

A TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A QUEM CABE DEFINIR O CONTEÚDO DESTES DIREITOS?

THE TENSION BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND DEMOCRACY: WHO IS RESPONSIBLE FOR TELL THE MEANING OF THESE RIGHTS?

Marcela Münch de Oliveira e Silva¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo contribuir para a busca de um modelo institucional que possa acomodar melhor a necessidade de uma revisão judicial das decisões do Estado com o regime democrático, tendo como critérios a realidade brasileira. Assim, vamos discutir algumas das teorias constitucionais vigentes na Alemanha e nos EUA, que vão desde a rejeição total à jurisdição constitucional, passando por sua aceitação para fins processuais, chegando a uma teoria que enfatiza o diálogo entre o Legislativo e o judiciário sem ampliar ou diminuir o papel de cada um. Finalmente, depois de analisar o arranjo institucional dado pela Constituição Brasileira de 1988 e suas implicações, o modelo que trabalha com o diálogo inter-institucional, e a ideia de reações populares que podem conduzir esse diálogo será eleito como a melhor maneira de conciliar o controle constitucional com a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; revisão judicial; teorias constitucionais

ABSTRACT

This paper aims to contribute to the search of an institutional model to accommodate better the need for a judicial review of state decisions with democratic rule, having as criteria the Brazilian reality. Then, we shall discuss some of the existing constitutional theories in Germany and the U.S., ranging from total rejection to the constitutional jurisdiction, its acceptance for procedural purposes, arriving at a theory that emphasizes the dialogue between the legislature and the judiciary without magnify or diminish the role of each. Finally, after analyzing the institutional arrangement given by the Brazilian Constitution of 1988 and its implications, the model that works with inter-institutional dialogue, and the idea of popular reactions that can lead this dialogue will be elected as the best way to reconcile the constitutional control with democracy.

KEYWORDS: Democracy ; judicial review; constitutional theories

1. INTRODUÇÃO

Após um longo período em que o mundo se viu tomado por regimes ditatoriais, notadamente a América Latina, o debate acerca da importância do regime democrático como forma que permite aos cidadãos participar das decisões estatais volta a ganhar relevo, pois,

¹Bacharel em Direito e Mestranda em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. E-mail: marcelamunch@gmail.com

embora ele tenha sido amplamente adotado ao redor do mundo, na prática, verificou-se um afastamento do ideário de participação política que o envolvia.

O que se observa, hoje, é apenas um contentamento com um modelo que se sustenta basicamente no formalismo da representação. Este modelo, no entanto, sofre uma grande crise, da qual o Brasil é um exemplo, já que grande parte da sociedade não guarda qualquer grau de identificação com aqueles que supostamente estariam exercendo o governo em seu nome.

Conforme identifica Boaventura de Souza Santos:

Quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo de a extensão da democracia ter trazido consigo uma enorme degradação das práticas democráticas. Aliás, a expansão global da democracia liberal coincidiu com uma grave crise desta nos países centrais onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida como a da dupla patologia: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, o fato dos cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram.²

Assim, algumas teorias começaram a buscar arranjos institucionais que pudessem concorrer para a concretização da democracia em sua plenitude, sendo a teoria da democracia deliberativa de Habermas a que talvez tenha ganhado mais destaque.

Contudo, em países como o Brasil, onde a distribuição de renda é um horizonte longínquo, e onde o legislativo encontra-se constantemente sob os holofotes das críticas públicas, buscou-se soluções mais rápidas e aparentemente mais efetivas, que consistiram em alargar as competências do judiciário, atribuindo-lhe a tarefa de suprir um déficit democrático de outros órgãos, a partir da premissa inocente e equivocada de que esta instituição não estaria sujeita a constrangimentos políticos externos, e que tal blindagem lhe colocaria a salvo dos vícios da política com “p”.

O resultado foi um quadro de uma sociedade engessada na crença de que o judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, traria, num passe de mágica, as soluções necessárias.

Em que pese a discordância com esse modelo, fato é que o nosso arranjo institucional foi e vem sendo construído, com base nessas suposições, dando enorme poder ao Supremo, seja por conferir-lhe competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis, em última instância, seja por fenômenos recentes de objetivação de jurisprudência, como a súmula vinculante, o que leva ao tema desse trabalho.

²SANTOS, Boaventura de Souza. DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA. Os Caminhos da Democracia Participativa. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 43

A princípio, identifica-se a ideia de democracia como sinônimo de prevalência do majoritário. Todavia, esta visão pura e simples pode gerar uma série de problemas, dentre eles a falta de representação e de proteção das minorias. Além disso, essa maioria pode acabar se manifestando muito mais em termos de maior poder de influência do que em termos quantitativos propriamente.

Dessa forma, faz-se necessário algumas garantias que permitam a esse regime manter-se vivo em sua essência, não se subvertendo numa ditadura dos mais fortes sobre os mais fracos. Por isso a ideia de uma Constituição e de uma jurisdição constitucional que pudesse fazê-la valer em casos de maiorias opressoras.

Paralelamente, o modelo que vivemos hoje de democracia já não responde mais a uma série de demandas, muitas delas ligadas ao reconhecimento e à concretização dos direitos fundamentais.

Assim, como foi dito, numa tentativa de se garantir a efetivação destes direitos, muitas sociedades procuraram consolidá-los como normas constitucionais, e passaram a depositar todas as suas esperanças no judiciário. No Brasil, isto se refletiu na adoção de um arranjo institucional que confere ao Supremo Tribunal Federal um poder político que ele jamais havia tido.

O que era para ser um mecanismo de contenção dos demais poderes tornou-se a tábua de salvação de um modelo de democracia cada vez mais desacreditado.

Todos esses elementos acabaram direcionando os constitucionalistas modernos a se debruçarem sobre o tema de a quem cabe a tarefa de definição do conteúdo dos direitos fundamentais.

Este trabalho busca contribuir no debate, abordando desde teorias que negam qualquer papel estratégico ao judiciário, e conseqüentemente às Supremas Cortes, passando por aquelas que lhe atribuem uma função meramente procedimental, até chegar a uma concepção flexível, que aposta no diálogo entre legislativo, executivo, judiciário e povo.

O critério para identificar o que parece a melhor resposta será a possibilidade de aplicação de qualquer essas fórmulas na realidade brasileira.

2. A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS E A SOCIEDADE ABERTA AOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE

2.1. O Procedimentalismo

Segundo Jürgen Habermas, os direitos fundamentais e a própria jurisdição constitucional se justificariam a partir de uma perspectiva meramente procedimental de garantia dos pressupostos de uma democracia deliberativa.

Por essa perspectiva, a Constituição deve ser compreendida como um documento que contenha todas as regras do jogo democrático. Como todo jogo que se preze deve ter um árbitro que cumpra o papel de fiscalizar a aplicação de suas regras, também a democracia necessita de uma instituição que tenha a tarefa de vigiar os abusos eventuais que a maioria possa cometer. Somente nesse sentido se concebe a ideia de uma jurisdição constitucional.

Esse entendimento rígido e restrito a respeito da atuação jurisdicional se dá em razão da crença do autor na prática discursiva. Para ele, o processo democrático não se esgota nas eleições, desenvolvendo-se no cotidiano dos espaços públicos. A esfera pública seria um campo intermediário onde os indivíduos de diferentes sexos, raça, cor, etnia e posição social poderiam “problematizar em público uma condição de desigualdade na esfera privada”.³

As ações em público dos indivíduos permitem-lhes questionar a sua exclusão de arranjos políticos através de um princípio de deliberação societária que Habermas denomina de princípio D : “apenas são válidas aquelas normas-ações que contam com o assentimento de todos os indivíduos participantes de um discurso racional.(grifo nosso)⁴

Os indivíduos devem poder estabelecer os valores pelos quais a sociedade irá se reger a partir de um debate livre entre diferentes argumentos que poderão inclusive mudar ao longo do tempo. O direito só é legítimo se os cidadãos dele participam não apenas como destinatários, mas também como autolegisladores. Assim, a Constituição deve ser tida como um documento histórico inacabado, a ser construído pelos seus destinatários por meio de um processo constituinte permanente.

Habermas rechaça, portanto, a compreensão de que a Constituição seria uma “ordem concreta de valores”, da qual o Tribunal Constitucional seria o intérprete mais adequado por sua suposta posição afastada da política e sua qualificação a partir de conhecimentos jurídicos.

2.2. A Sociedade Aberta aos intérpretes

Peter Häberle defende uma concepção segundo a qual a Constituição deve ser

³HABERMAS, Jürgen. A INCLUSÃO DO OUTRO. 2ª Ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 52

⁴Loc. cit.

interpretada não apenas por aqueles considerados intérpretes oficiais, mas também por todos os sujeitos que a vivenciam em sua realidade, ou seja, por todos os seus destinatários, que, através da prática cotidiana, preencherão o significado de suas normas.

O cidadão não é mais entendido como um objeto da norma jurídica, mas sim como sujeito constitucional, apto a produzir também sentidos normativos, sendo necessária uma coexistência entre os intérpretes técnicos e leigos.

Além disso, uma atividade jurisdicional em sentido estritamente técnico, por si só, não satisfaz as especificidades das demandas sociais. Há um grande rol de conflitos reais que são desconhecidos do poder judiciário, até porque grande parte deles envolve minorias excluídas do processo formal de elaboração das normas e, conseqüentemente, dos intérpretes tradicionais. As soluções dos conflitos sociais, portanto, não se restringem ao judiciário. A interpretação constitucional tem vida fora dos tribunais; mesmo distante do “*mainstream*” exegético há produção de conhecimentos jurídicos.

Nesse sentido, Häberle dialoga com Habermas a respeito da interação entre a sociedade, como um conjunto de indivíduos que se expressam, que tem planos e necessidades, e o seu aparato burocrático, o Estado. Os cidadãos, através de deliberações igualitárias numa esfera pública, produziriam consensos que seriam absorvidos pelas instituições estatais. Nessa esfera teriam voz não somente os interesses organizados, mas também os que talvez, pela própria debilidade dos seus sujeitos, não sejam objeto de qualquer articulação.

Através de um processo de “osmose”, segundo Häberle, entre a sociedade e as instituições, o cidadão tem a possibilidade de intervir na formação da vontade pública, ressignificando-a. Nesse contexto, Häberle ressalta a importância do conceito de status ativo *processualis*, retirado da teoria dos quatro status de Jellinek, que seria uma participação do povo na elaboração dos conteúdos dos direitos fundamentais, por meio do preenchimento de cláusulas gerais, por consensos resultantes de um debate verdadeiramente democrático, com condições iguais de manifestação.

A formação pluralista do Estado não basta para o alcance dos fins colimados nas sociedades abertas. Deve haver um processo contínuo e amplo de interpretação. O método de Häberle efetua uma personalização das leituras normativas, de modo a produzir um saber jurídico não-estatal.

Todos que vivem as normas são forças produtivas de interpretação, qualquer cidadão no raio de ação constitucional comunica-se com seu texto, sofrendo os efeitos da constituição,

bem como criando e recriando seu sentido normativo.

A hermenêutica aberta é, portanto, um processo complexo, fruto da junção de vários elementos e atores, sendo quatro os pressupostos para sua aplicação: 1) Consenso democrático; 2) Base social estável; 3) Instituições sólidas e 4) Cultura política ampliada e desenvolvida.

Häberle ressalta ainda a importância da assunção pelo Estado de uma postura ativa com relação à garantia de condições básicas aos indivíduos para que a participação destes no debate público possa ocorrer efetivamente. O poder estatal e seu aparato burocrático devem ser usados para atender as demandas sociais, fornecendo aos indivíduos uma igualdade de condições no que se poderia chamar de um ponto de partida para o desenvolvimento de cada um.

Esta mudança de perspectiva na ação do Estado não se caracterizaria por um paternalismo e muito menos por autoritarismo. Para ele, o modelo prestacional é diferente do modelo policial, uma vez que, enquanto este controla e define as demandas, aquele apenas as absorve da sociedade. As prestações a serem cumpridas devem ser ditadas pelos próprios sujeitos de direitos, por meio de consensos produzidos pelos mesmos, não devendo ser impostas unilateralmente pelo Estado. No paradigma de um Estado democrático de direito, o poder público deve buscar a legitimidade de sua atuação no diálogo constante com os atores sociais, de modo que o canal de comunicação entre estes se mantenha aberto a questionamentos, críticas e sugestões.

Em que pese os méritos dessas duas concepções para uma ideia de jurisdição constitucional mais próxima da democracia participativa, em alguns países, os atrasos no campo social são imensos, caracterizando-se um verdadeiro abismo entre determinados setores da sociedade; tal dado, associado a um legislativo pouco atuante, fez com que neles se recorresse a uma Constituição ampla, garantidora de uma série de direitos de forma muitas vezes detalhada.

Essa característica peculiar de constituições como a brasileira acaba justificando e até mesmo pressupondo um ativismo judicial que ultrapasse as barreiras colocadas tanto pelo modelo procedimentalista de Habermas como pelo Estado Prestacional de Häberle, que apenas capta as demandas presentes na sociedade.

Ademais, ambas as teorias parecem trabalhar com conceitos muito fluidos a respeito de quem seriam os atores sociais que na prática realizariam essa interpretação, de que

estratégias eles utilizariam para influenciar os canais oficiais, levando a crer que seriam teorias mais preocupadas em garantir um método democrático per si, do que uma solução para os problemas atuais de representação das minorias.

Contudo, muitos elementos dessa teoria podem ser aproveitados, tais como a noção de que o judiciário não deve ser visto como o único legitimado a preencher o significado das normas constitucionais, e a importância destes significados serem produzidos através de um debate público.

3. CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Uma outra concepção sobre o debate a respeito de a quem caberia a tarefa de interpretação da Constituição é mais recente e tem como seu principal entusiasta o autor americano Larry D. Kramer.

Para ele o povo deve assumir o controle da interpretação constitucional. A Constituição consistiria num documento de governo destinado aos leigos e não um contrato voltado para juristas, possuindo uma dimensão política e histórica que deve ser tomada em conta por seus intérpretes.

Para o autor, além da “constituição legal”, aplicada pela Suprema Corte, existe uma “constituição popular”, que teria se refletido no pensamento constitucional norte-americano e que deveria prevalecer frente a qualquer outra interpretação.

Esse tipo de constitucionalismo, no entanto, para ele, é incompatível com a ideia de supremacia jurisdicional, que pressupõe a noção de que o judiciário detém a última palavra quando se trata do tema da interpretação constitucional e suas decisões determinam o significado da Constituição para todos. A sociedade, portanto, deveria optar por um ou outro modelo.

Kramer sustenta que este constitucionalismo popular predominou durante a maior parte da história, mas a partir de 1980 a supremacia judicial tornou-se a regra, tendo sido abraçada tanto por representantes da direita quanto por representantes da esquerda.

Essa crença no judiciário como o grande responsável por identificar e dar vida às normas constitucionais, segundo o autor, seria fruto de uma falsa premissa de que a atividade judicial estaria imune a qualquer tipo de influência política.

Na verdade, o constitucionalismo popular comporta uma série de vertentes e

compreensões que vão desde uma negação da *judicial review* até aceitação de sua versão mais moderada, mas foi este autor quem deu relevo ao tema e que talvez tenha oferecido mais elementos para se compreender o que seria este chamado “constitucionalismo popular”.

Seu grande calcanhar de Aquiles seria o fato de defender que, apesar desse modelo ter sido fruto nos Estados Unidos de uma escolha da própria sociedade, deve-se passar por cima dessa vontade manifestada, adotando-se uma outra forma de interpretação constitucional que alguns teóricos consideram como a mais adequada.

Embora tenda-se a concordar com as críticas feitas pelo autor às tendências maléficas do grande peso político que se tem dado às decisões da Suprema Corte, como aponta a autora Reva Siegel, este não é um dado necessário do modelo do *judicial review*. Ou seja, uma palavra final da Suprema corte em termos jurídicos de interpretação constitucional não significa necessariamente uma palavra final em termos políticos. A adoção de um regime que permita ao judiciário controlar posteriormente a constitucionalidade das leis, estabelecendo o significado da norma constitucional em última instância, não quer dizer que a luta no campo político esteja perdida. Isso porque a autora reconhece que também essa instituição está sujeita a uma espécie de “ônus democrático”, ainda que num sentido distinto daquele a que se sujeitam as instituições submetidas ao controle por via de eleição. A depender do grau de mobilização de uma determinada sociedade, estas compreensões judiciais podem ser alteradas pela via do fenômeno “*backlash*”⁵, um dos mecanismos possíveis de interferência política no campo da interpretação judicial da Constituição.

Assim, o grau de ativismo que o judiciário irá alcançar não está dado a priori, mas depende do grau de participação política e de mobilização social da sociedade no qual está inserido:

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

“Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional, pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável. Ao revés, quando o processo político majoritário está funcionando com representatividade e legitimidade, com debate público amplo,

5A Expressão compreende uma reação popular às decisões judiciais que não atendam às expectativas e ao sentido que setores da sociedade atribuem à Constituição. O termo não carrega em si um valor intrinsecamente positivo ou negativo. No entanto, na contramão de grande parte da doutrina constitucionalista americana, que alimenta um grande receio com relação ao fenômeno, Reva Siegel o encara de uma forma positiva do ponto de vista de um “constitucionalismo democrático”.

juizes e tribunais deverão ser menos pró-ativos.”⁶

4. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: A INTERFACE ENTRE OS ATORES OFICIAIS E NÃO OFICIAIS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O FENÔMENO DO “BACKLASH”

Conforme já exposto, nos últimos tempos alguns constitucionalistas progressistas nos EUA, seguindo o chamado constitucionalismo popular, têm defendido que a Constituição deve ser retirada das cortes e devolvida ao povo. Outros têm simplesmente sustentado a necessidade de uma autocontenção judicial.

Uma das razões dessa mudança no pensamento constitucional é o temor do efeito que um ativismo judicial pode provocar, causando uma reação negativa e reacionária na sociedade. Aponta-se como exemplo um caso emblemático nos EUA, o caso *Roe*, que implicou numa articulação de alguns setores da sociedade contra o conteúdo de uma decisão proferida, dando origem a uma “nova direita”.

No entanto, segundo Reva Siegel e Robert Post, este receio parece um tanto exagerado. Estes autores propõem um modelo de constitucionalismo democrático, a fim de analisar como historicamente os direitos foram se estabelecendo num contexto cultural controvertido, ou seja, num campo de disputa que transborda o judiciário, e assim conceber os elementos para uma interpretação constitucional.

A base desse modelo seria a ideia de que a normatividade da Constituição depende de sua capacidade de ensejar um reconhecimento deste documento por parte dos cidadãos como um documento a eles pertencente. Isto se dá a partir da possibilidade destes indivíduos fazerem reivindicações a respeito do significado da Constituição, as quais poderão ser respondidas tanto na via legislativa quanto na via do judiciário.

A Corte Constitucional desempenha, sob esse ponto de vista, um papel crucial a partir do fortalecimento de direitos e importantes valores sociais. Os cidadãos a procuram não somente para fins de implementação de direitos, mas também no intuito de constranger outros poderes do Estado que eventualmente ultrapassem os limites constitucionais. E, embora não composta por indivíduos eleitos, ela também depende da confiança destes cidadãos, de forma que, se passam a interpretar a Constituição em sentido diverso daquele correspondente às

⁶BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

convicções mais profundas e sedimentadas do povo, este irá achar vias de manifestar seu descontentamento, resistindo a esses julgamentos.

Nesse ponto, o medo de uma resistência à decisão judicial pode ser compreendido, de acordo com Siegel e Post, a partir do entendimento de que houve uma tendência na doutrina tradicional de confundir a Constituição com a sua aplicação e interpretação em decisões judiciais, levando-se a crer que uma resistência a estas significaria uma ameaça à própria Constituição, quando na verdade esta reação pode ser encarada inclusive como um fortalecimento de sua legitimidade democrática. Assim, para romper com esse receio, os autores procuram dar ao fenômeno identificado como “backlash” uma perspectiva construtivista no âmbito da interpretação constitucional.

Nesse sentido, Reva Siegel e Robert Post sustentam que:

A reação popular desafia a presunção de que os cidadãos devem consentir decisões judiciais, que falam em nome de uma voz desinteressada da lei. Desafia também a própria autoridade dessa voz. Em nome de uma Constituição compromissada com a democracia, esse fenômeno questiona uma possível autoridade autônoma das normas constitucionais. (tradução livre.)

No entanto, ainda resta saber se seria possível compatibilizar o caráter contra-majoritário da jurisdição constitucional com essas pressões populares. A teoria americana do constitucionalismo democrático busca descrever como aquela ordem constitucional negocia essa tensão, revelando de que forma pode-se operar uma mudança no significado constitucional a partir das concepções populares, sem que a lei perca seu caráter normativo, sem que a Constituição se torne letra morta.

4.1 “Backlash” como mecanismo de participação na interpretação constitucional

Para alguns autores, a resistência às decisões judiciais frustraria a capacidade que o direito tem de distribuir os benefícios de forma organizada; a vantagem do direito parece ser justamente a de determinar, quando conveniente, as regras de forma autoritária.

No entanto, muitas normas constitucionais não possuem um conteúdo claro e auto-explicativo, consistindo em cláusulas abertas a serem preenchidas em decisões judiciais, caso em que a resistência pode servir para demonstrar que soluções judiciais autoritárias não são possíveis, tampouco desejáveis.

A interpretação legal destas cláusulas envolve a aplicação de valores como

igualdade, liberdade e dignidade, que podem comportar diversos sentidos, não sendo possível identificar-se um significado correspondente a uma espécie de “pré-compreensão coletiva”, no seio de uma sociedade completamente heterogênea, partilhando de noções diversas a respeito dos ideais que devem guiá-la.

Dessa forma, é compreensível e até previsível que decisões a respeito destas questões provoquem uma intensa reação, já que tocam pontos sensíveis e polêmicos na sociedade. Estas reações não podem, todavia, ser ignoradas, sob pena de pôr-se em risco a legitimidade democrática da Constituição.

Assim, o modelo de constitucionalismo democrático reconhece o papel das instâncias representativas bem como da mobilização social na consolidação da Constituição da mesma forma que afirma o papel das cortes na utilização de seus conhecimentos profissionais na interpretação constitucional. Diferentemente do constitucionalismo popular, esta concepção reconhece como necessária a efetivação judicial dos direitos constitucionais. Por outro lado, contrariamente a ideia de uma supremacia judicial, ela reconhece também a função das práticas políticas fora das cortes no sentido de seu papel legitimador do “judicial review”.

Historicamente, os americanos lutaram pela capacidade de moldar a construção do significado da Constituição, através dos mais variados métodos, envolvendo desde as mobilizações políticas e protestos, até os poderes legislativo e judiciário. Essa luta pode ser ilustrada pela questão racial, em 1960, e pela questão de gênero em 1970, sendo que atualmente ela vem à baila no debate sobre o direito ao aborto, à liberdade religiosa, e nos direitos dos homossexuais e se sustenta na ideia de que a Constituição deve expressar um “nomos” com o qual os americanos se identifiquem e compartilhem. Em razão disso, reconhece-se o papel da jurisdição constitucional, entendendo-se que o processo legislativo, por si só, não conseguiria sustentar uma legitimidade democrática da Constituição, haja vista a rigorosidade do processo de emendas constitucionais⁷, talvez por isso, tão raramente utilizado na história americana. Contudo, no decorrer de sua atuação ela deverá sempre estar “prestando contas” com relação à interpretação que está operando e o constitucionalismo democrático cuida justamente da análise dos mecanismos que podem facilitar esse diálogo permanente entre as cortes e o povo.

Um deles seria a indicação dos Ministros da Suprema Corte. A pressão popular pode

⁷Com relação ao tema cabe uma observação: O procedimento de emenda constitucional nos EUA é muito mais rigoroso do que o procedimento de emenda constitucional no Brasil, o que explica o fato da Constituição Americana ter sido emendada apenas vinte e sete vezes em mais de dois séculos e a nossa ter sido emendada sessenta e sete vezes em pouco mais de duas décadas.

influenciar na escolha de ministros que possam refletir compromissos do povo. Este, entretanto, é um método mais interventivo e raro de se influenciar na interpretação constitucional feita pelas cortes.

Uma forma mais democrática de responder às decisões judiciais controversas seria a partir de uma prática de resistência, permitindo-se transformar os valores que permearam aquela interpretação constitucional. Reva Sievel e Robert Post citam como exemplo a controvérsia envolvendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esta controvérsia se desenvolveu muito em razão de decisões de Cortes Estaduais na aplicação de Constituições Estaduais. Embora do ponto de vista legal elas não influenciem na interpretação da Constituição Federal, as decisões das Cortes Estaduais tem extrema relevância no sentido de representarem num âmbito mais restrito a contestação e a reformulação de valores nacionais.

Outro exemplo desta prática de contestação foi a conquista pelo movimento feminista, nos anos setenta, com relação à interpretação da Cláusula de Proteção Iguitária, contida na Décima Quarta Emenda Constitucional, no sentido da proibição do tratamento discriminatório baseado no sexo. A mobilização das mulheres promoveu uma alteração não somente do senso comum, mas do entendimento das Cortes Constitucionais, que passaram a se utilizar desta emenda para fins de exigir uma análise minuciosa das classificações de funções em razão do sexo.

O “backlash”, para o modelo do constitucionalismo democrático, pode ser entendido, em suma, como uma das formas de contestação através das quais o povo busca interferir na definição do conteúdo da Constituição.

Ele se mostra muito promissor em sociedades onde há uma cultura de mobilização e de pressão social para fins de influência política nas decisões tomadas pelo Estado. Esta capacidade de intervenção explica inclusive a crença na Constituição que os americanos possuem, ainda que suas próprias concepções a respeito do seu significado não prevaleçam.

A adoção de um modelo que permita verificar nas decisões das Cortes um “ônus democrático” não é óbvia, no entanto. Isso porque a integridade da norma constitucional sempre esteve muito calcada numa independência desta com relação a pressões políticas. Toda teoria constitucional foi construída justamente no sentido de compreender a Constituição como um pacto superior, correspondente a um momento específico de mobilização da sociedade, devendo sofrer alterações apenas em casos excepcionais e não em razão de pressões políticas ocasionais. Nesse sentido, sua interpretação deveria ser orientada apenas

por princípios e argumentos jurídicos.

Segundo Reva Siegel e Robert Post, a doutrina tradicional tem buscado identificar métodos de interpretação constitucional que justifiquem as decisões tomadas pelas cortes de forma a evitar a reação daqueles que potencialmente poderiam se opor a elas. No entanto, trata-se de uma solução com fins meramente teóricos, não resolvendo o problema político por detrás da questão.

No caso, *Stenberg x Carhart*, por exemplo, a Corte americana invalidou uma lei proibindo o aborto, em razão de não haver nela exceção permitindo a realização desse procedimento em casos em que ele seria necessário para fins de preservação da saúde da mulher. Como resposta a essa decisão, os ativistas do movimento anti-aborto no EUA pressionaram o Congresso para que aprovasse uma lei semelhante àquela de Nebraska com base no fato de que o aborto nunca seria necessário para preservar a saúde da mulher. Em seguida, a Corte, numa opinião representada por uma maioria de cinco contra quatro, formada exclusivamente por Ministros indicados por Reagan, Bush e Bush, eleitos com uma plataforma que incluía a indicação de juízes comprometidos com a proteção da vida do feto, reconheceu a restrição do aborto em uma nova justificativa, a proteção da mulher.

O constitucionalismo democrático busca, por sua vez, chamar a atenção para como as cortes tem atualmente conciliado estas questões, e como a reação popular a uma decisão judicial tem o condão de revelar os valores vigentes numa sociedade, podendo inclusive indicar o seu amadurecimento.

4.1.1. A análise do fenômeno a partir do caso *Roe*

A doutrina constitucional que alerta os juízes a promoverem uma interpretação constitucional que evite efeitos polêmicos é resultado de uma mudança no discurso constitucional, principalmente da esquerda, que, para Reva Siegel e Robert Post, sem dúvida é reflexo do medo de um ativismo de direita pelo novo quadro do judiciário federal, composto por indicações conservadoras.

No entanto, este receio se funda também na grande articulação reacionária que resultou da decisão no caso *Roe*. Muitos progressistas partem da premissa de que a formação de uma “Nova Direita” nos EUA contra o aborto teria sido resultado exclusivamente da decisão em *Roe*.

De fato, muitos acadêmicos criticaram a decisão pelo seu grau de ativismo, mas, esta decisão por si só não teria o condão de inspirar uma movimentação política como resposta ao significado que atribuiu ao texto constitucional.

Para Reva Siegel e Robert Post, o que ocorreu neste caso foi uma confusão entre a justificação de determinados fenômenos no campo acadêmico e no campo do debate político. Em outras palavras, ainda que haja uma crítica da teoria constitucional a respeito do caráter da decisão judicial proferida neste caso, esta crítica não pode servir como fundamento para que se tente compreender as causas que geraram uma resistência popular a ela.

Na situação em foco, muitos historiadores procuraram demonstrar como a mobilização de determinados grupos contra a prática do aborto é anterior ao caso *Roe*. Estes grupos já teriam, inclusive, girado esforços para reformar leis anti-aborto, tanto através da via legislativa, quanto pela judicial.

Revelaram também que essa mobilização foi liderada historicamente pelos católicos. Além disso, à época do caso, muitos Protestantes já não compartilhavam da mesma visão da Igreja Católica. Alguns chegavam a aceitar a sua legalização. Outros, como os Evangélicos, não chegavam a esse ponto, mas também não consideravam o aborto como um erro categórico, quadro que não mudou com a decisão. Apenas no final da década se operou uma mudança significativa na concepção destes grupos em reação não propriamente àquela decisão, mas ao que identificaram como o nascimento de uma onda de “humanismo”⁸, que consistiria na adoção de uma série de valores progressistas, tais como o direito ao aborto. Linda Gordon afirma que foi o “abraço da causa do direito ao aborto” pelo movimento feminista que provocou esse crescimento do movimento de oposição conservador.⁹

Na verdade, o que fica claro a partir dessa análise é que o movimento anti-aborto se rearticulou a partir da reivindicação feminista por uma nova concepção do direito ao aborto, ligada a uma igualdade de gêneros e à liberdade da mulher de fazer suas próprias escolhas e a partir do efeito desta pressão na releitura do direito em algumas decisões judiciais.

4.1.2. Reivindicações do movimento feminista com relação à legalização do aborto e suas

⁸“By 1980, the Christian Harvest Times was denouncing abortion in its “Special Report on Secular Humanism vs. Christianity”: “To understand humanism is to understand women's liberation, the ERA, gays rights, children's rights, abortion, sex education, the 'new' morality, evolution, values clarification, situational ethics, the loss of patriotism, and many of the other problems that are tearing America”. (POST, Robert; SIGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: < http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Alumni_Affairs/RoeRage_hein.pdf.> p. 416. Acessado em 05/05/2011.

⁹POST, Robert; SIGEL, Reva. Ibid. p.418.

implicações nas decisões judiciais.

Em Connecticut, as feministas mobilizaram um esforço significativo no sentido de angariar forças para fazer valer suas pretensões no judiciário. O movimento contou com a colaboração de estudantes e profissionais do direito, além de ter aproveitado estes processos para promover um processo de educação e mobilização da sociedade a respeito do tema.

Foram confeccionados panfletos recrutando mulheres a participarem destes processos, nos quais, além de questionar-se a proibição do aborto, questionava-se ainda o próprio papel da mulher na sociedade que se via na maior parte dos casos sem poder de escolha sobre seu próprio futuro, sendo ora pressionada a ser mãe ora pressionada a não ter filhos.

Ademais, alertava-se para o grande estigma que a sociedade impunha às mulheres solteiras que engravidassem, à época, gerando uma incongruência. Se de um lado a sociedade as pressionava para ter filhos, de outro, taxava-as logo após.

Outro argumento levantado pelas feministas foi o de que a criminalização do aborto variava ainda conforme a cor e a faixa social da mulher, concluindo que esta política acabava tendo seus efeitos concentrados em mulheres pobres e pertencentes a grupos sociais minoritários.

A proibição do aborto em Connecticut violava, portanto: o direito da mulher à vida, à liberdade e a uma proteção igualitária; a Décima Quarta Emenda; o direito da mulher pobre a uma igual proteção; o direito à privacidade com base na Décima Nona Emenda, a Décima Oitava Emenda, em razão da imposição à mulher do exercício da maternidade, e a possibilidade de participação política das mulheres.

Toda a pressão realizada pelo movimento refletiu numa compreensão por parte do judiciário da relevância desses argumentos trazidos pelas mulheres, referente à necessidade de legalização do aborto não a partir de uma decisão do médico, mas, tomando-se em conta a igualdade de gêneros, a partir da decisão tomada pela própria mulher.

Nesses termos alguns juízes acabaram proferindo suas decisões reconhecendo essa mudança ocorrida no papel da mulher na sociedade e as consequências disto para o caso do aborto. Assim, no caso *Abele*:

“O Juiz Newman concluiu que a a proteção da saúde da mulher e da moral não configurava razão suficiente para sustentar a restrição legal das liberdades constitucionais da mulher, ainda mais quando os avanços médicos já eliminaram

grande parte dos riscos do aborto.”¹⁰

Em *United States v. Vuitch*, o juiz Blackmun questionou se haveria interesse justificável do Estado para estabelecer padrões morais, em detrimento da liberdade da mulher, citando, inclusive, outras decisões proferidas em Connecticut e Nova Jersey, incluindo a do Juiz Newman.

Nancy Steans, advogada que atuou em casos do movimento feminista, após ver estas decisões, concluiu que o movimento feminista teve um papel essencial na educação dos juizes e da sociedade.¹¹

Percebe-se assim que as decisões judiciais a respeito do aborto não geraram apenas uma mobilização reacionária, mas foi provocado um debate a respeito de qual seria a melhor forma de compatibilizar os direitos em jogo, debate este em que as mulheres assumiram um protagonismo importante, e que certamente deve ter assustado aqueles acostumados a decidirem por elas.

No caso visto, o movimento feminista teve o papel ali essencial de organizar as mulheres de modo a levarem o seu ponto de vista a uma discussão que havia sido feita historicamente a partir de um olhar masculino, já que a própria Constituição dos EUA foi elaborada por homens.

No mais, cabe aqui a ressalva de que alguns elementos da realidade deste país divergem da realidade brasileira, como, por exemplo, as características de sua Constituição, que exprime apenas os valores mais importantes do povo americano, ao passo que possui um sistema rigoroso de alteração constitucional, o que confere à jurisdição constitucional um outro peso no debate da interpretação constitucional.

Ademais, não menos importante é o fato de que os americanos possuem uma identidade com a Constituição e uma cultura de prática política muito mais consolidada que a que se verifica no Brasil.

Contudo, em que pese estas diferenças, essa teoria parece ser um pontapé inicial interessante a respeito de como se desenvolve essa comunicação entre a interpretação realizada dentro dos chamados “fóruns oficiais” e nos canais informais da sociedade, considerando-se não um modelo rígido de papéis institucionais, mas um modelo de diálogos.

¹⁰SIEGEL, Reva, *Roe'S Roots*. Disponível em:

<<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/SIEGEL.pdf>> p.1893. Acessado em 20/04/2011.

¹¹SIEGEL, Reva, *Ibid.* p. 1895

O que parece se adequar mais ao nosso contexto.

5. A REALIDADE BRASILEIRA: A “SUPREMOCRACIA” E SUAS IMPLICAÇÕES NA ESCOLHA DE UM DESENHO INSTITUCIONAL ADEQUADO

A Constituição de 1988 foi fruto de uma intensa disputa ideológica a respeito da tomada de posição do Estado entre um modelo liberal ou um modelo social de democracia. Embora os Senadores e Deputados que compunham aquela Assembleia Constituinte dessem a ela um caráter extremamente comprometido com o primeiro modelo, houve intensa pressão popular, contando com o envio de emendas populares além de uma articulação na sociedade civil, envolvendo sindicatos, associações de moradores, setores progressistas da Igreja Católica e movimentos sociais.

O resultado deste cenário foi uma Constituição identificada por muitos autores como uma “colcha de retalhos”, que dispõe sobre uma série de direitos contraditórios entre si. Basta olhar o art. 1º que trata dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, que, não por acaso, no seu inciso IV, elenca lado a lado valores sociais do trabalho e livre iniciativa.

Essa enorme ambição da Constituição de 1988 em abarcar em seu texto uma série de normas comprometidas com avanços sociais, ainda que sem romper com alguns valores intrínsecos a um modelo liberal de Estado, torna-a um conjunto de regras de difícil aplicação, não sendo óbvio o resultado dos conflitos latentes existentes entre elas.

Tal ambição é apenas uma das justificativas que Oscar Vilhena Vieira apresenta para um fenômeno que não é exclusivo da realidade brasileira, mas que aqui se desenvolve com algumas peculiaridades, que é o poder que as Supremas Cortes vêm ganhando em termos de decisão dos rumos da sociedade. O resultado desta guinada, no caso, do Supremo Tribunal Federal, em direção ao centro do debate político atual, é intitulado pelo autor como “Supremocracia”.

Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. Emprestando a linguagem de Guarapon, poderíamos dizer que o Tribunal estaria adicionando à função de “proteção de regras”, inerente aos tribunais, àquela de “criação de regras”, inerente ao poder político; logo, **o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade com exercício de poder**¹²(Grifo nosso)

Se, por um lado, o STF foi abarrotado de competências jurisdicionais, em termos

12VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremacia: “O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do estado”*. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf> p.5 Acessado em 20/04/2011.

políticos, através das ações relacionadas ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, seu papel assumiu um novo relevo na sociedade, já que tornou-se guardião da Constituição. Tal fato se deve não somente à criação de vários novos mecanismos como a ADI, a ADC, a ADPF e o Mandado de Injunção, mas à ampliação do rol de legitimados¹³ para a propositura destas, inserindo o Supremo num verdadeiro quadro de disputa sobre o significado da Constituição. É o que afirma Vieira:

O Supremo, que a partir de 1998, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93 e no 45/05, bem como pelas leis nº. 9868/99 e nº. 9882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com a sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes.¹⁴

O autor ressalta ainda uma característica importante desse controle de constitucionalidade, que é a possibilidade dele recair sobre emendas constitucionais, quando estas atentarem contra o conteúdo de cláusulas pétreas. Para ele, essa prerrogativa consagrou a função do Supremo de dar a última palavra em conflitos envolvendo temas constitucionais, diminuindo a capacidade de reação do Congresso Nacional, como ocorre em outros países que adotam o modelo de controle de constitucionalidade das leis.

Fora as razões institucionais para esse “boom” do Supremo, um outro fundamento seria a crise no sistema representativo.

Ainda, de acordo com Daniel Sarmiento, o fenômeno estaria inserido numa adoção pelo Brasil de um novo paradigma, tanto na doutrina constitucional, como na prática judiciária, caracterizado por muitos como o “neoconstitucionalismo”, que em suas palavras, envolve:

“(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico:

13 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

14 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremacia*. “O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do estado”. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf> pp. 5. Acessado 20/04/2011.

ponderação, tópica, teorias da argumentação etc. ‘; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”.¹⁵

O problema desse modelo institucional que passou a vigorar no Brasil é que ele deposita muitas fichas, poder-se-ia dizer quase todas, num ativismo judicial, que é passível de várias críticas do ponto de vista da sua compatibilidade com a democracia. Sem contar que, em razão desse acúmulo de funções, os Ministros do STF acabam por proferir votos que refletem mais sua posição individual do que uma posição colegiada; abrindo-se um caminho a arbitrariedades.

Ademais, essa ênfase no Supremo como o intérprete da Constituição parece ir de encontro à importância do debate público e à participação política dos cidadãos na esfera das decisões estatais, além de apagar a relevância de outras figuras institucionais. Acaba-se por inserir a própria ideia de interpretação constitucional em um contexto muito mais restrito do que aquele que é inerente a sua essência, ignorando-se os conflitos sociais que o envolvem.

Conforme Daniel Sarmento bem coloca:

“Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada”.¹⁶ (Grifo nosso)

Sarmento alerta ainda para a premissa que norteia a ideia do neoconstitucionalismo e da chamada “supremocracia”, que é a concepção de que todo e qualquer ativismo implicaria em avanço social, quando na verdade o judiciário muitas vezes atua, com base inclusive na interpretação de direitos fundamentais, “bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo*.”¹⁷

15SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes . *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*, Rio de Janeiro, 2009. p. 1

16SARMENTO, Daniel Op. cit. pp. 26

17VIEIRA, Oscar Vilhena Op. cit. p. 24

No entanto, é importante também não cair no inverso, entendendo que a ideia em si de um judiciário mais ativo seja um sinônimo de retrocesso. Como visto antes, os moldes que irão tomar esse ativismo e sua própria existência dependem muito de outros fatores como a participação popular e o próprio olhar da sociedade para as decisões. Em outras palavras, se olharmos para estas decisões encarando-as como o ponto final das questões políticas, elas certamente o serão.

Sobre a possibilidade de se ter um ativismo progressista, Rodrigo Upriny e Mauricio García-Vilhegas trazem, em livro organizado por Boaventura de Souza Santos, o relato a respeito do Tribunal Constitucional da Colômbia, que segundo os próprios líderes indígenas, tem sido crucial para as conquistas relativas ao último período. Para eles, “nenhuma outra instituição do Estado tem sido tão favorável ao movimento indígena e boa parte das decisões jurisprudenciais sobre indígenas tem sido recebidas pela comunidade como 'trunfos políticos’”¹⁸.

Outro exemplo desse ativismo progressista do Tribunal Colombiano pode ser observado na questão dos direitos dos homossexuais, em que não só se acolheu de forma satisfatória a demanda do movimento gay, como foram criadas novas perspectivas para a sua luta.

“O impacto dessas vitórias parece ter transcendido o campo jurídico, na medida em que fortaleceu a própria identidade e o respeito próprio dos homossexuais, uma vez que a linguagem das sentenças e o próprio fato de esses assuntos serem abertamente abordados pelo supremo Tribunal Constitucional contribuíram para o tema deixar de ser tabu. A doutrina elaborada pelo tribunal tem permitido também que, graças a uma grande criatividade jurídica, os grupos homossexuais avancem na conquista dos seus direitos, inclusive naqueles campos onde não conseguiram triunfar diretamente perante a justiça constitucional”¹⁹

Não menos importante é o fato de que, como já fora dito algumas vezes, não há como ignorar um modelo institucional já vigente. A Constituição de 1988, e suas emendas posteriores atribuíram, e não há como negá-lo, funções importantes ao Supremo Tribunal Federal, e uma delas é o controle de constitucionalidade de leis. Portanto, se o objetivo é imaginar um arranjo mais interessante, que não desmobilize, e sim estimule a participação dos cidadãos nas decisões estatais, é preciso partir do que já existe, olhando para a realidade brasileira e vendo o que melhor se aplica aqui.

Por essa razão, uma solução mais realista e mais comprometida com um ideário democrático é uma teoria da interpretação constitucional que tome em conta os diferentes

¹⁸SANTOS, Boaventura, Op. cit. p. 312

¹⁹Ibid. p. 316

papéis a serem realizados tanto no campo dos intérpretes oficiais quanto no campo dos intérpretes não oficiais, de modo a democratizar e oxigenar a tarefa de leitura do significado das normas constitucionais, compreendidas aqui aquelas efetivamente relacionadas a direitos fundamentais.

5.1 Um diálogo inter-institucional como caminho possível

Como visto, a compatibilidade de um controle judicial sobre decisões estatais com a ideia de democracia não é unânime. Afinal, o regime democrático pressupõe uma autonomia dos indivíduos para governarem a si próprios, e um ativismo judicial desenfreado pode contribuir para uma despolitização da sociedade, através de um desestímulo à experiência política e ao aprendizado na luta cotidiana por direitos.

Todavia, a democracia também tem um compromisso substancial de proteger a sociedade de decisões de maiorias que, ainda que sob o aspecto formal se apresentem democráticas, podem significar um massacre de minorias. Portanto, o fato de uma instituição como o legislativo estar submetida a um processo constante de avaliação através de processos majoritários de consulta ao povo não significa que vá ser democrática.

O importante é que as instituições se constranjam mutuamente no sentido de chegar ao final na melhor decisão, através do que Conrado Hübner denomina diálogos inter-institucionais.

Para conciliar essa ideia de diálogo com a de última palavra do Supremo, no controle judicial, ele apresenta os conceitos de rodada procedimental e última palavra provisória. Assim, nenhuma das instituições tem o condão de encerrar uma discussão política; embora haja uma decisão que sim, tem sua pretensão de durabilidade e de pôr fim a uma controvérsia, nada impede que essa controvérsia seja retomada em uma nova rodada, a partir, inclusive da pressão popular.

Neste raciocínio, nem o legislativo nem o judiciário são colocados em uma posição heróica, tendo ambos a responsabilidade de contribuir para o debate democrático, e aproveitar-se o modelo existente, optando-se por pensá-lo de forma que pareça mais interessante.

Segundo o autor, a proposta desse diálogo inter-institucional não implica deixar as discussões em aberto. Em verdade, seu objetivo é ser mais coerente com a própria movimentação política que já se dá em torno dessas pautas, e permitir que as demandas sejam

atendidas da melhor forma, seja pela instituição que for, sem se prender a fetichismos de pureza de uma ou de outra.

Além disso, ela busca situar as decisões judiciais no campo político, esvaziando a retórica do Supremo como “Guardião da Constituição”, que ora o superestima, retirando a importância de outras instituições, e criando ilusões de neutralidade e blindagem, ora o intimida, porquanto retira de outras instituições a responsabilidade sobre decisões políticas relevantes.

De outro lado, ao chamar atenção para o caráter político também dessa instituição, ela não está proferindo um juízo pejorativo. Tampouco está trocando uma idolatria ao Supremo Tribunal Federal por uma idolatria ao Congresso, às Assembleias e às Câmaras, o que no Brasil sequer seria possível, diante da crise de representatividade que aqui só se intensifica com o passar dos anos.

Aliás, essa crise de representatividade levou o Brasil a sediar manifestações por todo seu território, algumas com pautas mais específicas, outras com pautas mais genéricas, mas, de um modo geral, contra decisões estatais que não refletiam consensos mais básicos da sociedade. E a resposta institucional, em que pese estarmos numa democracia, não foi o diálogo, mas sim o aumento da repressão por parte do Estado.

Apenas para ilustrar, cabe mencionar que no dia 01/10/2013, dia de votação do Plano de Cargos e Carreira dos Professores do Município do Rio de Janeiro, a Câmara de Vereadores foi sitiada, não sendo permitida a entrada do público na casa. Do lado de fora, a polícia jogava bombas em todo o entorno da câmara, agredindo e afastando os profissionais da educação, que se manifestavam contra o Plano, em virtude da forma como fora elaborado e apresentado para votação, e todos aqueles que os apoiavam. O gás entrava pelo prédio chegando aos gabinetes dos vereadores. Um caos absoluto, o centro da cidade era a imagem de campo de guerra, com várias ruas gradeadas. Enquanto isso, a sessão no plenário seguia, completamente esvaziada, resultando na aprovação do Plano.

Episódios como esse evidenciaram não só a urgência da sociedade por uma revitalização do espaço público onde os atores sociais possam colocar suas demandas sem a presença de balas de borracha, cacetetes, ou gases lacrimogêneos, como a fragilidade das nossas instituições que, embora num regime democrático, ainda convivem com práticas ditatoriais.

Nesse sentido, apontar para um diálogo inter-institucional permite conceber não só

um quadro de controle entre as instituições, mas uma dinâmica em que nenhuma delas estará isenta de um controle popular.

E essa interação entre o legislativo e o Supremo pode acabar por propiciar um controle que não se dê de forma esparsa, ou difusa, mas que seja inerente à própria atividade por eles exercida. Assim, diante de uma lei aprovada em meio a um amplo e intenso debate da sociedade, controles judiciais podem se apresentar, mas de forma mais tímida e cuidadosa. Por outro lado, podem ser essenciais para provocar uma atuação, em caso de omissões legislativas. O resultado, então, deixa de ser uma disputa por poder, e passa a ser um desafio mútuo e constante no sentido da busca da melhor resposta.

De certa forma, esses deslocamentos de poder entre as instituições não são novidade. Quando uma decisão judicial afeta setores da sociedade, logo eles se articulam para tentar superá-la no campo legislativo, e vice-versa. Essa prática, no entanto, deveria ser tida como parte do processo político de tomada de decisões, e não como uma manobra ocasional, e, por vezes, distante de um objetivo democrático.

A opinião pública deve conduzir esses deslocamentos durante o debate entre o legislativo e o judiciário. Nesse aspecto, os diálogos inter-institucionais encontram-se com o fenômeno backlash, apresentado positivamente pelo constitucionalismo democrático de Reva Siegel e Robert Post, que trata justamente dessa reação da sociedade às decisões estatais que interferem diretamente na dinâmica social. Ao combinar estas noções, não se ignora o papel e a responsabilidade daqueles que proferem decisões estatais, seja no executivo, legislativo, ou no judiciário, e, ao mesmo tempo, insere-se no debate os efeitos dessas decisões nos destinatários. Compreender estes efeitos, ou seja, como essas decisões repercutem no meio social, nada mais é do que compreender quais são as demandas existentes na sociedade, estabelecendo-se um canal de diálogo essencial e urgente na nossa democracia.

6. CONCLUSÃO

Como se procurou demonstrar, no Brasil se opera de forma peculiar a questão da relevância do Supremo Tribunal Federal como garantidor dos direitos fundamentais, fenômeno que levou Oscar Vilhena Vieira a apelidar o nosso quadro institucional de Supremocracia.

Esse foco na jurisdição constitucional possui diversas raízes, cuja compreensão nos faz refletir sobre qual o modelo de interpretação constitucional que mais se ajusta a uma

realidade como a que se vive, na qual não se possui um legislativo forte o bastante ou até mesmo representativo, que conte com a confiança do povo e a sociedade não tem uma tradição de fiscalizar e participar dos processos de formação de decisão.

Como se concluiu, a solução deixada a cargo somente do Supremo implicaria numa grande armadilha, já que isso enfraqueceria ainda mais a capacidade de outros atores influenciarem no conteúdo e nos rumos da política.

No entanto, não há como se descartar previamente essa via como estratégia política, já que em alguns casos ela pode se revelar como um caminho útil para a via da transformação social. O que contará como fator decisivo, na verdade, será como se usará esse instrumento de forma a compreender suas limitações, mas não deixá-lo de lado.

Após essa constatação, verificou-se que um modelo que trabalhe com um diálogo inter-institucional entre os diferentes intérpretes da Constituição, associado à perspectiva construtivista do fenômeno backlash, oferecida pelo constitucionalismo democrático, parece oferecer respostas mais atrativas e mais condizentes com essa concepção. Assim, reconhece-se não só o papel do judiciário, mas também o do legislativo, e permite-se que a sociedade interfira através de uma prática política na construção do significado da Constituição.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 1ª Ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

BELLO, Enzo; LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto; AUGUSTIN, Sérgio. *I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E MARXISMO*. Caxias do Sul –RS: Plenum, 2011.

BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*”. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2002

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. 2ª Ed. São Paulo: Loyola, 2002

KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1326&context=californialawreview&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar_url%3Fhl%3Dpt-BR%26q%3Dhttp%3A%2F%2Fscholarship.law.berkeley.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1326%2526context%253Dcalifornialawreview%26sa%3DX%26scisig%3DAAGBfm3KgNskL7a5OEkUwt8k_TDphagrQ%26oi%3Dscholar%26ei%3Dj_AEU7-8A6HMsQS0sYKwAQ%26ved%3D0CC8QgAMoATAA#search=%22http%3A%2F%2Fscholarship.law.berkeley.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1326%26context%3Dcalifornialawreview%22> Acesso em 09/02/2014.

NETO, Claudio Pereira de Souza. *TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA DELIBERATIVA*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POST, Robert; Sigel, Reva. *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*. Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss_papers&sei-redir=1#search="Reva.+Popular+Constitutionalism,+Departmentalism,+and+Judicial+Supremacy"](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss_papers&sei-redir=1#search=)>. Acesso em 07/02/1024.

_____. Democratic Constitutionalism na Backlash. <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Alumni_Affairs/RoeRage_hein.pdf> Acesso em 07/02/1024.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes . *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2009.

_____. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>

SANTOS. Boaventura de Souza. *DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA*. Os Caminhos da Democracia Participativa. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SIEGEL, Reva. *ROE'S ROOTS: The Women's Rights Claims That Engered Roe*. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/SIEGEL.pdf>> Acesso em 07/02/2014

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremacia. "O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do

estado”.Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005> Acesso em 10/02/2014