

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PARAGUAIO:
ANÁLISE DA SENTENÇA N. 404 DA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA SOB O
ENFOQUE DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA¹**

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD JUDICIAL PARAGUAYO: ANÁLISIS
DE LA SENTENCIA N. 404 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA BAJO EL
ENFOQUE DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA**

Cecilio Arnaldo Rivas Ayala²

RESUMO

O estudo em questão busca fazer uma revisão bibliográfica sobre os principais conceitos acerca da revisão judicial e do controle de constitucionalidade, sintetizando as principais teorias a respeito que fazem parte da construção da Teoria Constitucional. Neste sentido, serão tratados os principais autores como: Ronald Dworkin, Santiago Nino, Roberto Gargarella e Bruce Ackerman. Para consolidar este breve estudo sobre a revisão judicial e o controle de constitucionalidade, será abordada a temática de acordo com a doutrina paraguaia para trazer a este debate reflexões sobre a atuação do Poder Judiciário do Paraguai, a partir da abertura democrática do país nas décadas de noventa até a atualidade. Para aprofundar o estudo serão mensuradas breves reflexões sobre a Sentença n. 404 da Corte Suprema de Justiça do Paraguai.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade no Paraguai; Revisão Judicial no Paraguai; Democracia; Ativismo Judicial.

RESUMEN

¹ Artigo traduzido por Caroline Barbosa Contente Nogueira. Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas – FAPEAM. caroline.nogueira@gmail.com.

² Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Assunção, Paraguai. Mestre em Direito Ambiental e Urbanismo pela “Université de Limoges”, Limoges, França. Advogado e Notário. Professor Titular da “Universidad Privada del Este”, Presidente Franco, Paraguai. arnaldo_1982@hotmail.com.

El estudio em cuestión, busca realizar una revisión bibliográfica sobre los principales conceptos acerca de la revisión judicial y del control de constitucionalidad, sintetizando las principales teorías al respecto que hacen parte de la construcción de la Teoría Constitucional. Em este sentido, serán tratados los principales autores como: Ronald Dworkin, Santiago Nino, Roberto Gargarella y Bruce Ackerman. Para consolidar este breve estudio sobre la revisión judicial y el control de constitucionalidad, será abordada la temática de acuerdo con la doctrina paraguaya para traer a este debate reflexiones sobre la actuación del Poder Judicial del Paraguay, a partir de la apertura democrática del país en las décadas del noventa y hasta la actualidad. Para profundizar el estudio serán mensuradas breves reflexiones sobre la Sentencia n. 404 de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay.

Palabras clave: Control de Constitucionalidad en el Paraguay; Revisión Judicial en el Paraguay; Democracia; Activismo Judicial.

INTRODUÇÃO

A questão crucial agora não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder (DWORKIN, 2007, p. 427).

O trabalho em questão busca uma síntese sobre o papel do judiciário na interpretação da Constituição Paraguaia e na revisão das leis, com o intuito de adequar estas últimas àquela. Outra análise a que se propõe neste estudo recai sobre o poder decisório do judiciário na tarefa de controle de constitucionalidade e das inúmeras críticas de que é alvo no decorrer do exercício da mencionada função.

Neste sentido, o Poder Judiciário, independente de sua vontade, é o responsável pela decisão final em matéria constitucional. O foco deste debate é saber por que um órgão com escassa ou nula representação popular é responsável pela ratificação da Constituição de um Estado.

O objetivo deste trabalho é fazer um resumo das principais tendências e teorias, já escritas sobre o tema no Estado Paraguaio e lançar outros questionamentos sobre a propriedade ou não das críticas formuladas.

Assim, o trabalho é dividido em três partes. Na primeira, faz-se uma necessária decantação terminológica dos distintos conceitos utilizados dentro da teoria constitucional, que permitirá compreender melhor as teorias sobre a legitimidade da

atuação do judiciário como órgão de controle constitucional. Em vista disso, serão repassados os conceitos de controle de constitucionalidade, supremacia constitucional, revisão judicial, e uma pequena menção à classificação das constituições em ideal e histórica.

A segunda parte é dedicada à tarefa da Sala Constitucional da Corte Suprema Paraguiaia, como órgão detentor da função interpretativa da Constituição do país. Neste ponto, será analisado o conceito atual de democracia, determinando em seguida como se insere o Poder Judiciário na dialética democrática.

Em outro momento, serão analisadas as principais teorias sobre a legitimidade da atuação judicial, assim como as críticas sob a perspectiva dos principais autores constitucionalistas, como: Ronald Dworkin, Santiago Nino, Roberto Gargarella, Bruce Ackerman, etc.

Na terceira será feita uma breve análise da atuação do Poder Judiciário no Paraguai, com alusão à atuação história desta instituição na revisão constitucional das leis. Far-se-á uma análise do exercício do controle de constitucionalidade do país, com uma breve casuística relacionada a eventos recentes e emblemáticos de uma jovem democracia que há pouco tempo completou duas décadas.

Neste mesmo item, levanta-se a questão sobre a possibilidade de se colocar sob o olhar do poder judiciário questões políticas, tendo presente que a casuística analisada se baseia justamente em fatos políticos importantes ocorridos que foram submetidos ao estudo e decisão da máxima instância judicial.

O papel do judiciário para o equilíbrio do Estado é inegável, mas até onde vai o exercício do seu poder? E, como esse poder deve ser exercido? São perguntas feitas quando se fala de qualquer função do Estado, mas quando se trata do Judiciário o assunto tende a ser mais controverso para a prática democrática. Em todas as esferas das ciências jurídicas, seja a Ciência do Direito, ou a Filosofia do Direito, tem-se trabalhado nas possíveis respostas. Algumas delas serão vistas neste trabalho.

1 PRECISÕES TERMINOLÓGICAS

Neste item, será determinado o estado da arte em que se encontram o Controle de Constitucionalidade e a Revisão Judicial das Leis. Serão delimitadas questões terminológicas respeito dos temas em foco, assim como seu histórico de construção teórica nas doutrinas constitucionais.

1.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E REVISÃO JUDICIAL DAS LEIS.

Para iniciar este trabalho é preciso fazer alguns esclarecimentos dos termos de controle de constitucionalidade e revisão judicial das leis. Para realizar essa tarefa, faz-se necessário um pouco de história, que envolve os diferentes conceitos de constituição.

O nascimento do que chamamos constitucionalismo se dá com a aparição da chamada constituição escrita, com o primeiro grande modelo: a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. A partir desse momento histórico, os demais países que se autoproclamavam democráticos ou republicanos começaram a adotar essa forma de regulação dos princípios instituidores dos seus Estados.

Isto se observa em Fayt, citando Burkhardt (1998, p. 10):

Llámesse constitucionalismo al proceso de institucionalización del poder “mediante una constitución escrita cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario”³.

Antes da popularização da adoção das constituições escritas, existia um pré-constitucionalismo caracterizado pelo reconhecimento de direitos fundamentais em leis dispersas que se inicia na Inglaterra do século XIII. Pode-se dizer que essas leis configuram uma espécie de constituição não escrita, ou constituição consuetudinária, fundamental na distinção de constituições rígidas e flexíveis.

Considera-se que as constituições escritas são rígidas, portanto, suas normas tem alto grau de rigorosidade para serem modificadas. Em contraposição, as flexíveis, que caracterizam o sistema inglês, são mais suscetíveis a modificações por não existir uma norma fundamental que expresse a sua supremacia.

No entanto, a distinção entre Constituições escritas e consuetudinárias, e entre rígidas e flexíveis não é inteiramente rigorosa. Segundo Poletti:

[...] as Constituições escritas são presumidamente rígidas enquanto que as de fundamento consuetudinário refletem a maior flexibilidade possível, pois suscetíveis de alteração pela própria lei ordinária, enquanto que nas do primeiro tipo, o ordenamento comum não pode alterá-las. A rigidez e a

³ “Chame-se constitucionalismo ao processo de institucionalização do poder ‘mediante uma constituição escrita, cuja supremacia significa a subordinação a sua disposição de todos os atos emanados dos poderes constituídos que formão o governo ordinário.’” (Tradução livre).

flexibilidade, no entanto, tal como as qualidades de consuetudinária e escrita, encontram no terreno dos fatos uma refutação a seus próprios conceitos, como mostram os exemplos da Constituição britânica, arquetipo da consuetudinária – flexível, que muda pouco e da Constituição brasileira, escrita – rígida, reformada constantemente (POLETTI, 1995, p. 2).

Seja uma apreciação real ou fictícia, quanto à rigidez das escritas e à flexibilidade das consuetudinárias, a distinção teórica é fundamental na formulação da teoria do controle de constitucionalidade. É fundamental, nas constituições escritas ou rígidas, a existência de hierarquia entre as leis, a partir da qual a norma superior é a Constituição e as normas inferiores só são válidas caso se encontrem em harmonia com a superior, não podendo haver conflitos entre ambas; e, na existência do antagonismo, determinar-se-ia a nulidade ou inaplicabilidade da norma inferior adversa a superior. Este é o princípio da Supremacia Constitucional, que para ser respeitado requer de um sistema de garantias, como Poletti pressupõe:

[...] o tema do controle da constitucionalidade das leis, baseado no princípio da supremacia da Constituição, implica colocar a Carta Magna, acima de todas as outras manifestações do Direito, as quais, ou são com ela compatíveis ou nenhum efeito devem produzir. Se a lei ordinária, o estatuto privado a sentença judicial, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, devem ser fulminados por uma nulidade incomum, qual seja, aquela proveniente da Lei Maior, com base no princípio da Supremacia da Constituição (POLETTI, 1995, p. 3).

Fayt (1998, p. 36) fala dos sistemas de garantias da ordem constitucional, definindo-os como o “conjunto de facultades y procedimientos establecidos en defensa de la Constitución con el objeto de asegurar no solo su permanencia, sino su primacía, como ley fundamental de la organización política”⁴.

Esses sistemas de garantias da ordem constitucional podem ser de diversas formas: política ou jurisdicional; concentrado ou difuso, e com efeitos *erga omnes* e *inter partes*; assim como também existem modalidades mistas. Dos supracitados, o exercício do controle jurisdicional é o que tem suscitado maiores controvérsias acadêmicas, filosóficas e jurídicas no que diz respeito a sua legitimidade.

Neste sentido, a gênese dos sistemas de controle de constitucionalidade está na autoridade do poder judicial de se pronunciar sobre a legitimidade de uma lei ou sentença, conforme o caso *Marbury vs. Madison* de 1803, que determina o nascimento

⁴ “[...] conjunto de facultades e procedimientos establecidos en defensa da Constituição com o propósito de assegurar não só a sua permanência, mas também a sua primazia como lei fundamental da organização política.” (Tradução livre).

do controle difuso de Constitucionalidade, ou o chamado sistema americano. Contrapõe-se a esta forma de controle judicial o sistema concentrado, também chamado de sistema europeu, idealizado por Hans Kelsen.

O controle de constitucionalidade político é exercido por seus órgãos, ou seja, Poder Legislativo, Poder Executivo ou órgãos mistos, que têm em sua formação membros vindos de todas as esferas do Estado no intuito de ter maior representatividade da soberania popular, como, por exemplo, os conselhos constitucionais das constituições francesas.

O controle exercido pelo Parlamento tem como base o princípio de separação dos poderes, em vista disso, um poder não interfere na função do outro. Desta forma, as leis por serem atos do Poder legislativo, só podem ser modificadas pelo próprio legislativo. Ressaltando que o Parlamento é o órgão com maior representatividade do povo, pergunta-se: O que legitima o judiciário julgar inconstitucional uma norma produzida pelo legislativo, que, em tese, é o órgão detentor da soberania popular? Não estaria contrariando a vontade legítima do povo?

Sobre este assunto, retomar-se-á posteriormente a discussão, quando se for tratar da democracia e do controle de constitucionalidade. A princípio, pode-se adiantar que nesse postulado se sustentam as teorias contra o controle judicial de constitucionalidade.

Quanto ao controle jurisdicional, este é exercido unicamente pelo Poder Judiciário, e também tem por fundamento o princípio de separação dos poderes, pautado em um sistema de equilíbrio, coordenação e recíproco controle, no qual cabe ao Poder Judiciário interpretar, aplicar e julgar a constitucionalidade das leis e outros atos normativos do Poder Legislativo e Executivo.

Segundo Linares Quintana, citado por Fayt (1998, p. 36-37):

[...] a pesar de la trascendencia política que indiscutiblemente tiene o puede tener la declaración de inconstitucionalidad de los actos públicos, esta última tiene una naturaleza esencialmente jurídica y no puede ser formulada sino por un órgano de la misma índole. Atribuirle a un órgano político importa sacar tan importante función de su verdadera órbita y, por ende, desnaturalizarla”.⁵

⁵ “[...] a pesar da transcendência política que indiscutivelmente tem ou possa ter a declaração da inconstitucionalidade dos atos públicos, esta última tem uma natureza essencialmente jurídica e não pode ser formulada senão por um órgão da mesma índole. Atribuir-la a um órgão político importa tirar tão importante função da sua verdadeira órbita e, por tanto, alterar a sua natureza.” (Tradução livre).

Quanto às consequências desses controles, os mesmos podem ter efeitos somente para as partes afetadas pela declaração de inconstitucionalidade (*inter partes*) ou efeito geral (*erga omnes*). Quando o efeito é *inter partes*, a norma é invalidada apenas para o caso concreto, mas ainda persiste válida no ordenamento jurídico. Isto é o que se observa no chamado sistema difuso ou americano, no qual qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade e o efeito é estabelecido *inter partes*.

Para o efeito *erga omnes*, a norma declarada inconstitucional é abolida e a declaração deve ser acatada por todas as esferas do Estado. É o que ocorre no sistema concentrado ou europeu, quando só um órgão pode declarar a inconstitucionalidade de leis e a sua decisão é tem efeito para todos ou *erga omnes*.

Não obstante, existem sistemas mistos de controle de constitucionalidade, como por exemplo, na Constituição Paraguaia que, apesar de prever um só órgão que pode declarar a inconstitucionalidade (a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça), que caracteriza um sistema concentrado e o efeito da declaração é *inter partes*. (art. 260, inciso I da Constituição Nacional Paraguaia de 1992)⁶.

Até este ponto se falou sobre o controle de constitucionalidade e de seus diferentes sistemas de exercício. No que interessa a este trabalho, o foco se deterá ao controle exercido pelo judiciário e as diferentes doutrinas que apoiam ou contrariam esse exercício, à luz da filosofia do Direito e da prática constitucional nos estados democráticos.

Sendo este o item dedicado as precisões terminológicas, faz-se necessário também esclarecer que a teoria constitucional, ao longo da história, determinou distinções de significados. A principal dessas distinções é a que se faz entre Constituição Formal (para alguns autores, racional ou também ideal) e a Constituição Histórica ou Material.

⁶ Artículo 260: De los deberes y de las atribuciones de la sala constitucional:

“Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

1. conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso...”

Artículo 260: Dos deveres e atribuições da Sala Constitucional:

“São deveres e atribuições da Sala Constitucional:

1. conhecer e resolver sobre a inconstitucionalidade das leis e de outros instrumentos normativos, declarando a inaplicabilidade das disposições contrarias a esta Constituição em cada caso concreto, e em sentença que só terá efeito com relação a esse caso...” (Tradução livre).

No entanto, isto é discutido por alguns constitucionalistas paraguaios, e existe jurisprudência da própria Corte Suprema de Justiça que declara a inconstitucionalidade com efeito *erga omnes*, como veremos mais adiante.

A primeira nos remete a ideia daquele corpo de normas reguladoras das funções fundamentais do poder do Estado, dos seus órgãos, de suas competências e de suas relações, todas limitadas ao respeito e à tutela de direitos fundamentais, reconhecidos no mesmo corpo normativo, o qual é estabelecido de uma só vez e com caráter permanente.

Por sua vez, a Constituição Histórica (também considerada como material ou real) reflete as situações, os usos e os costumes formados paulatinamente em correspondência com o espírito ou caráter do povo. A coincidência entre ambas as Constituições dificilmente é possível ou realizável. No entanto, o aspecto ideal pode influir na prática constitucional histórica, e vice versa. A esse respeito ressalta Nino (1997, p. 195):

Al discutir la tensión entre democracia y la preservación de una práctica constitucional jurídica, comparamos la constitución histórica con la ideal, con la cual establece un grupo válido de derechos y una organización legítima del poder [...] la constitución ideal del poder no conduce a la constitución ideal de los derechos sin la interposición de una constitución histórica. La constitución ideal de los derechos no es inferida del procedimiento hipotético sino del funcionamiento de un proceso real de discusión y toma de decisiones. Por ello, la única tensión posible existe entre la constitución ideal del poder y su materialización a través de una constitución histórica que puede estar más cerca o más lejos de la primera. Cuando el procedimiento democrático establecido en la constitución histórica se aproxima más adecuadamente a la constitución ideal del poder, la constitución histórica de los derechos presumiblemente coincide con la constitución ideal de los derechos”⁷.

A distinção entre ambos os sentidos de Constituição é importante para prática democrática e constituem o ponto de partida de muitas controvérsias em matéria de controle judicial de constitucionalidade.

1.2 O CONCEITO DE DEMOCRACIA NAS SOCIEDADES ATUAIS

⁷ “Ao discutir a tensão entre democracia e a preservação de uma prática constitucional jurídica, comparamos a constituição histórica com a ideal, a qual estabelece um grupo válido de direitos e uma organização legítima do poder [...] A constituição ideal do poder não conduz a constituição ideal dos direitos sem a interposição de uma constituição histórica. A constituição ideal dos direitos não é inferida do procedimento hipotético senão do funcionamento de um processo real de discussão e toma de decisões. Por isto, a única possível tensão existe entre a constituição ideal do poder e a sua materialização a través da constituição histórica que pode estar mais perto ou mais longe das prescrições da primeira. Quando o procedimento democrático estabelecido na constituição histórica se aproxima mais adequadamente a constituição ideal do poder, a constituição histórica dos direitos presumivelmente coincide com a constituição ideal dos direitos.” (Tradução livre).

Atualmente a forma de democracia mais utilizada pelos Estados é a representativa, mas ainda se preserva a democracia direta quando se adota o referendo e o plebiscito. Isso ratifica o próprio conceito etimológico da palavra democracia: governo do povo. Como exemplo disto se observa a aprovação da Constituição Boliviana mediante referendo, em 2009; o referendo para permitir o voto dos cidadãos paraguaios que vivem no estrangeiro, em 2011; os referendos constitucionais na Venezuela promovidos desde o ano de 1999, ano em que a nova Constituição foi aprovada; os referendos no Brasil, em 2005, para decidir sobre a proibição da comercialização de armas de fogo; e, em 2011, ainda no Brasil, o referendo para que a população do Estado do Pará decidisse sobre a divisão do mesmo.

A democracia representativa se estabelece no exercício do poder do povo por meio de representantes. Assim, a forma de eleição destes, amplamente aceita e reconhecida no constitucionalismo moderno, é o sufrágio universal, livre, direto e secreto. Desse modo, são eleitos, em geral, os membros do parlamento e do executivo.

O sufrágio universal também é o sistema escolhido para a tomada de decisões nos institutos de democracia direta, supramencionados (referendos e plebiscitos). Os resultados dessas votações, em tese, refletem a vontade do povo, determinada mediante uma fórmula matemática simples: a decisão que obtiver mais votos prevalece, ou seja, a decisão da maioria.

Dworkin faz uma interessante distinção sobre os pontos de vista a respeito da democracia baseando-se na forma em que as decisões são tomadas. O autor manifesta:

The two view of democracy that are in contest are these. According to the *majoritarian* view democracy is government by majority will, that is, in accordance with the will of the greatest number of people, expressed in elections with universal suffrage. There is guarantee that a majority will decide fairly; its decisions may be unfair to minorities whose interests the majority systematically ignores. If so, then democracy is unjust, but no less democratic for that reason. According to the rival *partnership* view of democracy, however, democracy means that the people govern themselves each as a full partner in a collective political enterprise so that a majority's decisions are democratic only when certain further conditions are met that protect the status and interests of each citizen as a full partner in that enterprise. On the partnership view, a community that steadily ignores the interests of some minority or other group is just for that reason not democratic even though it elects officials by impeccably majoritarian means”⁸ (DWORKIN, 2006, p. 131).

⁸ “Os dois pontos de vista que sobre democracia estão em concurso são os seguintes. De acordo com a opinião da democracia majoritária é o governo por vontade majoritária, isto é, de acordo com a vontade do maior numero de pessoas, expressado em eleições com sufrágio universal. Não há garantias de que a maioria decidirá de maneira justa, suas decisões podem ser injustas para as minorias, mais não menos

A distinção que Dworkin faz do conceito de democracia traz ao debate o problema das minorias nas democracias. Em democracias altamente pluralistas como as atuais, a noção de democracia como simples governo da maioria respeita todos os grupos que a sociedade alberga no seu seio? Temas como o aborto, as uniões homoafetivas, as questões ambientais vs. progresso econômico, os direitos dos povos indígenas, ou a questão agrária, podem ser simplesmente decididos com um simples “sim” ou “não” proclamado pelo Sufrágio Universal?

Mendes faz uma interpretação da visão democrática de Dworkin nestes termos:

Para Dworkin, a democracia, na sua versão mais genuína e desejável, não é apenas um regime em que indivíduos se juntam para tomar decisões coletivas, processar seus interesses individuais e convertê-los em políticas públicas por intermédio da regra da maioria. Democracia é também isso, mas, antes, precisa conquistar a filiação moral de seus membros na comunidade política. Portanto, para que todos possam se juntar, agregar seus interesses e conferir qual será o produto final, é preciso que se sintam pertencentes a essa comunidade. Este laço moral se forma somente por meio de requisitos substantivos, trazidos pela síntese da ‘igual consideração e respeito’ (MENDES, 2008, p. 7)”.

A inclusão do componente moral no processo democrático não é privativa de Dworkin (2007). Também Nino (1999), ao se referir sobre o processo epistêmico da democracia, faz uma distinção entre moral pública, social ou intersubjetiva, e moral privada ou autorreferente, as quais são parâmetros para a adoção de decisões na sociedade. A primeira determina modelos que avaliam as ações do agente por seus efeitos sobre os interesses coletivos. A segunda refere-se aos ideais de excelência pessoal ou virtude, que outorgam valor as ações pelos seus efeitos sobre a qualidade de vida ou o caráter dos agentes mesmos (NINO, 1999, p. 278).

O ponto fundamental desta distinção é que questões de moralidade pública são decididas em um processo dialético de democracia deliberativa por meio do diálogo da sociedade em conjunto ou através de instituições políticas. No concernente a moralidade privada, ela pertence ao foro íntimo de cada pessoa e, portanto, longe do alcance das decisões majoritárias e das instituições políticas. Sendo assim, os indivíduos podem

democráticas por isso. De acordo com a opinião rival da democracia, o da associação, no entanto, a democracia significa que as pessoas se governam cada uma como um sócio completo em uma empresa política coletiva, de modo que, as decisões de uma maioria só são democráticas quando certas condições são cumpridas para proteger o status e os interesses de cada cidadão como sócio pleno de direito em essa empresa. Na opinião da associação, uma comunidade que constantemente passa por alto os interesses de uma minoria ou outro grupo é só por essa razão não democrática apesar de que escolhe os seus funcionários por meios impecavelmente majoritários.” (Tradução livre).

recorrer em defesa desses ideais, quando a sociedade pretende impor modelos de excelência pessoal. Mais adiante será visto que essa é uma das exceções em que Nino (1999) admite a intervenção do judiciário nas deliberações coletivas.

Determinar o que é moral privada ou pública, ou sobre que parâmetros de moralidade a sociedade deve deliberar, é tema exaustivamente tratado nas distintas disciplinas das ciências sociais. Optar por uma ou outra corrente pode significar a negação de direitos individuais fundamentais para uns e/ou o reconhecimento, declaração ou, mesmo, aceitação, para outros, o que nos leva a concluir que a linha de reconhecimento que determinava a velha máxima de que os direitos de uma pessoa terminam onde começa os de outra pessoa já não é mais tão facilmente distinguível.

Como temos visto a Constituição é o catálogo de todos os direitos reconhecidos dentro de um processo democrático. E também a Constituição estabelece os meios perante os quais as decisões em sociedade devem ser tomadas, e quais as instituições, políticas ou não, devem determiná-las.

No entendo, a Constituição é uma norma inspiradora de outras inferiores (conforme se observou ao tratar do princípio da supremacia constitucional) e não contém todas as respostas para as questões que o dinamismo humano e social requerem. Se esta o contivesse, perderia o seu caráter de norma suprema e poderia pecar por excessividade normativa, o que nos levaria de novo ao tema de que não poderia prever tudo, apesar do rigorismo normativo.

Sendo assim, quem tem a potestade de preencher as lacunas que a prática constitucional requer para dar resposta aos clamores sociais e individuais? Qual órgão, meio ou instituição é o mais democrático para suprir o trabalho do poder de uma Assembleia Constituinte? Quais os critérios que devem reger as ações do mesmo?

As dúvidas apontadas são, em parte, tratadas pela teoria do controle de constitucionalidade que se trabalhou no item anterior. Agora, retoma-se a discussão desde as questões levantadas pelo controle judicial de constitucionalidade ou revisão judicial na sua acepção americana, a qual se supõe ser a origem de tais discussões.

2 O EXERCÍCIO DA REVISÃO JUDICIAL NA DEMOCRACIA

Viu-se que a revisão judicial das leis, e mais especificamente da Constituição, pode ser realizada por entes políticos ou jurídicos, dependendo do que a própria normativa constitucional determinar. Embora o tema esteja consolidado positivamente

na Constituição, isso não implica que na prática a revisão judicial sofra inúmeras críticas.

No que concerne a revisão efetuada pelo judiciário, a mesma tem sido alvo de vários ataques desde a perspectiva de legitimidade que tem o órgão em questão para exercer essa função. Muitas das críticas feitas, não sem razão, afirmam que o judiciário não é um órgão representativo do povo em um Estado democrático, uma vez que seus membros não são eleitos pelo voto do cidadão.

Em virtude disso, como é possível que este mesmo órgão tenha a palavra final sobre a validade ou não da constitucionalidade das leis, quando a representação da soberania popular se manifesta através da representação exercida pelo legislativo e executivo?

Barroso (2010, p. 11-14) faz uma classificação das críticas feitas ao exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário. Distingue-as em: a) crítica político-ideológica; b) crítica quanto à capacidade institucional; e, c) crítica quanto à limitação do debate. Conforme se observa a seguir:

a) Crítica político ideológica:

- Os juízes não são agentes públicos eleitos e quando invalidam atos do Legislativo ou do Executivo assumem um papel político, gerando “*dificuldade contramajoritária*”;
- É questionada a suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais;
- É considerada tradicionalmente como uma instância conservadora das distribuições de poder e de riquezas na sociedade, funcionando como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, participação popular e política majoritária.

b) Crítica quanto à capacidade institucional:

- Determinar qual Poder deve interpretar o que, tendo em vista que os três Poderes devem interpretar a Constituição e ajustar sua atuação a ela, de modo que temas que requerem conhecimento técnico científico específico põem em cheque a *capacidade institucional* do judiciário para a toma de decisões desse tipo;
- Muitas vezes os juízes julgam o caso concreto sem avaliar o efeito de suas decisões sobre outros segmentos da população, o que gera risco de *efeitos sistêmicos*;

c) Crítica quanto à limitação do debate:

- As categorias, discursos e métodos de argumentação do direito requerem conhecimento técnico e treinamento não acessíveis à generalidade das pessoas, o que produz uma elitização do debate;
- Por outro lado, pela razão citada se produz uma politização do judiciário, requerendo se juízes providenciais. (BARROSO, 2010, p. 11-14).

É certo que o judiciário não é a força mais democrática nos Estados atuais, mas também não constitui a mais fraca. A ampliação da atuação do judiciário nas questões vitais do Estado, justamente pela perda de credibilidade dos órgãos considerados os

mais representativos do povo: o Legislativo e o Executivo, não deixa mentir sobre o papel importante que cumpre esta instituição para os cidadãos que a ele recorrem em socorro dos seus direitos e bens vitais.

Por outro lado, a multiplicação das situações sem previsão legal, em um mundo em constante mutação traz como consequência a propagação dos chamados “caso difíceis” ou “*hard cases*” na linguagem jurídica norte-americana. São estes aqueles que “envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico” (BARROSO, 2010, p. 26). Diante destas situações, é importante que o juiz cumpra com a tarefa de construção da argumentação para chegar a uma resposta, seja por via da interpretação da Constituição, seja pelo julgamento de casos análogos, ou mesmo de construção da normativa, usando de princípios jurídicos, preceitos morais públicos e próprios do julgador. Isso porque a resposta ao caso não resulta “do mero enquadramento do fato a norma” (BARROSO, 2010, p. 26).

No momento em que o juiz invalida atos dos outros poderes, considerados mais democráticos – como o Legislativo e o Executivo –, ou quando faz a tarefa de construção da norma aplicável nos “*hard cases*”, é que as funções judiciais são mais questionadas. Algumas das várias teorias que procuram explicar esses fatos serão revistas a seguir.

3 AS TEORIAS DA LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Linares (2008, p. 149-184) faz uma síntese das principais teorias sobre a revisão judicial e discute o exercício democrático do controle de constitucionalidade das leis. Desta forma, classifica as teorias em: a) o originalismo; b) a leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin; c) o textualismo; d) o minimalismo judicial; e) o uso da revisão judicial para fortalecer a representação política; e, f) a teoria deliberativa da democracia.

a) O originalismo:

Para esta corrente a Constituição deve ser interpretada de acordo com as intenções originais daqueles que a escreveram. Desta forma, o juiz não tem porque guardar deferência com o Legislativo nos casos de leis de constitucionalidade duvidosa. Só quando a mencionada intenção original não oferece uma resposta adequada à constitucionalidade é que o juiz deve manter a decisão do Legislativo.

Quanto às críticas que enfrentam esta tessitura as mais sólidas são as que se referem ao tempo e a eficácia. Por isso, questiona-se porque as gerações presentes devem ser fieis às intenções das gerações passadas.

b) A leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin:

Esta teoria é inspirada na obra de Ronald Dworkin, cujo teor exorta aos juízes a se afastarem das intenções originais dos autores da Constituição, e ainda, que a interpretem como um documento que fixa os princípios morais fundamentais da justiça em sociedade.

Para a tarefa de interpretação sugere como método a integridade, entendida como: o compromisso de resolver os casos da forma mais consistente com as decisões passadas; tratar os casos semelhantes de maneira semelhante; e, de fundar as decisões nos princípios da moralidade política que recolhe a Constituição. Nas palavras de Dworkin (2007, p. 271): “[...] o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”.

Como foi tratado ao falar do originalismo, na sociedade as decisões são tomadas com base em várias intenções. A integridade é apresentada como a resposta para essa multiplicidade, exigindo do juiz o esforço de apresentar o corpo de leis como algo coerente, como se fosse o reflexo de uma única concepção sobre a justiça.

O princípio judiciário da integridade instrui aos juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que todos foram criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade... Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade, e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 271).

Linares (2008, p. 156) questiona se a teoria analisada tem méritos democráticos. Como a noção de democracia inclui um compromisso com certos valores fundamentais, especialmente o direito de ser tratado com igual consideração e respeito, os juízes não atuam fora do marco democrático quando invalidam uma norma legal com o argumento de que violenta algum princípio constitucional. No entanto, não parece democrático que seja o juiz quem feche a cadeia de decisões nas questões controvertidas.

c) O textualismo:

Esta teoria propõe que só o texto da Constituição e das leis deve servir como fonte de interpretação. Isto implica recorrer só ao significado convencional do texto, significado das palavras com o sentido que as palavras têm no texto e nas orações formuladas. Exponente desta teoria é Jeremy Waldron para quem “na medida em que o direito utiliza formulações verbais específicas, pressupõe que a instituição social conecte-se e associe-se com outra instituição: a da linguagem natural” (LINARES, 2008, p. 158).

Critica-se o textualismo porque muitas questões relevantes para a sociedade não surgem do texto gramatical da Constituição, mas sim de uma visão comprometida com uma teoria da democracia.

d) O minimalismo judicial de Cass Sustain:

Para Cass Sustain a resposta ao pluralismo em sociedade é que as pessoas chegam a acordos sobre resultados singulares a partir de teorias incompletas. Com isso, os juízes deveriam observar as normas jurídicas como a expressão institucional desses acordos teóricos incompletos, o que implica desconfiar das teorias abstratas e limitar-se a fundamentar as decisões em regras específicas ou em princípios de baixo nível de abstração. Portanto, os compromissos filosóficos devem ser canalizados através de instituições políticas e não através do judiciário. Como método de resolução dos conflitos propõe o raciocínio analógico.

A esta corrente se contrapõe a crítica a Cass Sustain, porque este autor assume que os casos judiciais têm efeitos só para as partes, esquecendo de que no concernente à interpretação constitucional nas decisões judiciais tem efeitos sobre toda a comunidade.

e) A revisão judicial para fortalecer a representação política de John Hart Ely:

Segundo Ely a revisão judicial promove as regras de jogo dentro do processo democrático e sua permanência, mas os juízes só devem intervir quando essas regras são interrompidas. Por outro lado, a revisão judicial permite que todos os grupos da sociedade introduzam suas demandas na agenda pública e tenham acesso à representação política, de forma que o judiciário funcionaria como um defensor das minorias discretas e isoladas. A visão de Ely conduz a um judiciário muito politizado, o que também não favorece o jogo democrático. Por outro lado, se questiona porque o judiciário assumiria a tarefa de ser a voz das minorias.

f) Teoria deliberativa da Democracia:

O autor desta teoria é o jurista argentino Carlos Santiago Nino, para quem o processo democrático tem um valor epistêmico e dialético, que tem a sua máxima

expressão quando todos os setores da sociedade participam da definição do que se entende por moralidade pública. Neste processo democrático o judiciário tem três missões importantes: 1) garantir a observância das regras de jogo; 2) promover a discussão pública e a adoção de decisões imparciais e, 3) preservar a autonomia pessoal.

No que concerne à revisão judicial, os juízes não tem competência para decidir sobre questões de moralidade pública. Mas, podem sugerir a discussão aos corpos políticos, porém não têm a palavra final. No entanto, nas questões de moralidade privada, os indivíduos não têm porque seguirem os mandatos que impõem ideias de excelência pessoal com os quais não concordam. Em defesa dos ideais pessoais, os indivíduos podem recorrer à justiça e o judiciário tem a palavra no assunto.

Nino assinala da mesma forma que “el derecho a no ser coercionado sobre la base de modelos de excelencia personal es, de este modo, parte de los derechos *a priori* que son condición del proceso democrático”⁹ (NINO, 1997, p. 280).

4 A REVISÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL PARAGUAIO

O controle de constitucionalidade corresponde na Constituição Paraguaia ao Poder Judiciário, especificamente, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, de acordo com o artigo 259, inciso V e 260.

Artículo 259: De los deberes y de las atribuciones.

Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia [...].

5. conocer y resolver sobre inconstitucionalidad; [...]¹⁰.

Artículo 260: De los deberes y de las atribuciones de la sala constitucional:

Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

1. conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso, y

2. decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.

3. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.¹¹

⁹ “O direito a não ser coagido sobre a base de modelos de excelência pessoal é, deste modo, parte deste grupo de direitos *a priori* que são condição do processo democrático” – (Tradução livre).

¹⁰ Artigo 259: São deveres e atribuições da Corte Suprema de Justiça: 5. Conhecer e resolver sobre inconstitucionalidade (tradução livre).

¹¹ Artigo 260: “São deveres e atribuições da Sala Constitucional:

Observando o artigo supracitado, pode-se inferir que o controle de constitucionalidade no Estado paraguaio é judicial e concentrado. As vias de entendimento da causa constitucional são a ação de inconstitucionalidade que se promove perante a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, ou por via de exceção, como defesa, que pode ser oposta perante qualquer juiz, que tem o dever de enviar os antecedentes do caso para a Corte Suprema de Justiça.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a Constituição Paraguaia, em seu artigo 260 transcrito acima, prevê efeitos *inter partes*. Obviamente, o problema estabelecido com relação aos efeitos *inter partes* ou *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade aparece somente com relação aos atos normativos. Isto porque, considera-se que não há razões para questionamentos sobre a revisão judicial de sentenças, que por si mesmas só são relevantes para o caso concreto no qual ela é ditada, e afeta somente as partes que participam dentro do processo.

Mas isso é discutido na doutrina paraguaia, e, inclusive, existem casos julgados com efeito *erga omnes*. No entanto, como o objeto da desta análise não é aprofundar na discussão dos possíveis efeitos *erga omnes* ou *inter partes*, e sim debater o papel da Corte Suprema de Justiça no processo da revisão judicial na democracia paraguaia, elenca-se seguidamente um caso representativo e recente na história política do Paraguai.

4.1 ANÁLISE DE CASO: SENTENÇA N. 404 DE 30 DE AGOSTO DE 2010, DA SALA CONSTITUCIONAL DA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA PARAGUAIA

Esta resolução da máxima instância judicial paraguaia constitui, até o momento, o último capítulo de um dos episódios mais controversos da história atual deste país, situação desencadeada com a candidatura para Senador do Presidente da

1. conhecer e resolver sobre a inconstitucionalidade das leis e de outros instrumentos normativos, declarando a inaplicabilidade das disposições contrárias a esta Constituição em cada caso concreto, e em sentença que só terá efeito com relação a esse caso [...].”

2. Decidir sobre a inconstitucionalidade das sentenças definitivas ou interlocutórias, declarando a nulidade das que resultem contrárias a esta Constituição”

3. O procedimento poderá ser iniciado por ação perante a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, e por via da exceção em qualquer instancia, em cujo caso serão elevados os antecedentes a Corte” (Tradução livre).

República Oscar Nicanor Duarte Frutos, quando este ainda exercia suas funções presidenciais. Este, mediante uma resolução do Tribunal Superior de Justiça Eleitoral se habilitou para candidatura ao cargo de Senador. Isto porque, aquele tribunal julgou improcedentes todas as ações promovidas contra sua candidatura.

Com a vitória de Nicanor Duarte nas urnas e sua proclamação pelo Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, apareceu um empecilho fundamental: ele deveria prestar juramento perante o Congresso Nacional para tomar posse do cargo. Porém havia um fato relevante: para que ele pudesse fazer seu juramento, o Regulamento interno da Câmara de Senadores previa a presença da maioria absoluta dos Senadores, no entanto, como ele foi eleito pelo Partido Colorado – partido que até então governava o Estado –, naquele momento restou prejudicado seu juramento e sua posse, pois a quantidade de Senadores eleitos pelo Partido Colorado não era suficiente para preencher essa maioria absoluta requerida na Constituição, empecilho que se prolonga até os dias de hoje.

Para tomar posse como senador foi chamado outro candidato eleito pela legenda partidária, que seria o próximo dentro da lista proporcional. Por este motivo, Nicanor Duarte Frutos iniciou uma ação de inconstitucionalidade contra as resoluções do Senado que permitiam o procedimento adotado para suprir o cargo. Tais resoluções são as de n. 650, de 27 de Junho de 2008 e n. 54, de 26 de Agosto de 2008.

A Corte Suprema de Justiça, através da sentença n. 404 declarou a nulidade das referidas resoluções do Senado. Contudo não determinou que este órgão recebesse o juramento do candidato eleito e proclamado pela Justiça Eleitoral a Senador da República do Paraguai, Nicanor Duarte Frutos, que, naquele momento, já não era mais Presidente.

Segundo Silvero Salgueiro (2010), na sentença n. 404, a Corte Suprema

assumiu uma atitude firme ao tratar de um assunto de alta sensibilidade política, de maneira distinta de outras épocas autoritárias, ela exerceu competências plenas de um controle de constitucionalidade consagrando novamente a doutrina da juridicização de questões políticas de acordo com a evolução atual do Estado de Direito na Teoria Constitucional (tradução livre).

Porém, o controle que ela exerceu não foi tão intenso a ponto de invadir a competência do Senado quanto ao recebimento do juramento do referido candidato. Adquire relevância pela pertinência e adequação sobre a questão debatida a opinião Kozicki quem ressalta:

[...] não existe uma resposta certa para a democracia, assim como não existe uma resposta para o direito, no tocante a melhor forma de interpretação e aplicação do mesmo. A melhor forma de equacionar as relações entre o jurídico e o político é algo que, em última análise, sempre permanecerá em aberto (KOZICKI, 2004, p. 47).

O período para o juramento do candidato se estende até junho de 2013, data falta para que este candidato assumisse o cargo para o qual se elegeu. Neste sentido, observando Kozicki (2004) não se pode compreender até que nível a democracia está sendo consolidada neste caso concreto. A última análise sempre vai restar inconclusa, por conta do alto grau de abstração e complexidade da resolução de questões políticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da revisão judicial e do controle de constitucionalidade está longe de ter uma solução final satisfatória dos requerimentos democráticos atuais. O que se observa é uma ampliação da atuação do judiciário na vida dos cidadãos, e mais ainda com as decisões deste órgão sob forma legislativa-normativa e com efeito *erga omnes*.

Até em países que não tem a tradição do *common Law*, como o Brasil ou o Paraguai, as decisões judiciais marcam a pauta constitucional em questões não previstas pela suprema Lei.

Na introdução deste trabalho foi citado Dworkin, quando este afirma que: “a questão crucial agora não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder”. Pode-se observar o teor emblemático desta frase, no sentido de que é estéril a discussão sobre a competência do judiciário para decidir matéria constitucional, já que esse é um assunto consolidado e superado na teoria constitucional. Contudo, como todo órgão estatal, regido por regras democráticas, o objeto de análise é saber os limites deste poder e do seu exercício.

Resta aos cidadãos o exercício responsável de sua cidadania, assumindo o papel de agentes fiscalizadores do processo democrático. Embora o judiciário não seja um órgão eletivo, em tempo de sociedade do conhecimento e de alta veiculação de informação, até este órgão presta contas das suas ações, e de forma tão imediata quanto os parlamentares e o presidente. É a sociedade que decide quem vai liderar-lha ou não.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 30/04/10.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Editora Paz e Terra, 16º Ed., São Paulo: 2010.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton University Press, Princeton - New Jersey, United State of America, 2006.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2007.

FAYT, Carlos. **Derecho Político**. Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de Defender el Control Judicial de la Leyes**. Revista ISONOMÍA N° 6, Abril de 1997.

KOZICKI, Kátya. **O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução**, em Revista O que faz pensar Núm. 18, Setembro de 2004.

MARTINS, Ives Gandra Da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade** (Comentários a Lei n. 9.868, de 10-11-199). Editora Saraiva. 2ª Ed. São Paulo, 2005.

LINARES, Sebastián. **Sobre el Ejercicio Democrático del Control Judicial de las Leyes**. Isonomía n° 28 – Abril de 2008. México.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Gedisa Editorial, Barcelona, 1997.

PARAGUAY. Constitución Nacional de la República, Año 1992.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das leis**, 2da. Edição revista e ampliada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995.

SAGÜÉZ, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Editorial Astrea, 3ª Ed., Buenos Aires, 2003.

SILVERO SALGUEIRO, Jorge. **Comentarios sobre el fallo 404 sobre la pérdida de investidura de un Senador Nacional**. Revista de Ciencias Jurídicas, UNAM, México, 2010.