituindo a vontade dos legisladores pelas suas próprias, mas apenas pela vontade da Constituição, enquanto os não-interpretativistas estariam aplicando valores próprios ou buscando valores fora da Constituição para realizar sua função adjudicativa, *idem*, 1; para uma breve análise das idéias de Ely sobre os modelos de interpretação ver Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 197.

trução da vontade pública, como os Estados Unidos, a possibilidade de que magistrados não eleitos possam substituir a vontade da população é algo dissonante. A democracia tem sido defendida há dois séculos, nos Estados Unidos, por absolutistas morais, que compreendem que cada um tem o direito natural de se auto-governar, assim como por relativistas, para os quais apenas a regra da maioria serve como reação aos que acreditam que há certezas morais absolutas. Se a idéia de governo de acordo com "o consentimento da maioria dos governados é o cerne do sistema governamental americano", esta porém não pode ser a história completa sobre as bases desse edifício constitucional. Os diversos mecanismos de freios e contrapesos, as próprias emendas que formam a carta de direitos, tudo isso serve como proteção às minorias.<sup>55</sup> Esta é a contradição original do constitucionalismo americano: um governo por consentimento da maioria, em que, no entanto, a minoria deve ser protegida com base na Constituição. As principais correntes do constitucionalismo americano tentam solucionar esse paradoxo, buscando demonstrar que ao declarar uma lei inconstitucional os juizes nada mais estão fazendo do que aplicar a Constituição diretamente.

Para os originalistas a função do magistrado é se ater aos termos expressos no texto, enquanto para uma corrente de interpretativistas menos ortodoxos toda vez que se estiver aplicando uma norma de textura aberta<sup>56</sup> os juizes podem realizar um trabalho de preenchimento daquela norma com outros valores, desde que retirados do texto constitucional. Essas teorias interpretativistas são, no entanto, objeto de muitas críticas. Há uma dificuldade inicial de se resolver problemas atuais a partir de um texto concebido no século XVIII. Por outro lado diversas questões foram deixadas em aberto pelos fundadores da Constituição. Portanto o texto não oferece respostas, como pretendem os interpretativistas.

A alternativa consiste em procurar fora do texto constitucional o preenchimento do conteúdo das normas abertas. Dentro dessa alternativa o recurso ao direito natural foi o mais comum no século XIX. Ely demonstra que o recurso ao direito natural não possui mais credibilidade como no passado. Com Unger parece concordar que "todas as tentativas de construir uma doutrina moral e política a partir da natureza humana falharam. Os fins universais alegados são poucos e abstratos para dar conteúdo para

<sup>55</sup> Ely, *ob. cit.*, p. 7-8.

<sup>56</sup> Hart aponta para o fato de que ao adotar termos genéricos para a construção de um dispositivo normativo o direito passa muitas vezes a se organizar a partir de normas que não dispõem de um significado unívoco e segura. Dai denominar estes dispositivos de normas de conteúdo aberto. *O Conceito de Direito*. Lisboa, Gulbenkian, 1972, p. 137 ss.

a idéia de bem, ou eles são numerosos e concretos para serem verdadeiramente universais. Tem-se que escolher entre a trivialidade e a implausibilidade.”<sup>57</sup> Por outro lado as teorias morais oferecem fundamentos os mais diversos para o direito natural. Muitas dessas proposições seriam dificilmente conciliáveis entre si ou mesmo aceitas como racionais. O fato é que a “nossa sociedade não aceita, corretamente não aceita, a noção de um conjunto objetivo de princípios morais válidos e descobríveis, ao menos não um conjunto de valores que possa derrogar decisões de nossos representantes eleitos.”<sup>58</sup>

Ely critica mesmo as afirmações de que o direito constitucional deve se deixar impregnar pela filosofia moral.<sup>59</sup> Nada mais equivocado, pois não há qualquer consenso nessa área. Basta analisar as contradições entre a *Teoria da Justiça* de Rawls e *Anarquia, Estado e Utopia*, de Nozick, para perceber que o caminho da filosofia moral não leva muito longe. Mais ainda, duvida que os juizes estejam efetivamente habilitados para desempenhar esse papel, que filósofos treinados para a tarefa têm sido incapazes. No mais das vezes isso vai resultar numa aplicação dos valores dos próprios magistrados. “Depois de aproximadamente vinte e cinco séculos, as únicas pessoas que parecem estar convencidas das vantagens de serem governadas por reis filósofos são...alguns filósofos.”<sup>60</sup>

A alternativa proposta por Ely é de buscar o preenchimento do conteúdo aberto da Constituição, não em uma ordem superior de valores - que em última instância serão os valores dos próprios juizes, como previam os realistas - , mas na própria democracia. Partindo da experiência da Suprema Corte americana, no período em que foi presidida pelo *Justice Warren*<sup>61</sup>, Ely argumenta que o papel dos tribunais não é fazer escolhas substantivas, mas apenas se limitar a preservar a integridade do processo democrático, este sim, *locus* adequado para a tomada de decisões substantivas. Partindo da nota de rodapé número 4, certamente a nota mais importante de todo direito constitucional americano, redigida pelo *Justice Stone* no caso *United States v. Carolene*, Ely desenvolve sua teoria democrática do controle da constitucionalidade. A leitura da referi-

<sup>57</sup> Roberto M. Unger, *Knowledge and Politics*. 1975, 241, citado por Ely, *ob. cit.* p. 51-52.

<sup>58</sup> Ely, *ob. cit.*, p. 54.

<sup>59</sup> Referência à afirmação, aqui já citada, de Ronald Dworkin, *ob. cit.*, p. 149.

<sup>60</sup> Robert Dahl, *Democracy in United States*. Citado em Ely, *ob. cit.*, p. 59-60.

<sup>61</sup> *Justice Warren* presidiu a Suprema Corte Americana de 1953 a 1969, provocando uma verdadeira revolução constitucional, principalmente nas esferas da igualdade do voto, dessegregação das escolas e direito dos réus no processo crime. Para uma análise desse período glorioso do constitucionalismo americano ver o trabalho da maior conhecedora dos tribunais americanos no Brasil, Leda Boechat Rodrigues, *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991.

da nota aponta em primeiro lugar que os juizes devem sempre fazer uma leitura da Constituição muito próxima ao texto. Em segundo lugar avaliar se os canais de participação política, que levaram à elaboração da norma impugnada face ao tribunal, estavam abertos. Terceiro, se o processo político tem discriminado grupos minoritários insulares, ou se seus resultados terão impacto discriminatório sobre esses mesmos grupos, levando à fragilização do processo democrático.<sup>62</sup> Apenas uma teoria que enxergue o poder de controle da constitucionalidade, atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia.

Na democracia a maioria elege seus representantes e caso esteja descontente com eles deve sacá-los do poder. Isso porém não é válido para a minoria. Certamente não foi um sistema de exclusão o montado pelos fundadores da nação americana, conforme Ely. Citando *O Federalista* número 39, afirma que os representantes da maioria devem governar em nome de toda a população, devendo todo cidadão ser tratado com igual grau de respeito, independentemente de ser parte da maioria ou da minoria. A Constituição americana é para Ely um documento preponderantemente procedimental, voltado a viabilizar que cada geração possa se autogovernar. A função dos tribunais é fortalecer a democracia defendendo a realização do processo democrático, com a inclusão do maior número, e da forma mais igualitária (politicamente) possível. Sendo os tribunais treinados para assegurar o devido processo legal - questão de procedimento - e postados fora do campo da política, estariam mais habilitados do que qualquer outro órgão para realizar a fiscalização procedimental do regime político. Equipara assim o exercício do poder de controle da constitucionalidade com os mecanismos *anti-trust*, onde o Estado não intervém no mercado para determinar quais resultados devem ser obtidos, mas intervém nas situações de mal funcionamento desse mercado.

Não sendo os magistrados portadores das verdades transcendentes, estes devem se limitar, e aí já estarão fazendo muito, a preservar o sistema político daquelas decisões que sejam fruto de uma vontade distorcida pela não realização do sistema democrático; de decisões que ponham em risco a continuidade da democracia; ou ainda de decisões discriminatórias. Não é correto dizer que o governo está funcionando mal apenas porque os resultados por ele produzidos estão em desacordo com a minha ou a sua opinião. Caso essa seja a compreensão da maioria, basta retirar do poder seus representantes. “O mal funcionamento ocorre quando o proces-

<sup>62</sup> Ely, *ob. cit.*, p. 75 ss.

so não merece confiança, quando (1) os de dentro obstruem os canais de mudança para assegurar que os de fora irão permanecer fora, ou (2), ainda que à ninguém seja negado voz ou voto, os representantes em débito com uma maioria efetiva estão sistematicamente disprivilegiando alguma minoria por simples hostilidade ou uma recusa preconceituosa a reconhecer os interesses comuns e assim negar a essa minoria a proteção assegurada a outros grupos pelo sistema representativo.”<sup>63</sup> Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mal funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos dos Estados mais populosos em relação aos menos populosos no Brasil. Esperar que o Congresso, fruto dessa distorção e beneficiário da mesma, a corrija, é esperar que a maioria dos parlamentares lutem contra seus próprios interesses. Esse é um caso típico onde a resolução do problema e o conseqüente fortalecimento da democracia deve sair de fora do sistema representativo.

Essa perspectiva, que retira dos tribunais o poder de fazer escolhas substantivas, suprimindo opções tomadas pelo eleitorado anteriormente, tem sido recebida com interesse por teóricos da democracia, como Robert Dahl, ou mesmo por filósofos como Habermas, para quem o fundamental é se buscar a construção de procedimentos éticos de deliberação e não valores éticos *a priori*.<sup>64</sup>

Limpando os canais da democracia para que as mudanças políticas desejadas pela maioria possam ocorrer, a ação do judiciário deixa de ser uma prática meramente negativa, de defesa de minorias contra a democracia, passando a ser um mecanismo de defesa da maioria contra os obstáculos decorrentes da adoção de mecanismos de representação. Assim o controle da constitucionalidade deve se preocupar precipuamente com a preservação das liberdades que envolvem a participação política, como a liberdade de expressão, consciência, associação, voto universal e igualitário, pois esses são os pressupostos para a realização de um regime onde prevalece a livre manifestação dos representantes. Quanto mais livres estiverem os canais de participação mais correta deverá ser a representação.

A segunda função que o Judiciário pode desempenhar melhor do que o sistema representativo, sem pretender substituir as suas decisões, é facilitar a representação das minorias. Também aqui a perspectiva é posi-

<sup>63</sup> *idem*, p. 103.

<sup>64</sup> Robert Dahl, *ob. cit.*, 1989, 358, nota 5., ver também Ian Shapiro, *Essays on Theory and Practice*. Ithaca, 1996, cap. II (versão ainda não publicada); também Habermas faz menção expressa a teoria procedimental da judicial review apresentada por Ely, a que apresenta críticas quanto a fundamentação, mas não quanto a seu caráter procedimental. “Derecho y moral”, *ob. cit.*, p. 44.

tiva, no sentido de equalizar os diversos grupos existentes na sociedade de forma a que a maioria não possa se auto-beneficiar em detrimento das minorias. Nesse sentido os tribunais devem policiar o processo democrático para verificar se os interesses das minorias também foram adequadamente protegidos. Caso as decisões tomadas tenham caráter discriminatório, os juizes estarão autorizados a interferir no processo político para corrigir esses desvios. A preocupação aqui se concentra na distribuição equânime de oportunidades, direitos e benefícios sociais que terão forte impacto sobre o regime democrático. A discriminação e conseqüente inferiorização de um determinado grupo invalida os resultados do processo representativo.

A teoria procedimental do controle da constitucionalidade armada por Ely é certamente uma das operações mais engenhosas voltadas a compatibilizar o poder dos tribunais com as exigências do regime democrático. Hoje não é mais possível pensar o exercício desse poder pelos tribunais, sem pensá-lo a partir da recolocação do problema feita por Ely. Afinal qual a função dos tribunais? Até onde podem ir? Quando se analisa a questão do poder de controle da constitucionalidade das emendas, as formulações de Ely se tornam ainda mais importantes. Possibilitam, por exemplo, a existência de um sistema de controle do poder constituinte reformador, sem porém estabelecer um governo de guardiões platônicos que substituam a vontade dos representantes do povo pelas suas próprias. O poder dos juizes consistiria em fiscalizar se os pressupostos da democracia foram respeitados na tomada de decisão. Mais do que isso, os juizes estariam também autorizados a controlar atos que pusessem em risco a própria continuidade da democracia. Nesse aspecto, a construção feita por Stephen Holmes, em sentido semelhante ao proposto por Ely, é preciosa. A Constituição pode atar as mãos das gerações futuras, e portanto o Judiciário pode fiscalizar se este nó não está sendo desfeito, desde que essas limitações estejam relacionadas e desenhadas para assegurar a continuidade ou eternização da autonomia individual.<sup>65</sup> O *judicial review* não seria dessa forma instrumento de proteção de uma peculiar forma substantiva de se organizar o mundo por intermédio da Constituição, mas de uma forma política meramente procedimental de organizar a tomada de decisão coletiva, de maneira a que todos tivessem, constantemente, os seus interesses levados em conta na tomada de decisões coletivas. Assim deveriam ser barradas todas aquelas emendas que colocassem em risco a democracia; sejam emendas que atinjam diretamente os mecanismos de participação e representação, sejam emendas que indiretamente, através da violação de certos direitos

<sup>65</sup> Stephen Holmes, *ob. cit.*, 1995, p. 138 ss.

provoquem uma erosão dos pressupostos do regime democrático ou ainda crie obstáculos a sua plena realização.

A teoria de Ely tem, no entanto, algumas insuficiências. A primeira delas de caráter metodológico. Para delimitar que o papel do Judiciário, no controle da constitucionalidade, deve se restringir à proteção da democracia, Ely buscou através de um esforço interpretativo, ao qual nega validade quando aceita as premissas do realismo, demonstrar que a correta aplicação da Constituição americana é aquela que a vê primordialmente como instrumento de realização da democracia. Assim as bases de sua interpretação não se sustentam por sua própria teoria. Ao assumir que apenas a defesa da democracia justifica a ação dos tribunais de interferir no processo político, para controlar os seus resultados, Ely está na realidade fazendo um exercício valorativo. Pois se a democracia se justifica como única forma de realizar, no processo de decisão coletiva, a igualdade, para Ely a igualdade é um pressuposto ético. Dai que a aceitação de sua teoria impõe a aceitação desse pressuposto ético e na prática impõe que os tribunais descubram a igualdade como valor superior a ser defendido, acima de todos os demais valores. Essa é uma crítica que se pode fazer a Ely com base nas suas próprias premissas. Caso porém se aceite a necessidade de um exercício ético por parte dos tribunais, ao menos para preservar os valores fundamentais e estruturantes de um sistema político que tenha pretensões de justiça, substantiva ou procedimental, então a formulação de Ely pode ser da maior relevância, principalmente se a pretensão de justiça do sistema constitucional for simplesmente procedimental.

O que parece mais problemático na teoria de Ely, no entanto, é o fato de se limitar à defesa de um conceito extremamente abstrato de democracia, assumindo diversas qualidades que provavelmente não poderão ser encontradas nas democracias existentes. Para Ely qualquer resultado a que se chegue a partir de um procedimento aceito por ele como democrático deve ser preservado. Isso porém é insuficiente. A teoria de Ely não parece levar em conta toda a crítica elitista às teorias tradicionais da democracia, no sentido de que os sistemas representativos, muito mais do que levarem ao bem comum tendem ao estabelecimento de elites políticas que se revezam no poder. Se pelo menos parte do que Schumpeter e posteriormente Dahl constataram for verdade, a legitimação do controle da constitucionalidade como mecanismo de proteção e reforço do sistema representativo não o coloca numa situação extremamente confortável face a outras correntes mais críticas do pensamento democrático. Se a democracia representativa, tal qual defendida por Ely, não for um instrumento capaz de tomar decisões de forma ética, como tudo indica, então a sua defesa intransigente, como mecanismo último de tomada de decisão na esfera moral, parece temerária.

Para que o sistema democrático de controle da constitucionalidade formulado por Ely faça sentido, é necessário que tenha uma democracia melhor qualificada à tomada de decisões morais do que a atual. Certamente se o procedimento democrático fosse perfeito, no sentido de apenas levar à decisões justas, então não precisaríamos nos preocupar com um órgão responsável por checar as leis e emendas à Constituição produzidas pelo parlamento, em face dos princípios substantivos de justiça que estruturam a base da organização constitucional. A democracia representativa como atualmente concebida, ainda que tenha uma fiscalização no molde proposto por Ely, está longe de ser um procedimento que mereça ampla confiança. Permanece assim o paradoxo da democracia majoritária, que consiste “na tensão entre a vontade popular e as condições para a preservação da vontade popular ao longo do tempo.”<sup>66</sup> Prevalecendo essa tensão, ou seja, prevalecendo a democracia representativa, com todos os seus problemas, os parâmetros elencados pela teoria de Ely para que o judiciário fiscalize as instituições representativas parecem insuficientes. Diversas decisões da maioria que não poderiam ser bloqueadas por uma corte que se utilizasse apenas dos critérios alinhados por Ely seriam uma afronta a outros valores também essenciais.

Outro ponto problemático na teoria de Ely é que o autor não estabelece os pressupostos para uma teoria democrática. Que procedimentos são exigidos para que um procedimento político possa ser considerado democrático? Que direitos devem ser incorporados por um sistema decisório para que esse possa ser considerado democrático? Quais condições materiais devem ser pressupostas? Por que privilegiar apenas a igualdade de participação política? Essas questões deixadas sem respostas por Ely nos remetem necessariamente a uma indagação a respeito de quais valores, além da igualdade, deveriam estar imunes às decisões majoritárias. Colocadas essas dificuldades parece que Dworkin tem ao menos parcela de razão: impossível pensar os dilemas constitucionais sem qualquer tipo de recurso à teoria política.

Ely, apesar dessas aporias, oferece uma série de pistas fundamentais para a formulação de uma teoria das cláusulas superconstitucionais que seja compatível com a democracia. Em primeiro lugar apresenta a possibilidade de conceber o controle da constitucionalidade de emendas à Constituição como uma atividade compatível com a democracia. Em segundo lugar aponta para o conteúdo que as cláusulas pétreas deveriam assumir se pretendem se compatibilizar com a democracia. Além desses dois aspectos, a teoria constitucional de Ely também é importante,

<sup>66</sup> Amy Gutmann, “A desarmonia da democracia”, *Lua Nova*, no. 36, 1995, p. 11.

pois apesar de se negar a atrelar a legitimidade do direito aos valores do direito natural, também rejeita reduzir a legitimidade do direito à mera legalidade. Para Ely a legitimidade do direito não decorre simplesmente do fato deste ter sido produzido conforme procedimentos preestabelecidos pelo próprio direito, como no modelo de Luhmann.<sup>67</sup> Como Habermas, Ely vê a legitimidade do direito como obrigatoriamente associada à sua produção por procedimentos democráticos. É necessário, no entanto, ir além da formalidade da teoria constitucional democrática de Ely, para que as cláusulas super-constitucionais não fiquem reduzidas à defesa de um sistema representativo formal, autorizando, por outro lado, que diversas decisões que colocariam em risco a autonomia dos cidadãos ou as condições necessárias ao seu exercício, fossem vedadas por emendas à Constituição. Fundar a teoria das cláusulas super-constitucionais apenas na democracia seria compreender o procedimento democrático como fim último e não como meio para a realização de uma associação entre cidadãos livres e iguais, que buscam ser regidos pelo direito positivo. A defesa dos pressupostos de um sistema constitucional que assegure que indivíduos livres e iguais possam reiterada e adequadamente se auto-governar, a partir de procedimentos justos, é o que deve informar o estabelecimento de uma teoria coerente de cláusulas super-constitucionais.

## DIREITOS COMO FUNDAMENTO DAS CLÁUSULAS

Após a crítica de Rawls ao utilitarismo e de Habermas ao positivismo jurídico e sociológico, que reduziam a normatividade ou a legitimidade do direito à sua própria força, não mais é possível pensar a Constituição e mais ainda as suas cláusulas constitucionais intangíveis sem levar em conta o seu conteúdo, suas qualidades intrínsecas. Para que certas cláusulas constitucionais possam ser aceitas como limitadoras do poder de cada geração de alterar suas próprias constituições é necessário que o seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente. O fato de terem sido estabelecidas por um poder constituinte anterior não é suficiente para garantir a sua legitimidade.

As cláusulas constitucionais intangíveis apenas serão consideradas legítimas se servirem como elementos estruturantes que habilitam e favorecem os cidadãos a se constituir e reconstituir em sociedade, como uma comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo direito. Não devem portanto ser compreendidas ou mesmo utilizadas

<sup>67</sup> N. Luhmann, *A legitimação pelo procedimento*. Brasília, Universidade de Brasília, 1980.

como instrumento de bloqueio absoluto de mudanças, de proteção de privilégios ou do *status quo*, mas como elementos que viabilizam que a sociedade democrática possa evoluir, promover as mudanças necessárias na esfera constitucional, sem colocar em risco a sobrevivência daquelas liberdades iguais de autonomia e participação e as condições essenciais para a sua manutenção. Certamente a geração precedente dispõe do poder de assegurar, para todo o sempre, uma situação de liberdade e igualdade, e pode fazê-lo por diversas formas, entre as quais o direito constitucional e as cláusulas intangíveis, que “nos limitam minimamente para evitar que limitemos nossos sucessores maximamente.”<sup>68</sup> Através das limitações constitucionais as gerações futuras terão resguardados os seus direitos de se auto-governar, frente às ameaças das gerações presentes de impor idéias absolutas que vinculem o futuro. O absolutismo das cláusulas super-rígidas somente se justifica se for um absolutismo em torno das condições essenciais à autonomia das gerações futuras. Nesse sentido devem ser habilitadoras das gerações futuras, favorecendo a perpétua possibilidade de escolha sobre a melhor forma de organização constitucional.

Como destaca Carl Friedrich em sua teoria constitucional, o constitucionalismo não é uma simples limitação à regra da maioria, mas tem um caráter positivo e promotor da democracia. Os direitos e a separação de poderes, mais do que obstáculos, funcionam como estruturas que habilitam o surgimento de uma esfera de decisão pública na qual cidadãos livres e bem informados podem decidir seus próprios destinos, sem sofrer interferências arbitrárias por parte do Estado ou de outros indivíduos. Evidente que a regra da maioria desempenha um papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais, porém a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade. Portanto a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido o precomprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas super-constitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se auto-destruírem enquanto seres igualmente livres, portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana.

A análise dos paradoxos decorrentes da adoção de cláusulas constitucionais intangíveis ocupa uma posição privilegiada em relação à formulação de teorias do direito natural, embora ambas estejam ocupadas com os princípios que devem informar o direito positivo, porém não podendo por este serem afetados. Uma teoria das cláusulas super-

<sup>68</sup> Stephen Holmes, *ob. cit.*, 1995, p. 157.

constitucionais não precisa encontrar seu fundamento de validade na abstração do estado de natureza. Não é necessário pensar como os homens viviam antes do estabelecimento do Estado para depois, por intermédio do mecanismo também abstrato do contrato, justificar quais direitos eles racionalmente transferiram e quais mantiveram para se defender do Estado. O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse direito e ao mesmo tempo é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas super-constitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo. As cláusulas pétreas não precisam assim buscar no direito natural a sua fundamentação, mas prospectivamente tiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais as pré-condições fundamentais para a preservação da autonomia privada e pública dos cidadãos. Sua finalidade é proteger essas pré-condições de maiorias qualificadas, eventualmente seduzidas pelo canto de morte das sereias. Compreendidas e limitadas as cláusulas super-constitucionais a essas pré-condições de viabilização da autonomia pública e privada dos cidadãos, não serão essas cláusulas anti-democráticas, mas instrumentos legítimos e habilitadores da democracia, como meio de realização dos direitos humanos fundamentais.

Não há aqui uma reaproximação ao direito natural tradicional: “A instituição de direitos...não é um presente de Deus, ou um antigo ritual, ou um esporte nacional. É uma prática complexa e trabalhosa que faz o trabalho do governo de assegurar os benefícios gerais mais difícil e custosa (...) Qualquer um que professa levar os direitos a sério deve aceitar, no mínimo, uma ou ambas de duas importantes idéias. A primeira é a vaga mas poderosa idéia de dignidade humana. Essa idéia...supõe que há maneiras de tratar uma pessoa que são inconsistentes com o reconhecimento desta como membro pleno da comunidade humana...”<sup>69</sup> A segunda idéia é a de igualdade política, que supõe que “os membros mais fracos de uma comunidade política têm a faculdade de receber a mesma importância e respeito dos seus governos que os membros mais poderosos asseguraram para si próprios...”<sup>70</sup> Assim, se alguma pessoa tem a liberdade de decidir questões que afetarão os demais, então todos têm o mesmo direito. Dessa forma, prossegue Dworkin, só é correto afirmar que os indivíduos têm direitos, no sentido forte da expressão, contra o governo,

<sup>69</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 198.

<sup>70</sup> *idem*, p. 199.

como uma decorrência da necessidade de preservação da dignidade humana e da igualdade. Trata-se de uma experiência e de uma construção histórica pela qual os cidadãos criam direitos para se defender do poder coercitivo do Estado, necessário, por sua vez, à estabilização de expectativas e respaldo do próprio direito. Nesse sentido a legitimidade da utilização da força pelo Estado depende ao mesmo tempo de sua programação feita pela soberania popular e do respeito aos direitos que a soberania popular atribuiu a si própria.

Para uma teoria das cláusulas super-constitucionais o problema é saber quais são esses direitos e condições básicas que servem de pressupostos para que seres humanos iguais e livres possam organizar suas vidas em comum por intermédio do direito. São esses pressupostos que devem ser transportados para o texto constitucional a fim de que impeçam reformas que ponham fim ao programa de emancipação social gerido pela democracia constitucional. O principal dilema na construção dessa lista de princípios ou direitos básicos que são necessários à existência de um sistema que assegure ao mesmo tempo as autonomias pública e privada dos indivíduos pode ser apreendido por intermédio da competição entre os teóricos da democracia e do liberalismo; e paralelamente entre teóricos do positivismo jurídico e do direito natural. Para os grupos que defendem o direito natural e o liberalismo os direitos podem ser pressupostos, sendo o Estado apenas uma agência voltada para a sua preservação. Já para os teóricos do direito positivo e da soberania popular não existe direito anterior, aliás não podem existir direitos sem que estes sejam resultado da deliberação dos cidadãos e possuam uma estrutura coercitiva que os respalde. O fato porém, é que a própria formação do direito positivo, do “meio legal em si pressupõe direitos que definem o *status* das pessoas legais como portadoras de direitos.”<sup>71</sup>

Habermas busca conciliar essas tradições antitéticas, demonstrando que na realidade há uma co-originalidade entre direitos liberais e direitos de participação no processo político, e mais, que não se pode falar em direitos sem a presença do Estado (ou soberano popular) que os organiza e assegura, e que o sistema jurídico que organiza o Estado pressupõe a idéia de direito. Portanto são concepções mutuamente dependentes. Conseqüentemente a relação entre soberania popular e direitos liberais “consiste no fato de que o sistema de direitos estabelece as condições sob as quais as formas de comunicação necessárias para a gênese do direito legítimo podem ser legalmente institucionalizada.”<sup>72</sup> Da perspectiva de Habermas os direitos básicos não são uma dádiva transcendente, mas uma

<sup>71</sup> Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*. Cambridge, The MIT Press, 1996, p. 119.

<sup>72</sup> *idem*.

consequência da decisão recíproca dos cidadãos iguais e livres que decidem “legitimamente regular suas vidas em comum por intermédio do direito positivo.”<sup>73</sup> Esses direitos básicos são na realidade princípios que asseguram um espaço de livre formação da vontade racional. Os direitos em si, o catálogo positivo que conhecemos, serão resultante desse processo primeiro de deliberação. Assim, o papel das cláusulas superconstitucionais não é dar proteção absoluta a todos os direitos que foram colocados numa Constituição, mas aqueles princípios básicos que assegurem uma condição minimamente ideal para que os indivíduos possam deliberar de forma livre e igual a respeito dos direitos e forma pela qual querem ser governados.

Habermas busca dessa forma construir um sistema de direitos a partir da ação voluntariosa dos cidadãos. Toma os direitos como uma construção e não um dado. Para que essa construção possa se dar nos termos de sua teoria do discurso, portanto num ambiente de liberdade e igualdade, onde a única forma de coerção seja a do argumento mais racional, os cidadãos devem reciprocamente reconhecer aos demais certas liberdades. Num primeiro grupo estariam aquelas liberdades referentes à garantia da autonomia: 1) direito à maior medida possível de iguais liberdades individuais; 2) direitos iguais ao *status* de membros da associação que se regula pelo direito; 3) direitos básicos às proteções aos demais direitos. Esses direitos não devem ser compreendidos no sentido de “direitos liberais contra o Estado” porque eles tão somente regulam a associação de indivíduos antes da formação do Estado. Apenas a partir do momento em que esses indivíduos passem a fazer uso de seus, 4) direitos básicos de participar de forma equânime das decisões que a todos afetem, é que aqueles direitos básicos de autonomia serão desenvolvidos para limitar o poder público que também estará sendo concebido. Nesse sentido os direitos fundamentais serão organizados e delimitados pela ação autônoma e equânime dos cidadãos. Porém a sua produção só será legítima se realizada sob os parâmetros dos quatro direitos básicos arrolados por Habermas, somados 5) a direitos básicos às condições de sobrevivência, sem as quais não é possível fruir os demais direitos.

Tem-se assim um rol de condições básicas, formuladas através do meio legal, enquanto direitos e instituições que os garantam, que devem estar presentes para que os cidadãos possam se auto-constituir enquanto sociedade política. Nada é dado “anteriormente à prática de autodeterminação dos cidadãos, que não o princípio do discurso, que é construído dentro das condições de uma associação comunicativa geral e o

<sup>73</sup>*idem*, p. 82.

meio legal em si. Se o princípio do discurso deve ser implementado como princípio democrático, com ajuda de iguais direitos comunicativos e participatórios, então o meio legal deve ser convocado...” porém assim que utilizados para institucionalizar a autonomia pública e privada o meio legal e “esses direitos se tornam condições habilitadoras necessárias; nessa condição eles não podem restringir a soberania do legislador, mesmo que não estejam ao seu alcance. Condições habilitadoras não impõem limitações no que constituem.”<sup>74</sup>

Formulações na esfera da teoria política, como as de Habermas e Rawls, possibilitam pensar uma teoria das cláusulas super-constitucionais que seja mais consistente do que aquelas derivadas do direito natural, do direito positivo ou da teoria do poder constituinte. Como na imagem de Ulisses, os precomprometimentos constitucionais, assumidos a partir da adoção de cláusulas super-constitucionais, 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. Os princípios a serem protegidos do poder constituinte reformador, por intermédio de cláusulas super-constitucionais, devem constituir a reserva básica de justiça constitucional de um sistema: um núcleo básico que organize os procedimentos democráticos, como mecanismo de realização da igualdade política, e do qual possam ser derivados as liberdades, garantias legais, inclusive institucionais, e direitos às condições materiais básicas. Mais do que isso, as cláusulas super-constitucionais seriam uma pretenciosa usurpação da autonomia de cada geração por aqueles que elaboraram o documento constitucional. Menos do que isso essas cláusulas seriam insuficientes. Proteger as liberdades civis e políticas sem assegurar condições materiais é o mesmo que não defendê-las. Assegurar a participação política sem as garantias da autonomia individual, essencial à formação da vontade pública racional, distorceria o procedimento democrático. Por outro lado assegurar as liberdades civis sem garantir os direitos de participação, de autonomia política, de associação, certamente abriria caminho para o abuso do poder contra as liberdades civis. Por fim, estabelecer todos esses direitos sem que haja um meio específico capaz de oferecer remédios legais e instituições independentes para bloquear eventuais violações de direitos também seria insuficiente.

Firmadas essas premissas é possível aproximar, com mais precisão, os preceitos de uma Constituição democrática que poderiam ser le-

<sup>74</sup> *idem*, p. 128.

gitimamente subtraídos ao poder de reforma da Constituição, com a finalidade de preservação da dignidade humana e da igualdade de cada indivíduo em relação aos demais. Dessas predeterminações deriva-se a necessidade de proteção super-constitucional:

- 1) dos direitos que conferem autonomia privada a cada indivíduo, como liberdade de pensamento e crença, liberdade de locomoção, integridade física e mental, bem como as garantias necessárias para que essas liberdades sejam preservadas;
- 2) da instituição do Estado de direito, que garanta o princípio da legalidade. Significa que as regras devem ser gerais, públicas, prospectivas, e aplicadas de forma congruente. Isto certamente exige um Estado organizado com base no princípio da separação de poderes, pelo qual o Legislativo democraticamente eleito produza as regras gerais, o Executivo as implemente, numa atividade *sub legem*, e o Judiciário, de forma independente, possa obstar violações a direitos. Essas características não são simplesmente instrumentais à garantia de direitos. Um Estado de direito formulado a partir dessas características possui uma moralidade interna, pois antecipando e garantindo o cumprimento das regras possibilita as escolhas dos cidadãos. E mais, cria a expectativa de que as regras serão obedecidas, o que, ocorrendo de forma generalizada, leva à consolidação do governo das leis;<sup>75</sup>
- 3) de um rol de direitos essenciais para que a igualdade e dignidade dos cidadãos, enquanto seres racionais e autônomos, seja mantida. Esse rol é composto pelos direitos de participação na tomada de decisão pública. O direito de votar e ser votado; o direito de se expressar livremente e de ter acesso ao maior número de informações livremente produzidas; o direito de formar associações políticas; o direito de divergir e fazer oposição, devem também ser mantidos à margem do poder de reforma;
- 4) por fim os direitos sociais, econômicos e culturais básicos não devem ficar vulneráveis, tanto por serem necessários à realização dos direitos civis e políticos, como pelo seu

<sup>75</sup> Para as excelências do estado de direito ver Lon Fuller, *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, 1969, p. 21 ss.

próprio *status* de direitos tão morais, como os direitos civis e políticos básicos. Nesse sentido violar o direito a alimentação básica do indivíduo constitui uma violação tão grave quanto uma agressão física; privá-lo de educação é tão grave quanto impedir o seu acesso à informações ou restringir-lhe a liberdade de expressão.<sup>76</sup> Assim os direitos básicos à alimentação, abrigo, educação e saúde também devem compor o rol básico de direitos essenciais à realização da igualdade e dignidade entre os cidadãos.

Protegidas essas cláusulas, as constituições podem ser reformadas, sem colocar em risco os elementos essenciais à perpetuação de um sistema que garanta autonomia privada e política, numa esfera de igualdade e dignidade. Caso o constituinte atribua rigidez absoluta a outros dispositivos que não fazem parte desse cerne essencial estará sendo prepotente com as gerações vindouras, violando o princípio básico da igualdade e liberdade de cada um e cada geração. Mais do que isso estará iniciando um processo de erosão da obra que busca preservar. Pois a dinâmica das relações sociais e a evolução histórica obrigam mudanças no texto constitucional, que se não forem permitidas, imporão a sua ruptura.

## A ARGUMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em que medida essas conclusões de caráter teórico podem auxiliar o profissional do direito a enfrentar os diversos problemas impostos pela adoção de um rol extenso de cláusulas super-constitucionais? Como fazer a ponte entre filosofia política, a qual incumbe indagar sobre princípios morais extremamente abstratos que devem informar a ação política e orientar a engenharia institucional<sup>77</sup>, e o direito, e mais especificamente o Judiciário, que tem a responsabilidade de resolver conflitos concretos?

Entre o trabalho do filósofo e do magistrado há, pelo menos, dois níveis intermediários. Nas sociedades democráticas, o primeiro desses níveis é ocupado pela figura do legislador, constituinte ou ordinário, que, por intermédio do processo político, reduz a abstração de princípios e anseios morais, transformando-os em dispositivos legais. Esse processo de po-

<sup>76</sup> Para uma análise dos direitos sociais e econômicos como direitos morais ver Jeremy Waldron, *Liberal Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 10 ss.

<sup>77</sup> Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, p. 3

situação de princípios morais, no entanto, não elimina a abstração e abertura desses preceitos, transformando o magistrado num mero aplicador mecânico da lei. A missão do magistrado, portanto, não é tão simples, principalmente quando este tem a responsabilidade de aplicar preceitos constitucionais. No segundo nível de intermediação agem os juristas, que, através de um processo de racionalização, buscam dar sentido ao sistema jurídico e a cada uma das normas que o compõem.

Sendo as constituições o ponto de encontro entre a moralidade e o direito, os meios tradicionais de interpretação jurídica se demonstrarão, muitas vezes, insuficientes. Acrescente-se, ainda, que dentre os dispositivos de uma Constituição, as cláusulas super-constitucionais, ao estabelecerem direitos fundamentais e princípios estruturantes da ordem constitucional, tendem a se encontrar entre as mais abertas à moralidade política. Conforme Alexy “a vigência das normas jusfundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto frente à moral. Isto se aprecia de maneira sumamente clara nos conceitos jusfundamentais materiais básicos, como dignidade, liberdade e igualdade. Estes são, ao mesmo tempo, conceitos da filosofia prática. Com eles foram incorporados à Constituição e, assim, ao direito positivo, os princípios mais importantes do direito racional moderno.”<sup>78</sup> A super-constitucionalização de princípios organizadores da ordem política, como democracia, separação de poderes e da própria federação, assim como a positivação dos direitos fundamentais, impõem ao magistrados a necessidade de suplantar os métodos tradicionais de interpretação. Nesse caso os magistrados serão constantemente obrigados a recorrer a processos de argumentação, ponderação e racionalização destinados a capturar o sentido jurídico de preceitos éticos incorporados pela Constituição.

Essa tarefa se torna ainda mais dramática quando a aplicação de cláusulas super-constitucionais apresenta-se como limitação material ao poder de reforma, portanto, numa circunstância em que os juizes não agem apenas contra a vontade da maioria parlamentar, mas enfrentar uma maioria qualificada, no caso brasileiro, de três quintos do Congresso Nacional. Ao decidir sobre a constitucionalidade ou não de uma emenda à Constituição o magistrado deve sentir-se constrangido a uma pressão ainda mais forte, por parte do princípio democrático, do que quando decide sobre a constitucionalidade de uma lei ordinária.

Todas essas dificuldades apontam para as incertezas da aplicação das cláusulas super-constitucionais, não havendo plena garantia de

<sup>78</sup>Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madri, Centro de Derechos Constitucionales, 1993, p. 525 e 526.

que o processo de interpretação constitucional, por melhor estruturado que seja, leve sempre a uma única decisão ou a uma decisão correta.<sup>79</sup> Nesse sentido, alguns caminhos foram apresentados no decorrer deste artigo.

O primeiro desses caminhos é aceitar que em face do caráter aberto dos princípios e direitos super-constitucionais, não há outra alternativa que não delegar aos magistrados o preenchimento do conteúdo desses preceitos no momento em que realizam o controle da constitucionalidade de emendas à Constituição. Pois se essas normas têm o conteúdo aberto é porque o constituinte assim o quis. Consciente de sua incapacidade de prever todas as hipóteses futuras de violação da Constituição, por intermédio de emendas, estabeleceu os princípios básicos intangíveis, delegando ao judiciário o seu adensamento, no momento da aplicação desses dispositivos.<sup>80</sup> Como já visto, esse caminho é incompatível não apenas com a idéia básica de democracia como com o próprio conceito de Estado de direito, uma vez que, em última instância, serão os magistrados e não a vontade popular ou a lei que estabelecerão os limites materiais ao poder de reforma.

Num segundo caminho, as normas constitucionais abertas, que estabelecem os limites materiais ao poder de reforma, teriam o seu conteúdo preenchido não pelo magistrado, mas pelos próprios representantes do povo. Assim cada geração, através da ação legislativa do Parlamento, no exercício do poder de reforma da Constituição, poderia alterar a Constituição, tendo como único limite as pré-condições básicas para o funcionamento do procedimento democrático. A interferência do Judiciário se limitaria à preservação dessas pré-condições. Nesse caso o Legislativo é que teria a última fala quanto ao conteúdo das limitações materiais ao poder de reforma. O conteúdo da reforma seria, assim, uma interpretação "autêntica" da vontade constituinte. À parte um rol mínimo de pré-condições formais à realização da democracia, ao Judiciário estaria vedada a missão de controlar os resultados emanados das deliberações do poder constituinte reformador.<sup>81</sup> Esse caminho, que tem a vantagem justificar o

<sup>79</sup> *idem*, 525.

<sup>80</sup> Para Kelsen, a relação entre a norma geral e a sua aplicação individual constituem partes distintas do mesmo ordenamento jurídico. "Daí resulta que todo ato jurídico em que o direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo direito e, em parte indeterminado...A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, está na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar... A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a 'correta', não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema de teoria de direito, mas um problema de política de direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica a tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar leis justas (certas). *ob. cit.*, 1975, p. 465 e 469.

<sup>81</sup> Ely, *ob. cit.*, p. 73 ss.

controle judicial de emendas à Constituição face às teorias procedimentais da democracia, deixa abertas certas arestas por onde poderiam passar reformas inadmissíveis da perspectiva dos direitos humanos, do Estado de direito e da própria democracia, se vista de uma perspectiva mais substantiva. Tem, assim, validade significativa, mas parcial.

Um terceiro caminho seria autorizar ao Judiciário levar a cabo a missão de interpretar e aplicar as cláusulas super-constitucionais, deixando claro, porém, que sendo a maior parte dessas cláusulas formadas por direitos e princípios de moralidade política que informam e fundamentam todo o ordenamento jurídico, a simples aplicação dos recursos tradicionais de interpretação se demonstrariam insuficientes. A abertura desses dispositivos, no entanto, não significa uma ausência de constrangimentos sobre aquele que tem a responsabilidade de interpretá-los e aplicá-los.

Ao assumir a função de controlar o conteúdo das emendas à Constituição face às cláusulas super-constitucionais, o magistrado deve se precaver contra a tentação de preencher o conteúdo das cláusulas super-constitucionais, de caráter aberto, a partir de seus próprios valores. Uma segunda tentação que deve ser evitada, quando se controla a constitucionalidade de emendas à Constituição, é buscar adensar os princípios abertos do texto exclusivamente a partir dos dispositivos mais específicos da própria Constituição, que dão concretude constitucional aos princípios. Ainda que esse modelo de interpretação de princípios constitucionais conforme os dispositivos mais concretos da Constituição possa ser satisfatório para o processo de controle da constitucionalidade das leis<sup>82</sup>, dificilmente o será para a atividade de controle de emendas à Constituição. Se as emendas servem para corrigir e melhorar o texto da Constituição, estas não podem ter como limite todas as letras desse mesmo texto. O que se procura defender com o estabelecimento de cláusulas super-constitucionais, ao menos como instituídas pelo constituinte brasileiro, é a essência da Constituição: direitos e princípios básicos que buscam estruturar a democracia e o Estado de direito na perspectiva da emancipação e da dignidade humana. Assim a reforma e o aperfeiçoamento da democracia, da separação de poderes, dos direitos fundamentais e da federação pode e deve ser levada a cabo pelo poder constituinte reformador.

Não se pode pretender ou esperar que princípios protegidos como cláusulas super-constitucionais, que tiveram o seu conteúdo positivado por intermédio de diversos dispositivos da Constituição, tenham sua pretensão normativa satisfeita pela concretização que lhe foi dada pelo

<sup>82</sup> Canotilho, *ob. cit.*, 1993, p. 188 ss..

constituente. Esses princípios de justiça material ou formal, incorporados pela Constituição, permanecem como ideais de justiça apenas parcialmente realizados. A concretização desses princípios por intermédio de uma carta de direitos, da organização do sistema democrático, da separação de poderes e da federação (que exige uma reflexão a parte) estará, assim, sempre aquém das exigências de autênticos princípios de justiça, que devem ser concebidos como eternas aspirações.<sup>83</sup> Assim, as reformas voltadas a aproximar o texto constitucional dos princípios/aspirações incorporados pela Constituição devem prevalecer sobre as concretizações desses princípios que se demonstrem inadequadas no decorrer do tempo. Quando o texto impede proposta de emenda tendente a abolir o princípio da separação de poderes, não está impedindo a reforma do modelo de separação de poderes apresentado pela Constituição, mas sim estabelecendo o atual modelo de separação de poderes como patamar mínimo, como dever mínimo a ser respeitado pelo poder constituinte reformador. Restringi-lo é inadmissível; aperfeiçoá-lo é permitido. O mesmo se diga dos demais valores protegidos como cláusulas super-constitucionais.

Se para o adensamento dos princípios e direitos entrincheirados pela art. 60 (par. 4o., e incisos), o recurso ao próprio texto constitucional é insuficiente, ainda que necessário, o interprete constitucional será obrigado a buscar o conteúdo desses preceitos a partir de um processo de interpretação, que embora tome por base o texto constitucional, a doutrina e eventuais precedentes, não negligencie a necessidade de recorrer ao discurso da filosofia política, à argumentação racional.<sup>84</sup> Por argumentação racional compreenda-se um procedimento discursivo destituído de qualquer forma de coerção que não o constrangimento do melhor argumento, em que todos os participantes se reconheçam reciprocamente como seres autônomos e racionais.<sup>85</sup> Se aceitarmos a premissa de parte da teoria política<sup>86</sup> e jurídica<sup>87</sup> contemporânea de que a moralidade política não mais pode se fundar sobre preceitos materiais pré-determinados, aos juizes não cabe escolher arbitrariamente o conteúdo que irão emprestar ao valores protegidos constitucionalmente de forma aberta, mas argumentar li-

<sup>83</sup> Para uma análise da idéia de moralidade de aspiração ver Lon Fuller, *ob. cit.*, p. 9 ss.

<sup>84</sup> Alexy, *ob. cit.*, 532.

<sup>85</sup> Para uma análise da fórmula do discurso ético proposto por Habermas ver Arato, e Cohen *ob. cit.*, p. 348.

<sup>86</sup> Ver especificamente *Theory of Justice*, *ob. cit.*, Cap. 1, "Justice as Fairness"; também *Political Liberalism*, *ob. cit.*, 135; Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, *ob. cit.*, 1996, 118 ss; Jean Cohen e Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory*. The MIT Press, Cambridge, 1990, p. 137 ss.

<sup>87</sup> Robert Alexy, *ob. cit.*, 524 e ss.; Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos*. Ed. Astreal, Buenos Aires, 1989, 1; Karl Larenz, *Derecho Justo*, Ed. Civitas, Madri, 1985, p. 21 ss.

vemente sobre qual o sentido mais adequado para dar eficácia aos princípios de justiça incorporados pela Constituição. Trata-se de situar o processo de decisão judicial num ambiente de respeito recíproco, desprovido de coerção, em que os atores estejam suficiente informados para a tomada de decisão mais acertada.

Rawls sugere que uma corte responsável por garantir a Constituição pode vir a desempenhar argumentos racionais públicos destinados a permitir uma aplicação judicial dos princípios de justiça incorporados pela ordem constitucional.<sup>88</sup> Ao articular de forma argumentativa e pública a discussão em torno dos princípios e direitos que não podem ser objeto de alteração, a corte estará exercitando a função política de aplicação dos princípios gerais de justiça, constitucionalmente positivados, a um caso concreto. Rawls não propõe que a decisão do tribunal, que leve em consideração as etapas interpretativas e argumentativas acima descritas, estará produzindo uma resposta que possa ser apresentada como justa. Trata-se, porém, de um procedimento onde, na medida do possível, os cuidados formais para a tomada de uma decisão que aspira à justiça foram tomados.

Caso se aceite a idéia da Constituição como “reserva de justiça”, como ponto de encontro entre a moralidade política e o direito positivo, então os seus intérpretes e aplicadores serão obrigados a se utilizar de métodos jurídicos e argumentativos de interpretação, toda vez que se virem frente a um caso regido por princípios não plenamente densificados pelo processo de positivação constituinte. Toda vez que tiverem que decidir se uma determinada reforma favorece ou desfavorece a realização do princípio da separação dos poderes ou dos direitos fundamentais. Assim, sem abrir mão da literalidade da Constituição, das indicações que o próprio texto fornece para o preenchimento do conteúdo aberto das cláusulas que formam o cerne inalterável da Constituição, da doutrina e dos precedentes, deve o interprete constitucional recorrer aos princípios da argumentação racional para ter a devida compreensão do conteúdo das cláusulas super-constitucionais, pois constituem aspirações a uma ordem justa, incorporadas pela própria Constituição.<sup>89</sup>

O ponto crucial de controle sobre esta atividade argumentativa-decisória é a obrigação do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão. É este imperativo inexistente na esfera do legislativo, que faz do procedimento argumentativo-decisório, levado a cabo pelo Judiciário, um instrumento mais propício para se decidir questões de princípios, uma vez que: “os motivos bem redi-

<sup>88</sup> Rawls, *ob. cit.*, 1993, p. 231 ss.

<sup>89</sup> Dworkin, *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986, p. 221.

gidos devem fazer-nos conhecer com fidelidade todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo adotado por ele. Eles são a melhor, a mais alta das garantias, uma vez que protegem o juiz tanto contra todo raciocínio que pudesse oferecer-se à sua mente quanto contra toda pressão que quisesse agir sobre ele.”<sup>90</sup> Mais do que um controle interno, onde o juiz reflete sobre as suas razões para decidir, a motivação permite a crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão e à conseqüente possibilidade de reavaliação do decidido: “Detentor de um poder, num regime democrático, o juiz deve prestar contas do modo como o usa mediante a motivação...Os tribunais inferiores deverão justificar-se, mediante a motivação, perante as partes, perante a opinião pública esclarecida, mas sobretudo perante as instâncias superiores, que poderiam exercer seu controle em caso de apelação...”<sup>91</sup>

É através da racionalização e da argumentação contida na motivação da decisão judicial que os tribunais assumem o papel de discutir, publicamente, o alcance dos princípios e direitos que constituem a reserva de justiça do sistema constitucional. Caso consigam levar a cabo esta tarefa, poderão se transformar num fórum de extraordinária relevância dentro de um sistema democrático, onde muitas vezes os valores fundamentais ficam submetidos ao decisionismo majoritário. Com isto não se pretende estabelecer uma hierarquia entre procedimento judicial e procedimento democrático, mas estabelecer ainda que idealmente um procedimento racional para a discussão e aplicação dos princípios de justiça que servem como limites habilitadores do sistema democrático.<sup>92</sup>

Tem-se assim quatro momentos distintos no processo de implementação dos preceitos de justiça. À filosofia ou teoria política cumpre formular princípios como paradigmas para a construção de uma ordem justa. Ao legislador constitucional, por sua vez, cabe a função de decidir politicamente, por intermédio do procedimento democrático, a positivação dos princípios de justiça que julgar adequados, ou seja, transformar princípios morais em preceitos jurídicos vinculantes. Esta positivação, no entanto, não reduz por completo a abstração e abertura desses princípios à argumentação moral. Cabe à doutrina e à dogmática jurídica agir argumentativamente com o sentido de racionalizar e viabilizar a aplicação desses princípios. Trata-se, portanto, de uma atividade argumentativa e não decisória, porém mais limitada do que a do filósofo e do teórico político,

<sup>90</sup> M.T. Sauvel, *Histoire du Jugement Motivé*, Revue du Droit Public, 1955, p. 5 e 6, *apud* Chaïm Perelman, *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 559.

<sup>91</sup> Chaïm Perelman, *ob. cit.*, p. 566.

<sup>92</sup> Rawls, *ob. cit.*, 1993, p. 233.

pois o jurista age sob os parâmetros estabelecidos pelo legislador. A dogmática estabelece, assim, num campo de batalha ideologicamente impregnado, distintas conseqüências do direito posto, que limitam ainda mais a possibilidade de escolha do magistrado. Finalmente ao magistrado cabe decidir, numa situação concreta, a aplicação desses princípios, positivados pelo legislador e racionalizados pela doutrina. Porém, por mais que tenha havido essas etapas de redução de complexidade, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais continuam a possuir um caráter muito abstrato e aberto à argumentação moral, a qual o magistrado responsável por decidir casos constitucionais difíceis não pode fugir.<sup>93</sup>

Assim, ao buscar dar a melhor interpretação<sup>94</sup> possível aos dispositivos especialmente protegidos como cláusulas super-constitucionais, subsidiado por um processo de argumentação racional em que os componentes da corte se encontrem em posição de igualdade e liberdade argumentativa, o tribunal constitucional poderá decidir quais emendas ferem e quais não ferem as cláusulas super-constitucionais, de maneira legítima. Isto não significa que a corte não esteja engajada num processo anti-majoritário. Porém, ao impedir a abolição ou erosão dos princípios fundantes da ordem constitucional, entendida como reserva de justiça, e de seus elementos habilitadores da perpetuação do processo político democrático, a corte estará, paradoxalmente, favorecendo a democracia.

## A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS

Como compreender as limitações materiais ao poder de reforma estabelecidas pelo constituinte brasileiro, por intermédio do artigo 60, par. 4o., e incisos, a luz dos pressupostos lançados até aqui?

Em primeiro lugar é importante proceder a uma análise da compatibilidade das cláusulas super-constitucionais adotadas pela Constituição brasileira com princípios de justiça que possam servir como paradigmas de controle em relação à legitimidade material dessas cláusulas.<sup>95</sup> Nesse aspecto as cláusulas super-constitucionais brasileira não parecem trazer ofensa a princípios éticos, no sentido de princípios que seriam endossados por aqueles por eles afetados se estivessem num ambiente em condições

<sup>93</sup> Chaïm Perelman, *ob. cit.*, 531

<sup>94</sup> Dworkin, *ob. cit.*, 1986, 233.

<sup>95</sup> De acordo com a concepção de Dworkin do "direito como integridade, proposições de direito são verdadeiras apenas se figurarem dentro ou decorrerem de princípios de *fairness* ...", *idem*, p. 225

ideais de argumentações.<sup>96</sup> Não há nenhuma cláusula super-constitucional preservado a escravidão, impedindo a democracia de funcionar, ou preservando injustiças que violem a dignidade humana.

Isto não significa que todos os princípios e valores protegidos como cláusulas super-constitucionais tenham valor ético transcendente. O princípio da federação, por exemplo, *prima facie* não possui valor moral em si. Diversas são as nações que se organizam de maneira unitária, sem que isso signifique uma ordem injusta ou autoritária. No entanto, numa nação de vasto território e com uma forte tradição de centralização do poder na esfera do governo central, o estabelecimento do princípio federativo passa a ter uma importância significativa para o desenvolvimento da democracia. Ao reservar uma determinada esfera de competência ao poder local, o princípio federativo coloca limites ao poder central, favorecendo o espaço de autonomia dos indivíduos e coletividades locais. Por outro lado, ao aproximar o cidadãos de seus representantes, permite uma maior participação nos negócios públicos, bem como um controle mais próximo das autoridades. As federações também podem ser instrumentos importante na defesa de minorias e no controle das fações.<sup>97</sup> A federação, assim, tende a favorecer a democracia e a proteção de direitos, podendo ser alçado a categoria de normas super-constitucionais sem afrontar o princípio democrático.

A problemática concretização dada pelo texto de 1988 ao princípio federativo, por intermédio da divisão de competências legislativas, administrativas e tributárias, que privilegia o poder central, em detrimento das outras entidade federativas, amesquinhou o princípio federativo no Brasil. Daí porque a idéia de se interpretar o sentido do princípio constitucional à luz de sua concretização pelo texto é inadequada. No caso brasileiro a concretização ficou muito aquém do potencial oferecido pelo princípio. Reformas que ampliem a autonomia local, ainda que alterem a estrutura da atual federação, devem ser bem recebidas constitucionalmente.

Por outro lado, não sendo o princípio federativo um valor ético de importância transcendente, este deve ceder quando em confronto com o avanço de outros princípios fundamentais. Caso, por exemplo, se aprove uma emenda permitindo à justiça federal apurar violações aos direitos humanos perpetradas por funcionários dos Estados, numa clara redução das competências judiciais dos Estados, o magistrado constitucional será obrigado a proceder uma ponderação entre os benefícios trazidos aos direitos

<sup>96</sup> Arato e Cohen, *ob. cit.*, pp. 347 e 348.

<sup>97</sup> Madison, *O Federalista* no. 10, *ob. cit.* p. 147 ss.

humanos e as perdas à Federação. Nesse confronto entre cláusulas superconstitucionais, que protegem um princípio estruturante da organização do Estado e um de proteção da dignidade humana, caberá ao magistrado no caso concreto dar prioridade a um deles. O que não significa que o outro princípio perca sua validade. Diferentemente do conflito de normas, o conflito entre princípios não deve ser resolvido pela exclusão da norma derrotada, que perde a sua validade. No caso dos princípios estes não perdem a sua validade senão o seu peso naquele caso específico.<sup>98</sup> Não há como não transcender o texto para solucionar este tipo de conflito.

O segundo valor protegido pela Constituição, como limitação material ao poder de reforma, foi o “voto direto, secreto, universal e periódico”. Evidente que a garantia do direito ao voto, nos termos expostos pelo referido dispositivo, não afronta princípios de justiça e muito menos a própria democracia, posto que é instrumento da própria realização da democracia.

Trata-se, no entanto, de uma formulação bastante restritiva. Interpretada de maneira literal e não sistemática, parece exigir uma proteção especial exclusiva do voto como meio para a consecução da democracia, ficando os outros meios, também essenciais para a realização da democracia, vulneráveis às reformas. Nesse sentido a formulação dada pelo art. 60, par. 4º, II da Constituição é insuficiente para proteger os pressupostos essenciais à perpetuação do processo democrático, enquanto mecanismo de deliberação e decisão coletiva entre seres racionais, iguais e livres, dando a equivocada impressão de que apenas o voto é fundamental à realização da democracia. Mais do que isso o modelo de voto direto, secreto, universal e periódico pode vir a ficar ultrapassado face a novos mecanismos de democracia participativa, que substituam algumas das atuais instâncias representativas. Antes, porém, de reivindicar a necessidade de formular um rol de limites materiais implícitos ao poder de reforma, voltados a defender os elementos habilitadores da democracia, vejamos os outros valores protegidos especialmente pela Constituição.

No inciso III, do referido artigo 60, par. 4º, a Constituição de 1988 dá especial proteção ao princípio da “separação de poderes”, que é elemento essencial para a realização do constitucionalismo democrático. Este princípio, tem se manifestado de maneira distinta em diversas constituições. Nos regimes parlamentares, por exemplo, há um afrouxamento da separação de poderes, permitindo uma aproximação entre Executivo e Legislativo. A sua importância, no entanto, não pode ser relativizada.<sup>99</sup>

<sup>98</sup>Alexy, *ob. cit.*, p. 90.

<sup>99</sup>M.J.C. Vile, *Constitutionalism and Separation of Powers*. Oxford, 1969, p. 21.

Mais do que um mecanismo organizador das diversas tarefas a serem realizadas dentro do Estado, a separação do poderes constitui um princípio ético na medida em que estrutura a própria idéia de Estado de direito. É por intermédio da separação de poderes que se reconhece a exigência de lei genérica, universal e abstrata<sup>100</sup>, aprovada democraticamente pela representação popular, como único mecanismo capaz de vincular as condutas dos indivíduos. Também é a idéia de separação de poderes que coloca limites à ação do Executivo, que se transformou com o constitucionalismo moderno num poder *sub legem*. Por fim a independência do poder judiciário, enquanto poder neutro, responsável pela resolução de conflitos a partir da legislação e da própria Constituição, é o ponto essencial não apenas na construção do Estado de direito, como da própria democracia. Trata-se, assim, de uma garantia fundamental do cidadão contra as iniciativas individuais e públicas de interferência em sua esfera de dignidade.<sup>101</sup>

Da mesma forma que o princípio da federação, a concretização do princípio da separação de poderes no Brasil poderia ser bastante aperfeiçoada. Um dos aspectos mais discordantes do princípio da separação de poderes instituídos pela Constituição de 1988 foram as medidas provisórias, pelo qual o Executivo tem sido capaz de Legislar sobre vastas matérias, vinculando condutas sem a intermediação do legislativo. Neste sentido uma reforma que reduza as possibilidades do Executivo de legislar, obrigando diretamente os cidadãos, sem a necessidade de intermediação legislativa, seria um aperfeiçoamento do princípio da separação dos poderes e não a sua ruptura.

Por fim o texto de 1988 dá caráter super-constitucional aos “direitos e garantias individuais”. Este certamente é o mais complexo dos dispositivos que buscam dar proteção especialmente a valores constitucionais. O primeiro problema do inciso IV, do art. 60, par. 4o. é a utilização do termo “direitos e garantias individuais” em detrimento de “direitos e garantias fundamentais” ou “direitos e garantias individuais e coletivos”, que são respectivamente as denominações atribuídas pelo constituinte ao Título II e ao Capítulo I deste mesmo Título. Em nenhum momento a Constituição utiliza-se da locução “direitos e garantias individuais” isoladamente. Isto obriga o legislador a tomar uma série de decisões, todas elas passíveis de críticas.

A primeira seria interpretar literalmente a Constituição e elaborar uma lista daqueles direitos e garantias de caráter individual que habi-

<sup>100</sup> Para a compreensão da lei no sentido aqui apresentado ver Rousseau, *O Contrato Social*, Livros II, cap. VI, Nova Cultural, São Paulo, 1997; ver ainda Giovanni Sartori, *Teoria de la Democracia*. Alianza Editorial, Madri, 1987, p. 366 ss.

<sup>101</sup> Dworkin, *ob. cit.*, 1985, p. 24.

tam toda a Constituição, além daqueles que a Constituição não exclui por força do parágrafo 2o. do art. 5º.<sup>102</sup> Isto colocaria em posição de superioridade hierárquica um série de preceitos fundamentais e não fundamentais que protegem direitos individuais de importância distinta, se colocados numa escala ética, cristalizando garantias eventuais de importância menor, e deixando sem proteção especial direitos de ordem social, essenciais à dignidade e à própria realização da democracia.

Uma segunda fórmula, semelhante à primeira, seria afirmar que o constituinte realizou uma opção ideológica de proteção super-constitucional exclusiva dos direitos liberais, denominados pelo doutrina de direitos de primeira geração, que incluem direitos civis referentes a proteção da esfera privada contra a intervenção do Estado.<sup>103</sup> Este modelo de interpretação também deixaria de fora direitos políticos e sociais indispensáveis à realização da dignidade humana e da autonomia individual na esfera pública.

A terceira hipótese, já refutada pelo Supremo Tribunal Federal, seria restringir a proteção super-constitucional ao direitos elencados no art. 5o. da Constituição. Essa formulação traz os mesmos problemas das duas formas de interpretação anteriores, ou seja, excluem dos sistema de proteção super-constitucional uma série de elementos essenciais a proteção da dignidade humana e a perpetuação da democracia.

Nesses termos não parece haver outra alternativa que não a proteção dos direitos fundamentais de forma valorativa, devendo ser protegidos como super-constitucionais aqueles direitos que, colocados pela Constituição, ou decorrentes dos princípios por ela adotados, constituem elementos essenciais à proteção da dignidade humana e habilitam a democracia enquanto procedimento para a tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres. Assim além dos direitos e garantias que asseguram a autonomia privada e o Estado de direito, também devem compor o rol das cláusulas super-constitucionais diversos direitos políticos sem os quais a democracia se transforma numa fórmula vazia, e direitos de ordem econômica e social. Especialmente em países marcados por enormes desigualdades sócio-econômicas, como o Brasil, a promoção e garantia de direitos que assegurem a subsistência, a educação, a habitação, a saúde e o trabalho, são essenciais não apenas para que esses indivíduos estejam aptos a participar do processo democrático, mas também como garantia da

<sup>102</sup> Para uma interpretação desse dispositivo da Constituição ver Oscar Vieira, *ob. cit.*, 1994, 88; e Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 82 ss.

<sup>103</sup> Isaiah Berlin, *ob. cit.*, *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 136 ss.

própria dignidade humana. Os direitos sociais básicos, nesse sentido, podem ser defendidos como direito individual à dignidade e à igualdade ou como direitos políticos essenciais à realização da democracia.<sup>104</sup>

Certamente esse modelo argumentativo de interpretação do inciso IV, do art. 60, par 4o., colocará grandes dificuldades para o magistrado e abrirá um enorme espaço de confronto ideológico. No entanto, as demais opções interpretativas excluem direitos de importância fundamental e incluem direitos de menor relevância. Por outro lado, as cláusulas super-constitucionais não podem ser vistas como um simples fato de poder. São 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 super-constitucionais, por sua capacidade de bloquear os mecanismos de representação democrática, devem cristalizar apenas os princípios e direitos que estabeleçam uma autêntica reserva de justiça constitucional.

Interpretadas adequadamente, as cláusulas super-constitucionais não constituirão um obstáculo à democracia, mas servirão como um instrumento que, num momento de reformulação da ordem constitucional, permitirão a continuidade do sistema político, habilitando cada geração a escolher seu próprio destino, sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras.

**OSCAR VILHENA VIEIRA** é professor de  
Direito da PUC/SP, *Master of Laws* pela  
Universidade de Columbia, doutorando em  
Ciência Política pela USP, secretário  
executivo do ILANUD e procurador do  
Estado em São Paulo.

<sup>104</sup> Para uma defesa da inclusão dos direitos sociais no rol das cláusulas super-constitucionais ver Paulo Bonavides, *ob. cit.*, 1997, p. 588 ss..

## **RESUMOS/ABSTRACTS**

### **A CONSTITUIÇÃO COMO RESERVA DE JUSTIÇA**

*OSCAR VILHENA VIEIRA*

Examina-se a questão das cláusulas que impõem restrições à mu-

dança constitucional. Discutem-se as principais interpretações dos problemas e paradoxos que emergem quando a questão é vista da perspectiva de exigências democráticas. Argumenta-se que cláusulas super-constitucionais são aceitáveis desta perspectiva quando protegem os princípios democráticos da Constituição. Isto significa que uma teoria coerente das cláusulas super-constitucionais deve basear-se na defesa das condições que permitam o auto-governo por indivíduos livres e iguais com base em procedimentos justos. Aplica-se isso ao caso da Constituição brasileira de 1988.

### **THE CONSTITUTION AS A RESERVE OF JUSTICE**

*The question of the clauses imposing restrictions on constitutional change is examined. The main interpretations concerning the problems and paradoxes raised when the question is viewed from the standpoint of the democratic demands are discussed. It is argued that those clauses are reasonable from this perspective whenever they protect the democratic principles of the Constitution. This means that a coherent theory of the supra-constitutional clauses ought to have at its foundations the defence of the conditions which allow the self-government of free and equal individuals on the basis of just procedures. This is applied to the case of the Brazilian Constitution of 1988.*