

OS PRINCÍPIOS E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL! O PARADOXO

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Observações iniciais

1. Fenômeno indiscutível e de importância capital é, no plano do direito constitucional, a plena consagração da Justiça Constitucional, ainda que sob diversas modalidades.

Esta consagração, todavia, da Justiça Constitucional sugere uma indagação paradoxal. Com efeito, por um lado, ela completa a instauração do constitucionalismo, por outro, abala os princípios fundamentais que o estruturam.

Marca o triunfo ou o termo final do constitucionalismo?

I . Constituição e imposição jurisdicional das normas constitucionais

2. O constitucionalismo moderno — use-se a terminologia de McIlwain — penetra na história com as constituições do final do século XVIII — a americana, de 1787, a francesa, de 1791. Entretanto, plenamente se consagra no curso do século XIX e somente se torna um fenômeno global na segunda metade do século XX. Com efeito, é depois de 1945, quando finda a Guerra Mundial, sobretudo nos anos 80 é que atinge a plenitude de sua expansão.

3. O constitucionalismo moderno constrói-se em torno da idéia de uma **Lei suprema**, estabelecida pelo povo num documento solene — escrito para ser conhecido de todos — que é, ao mesmo tempo, **condição de validade** de todos os atos emanados do Estado e **cúpula da ordem jurídica**.

A Constituição, assim, é lei e uma lei que há de prevalecer sobre todas as outras que edite o legislador ordinário, sobre todas as medidas que emita o administrador, bem como há de presidir todas as decisões do juiz. Para o ser,

ela tem de revestir-se de rigidez, não ficar à mercê de modificações provenientes dos Poderes estabelecidos, sobretudo, ao talante das leis comuns.

Aqui, insere-se e valoriza-se uma diferença de origem. A Constituição é obra de um Poder que vem do próprio âmago da nação, um poder inicial, soberano, incondicionado — o Poder Constituinte — que se deve manifestar por representantes extraordinários do povo. Ao invés, os outros Poderes provêm da própria Constituição, derivam dela, são limitados e condicionados por ela — são Poderes constituídos.

Nisto, o constitucionalismo rompe com a sua inspiração — a constituição inglesa. Esta, embora seja lei, e lei aplicável pelos tribunais, não tem assegurada a sua supremacia em face do legislador comum. É flexível, podendo ser alterada a qualquer momento mudada pela lei ordinária, mudança, portanto, que dispensa forma especial.

4. Para que a Constituição seja de fato a lei suprema, importa que prevaleça sobre que os atos que a contradigam. Do contrário, ela não o será, fará apenas de conta que o é.

Ninguém mais cedo e mais perfeitamente o apontou do que John Marshall, no caso *Marbury x Madison*, julgado pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1803. Claramente o apontou na fundamentação da decisão, como uma implicação lógica da idéia de constituição escrita.

1 Foi este texto lido no *Congresso Jurídico em homenagem a Othon Sidou* promovido pela *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, no Rio de Janeiro, em 7 e 8 de outubro de 2010.

Neste aresto, com efeito, está a **tese da prevalência da Constituição** e, a *contrario sensu*, a da **invalidade da norma que contradiga a Constituição**. Mais do que isto a da **nulidade de tal norma**, ser ela írrita (*void*, em inglês). Isto resume o elemento substantivo da decisão.

Esta, contudo, vai além. Explicita **as bases processuais do controle de constitucionalidade**: sua **função** — a **identificação da norma aplicável** a uma questão concreta; o seu **agente** — o **juiz**; bem como o seu **locus** — uma **lide**.

São estes, em síntese estreita, os elementos essenciais do chamado modelo americano, por muito tempo o único realmente praticado para a guarda da Constituição.

5. Por força de tal controle, a Constituição passa a ser efetivamente uma **lei positiva** e a mais alta de todas. Assim, em estritos termos jurídicos, pode-se pretender que a idéia moderna de Constituição se consagra em 1803, quando, pela primeira vez na história, uma Constituição prevaleceu sobre um ato normativo editado pelo Poder Legislativo constituído.

Se isto foi encarecido pelos juristas da terra americana e apercebido por estrangeiros lúcidos, como Rui Barbosa, longo tempo se passou, antes que o passo fosse formalmente copiado e a Constituição fosse de fato lei positiva do Estado.

6. Vale lembrar que a Constituição brasileira de 1891 deu tal passo, precedida pela legislação editada para regular a Justiça federal em 1890. Assim, fomos, embora depois dos norte-americanos, dos primeiros a usufruir da proteção de uma Constituição lei positiva, apesar das imperfeições do regime político, devidas às nossas condições políticas, sociais e econômicas. E fizemos exemplo, porque a Constituição portuguesa de 1911 nos seguiu, apesar da resistência européia ao controle de constitucionalidade.

Realmente, não se pode esquecer que ainda no início do século XX não se adotava na Europa a fiscalização de constitucionalidade. Assim, a verdade dos fatos é que por lá as Constituições não eram leis positivas, mas modelos políticos de agenciamento institucional. A supremacia da Constituição era, em última análise, de ordem moral, ou cultural, não de ordem jurídica.

Claro está que este fato era denunciado por juristas eminentes, alguns dos quais pretenderam construir com sua pena o instrumental destinado a impor a supremacia da Constituição. Entretanto, prevalecia indubitavelmente a convicção de que a guarda da Constituição havia de ser essencialmente de ordem política. É o que ainda sustentava Carl Schmitt, ao considerar o *Hüter der Verfassung* — o guardião da Constituição.

7. Não se pode, neste momento, ignorar a contribuição de Hans Kelsen, ao opor a essa visão majoritária a concepção de uma proteção jurisdicional da supremacia da Constituição. É o que se lhe deve como inspirador da Constituição austríaca de 1920 e de seus posteriores desenvolvimentos. Nesta, instituiu-se uma Alta Corte Constitucional, incumbida de verificar, a pedido do governo federal, a constitucionalidade das leis estaduais, e, a pedido de governo estadual, a de leis federais. Sem dúvida, a intenção principal era então a de salvaguardar a repartição de competências, mas, por meio de um controle abstrato de constitucionalidade — no que está o aspecto inovador. Mais, por um controle exercido por tribunal à parte do Judiciário. Está nisto, como todos reconhecem, a matriz do chamado modelo europeu de controle de constitucionalidade, cuja teorização esse mestre antecipou.

8. A Justiça Constitucional, como instituição independente, surge como instrumentalização desse modelo. Ninguém negará que tem suas fontes principais na Constituição italiana de 1947, com a *Corte costituzionale*, na Lei Fundamental da República federal alemã de 1949, com o *Bundesverfassungsgericht*. Fixaram um padrão que, mais adiante, se desenvolveu com a Consti-

tuição portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 etc., dominando hoje o velho continente por inteiro e se alastrando pelo mundo afora.

Mais ainda, ganhando terreno no próprio campo até ontem reservado ao modelo dito americano. É isto bem visível no direito constitucional brasileiro, nascido sob a inspiração de Marshall, mas que hoje se desenvolve sob a inspiração de Kelsen.

Ora, a **Justiça Constitucional é o triunfo da idéia de que a Constituição é a lei positiva suprema**. De fato, a razão de ser da Justiça Constitucional não é outra senão impor efetivamente a supremacia dessa Lei Magna.

II. A Justiça Constitucional e os princípios constitucionais “clássicos”

9. É preciso, contudo, chamar a atenção para o fato de que a consagração de uma Justiça Constitucional tem sérias e profundas conseqüências relativamente à estruturação institucional, clássica, do constitucionalismo.

10. A primeira é a de que, posta como ente independente e estruturante do Estado, configura um novo Poder, visto que os Poderes clássicos não são mais que entes independentes e estruturantes do Estado, com função própria. Ora, por sua função própria, torna-se um **superpoder**. Com efeito, não apenas circunscreve o campo de constitucionalidade da atuação dos outros Poderes, mas estabelece o verdadeiro teor da Lei Magna, dada a potencialidade construtiva do controle abstrato. De certa forma, perpetua o Poder Constituinte, pairando acima dos Poderes constituídos.

Ademais, há uma incontestável diferença, de qualidade e de intensidade, entre o controle de constitucionalidade *in concreto* e *in abstracto*. Naquele, o papel do controlador é o de um agente negativo — no caso das leis, como sempre se lembra, um legislador negativo. Cabe-lhe dizer o que não se pode fazer, porque colide com a Constituição. No controle abstrato, especialmente no plano hoje comum das constituições abertas, inçadas de princípios genéricos, **a Justiça constrói a Constituição. Antes, ela dizia o que era a Constituição, hoje sutilmente ela estabelece como é a Constituição.**

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, conquanto não tenha sido estruturado ao menos conscientemente como Justiça Constitucional, fornece, na última década, vários exemplos de tal construção constitucional. É o que fez, dando cobertura ao TSE, no caso do número de vereadores, no da fidelidade dos parlamentares, na dos chefes de Executivo etc. Fora do Brasil, também isto é patente, em temas como a omissão constitucional e outros.

Esta situação difere, e muitíssimo, da que traçava a doutrina clássica do constitucionalismo, segundo a qual a definição da Constituição cabia a um poder emanado diretamente da comunidade, o Poder constituinte que Sieyès pretendia dever ser exercido por representantes extraordinários da nação.

11. Outro reflexo da instituição da Justiça Constitucional sobre a doutrina clássica do constitucionalismo concerne obviamente à **separação dos poderes**. A fórmula assim designada, intuída por Locke e teorizada por Montesquieu, foi inscrita na bandeira do constitucionalismo no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Não tem Constituição a sociedade em que não estiverem garantidos os direitos nem estabelecida a separação dos poderes”.

É certo que, nos dois séculos já vividos pelo constitucionalismo moderno, o peso da doutrina diminuiu e sua significação se flexibilizou. Com efeito, não se coaduna com sua versão clássica a liderança do Executivo no plano da governança, com seus aquestos, por exemplo, o seu papel no plano da legislação. Constituições mais recentes, como a francesa de 1958, ignoram a fórmula, embora tenham o cuidado de zelar por uma divisão funcional do poder. Ainda está, entretanto, bem viva a experiência de que a concentração do poder leva ao abuso. Certamente, não é outra a razão por que a Constituição vigente inclui entre as “cláusulas pétreas” a separação dos poderes (art. 60, § 4º, IV), quando bem distante fica das lições do século XVIII.

12. Não é despropositado recordar, além disto, que, no passado, já se admitiu a compatibilidade da separação dos poderes com a admissão de um quarto Poder, além dos Legislativo, Executivo e Judiciário — o **Poder moderador** imaginado por Constant. Quem não sabe que estava presente na Carta de 1824, sendo motivo de polémica entre liberais e conservadores? Quem ignora que é a inspiração, segundo Duverger, do papel do Presidente da República na Vª República francesa?

A utilidade de tal quarto Poder estaria essencialmente no papel de conciliação que exerceria em relação aos três outros, evitando o conflito entre eles, sempre daninho à governança. Montesquieu, afinal, desejava que os Poderes andassem de *concert...*

Não causa, portanto, arrepios, embora mereça registro formal, a instauração de uma Justiça Constitucional, como um quarto Poder. Mas enquanto um quarto Poder com função própria distinta da dos outros Poderes — eventualmente um Poder de garantia da Constituição nunca como usurpador de funções alheias. Jamais um Poder Legislativo *bis*, tal qual tem ocorrido.

13. O principal e mais grave impacto da institucionalização da Justiça Constitucional opera-se com relação à democracia. Não cabe neste passo discutir a essência, a natureza e o valor da democracia, mas vale lembrar o seu mínimo existencial, **a democracia como método de governo**. Ou seja, a tomada das decisões governativas por representantes eleitos pelo povo, ou — excepcionalmente, dada uma longa série de obstáculos — feita por este diretamente. Registra-o o parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A legitimidade política, conseqüentemente, numa democracia, deflui da eleição popular (embora não raro o desenrolar desta choque os mais democratas dos democratas). Ora, falta à Justiça Constitucional — tal qual é vivenciada pelo mundo afora — essa legitimidade. Ao menos, diretamente, pois seus integrantes são escolhidos por autoridades investidas de tal legitimidade. Basta isto para o formalismo democrático, mas certamente não atende ao que, preocupados com a qualidade da democracia, pensadores de língua inglesa, chamam de *responsiveness* e *accountability*. Traduzindo imperfeitamente, atuação que corresponda à vontade do povo, prestação de contas dessa atuação para com o povo. Se estes dois elementos são essenciais para a boa qualidade da democracia, a Justiça Constitucional não os preenche, não poderá atendê-los, dada a natureza de sua função. Destarte, não se lhe pode reconhecer um caráter consentâneo com a forma democrática de governo. E — não se olvide — tal instituição faz a Constituição.

14. Ao erigir-se a Justiça Constitucional num Poder, ou mais do que isto, num superpoder, o direito constitucional reconhece implicitamente que a democracia moderna é um governo misto. Governo misto, no sentido expresso na Antiguidade, que está em Aristóteles e é pregado por Cícero.

Quer dizer uma forma de governo em que se combinam elementos extraídos das formas puras monarquia, aristocracia, democracia. A “democracia” da Constituição brasileira pergunto — não seria uma fórmula de governo misto, com um elemento monárquico — o Presidente da República, um elemento aristocrático desdobrado na Justiça Constitucional e no Judiciário, integrado não por eleição, mas por mérito — um elemento democrático. O Legislativo que, sem dúvida, espelha nitidamente o nível do povo que o elege.

III. Riscos para a Justiça Constitucional no momento brasileiro

15. Não se pode fechar os olhos para riscos que corre, no Brasil, dada a nossa cultura política, o desenvolvimento da Justiça Constitucional. O mais

grave é o perigo de sua politização, no sentido rasteiro do termo. Quer dizer, servir ela de instrumento para a imposição de visões ideológicas, mormente se propugnadas na rigidez de um programa partidário. Neste caso, mais do que politização ocorreria uma partidarização. Ora, é experiência de todos os tempos que justiça partidarizada não serve à Justiça — uma Justiça Constitucional partidarizada logo partidarizaria também o corpo judiciário.

Isto leva a duas questões delicadas e de difícil equacionamento: uma, a do processo de escolha dos integrantes da Justiça Constitucional; outra, a da duração de sua investidura. Se um partido fica livre para compor essa Justiça de pessoas de sua confiança — ainda que bem qualificadas — se estas gozarem de vitaliciedade, bastará à agremiação designar para compô-la militantes jovens para, por muito e muito tempo, imperar na Justiça Constitucional, **partidarizada**. Mesmo depois de eventualmente perder o apoio popular.

Claro que a ocorrência deste fenômeno dependerá de imponderáveis, como a fidelidade dos escolhidos à ideologia do partido que os escolheu e, sobretudo, da visão que tem esse partido de seu dever: escolher os mais capazes, ou escolher os mais convenientes para ele. Opção que pode ser ingênua, eis que maquiavelicamente se há de supor que sempre prefira a segunda alternativa (embora isto seja desmentido muitas vezes pela experiência histórica).

16. Ouso, antes de concluir, chamar a atenção para uma outra questão crucial, a do exercício da função jurisdicional — e obviamente neste campo se inclui a Justiça Constitucional — na sociedade que adequadamente Sartori chamou de teledirigida. Especialmente porque a problemática que vou apontar se potencializa quanto à Justiça Constitucional.

Na sociedade teledirigida, a Justiça é **foco mediático**, quando aborda questões constitucionais. Estas são “notícia” que atrai a atenção dos meios de comunicação de massa e, com razão, porque interessam a todos, na medida em que afetam os interesses e o bem-estar do povo, do povo que é o destinatário dos meios de comunicação de massa.

Entretanto, estes meios de comunicação de massa não são nem neutros, nem imparciais, mesmo quando prestam a homenagem do vício à virtude... De fato, se merecem louvor quanto à informação que colhem e difundem, nisto exercendo um papel vital para a democracia, pois alimentam a decisão política, não se pode ignorar que freqüentemente fazem um jogo próprio, no interesse dos donos e dos oficiais da comunicação. Quantas vezes inventam fatos, ou os distorcem, ou os sonegam, ou os disfarçam, ou lhes atenuam a gravidade, ou lhes acentuam essa gravidade, segundo seus interesses, ou suas simpatias e antipatias? Inclusive quando “repercutem” os fatos, favorecendo a linha que

lhes convém. Afora a rotina de que a mídia, para fazer, como se diz, média, não subscreve e difunde cegamente o “politicamente correto”.

Não é fora do comum que tais meios de comunicação de massa busquem deslavadamente influir sobre as decisões, conclamando a “opinião” a segui-los na pressão. Nisto, escolhe heróis e anti-heróis, que aponta ao aplauso ou à execração. (E é preciso ser de têmpera excepcional para preferir deixar de ser herói — ainda que de causa perdida — a ser anti-herói.)

Ora, no plano da justiça, notória é a incompreensão dos meios de comunicação de massa, mesmo quando de boa-fé, em relação aos mecanismos e processos, a sua ignorância das tecnicidades necessárias e dos ritos justificados pela experiência multissecular, ou o desprezo (consciente ou não) pelas garantias de sua boa administração. Esta é para eles a que atende à sua visão, mesmo que ela seja contraditada pela objetividade dos fatos. Quantas vezes são eles que denunciam e querem julgar a denúncia? Vêm no sigilo e na discrição uma ofensa, quando são elementos expressivos da sacralidade da Justiça. Por que, senão por isto, a Suprema Corte dos Estados Unidos proíbe a difusão em direto de suas deliberações?

Observações finais

17. Em face do exposto, parece ter cabimento a dúvida: a Justiça Constitucional traz à perfeição o constitucionalismo ou assinala o seu termo final?