

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DESENVOLVIMENTO: UMA REFLEXÃO SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS.

Maria Lucia de Paula Oliveira*

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal vem procedendo ao controle judicial de emendas constitucionais, adotando uma interpretação extensiva dos limites materiais para a emenda previstos na Constituição. A partir de uma teoria da legitimidade da jurisdição constitucional do ponto de vista de uma teoria da justiça a partir do julgamento, se objetiva identificar o papel do judiciário em um sistema democrático. São apresentados alguns aspectos importantes da teoria constitucional de F.I. Michelman. Após, se pretende delinear um núcleo mínimo de assuntos que se articulam num sistema constitucional com a democracia e o desenvolvimento. Nesse propósito, são invocados os ensinamentos de C.S. Sustain e A. Sen. Por fim, se avaliará a doutrina e a jurisprudência brasileiras, especialmente as decisões do STF que declaram inconstitucional emendas constitucionais.

PALAVRAS CHAVES: CONSTITUIÇÃO; DIREITOS; FUNDAMENTAIS; DEMOCRACIA; EMENDAS; JURISDIÇÃO; DESENVOLVIMENTO.

SUMMARY

* Professora do Quadro Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes. Professora Adjunta de Filosofia do Direito- PUC-RIO. Doutora em Direito – PUC-SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

The Federal Supreme Court has been acting, for what concerns the judicial reviewing of the constitutional amendments, by using a kind of extensive interpretation of the material limits of the amendments as they were established by the Constitution. In this present essay we intend to identify the Judiciary's role in a Democratic System accordingly to the theory of the Constitutional jurisdiction's legitimacy through the point of view of the judgmental theory of justice. First of all, we will introduce a few important aspects of F.I. Michelman's Constitutional theory and draw, afterwards, our attention to a small group of subjects related, inside a Constitutional System, to Democracy and Development. For this purpose, we will recall Cass Sunstein and Amartya Sen's thoughts to finally make a close analysis of the Brazilian Jurisprudence and Doctrine, focusing ourselves mainly on the Federal Supermen's Court decisions regarding Constitutional amendments.

KEYWORDS: CONSTITUTION, RIGHTS, FUNDAMENTAL, DEMOCRACY, AMENDMENTS, JURISDICTION, DEVELOPMENT

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal tem procedido ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais e sua atuação tem recebido uma avaliação positiva. Há, porém, aqueles que criticam o que se seria um excesso na interpretação extensiva das cláusulas pétreas¹. Segundo estes, a interpretação extensiva conferida pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente à expressão “direitos e garantias individuais”, estaria acabando por ferir o princípio democrático. Parece se renovar, em solo brasileiro,

¹ Claudio Pereira de Souza Neto, em **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**, entende que foi excessiva a decisão do STF que declarou constitucional o §2º. do art.2º. da EC no.3/93, pois “...de acordo com os critérios democrático-deliberativos, o princípio da anterioridade tributária não seria materialmente fundamental.”, já que a anterioridade “... não implica, efetivamente, uma violação das condições para a cooperação na deliberação democrática.” (Op.cit.. p.237/238. Rio de Janeiro: Renovar, 2006). O Mesmo autor reiterou a mesma posição com relação à decisão do STF atinente ao art.1º. da EC no.52/2006. Essa posição também foi assumida por Rodrigo Brandão, que assim expressou sua posição: “Ora, se o conturbado contexto que se seguiu às eleições de 2002, não permitia prever, com um grau mínimo de certeza, qual seria a regra regente do processo eleitoral de 2006, não parece legítimo, à luz do princípio democrático, que o STF, com base, precisamente, no princípio da segurança jurídica, faça prevalecer a interpretação do TSE à lavrada pelo Congresso Nacional...” (BRANDÃO,R. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. p.301. Rio de Janeiro: Renovar, 2008).

os questionamentos que envolvem o chamado “dilema contramajoritário”, ou seja, qual a legitimidade da vinculação posta a futuras gerações, impedindo-as de deliberar diferentemente com relação ao sistema político e jurídico que resolverem por maioria escolher?

Em resumida síntese, é possível ilustrar a referida atuação do Supremo Tribunal Federal com três importantes decisões. A primeira delas, do ponto de vista cronológico, foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no.939-7 – DF, no qual se declarou inconstitucional parte da EC no.3, de 17.03.93, que criou o IPMF – Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira. A referida emenda excluía, dentre outras limitações constitucionais ao poder de tributar, a imunidade tributária, prevista no art.150,III, “b”, da Constituição. O STF entendeu que o princípio da anterioridade seria garantia individual do contribuinte, tendo sido feridos também os arts.5º.,§2º. e 60,§4º. da Lei Maior. Em outra decisão, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade no.1.946-5- DF, entendeu-se que o limite que previa para os benefícios da Previdência Social não se aplicaria à licença gestante prevista no art.7º.,XVIII, pois se isso ocorresse se estaria estimulando a discriminação por motivo de sexo, vedada constitucionalmente (arts.3º.,IV, 5º.,I e 7º.,XXX). Finalmente, em decisão recente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade no.3.685-8, entendeu o STF que a aplicação imediata de nova regra sobre coligações eleitorais, introduzida com a Emenda no art.17,§1º., feriria o princípio da anterioridade da lei eleitoral (art.14) –garantia individual do cidadão eleitor, atingindo ainda as garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal.

Essas decisões ilustram uma interpretação bastante ampla da expressão “direitos e garantias individuais”. Tal interpretação homenagearia o Estado Democrático de Direito em que vivemos ou seria uma invasão indevida por parte do Poder Judiciário, da Jurisdição Constitucional, daquilo que havia sido aprovado pela maioria qualificada do povo representada pelo Congresso Nacional? Gostaríamos de aprofundar tal ponto, retomando a questão da legitimidade da jurisdição constitucional do ponto de vista da

justiça a partir do julgamento. Nesse propósito, explicitaremos o tema do ponto de vista da concepção teórica de Frank Michelman, que, em nossa apreciação, ilustra como uma teoria da justiça a partir do julgamento enfocaria a problemática. Ao final, retomaremos a questão, tentando verificar de que forma, considerando esse caminho para a pensar a jurisdição constitucional, é possível delimitar um núcleo de matérias que seja tão essencial e que nortearia a interpretação das próprias cláusulas pétreas. É interessante, especialmente numa realidade de subdesenvolvimento, como a brasileira, proceder à articulação desse núcleo de matérias com o desenvolvimento. Por fim, cumpre atentar para o debate brasileiro em torno da interpretação a ser dada às cláusulas pétreas e com relação à posição adotada pelo Supremo Tribunal Brasileiro.

2. A Legitimidade da Constituição e da Jurisdição Constitucional e a Teoria da Justiça a partir do Julgamento².

Uma discussão mantida hoje na teoria constitucional contraporia substancialismo e procedimentalismo. Em linhas gerais, o substancialismo identificaria valores substanciais dos quais a Constituição e o sistema de controle judicial deveriam ser tutores, enquanto o procedimentalismo proporia “um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade...”³ O procedimentalismo tem como um dos arautos principais Jürgen Habermas. É interessante retomar tal debate, e para tanto, consideramos relevante retratar aqui a controvérsia entre Jürgen Habermas e o professor de Direito Constitucional americano Frank Michelman.

² A Teoria da Justiça a partir do Julgamento tem sua origem na Crítica da Faculdade do Juízo de I. Kant, onde é apresentado o conceito de juízo reflexivo. H. Arendt foi uma das primeiras que percebeu o valor da teoria do juízo de Kant, mas no pensamento contemporâneo, temos toda uma constelação de autores que valorizam tal caminho como Alessandro Ferrara, Albrecht Wellmer, Paul Ricoeur, dentre outros.

³ STRECK, L.L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p.137.

Em *Direito e Democracia*, em capítulo dedicado ao papel e legitimidade da jurisdição constitucional, Habermas se remete a três visões da jurisdição constitucional: liberal, republicana e procedimental, conforme classificação da tradição constitucional americana. Dentre aqueles que adotam uma visão republicana, estaria Frank Michelman, que tem suas concepções assim resumidas pela filósofo alemão:

O conceito republicano da “política” não se refere aos direitos e cidadãos privados à vida, à liberdade e à propriedade, garantidos pelo Estado, garantidos pelo Estado, porém, em primeira linha, à prática de autodeterminação de cidadãos orientados pelo bem comum, que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que a si mesma se administra. Direito e lei são secundários em relação ao contexto vital ético de uma *polis* na qual a virtude da participação ativa pode desenvolver-se e estabilizar-se nos negócios públicos. (...) Michelman tenta decifrar vestígios desse republicanismo nos debates do país da constituição americana, no próprio texto da constituição e na jurisprudência constitucional atual, a fim de desenvolver, a partir daí, um conceito normativo do processo político e de suas condições procedimentais.⁴

Na visão republicana, afirma Habermas, a política tem um papel que está ligado ao processo de socialização como um todo, a uma auto-determinação dos cidadãos, e não simplesmente como proporia a visão liberal, a uma papel de garantir os direitos dos indivíduos contra o aparelho do Estado, com sua máquina administrativa. A sociedade civil se torna elemento crucial, pois é ela, independentemente da administração pública e das relações privadas regidas pelo mercado, que propiciará a integração política. Enquanto na visão liberal, o status de cidadão está vinculado primordialmente às chamadas liberdades negativas e os direitos políticos são vistos como instrumentos para que os cidadãos possam fazer valer seus interesses privados junto ao Estado. Na visão republicana, os direitos políticos são pontos em destaques e enquadrados como verdadeiras liberdades positivas, pois elas garantiriam aos cidadãos a participação em uma prática comum. O papel do Estado deixaria de ser a garantia de liberdades iguais, mas a garantia de “um processo inclusivo de formação de opinião e vontade”. Subjacentes a tais diferenças estão visões diferentes do próprio processo político. Enquanto para o liberal, a política é vista como um campo de luta, de concorrência entre os interesses individuais, que agem estrategicamente visando posições de poder, consolidadas através das decisões eleitorais. Para a concepção

⁴ HABERMAS, J. **Direito e Democracia**. Vol.I. p.332. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

republicana, porém, as estruturas políticas não obedecem à lógica do mercado, mas possuem uma lógica própria voltada para “uma comunicação pública orientada pelo entendimento”. A visão liberal, por outro lado, seria cética no que tange ao uso ético e moral da razão, enquanto que o republicano confiaria na força dos discursos políticos, por meio dos quais se teria a conscientização dos cidadãos de seu direito de autodeterminação por meio da assunção da perspectiva dos demais cidadãos que determinaria a tomada de posição, considerando seu ponto de vista a partir de toda a coletividade. Explicitar-se-ia assim a importância das chamadas “condições processuais” que dariam legitimidade a essa “formação institucionalizada da opinião e da vontade”. Ainda que inspirado na concepção republicana, Habermas propõe uma terceira opção que seria uma visão procedimental, que se contraporiria a visão republicana-comunitária de Michelman:

Contraopondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma concepção constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção.⁵

Habermas salienta a dificuldade de conciliar um consenso de fundo ético com o pluralismo cultural e social das sociedades modernas, o que tornaria a cidadania ética pretendida por Michelman, uma solução romântica. Para os republicanos, os juízes do Tribunal Constitucional acabam se tornando os guardiões e regentes pedagógicos dessa comunidade ética personificada numa esfera pública política. O republicanismo acabaria, porém, confundindo ética e política (é curioso observar que Habermas cita uma passagem do livro *Political Judgment* de Ronald Beiner, já citado antes, e no qual o autor parte da teoria do julgamento de Arendt)⁶, esquecendo da importância das “condições processuais”, do procedimento democrático. Se a teoria republicana –comunitária atentasse para tal a

⁵ Ibid., p.346.

⁶ Ibid., p.350.

importância de tais procedimentos, afirma o filósofo alemão, veria que muito mais apropriado do que apostar numa comunidade ética, seria a aposta “no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apóiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais.”⁷ Essa aposta teria mais chances de estabelecer um nexos com a realidade empírica, onde os compromissos que devem ser estabelecidos entre as ações estratégicas no modelo deliberativo estariam impossibilitados “num discurso racional que neutraliza o poder ou exclui o agir estratégico”, ou seja, num discurso ético comum. O papel da jurisdição constitucional nesta concepção procedimentalista seria justamente garantir essas “condições processuais” da política deliberativa, situando-se, portanto, num ponto intermediário entre o ativismo e restrição da atividade judicial. É interessante conhecer, por oportuno o outro lado da argumentação, que, com veremos, ao contrário do que pretende Habermas, parece-nos mais apresentar uma formulação mais em conformidade com a experiência política dos cidadãos em Estados Democráticos na contemporaneidade.

Michelman, em *Is the Constitution a Contract for Legitimacy?*⁸, elucida as deficiências das teorias de legitimidade constitucional e apresenta teoria própria. O professor americano lembra o desacordo que pode surgir por parte daqueles que aplicam a Constituição, sejam legisladores, juízes ou administradores públicos no que tange ao que é moralmente correto. Em um governo das leis, os cidadãos têm que se submeter às leis e atos normativos estabelecidos pelos agentes públicos e devem suportar ou ao menos, aceitar, o uso da força para assegurar cumprimento a tais atos. Nesse sistema legal, é bem possível que parte dos cidadãos, apesar de discordarem ou até considerarem errados certos atos, acabem por agir em conformidade com eles, aceitando-os. O que está em jogo aqui é que esses cidadãos julgam tal sistema legal como digno de respeito. É necessário, então, salienta Michelman distinguir entre uma lei injusta e uma lei ilegítima. A ilegitimidade da lei está vinculada a um julgamento de que todo o sistema governamental não é digno de respeito. O que estaria por trás é que os cidadãos vêem algum valor moral naquela determinada prática de governo da lei. Qual seria o papel da Constituição nesse contexto?

⁷ Ibid., p.354.

⁸ MICHELMAN, F.I. *Is The Constitution a Contract for Legitimacy?* 8 Rev. Const. Stud. 101 (2004).

Toda Constituição contém não só preceitos de natureza processual, mas também uma parte substantiva e o ato normativo infra-constitucional que for incompatível com tais dispositivos é declarado inválido à luz da Constituição. E o que os cidadãos esperam da Constituição é que ela promova um bem político e esse bem seria bem mais do que considerarmos o governo como nós os vemos como digno de respeito, mas de que consideremos o governo como digno de um acordo público com relação a como ele é visto. A Constituição seria o locus do acordo político acerca da legitimidade. Mas se a legitimidade é esse ser digno de respeito, cada pessoa é que deve decidir por si mesmo a legitimidade do governo, afirma Michelman. Mas cada pessoa, é claro, espera que as outras concordem com seu julgamento, com as razões que apresenta para que os outros aceitem aquilo que considera justo como uma prática social geral.

Michelman critica a idéia de um “contratualismo constitucional”. Nessa concepção se equipara o sistema governamental à Constituição (como ela é aplicada pelas regras estabelecidas pela corte constitucional). A idéia subjacente é de que se a Corte Constitucional fizer o papel dela e evitar que leis inconstitucionais permaneçam vigentes por longo tempo, os cidadãos poderiam considerar o sistema governamental como digno de respeito. As normas constitucionais seriam, então, *standards* para a legitimidade da atuação governamental. O sistema de normas constitucionais, e sua aplicação pela Corte Constitucional, poderia ser visto como um contrato entre o povo e o governo: “Um sistema governamental cuja performance seja, com poucas e pequenas exceções, reconhecidamente compatível com os preceitos constitucionais não pode ser tão ruim a ponto de merecer que se lhe negue ser digno de respeito ou que se deixe de reconhecer legitimidade as leis que ele edita.” Mas, quais seriam as dificuldades para essa concepção contratual da Constituição, na análise de Michelman? Se a Constituição que tem força e torna um sistema governamental digno de respeito é resultado de construções judiciais e aplicações de cláusulas de textura aberta, as razões apresentadas pela Corte para a legitimidade de uma determinada lei, por exemplo, podem não ser consideradas como boas por todos. Será que a concepção de que a correção de uma dada Constituição, que garanta por exemplo, direitos como a vida, a igualdade, a dignidade, devido processo, seria

suficiente para justificar a legitimidade de todo um sistema governamental? Suspeita o professor americano que não:

Can this work? The obvious worry is that the supposed objective, universal appeal of all of those abstract guarantees – life, liberty, equality, etc. – seems destined to leave us in the lurch when the moment comes to apply them decisively to questions of the validity of major, divisive, reasonably contestable and honestly contested public policy measures...⁹

Em assuntos como ação afirmativa, aborto, eutanásia, a pena de morte, exercício da liberdade religiosa, as restrições a direitos em nome da segurança, restrições a liberdade de expressão, ou ainda restrições a direitos em nome da igualdade econômica, é possível vislumbrar zonas cinzentas em que o desacordo com relação ao que se entende que a Constituição permite é gritante e não existiria acordo possível a respeito, enfatiza Michelman. Para que se possa realmente conhecer como uma Constituição é aplicada, não basta conhecer os direitos expressos no seu texto: para julgar se a minha Constituição é digna de respeito, no sentido de me levar a julgamentos de legitimidade legal, seria necessária uma remissão à performance da totalidade do sistema governamental, particularmente às interpretações e aplicações constitucionais prevalentes.

Distingue Michelman entre duas concepções de legitimidade a partir da Constituição: concepções “baseadas em um conteúdo” (*content-based*) e “independentes do conteúdo” (*content-independent*). O contratualismo constitucional referido até agora seria “baseado em um conteúdo”. Mas, existiriam outras concepções como as “baseadas na aceitação” (*acceptance-based*) ou “baseadas no autor” (*author-based*). No primeiro caso, um sistema é legítimo simplesmente porque uma fração dominante da sociedade ou grande parte dela a aceita e no segundo, a constituição seria digna de respeito por conta de seus autores. Por mais que as concepções “independentes do conteúdo” não agradem aos liberais, que buscariam uma resposta substantiva para questão da legitimidade constitucional, não há como ignorar a importância de questões como as da autoria e da

⁹ Michelman, Frank I., *The Constitution as Contract of Legitimacy*, p.28. Para Michelman, a pretensão de autores como K. Gunther e J. Habermas, de separar justificação e aplicação de normas é descabida. A respeito, vide “The Problem of Constitutional Interpretative Disagreement: can “Discourses of Application” help?”, publicado em ABOULAFIA, M. BOOKMAN, M. KEMP, C. **Habermas and Pragmatism**. London: Routledge, 2002.

aceitação da Constituição subjacentes às outras concepções, lembra o estudioso americano.¹⁰

O contratualismo constitucional trata a questão da legitimidade dos atos praticados num sistema constitucional de forma dualista, ensina Michelman em *Constitutional Legitimation for Political Acts*¹¹: de uma lado, as regras e princípios identificados como constitucionais (o “contrato” na analogia do contratualismo constitucional”) e de outro, a coleção dos demais atos legais que só seriam dignos de respeito se estiverem em conformidade com os primeiros. Para esses outros atos legais (com exceção dos constitucionais), o teste de legitimidade seria a sua constitucionalidade, enquanto que para os preceitos constitucionais deve haver uma explicação outra de sua legitimidade e a concepção adotada é normalmente “baseada num conteúdo” (*content-based*). É o conteúdo, a substância da Constituição que propiciaria o acordo do qual adviria sua legitimidade (Verifique-se que teorias procedimentais, como a de Habermas, são *content-based*, já que concebem a legitimidade da Constituição a partir da previsão constitucional de mecanismos que dinamizem e ampliem a política de deliberação pública¹²), independente de uma avaliação individual que se faça com relação a tal ato legal (*avoidance-minded, proceduralist idea*).

Para Michelman, seria impossível a conciliação de uma idéia procedimental de legitimidade constitucional dos atos legais com uma concepção “baseada no conteúdo” para justificar que determinada Constituição seja digna de respeito(seja

¹⁰ A teoria de Michelman não é contratualista constitucional, mas indiscutivelmente *content-based*. O assentimento do povo em relação à Constituição decorre de que as pessoas possam razoavelmente acreditar no conteúdo do regime, ainda que esse conteúdo possa variar no tempo e de pessoa para pessoa.

¹¹ MICHELMAN, F.I. *Constitutional Legitimation for Political Acts*. In: **The Modern Law Review**, vol.66, Janeiro 2003, n.1, p.8.

¹² É interessante ver a resposta de Habermas à crítica de Michelman em **A Inclusão do Outro**. Quando Michelman lembra que os mesmos direitos civis previstos na Constituição Americana e na Constituição Canadense são aplicados de forma completamente diferente, Habermas responde que, apesar disso, os direitos são os mesmos. (HABERMAS, J. **A Inclusão do Outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p.307.). Para a classificação de Habermas como contratualista constitucional, veja-se o artigo “The Problem of Constitutional Interpretive Disagreement: can “Discourses of Application” help?” in ABOULAFIA, M. BOOKMAN, M. KEMP., C. **Habermas and Pragmatism**. London: Routledge, 2002. p.132.

legítima). Assim, a idéia de que uma lei é legítima porque é constitucional e porque a Constituição prevê matérias sob as quais há um acordo seria implausível. Para que eu pudesse considerar como possível teria que combinar os seguintes elementos: 1) eu teria que poder saber definitivamente o conteúdo prescritivo daquilo que regularia a Constituição; 2) eu teria que julgar esse conteúdo em conformidade com o que eu entendo que a Constituição prescreve; 3) teria que julgar os atos legais como constitucionais, por mais avaliações negativas que possa ter de tais atos. Afirma Michelman que para que a combinação acima fosse viável teríamos inicialmente que supor que a Constituição só contivesse “regras perfeitas”, conceito que empresta de K. Gunther. “Regras Perfeitas” são aquelas regras que tenham a propriedade da aplicabilidade total e imediata. Uma Constituição completa, composta exclusivamente de “regras perfeitas” é pensável, mas não viável. As Constituições da vida real são incompletas, as regras e princípios constitucionais são apresentados em termos sempre bastante abstratos. Nesse caso, já no momento de definir os conteúdos constitucionais haverá desacordo e é perfeitamente possível que o que eu interpreto como constitucional, os outros assim não considerem. Como fundar nesse caso a legitimidade dos atos legais na constitucionalidade? Talvez a solução seja justamente perceber que a legitimidade de uma Constituição vem da forma como ela é aplicada, daí porque os atos legais se legitimam a partir da Constituição na medida em que esta Constituição é efetivada e aplicada por meio de tais atos legais:

Constitutional bindingness will never be decidable – as the avoidance-minded Idea of constitutional proceduralism requires it to be – on grounds independent of full-merits evaluations of sundry political acts. To the exact contrary, judgments of constitutional bindingness will be strictly a function of sundry full-merits judgments. The constitution, in effect, is sucked into the axiological churn of the law in general, the law at large. The constitution becomes as good or bad, as valid or invalid, as binding or not-binding, as worthy or unworthy of respect, as the entire corpus juris over which in a sense it presides but of which it merely is a part.¹³

¹³ MICHELMAN, F.I. Constitutional Legitimation for Political Acts In: **The Modern Law Review**. vol.66, January 2003, no.1. p.14.

Em outro importante artigo intitulado *Morality, Identity and “Constitutional Patriotism”*¹⁴, Michelman acentua que o teste de justificação do contratualismo constitucional (nos quais inclui Habermas e Rawls), é o de uma aceitação hipotética de uma essência constitucional, como consequência de uma certa responsabilidade moral, e não de uma aceitação real, contingente daquele conteúdo constitucional considerado como justo. A questão é que tal responsabilidade moral nasceria não de uma abstração jurídica com relação a determinados direitos, mas das próprias práticas políticas democráticas nas quais os direitos são discutidos. Nesse contexto de aplicação da Constituição, teríamos o que alguns já chamam, lembra o filósofo constitucional, uma “identidade constitucional”, constituída a partir do dissenso. A Constituição promoveria legitimidade e seria digna de respeito desde que seja um objeto comum de interpretação por diferentes membros da comunidade política¹⁵. O que daria legitimidade à Constituição, portanto, é a circunstância de que os cidadãos possam considerar digno do respeito o sistema constitucional na forma como ele é por eles interpretado. Não há necessidade de um consenso com relação às leis e instituições políticas relevantes, mas simplesmente o que asseguraria a legitimidade é que cada um viva com a interpretação que produz da Constituição e das práticas políticas e que possa com base nisso aceitar a coerção estatal.

Gostaríamos de retomar esse tema da identidade constitucional com a ajuda de Jack M. Balkin, que, em artigo sobre a teoria da legitimidade constitucional de Michelman, estabelece algumas considerações acerca da questão dos cidadãos como titulares do julgamento de legitimidade constitucional e do *feedback* entre as interpretações populares e os efeitos institucionais de tais interpretações. Esses julgamentos de legitimidade que, no seu dissenso, produzem uma “identidade constitucional” para Michelman, teriam alguns pontos relevantes, resume Jack M. Balkin: 1) esses julgamentos de legitimidade são fundados numa fé sobre o futuro (que é em parte racional) como em uma crença com relação ao atual conteúdo do sistema constitucional/legal; 2) esses

¹⁴ MICHELMAN, F.I. *Morality, Identity and “Constitutional Patriotism”*, publ. **Ratio Juris** vol.14, no.3, Setembro de 2001, p. 253-271. Com relação à resposta de Habermas, veja-se “On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretive Pluralism”, publicado na **Ratio Juris**, vol.16, no.2, Junho 2003. p.187-194.

¹⁵ BALKIN, J.M. *Respect-Worthy: Frank Michelman and The Legitimate Constitution*. p.492 In: **Tulsa Law Review**, vol.39, 2004.

juízos requerem que os membros de uma comunidade política sejam capazes de ver a si mesmos como parte de um projeto político que se estende no tempo; 3) os mesmos juízos não permanecem sempre os mesmos, pois o futuro é incerto e a natureza do sistema constitucional/legal está sempre mudando. J. Balkin endossa essa concepção dos juízos de legitimidade formulada por Michelman, mas acrescenta que um sistema constitucional/legal legítimo requer não somente que o povo assente com o uso da coerção para promover o bem comum e a cooperação social, mas também que este assentimento também se estenda a uma certa confiança no eventual aprimoramento desse sistema. Esta confiança, salienta Balkin, adviria de uma identidade comum, que decorreria de uma relação com o passado, uma identificação com aqueles que vieram antes. Introduce-se a importância de uma “narrativa de um sujeito coletivo, um povo que pretende cumprir certos compromissos políticos e morais no tempo histórico”.¹⁶ Deste ponto de vista, a Constituição não seria tanto um contrato de legitimidade, mas um projeto de legitimidade, acrescenta Balkin:

The legitimacy of the constitutional/legal system, in other words, is not simply a matter of its current content. It is always imbricated with the past and projected toward the future. It is always premised on an interpretation of and selective identification with the past, the creation of a transtemporal “us”, whom we revere and of whom our present selves are merely the latest installment. Legitimacy is shaped and constituted not merely by rational assent but by an affective relation of connection to the past, and by an attitude – of hope, optimism, expectation, or despair – about the future.¹⁷

A divergência de Balkin em relação a Michelman é que o segundo trabalha basicamente com indivíduos isolados tendo suas visões separadas sobre o sistema constitucional; esses indivíduos também se vêem, porém, como parte de uma comunidade política, com um passado, presente e futuro. Se o teste de legitimidade é ato de consciência individual, mas esse ato tem que ser considerado coletivamente, pois existiria uma interpretação coletiva que também influiria nesse ato de ajuizamento. Existiria um “mecanismo de feedback social” entre os cidadãos e o sistema governamental que os ajudaria a manter um assentimento razoável com o sistema. É através de um processo democrático de deliberação e crítica a que é submetido o sistema governamental, e é

¹⁶ Ibid., p.497.

¹⁷ Ibid.,p.501.

indispensável que a participação das pessoas no processo político possa ser efetiva na mudança da interpretação da própria Constituição. Se é importante a participação das pessoas na sociedade civil organizada e nos partidos políticos, é relevante também que existam processos políticos pelos quais o povo se sinta ouvido e levado em conta pelo próprio sistema governamental. O sistema do *judicial review* tiraria sua legitimidade desse feedback necessário:

*Social movements and political parties, in turn, influence public opinion and shape who sits on the judiciary. Shifts in public opinion and in the ideological character of judiciary, in turn, produce changes in constitutional interpretation and constitutional doctrine. What gives the system of judicial review its legitimacy, in other words, is its responsiveness – over the long run – to society’s competing views about what the Constitution means. The dialectic between a central judicial authority and popular interpretations of the Constitution (...) turns out to be crucial to the preservation of a legitimate constitutional system.*¹⁸

Sintentizando, é possível discernir que a legitimidade da atividade de uma corte constitucional assenta não só na sua capacidade de se remeter a um passado comum, parte da identidade coletiva de um povo, mas também de considerar os julgamentos de legitimidade dos cidadãos, institucionalizados ou não, de forma a que os próprios cidadãos se considerem envolvidos com o futuro de todos. Uma corte constitucional que considere essas interpretações estará contribuindo para legitimar todo o sistema governamental, inclusive suas leis. A própria consideração com relação à existência de canais institucionalizados existentes que permitem a expressão de meu julgamento de legitimidade e de que eventualmente ele possa ser crucial para a vida política é imprescindível: sem sombra de dúvida, a legitimidade de cortes constitucionais deve ser compreendida dessa forma. A teoria de Michelman acerca da legitimidade constitucional e da atuação da Corte constitucional é, indiscutivelmente, muito próxima da que seria proposta por uma teoria da justiça como julgamento.

3. Desenvolvimento e Direitos Humanos e o Papel da Jurisdição Constitucional.

¹⁸ Ibid., p.508.

Se partirmos de tal concepção do papel da Jurisdição Constitucional acima delineada, sem sombra de dúvida, mais modesto do que aquele vislumbrado por algumas teorias que propugnam um intenso e desmesurado ativismo judicial, poderíamos talvez delinear um mínimo conteúdo a ser salvaguardado, que estaria justamente na imbricação entre democracia e constitucionalismo. Como lembra Cass Sustein, “*A deliberative democracy, operating under a good constitution, responds to political disagreements not simply by majority rule but also by attempting to create institutions that will ensure reflection and reason giving.*”¹⁹ Cuidar-se-ia de garantir o que se identificaria com uma “república das razões”. As constituições democráticas seriam bem mais do que uma “folha de papel”, mas um instrumento pragmático, destinado a resolver problemas e fazer a vida política trabalhar melhor.²⁰ A jurisdição constitucional, nesse diapasão, deve estar comprometida não, evidentemente, com obstar a democracia, mas com seu incremento e com a tarefa de ela se torne mais deliberativa. Um dos papéis da Constituição e também da jurisdição constitucional está vinculado à garantia do mínimo grau de deliberação e confiança, que deve acompanhar qualquer invasão de direitos. Outro papel importante está vinculado à idéia de igualdade. Com efeito, a idéia de democracia deliberativa traz uma moralidade interna, que é incompatível com a existência de cidadãos de segunda classe. Teríamos aí o princípio anti-casta. Por fim, cumpre frisar que desse ponto de vista, alguma atuação na proteção judicial de direitos econômicos e sociais deve existir, já que pessoas que vivem em condições precárias e desesperadas não teriam a necessária segurança e independência indispensáveis aos seus status de cidadãos²¹. É interessante vislumbrar que esse núcleo mínimo incluir também direitos sociais e econômicos mínimos não significa um ativismo judicial por meio do qual a Corte Constitucional venha a substituir o legislativo e o executivo no estabelecimento e implementação de políticas públicas. Mas, de forma inteligente, o Poder Judiciário pode e deve ser um impulsionador e estimulador de políticas públicas visando a efetivação dos direitos sociais e econômicos.²² É interessante

¹⁹ SUNSTEIN, C. R. **Designing Democracy – What Constitutions Do.** p.239. Oxford: Oxford University Press, 2001.

²⁰ SUNSTEIN, C.R. **Designing Democracy – What Constitutions Do.** p.240.

²¹ SUNSTEIN, C. R. **Designing Democracy – What Constitutions Do.** p.241/242.

²² GARGARELLA, R. “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”. In BESSON, S., MARTÍ, J. L.. **Deliberative Democracy and its Discontents.**Burlington: Ashgate, 2006.

verificar que Michelman, ainda que defenda uma auto-construção da jurisdição constitucional em relação aos direitos sociais e econômicos, defenderá como legítima a atuação da Corte da África do Sul nessa seara.

Lembra-nos Cass Sustein que o auto-governo é parte importante de uma democracia, mas não só. Cabe referir a descoberta de Amartya Sen de que grandes fomes nunca ocorreram em países com eleições democráticas e imprensa livre. Assim, existe uma correlação não só entre direitos políticos e sociais, como entre os direitos e o desenvolvimento econômico e social. Para Sen, o desenvolvimento, na verdade, é um processo de expansão das liberdades reais²³. A liberdade seria central para o desenvolvimento, pois além de ser uma forma de avaliar o próprio desenvolvimento (se teria havido aumento nas liberdades das pessoas), é também condição que viabiliza o próprio desenvolvimento. Na lição do economista ganhador do Prêmio Nobel:

Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros. Não precisam ser vistos sobretudo como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento. Existe, de fato, uma sólida base racional para reconhecermos o papel positivo da condição de agente livre e sustentável – e até mesmo o papel positivo da impaciência construtiva.²⁴

É possível imaginar, especialmente quando se enfocando sistemas políticos de países de economia periféricas que não faria o menor sentido uma postura totalmente restritiva no que tange à implementação de direitos sociais e econômicos. Em tais sistemas políticos, os direitos sociais e econômicos que são negados são, muitas vezes, os mínimos indispensáveis para que cada cidadão se sinta uma pessoa, com plena capacidade para julgar e agir com relação às próprias instituições políticas e jurídicas.

4. Conclusão: Um Balanço da Atuação do STF no Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais.

²³ SEN, A..**Desenvolvimento como Liberdade**. p. 188/219.São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

²⁴ SEN, A.**Desenvolvimento como Liberdade**. p.26.

Feitas tais considerações, é possível retomar o direito constitucional positivo brasileiro e a interpretação que lhe tem sido dada pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o art.60,§4º. da Constituição Federal, contém, como se sabe, as chamadas cláusulas pétreas, limitações materiais ao poder de reforma constitucional. Foram incluídas nesse dispositivo a separação dos poderes, o voto secreto e universal, a federação e os direitos e garantias individuais. Certamente, dentre essas matérias, a mais debatida na doutrina e que tem sido invocada no Supremo Tribunal Federal é a relativa aos direitos e garantias individuais.

Por tudo o que foi dito, é possível afirmar que a atuação do tribunal constitucional, ainda que não precise marcar por um ativismo judicial desenfreado, que coloque por terra o princípio democrático, não pode ser também tão auto-contida ao ponto de não exercer a sua função de guardião da Constituição em um Estado Democrático de Direito. Isso porque, caberia ao STF não propriamente refletir algum consenso constitucional subjacente no Texto Constitucional, mas ser o grande incrementador da democracia no sistema político, inclusive considerando os propósitos de uma democracia deliberativa. Em assim sendo, e acatando as sugestões de Cass Sustein, é possível identificar algumas questões que são o cerne da conexão entre democracia e constitucionalismo, como aquelas atinentes à promoção de um mínimo grau de deliberação e confiança ou ainda aquelas relativas à noção de igualdade dos cidadãos. Nessa mesma linha, é possível afirmar que uma certa proteção dos direitos sociais e econômicos é também indispensável, até para que os propósitos antes enunciados sejam possíveis. Evidencia-se aí a conexão existente, não só entre os direitos sociais e econômicos e o desenvolvimento, mas também do mesmo desenvolvimento com as liberdades civis e políticas. Com efeito, a superação das graves desigualdade sócio-econômicas, indispensável para o desenvolvimento brasileiro, supõe um sistema democrático por meio do qual as pessoas deixem de ser meras clientes de políticas públicas do Estado, mas cidadãos.

Feitas tais considerações, concluímos que o debate doutrinário atual com relação à interpretação extensiva ou restritiva das cláusulas pétreas²⁵, especialmente no que tange ao conjunto dos direitos fundamentais (já que o Texto Constitucional no art.60,§4º. refere direitos e garantias individuais), não explicita o que legitima realmente a atuação da Jurisdição Constitucional no controle das emendas constitucionais. Não nos parece que uma interpretação extensiva das cláusulas pétreas sem um outro parâmetro qualquer (apelar nesse diapasão para o núcleo essencial dos direitos fundamentais parece um subterfúgio pouco objetivo, considerando que quando se fala em controle de constitucionalidade nem sempre estão em jogo exclusivamente direitos fundamentais), seja a saída que mais homenageia a Constituição democrática brasileira. Também me parece que no afã se criticar essa falta de limites, os constitucionalistas brasileiros (inclusive alguns simpatizantes do debate sobre democracia deliberativa), muitas vezes, caminham para uma compreensão muito limitada do papel do Supremo Tribunal Federal.

Numa apreciação da jurisprudência do STF no que concerne à constitucionalidade de emendas constitucionais, vislumbramos uma postura bastante cautelosa, com homenagem ao princípio da presunção da constitucionalidade e com adoção da interpretação conforme à Constituição. Especialmente nos casos já objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo STF citados no início desse artigo, vislumbramos que tanto no caso do IPMF quanto no da “verticalização”, o que estava em jogo é a segurança no que tange às regras do jogo, o que é indispensável numa ordem democrática. No que tange à decisão atinente à licença gestante, o que estava na berlinda era algo ainda mais gritante, a vedação à discriminação entre pessoas em função do sexo.

Assim, em conclusão, é possível discernir a relevância da jurisdição constitucional no que tange ao controle das emendas constitucionais, sendo relevante um aprofundamento teórico com relação à legitimidade dessa atuação, o que se objetivou nas linhas anteriores.

²⁵ Para uma síntese, veja-se SARLET, I.W. “A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição” in SARLET, I.W. (Org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ABOULAFIA, M. BOOKMAN, M. KEMP, C. **Habermas and Pragmatism**. London: Routledge, 2002.
- BALKIN, J.M. “Respect-Worthy: Frank Michelman and The Legitimate Constitution”. In: **Tulsa Law Review**, vol.39, 2004.
- BRANDÃO, R. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. p.301. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GARGARELLA, R. “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”. In BESSON, S. MARTÍ, J. L.. **Deliberative Democracy and its Discontents**. Burlington: Ashgate, 2006.
- HABERMAS, J. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, J. **Direito e Democracia**. Vol.I. p.332. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- MICHELMAN, F.I. **Is The Constitution a Contract for Legitimacy?** 8 Rev.Const. Stud. 101 (2004).
- MICHELMAN, F.I. Constitutional Legitimation for Political Acts. In: **The Modern Law Review**, vol.66, Janeiro 2003, n.1.
- MICHELMAN, F.I. Morality, Identity and “Constitutional Patriotism”. In: **Ratio Juris** vol.14, no.3, Setembro de 2001
- MICHELMAN, F.I. “On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretive Pluralism”. in: **Ratio Juris**, vol.16, no.2, Junho 2003
- NETO, Claudio P. S. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa** Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- SARLET, I.W. “A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição” in SARLET, I.W. (Org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

STRECK,L.L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Sen, Amartya.**Desenvolvimento como Liberdade.** p. 188/219.São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Sustein, Cass R. **Designing Democracy – What Constitutions Do.** Oxford: Oxford University Press, 2001.