

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Emérito e Titular aposentado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Presidente do Instituto "Pimenta Bueno" - Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Autor convidado.

INTRODUÇÃO

1. Há menos de um século a existência de um controle judicial de constitucionalidade era uma originalidade presente em poucos Estados e objeto de contestação e polêmica. Hoje, essa existência é generalizada e considerada um traço marcante e valioso do direito constitucional contemporâneo.

Ontem, onde havia, era exercida discretamente pelo Judiciário, invocando a sua tarefa técnica de interpretar a norma, a fim de aplicá-la a casos concretos. Resumia-se a um papel por assim dizer negativo, nulificar o que fosse contrário à Lei Magna.

Hoje, em grande parte do mundo é ele objeto de um novo ente – Corte, Tribunal, Conselho, a designação pouco importa – que se especializa na tarefa de concretizar a Constituição e, nisto, assume um papel construtivo, positivo. Não se limita a negar valor a normas que contrariem a Lei Maior, prescreve ademais a realização das políticas e prescrições constitucionais. Tal evolução é vista como um progresso e um mérito de um constitucionalismo que se pretende pós-moderno.

Esta transformação reflete a convicção de ser a guarda da Constituição justificativa bastante para haver, na estruturação do Estado, um verdadeiro poder que desempenhe essa

missão. Entretanto, será esta Justiça Constitucional, cruamente falando, um novo Poder político, apto não só à salvaguarda da Constituição, mas também à sua reescritura?

É nisto que se põe a questão de sua relação com a democracia.

2. Não está no escopo deste breve trabalho explorar mais a fundo a transformação apontada e suas implicações jurídicas. Isto excede minha competência. Cabe ao eminente Prof. Carlos Blanco de Moraes, com sua erudição e talento, com seus conhecimentos profundos sobre todo o direito constitucional e a temática da Justiça Constitucional, no curso que hoje se abre.

Mais modestamente, quero apenas chamar atenção, sumariamente embora, para o relacionamento entre a transformação salientada e a democracia. Ou seja, provocar a meditação, quiçá a discussão, sobre o impacto dessa mudança sobre a forma e o sistema de governo democrático. Tudo dentro da estrita lógica da democracia.

I. QUE É A DEMOCRACIA?

3. O termo democracia é, hoje, empregado em tantas acepções que se torna impossível tratar de qualquer questão relacionada com ela, sem uma indicação preliminar, sobre de que se está a falar.

A democracia, segundo a etimologia, é o **governo pelo povo**. Este seria ao mesmo tempo o governante e o governado, plenamente livre, porque sujeito apenas à própria vontade. Certamente, foi devida a Rousseau a mais clara e brilhante exposição da ideia (apesar da obscuridade quanto à separação entre vontade geral e vontade de todos).

Assim entendida, a democracia nunca passou de um ideal, provavelmente inatingível. É o que reconhece Dahl.

4. Entretanto, na história da Antiguidade, na história da Modernidade, aproximações houve como há desse ideal. Não falo de elucubrações imaginosas de que a contemporaneidade apresenta incontáveis exemplos, mas de estruturas políticas, vivas e reais.

Disto decorre o tratamento da democracia como um **sistema de governo**, caracterizado por determinadas instituições, que dão ao povo participação efetiva na governança, senão a escolha dos governantes, influência na orientação dessa mesma governança, dentro de um clima de liberdade e com respeito à igualdade. Está nisto um

mínimo, que comporta variantes, decorrentes da vivência histórica, da cultura, das tradições e dos valores de cada época. É uma **poliarquia**, apropriando-me da formulação de Robert Dahl.

Grosso modo, distinguem-se quanto à democracia enquanto sistema, dois modelos básicos, a **democracia antiga**, apresentada pela história helênica, e a **democracia moderna**, decorrente, embora com diversas variantes, das revoluções inglesa, de 1688, americana, de 1776/1787, e francesa, de 1789, que se consolida verdadeiramente como modelo no curso do século XIX. O que evidentemente não exclui tenha evoluído por aportes como o das revoluções sociais de 1848 e de outros muitos eventos.

4. Como qualquer um sabe, a mais famosa aproximação houve na Atenas do século V a.C. É ela responsável pelo fascínio que tem para o pensamento idealista moderno, mas também pelas restrições e reticências que causa para o pensamento realista. Afinal, a democracia ateniense presidiu uma idade de ouro, imortal quanto à cultura e à arte, mas não teve êxito duradouro no plano político, pois degenerou e se autodestruiu quando na governança se salientaram os demagogos. E estes não são uma figura desaparecida nas ordens políticas modernas.

Na Atenas de Péricles, sumariando, os cidadãos atenienses (em que não se incluíam nem escravos, nem libertos, nem metecos, nem mulheres) se governavam tomando as decisões políticas fundamentais em deliberação em assembleia. Decidiam até pela paz ou pela guerra, o que era justo, porque eram eles, os cidadãos, que iriam combater.

Não faziam, porém, o Direito, embora pudessem fazer leis, desde que não contradissem esse Direito. Consideravam que o Direito era o justo imemorialmente gravado nas consciências, sendo superior às leis votadas pela Assembleia. Estas podiam e até deviam ser anuladas se contrariassem tal Direito. Era o que se podia fazer por meio de uma “ação” – a *graphè paranommon* – que, inclusive, punia os seus autores e o presidente da Assembleia que deixara votar e aprovar a proposta. Constitui esta “ação”, portanto, como uma lídima antecessora da ação direta de inconstitucionalidade.

Eram também os cidadãos que compunham os diferentes tribunais, do qual o mais importante era o dos heliastas, criado por Sólon, cujos membros, em número de 6.000 eram escolhidos por sorteio entre homens de mais de trinta anos que se apresentassem como voluntários para compô-lo. Este tribunal se dividia em várias cortes, tendo competência para questões de interesse da *polis* ou de interesse de particulares. Julgava sem apelação nem revisão.

Os cidadãos não elegiam, porém, os inúmeros magistrados a que competiam múltiplas tarefas administrativas. Estes eram designados por sorteio, já que esta fórmula é a única que assegurava, no entender da época, a igualdade de todos os cidadãos. Somente uma magistratura era eleita, a dos comandantes militares, os estrategos, pela percepção de que uma competência especial era necessária para a guerra. Péricles foi várias vezes eleito para essa magistratura e isto lhe deu a autoridade e a influência que a história registra. Mas ele morreu, logo no início da Guerra do Peloponeso, pouco depois de deixar a marca de sua eloquência num discurso eterno de louvor à democracia. Esta guerra iria levar à derrota final dos atenienses contra Esparta e seus aliados e pôr termo à experiência democrática.

Assim, na democracia ateniense, o povo era o senhor de seu destino político, senhor da legislação ordinária e juiz de todos os cidadãos que o compunham. Era o soberano.

5. Pode-se dizer sem engano que, por 1.400 anos, a visão negativa da democracia ateniense prevaleceu entre os pensadores políticos. Foi talvez Rousseau, já na segunda metade do século XVIII, o primeiro a louvar a democracia, embora não a considerasse aplicável senão a Estados de pequena população e de exígua dimensão territorial, Genebra, por exemplo.

Na verdade, desde Aristóteles pelo menos, surgiu a tese de que a melhor das formas de governo é uma combinação de elementos das três formas puras. Ou seja, uma combinação de elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos. Este arranjo se tornou conhecido pela designação que lhe deram os romanos – República - e assim ainda era chamada em pleno século XVIII.

É esta combinação a terceira das formas legítimas da tipologia aristotélica. Teve ela sua apologia feita por Políbio a propósito do que se conhece como a República romana, combinação do poder consular – elemento monárquico – da autoridade senatorial – elemento aristocrático – e da participação popular nos *comitia*, elemento democrático.

A República, forma especial de governança, é que Montesquieu analisa, no *Espírito das Leis*, em confronto com a Monarquia e o Despotismo. Tal República é, no seu texto, uma aproximação da democracia. Basta apontar que o capítulo em causa (Cap. 2º do Livro II) se intitula “*Do governo republicano e das leis relativas à democracia*”, onde ele louva a capacidade de o povo discernir o mérito, mas lhe falta a capacidade de conduzir “*les affaires*”.

6. Esta República, fórmula mista, de clara presença democrática é o ideal prevalecente no constitucionalismo. É um governo representativo, na linha de Montesquieu de que o povo – obviamente o elemento democrático - sabe escolher quem há de governar, mas não saberia governar, o que saberiam os representantes – elemento aristocrático – mas estruturado segundo a “separação dos poderes”, sob a égide do Estado de Direito – heranças inglesas – limitado pelos direitos do Homem, o cerne da filosofia iluminista.

Esta é ainda hoje, nas suas linhas mestras, a **democracia** como **sistema de governo praticado**, a **democracia moderna**, a **poliarquia**.

Claro está que, nos duzentos anos que se seguem à rebelião norte-americana, à explosão francesa, transformações houve. Importantes, mas evolutivas. O governo de representantes eleitos veio a ser escolhido pelo sufrágio universal, pela maioria do povo – mudança que habilitou Stuart Mill a falar em democracia representativa, a democracia possível no Estado moderno, em lugar de governo representativo. O equilíbrio entre os três Poderes alterou-se. Afirmaram-se os direitos sociais, etc., mudou o escopo da governança que não mais se pretende limitar à garantia da liberdade pela ordem, mas, ambiciosamente, em prover a todos o bem-estar.

É esta a democracia, sistema de governo, que se almeja e que se prega no mundo contemporâneo.

7. Na democracia moderna, a função de Justiça é atribuída a um Poder – o Judiciário - igual em hierarquia ao Legislativo e ao Executivo, como reclama a separação dos poderes.

É patente, porém, que esse Poder não foi encarado pelo constitucionalismo como um Poder de caráter democrático. Foi tacitamente visto como um Poder técnico, aristocrático no sentido de integrado por uma elite de juristas, neutro quanto à política.

É por isto um poder “invisível”, como afirma conhecida frase de Montesquieu, pois apenas aplica a lei, obra que não faz mas recebe do legislador.

Acrescente-se que esta “apolitização” continua a ser vista como dogma. Mesmo os apóstolos da “qualidade da democracia” tão preocupados com a *accountability* e a *responsiveness* não a pretendem aplicável ao *rule of law*. A voz da experiência recusa que o juiz atenda ao clamor público e preste contas ao povo das sentenças que prolatou.

II. JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA.

8. A Justiça Constitucional, seja *lato sensu*, seja *stricto sensu*, tem lugar na democracia e posição extremamente relevante. De fato, é ela o garante da própria ordem democrática estabelecida pela Constituição. E é ela própria legitimada pela Constituição, na medida em que esta a institui e lhe define a missão e o alcance. Assim, ela é, indiretamente embora, legitimada pela democracia. Ela o é como instrumento da ordem democrática estabelecida e o é, logicamente, na medida em que se atém à sua função – garantir a Constituição, portanto, a democracia.

9. A Justiça Constitucional - insista-se no óbvio – é guarda da Constituição. Cabe-lhe nulificar violações a seus comandos, impondo o respeito aos limites que traça e às formas que prescreve. Isto importa, como qualquer o vê, em fazer respeitar as competências atribuídas a cada um dos Poderes pela Constituição, fruto da soberania popular. Afinal, numa célebre colocação jurídica, subscrita por Laband, a soberania se traduz na “competência da competência”.

10. Entretanto, não lhe cabe mudar a Constituição. Não é agente de reforma. Isto pertence ao soberano, o povo, pelo caminho e pelos ritos adequados, pelo processo constituinte derivado. Não lhe cabe ir além da Constituição, mesmo a pretexto de sua “atualização”, pela singela razão de que a mesma não lhe dá tal competência. Se o faz, usurpa um poder que não tem, porque a democracia não lhe deu. E ao fazê-lo age sem legitimação. Entretanto, quantas vezes tal fato ocorre... Já ousei escrever sobre esta indébita apropriação..

Isto não significa que fique presa literalmente à uma vontade petrificada do legislador, mas lhe recusa ignorar decisões inequívocas dos constituintes, bem como os valores e princípios estabelecidos por estes, na sua deliberação histórica concreta.

11. Não é – insista-se - a Justiça Constitucional um poder político, no sentido estrito do qualificativo.

Sem dúvida, a Justiça Constitucional, no sentido estrito, tem um componente político na sua composição. As Cortes constitucionais, no modelo europeu, são integradas com a participação dos Poderes na seleção de seus membros, certamente com influência dos partidos. E tais membros não são vitalícios, mas têm mandato limitado no tempo, a fim de propiciar-se a

renovação. Isto, porém, não as faz Poder político, porque a elas não é dado exprimir a vontade do povo em matérias de governança. Sua tarefa é fazer cumprir a Constituição.

Na verdade, o seu modo de integração deriva da desconfiança contra a classe dos juizes de carreira, presumidamente por não terem sensibilidade para as questões políticas, inclinados que são ao *fiat justitia pereat mundus*.

12. No Brasil, a Constituição vigente é expressa em reservar as questões políticas, as decisões de governança, ao povo ou a seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único). Ao fazê-lo, o povo, pelo poder constituinte, bem sabia que os juizes, mesmo da Suprema Corte, não estariam entre os eleitos...

As decisões da Justiça Constitucional – é certo - têm sempre reflexo político, porque definem a significação das normas constitucionais. Entretanto, não são decisões políticas que dele se esperam e sim decisões jurídicas.

Este reflexo de suas decisões evidentemente não o faz um poder político, capacitado apreciar atos, ações, políticas públicas, quanto à sua oportunidade e conveniência. Nem convém que tenham tal alcance. Com efeito, as decisões de governança pressupõem uma visão global do interesse público, uma visão política que não tem nem pode ter a Justiça Constitucional presa às limitações do processo judicial. Este necessariamente parcializa as questões, mesmo que recorra a audiências públicas, mesmo que aceite no debate os *amici curiae*.

Sem dúvida, o direito constitucional contemporâneo alarga a esfera de ingerência da Justiça na condução da governança. Não a limita a aspectos meramente formais. É o que resulta de institutos como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, por exemplo. Entretanto, se lhe cabe corrigir o que se fez, ou o que se quer fazer, ou exigir que se faça para ser cumprida a Constituição, isto não lhe permite substituir-se aos poderes competentes, no que tange à esfera atribuída constitucionalmente a cada um destes. Não lhe cabe formular padrões, optar entre alternativas, guiar políticas. Numa palavra, governar.

O “governo dos juizes” – que são o elemento aristocrático num sistema misto – repele a democracia. Mesmo que sejam eles a elite dos melhores, que se exprime o termo aristocracia na sua etimologia grega.

13. O fenômeno do ativismo, manifesto tantas vezes em decisões da Justiça Constitucional – insista-se - não se coaduna com a filosofia democrática. A razão é óbvia. A

vontade de uma elite não pode prevalecer sobre a Constituição estabelecida pelo povo ou seus representantes “extraordinários”, como os designava Sieyès. Nem sobre os Poderes eleitos pelo povo a fim de, em seu nome e lugar, exercer a governança.

É compreensível que uma elite intelectual, preparada para as tarefas judiciais, pretenda uma possuir uma habilitação especial para aferir a justiça ou a injustiça das coisas. Afinal, por se presumir que ela o tenha em grau superior do que o comum dos mortais, que lhe é reservado um dos três Poderes da ordem democrática. Dar-lhe, porém, em nome de sua sabedoria um papel de governante é substituir o governo democrático por um governo, etimologicamente aristocrático, elitista.

Ademais, governar não é fazer justiça, apenas. No Estado moderno, importa numa imensa pluralidade de tarefas interligadas. Envolve garantir a independência nacional, assegurar a segurança interna, prover uma vida digna a todos os cidadãos, o que se relaciona com a regulação da economia, com o emprego, com a escola, com a previdência, com a saúde dos cidadãos, etc., etc. E tudo isto ao mesmo tempo, mas obviamente na medida do possível, das disponibilidades do erário, por exemplo. Não cabe no plano político o princípio radical já invocado – *Fiat justitia pereat mundus*.

AS tarefas políticas, numa democracia, devem provir do povo, pelos Poderes políticos que ele constitui.

14. Escusam-se os ativistas numa “nova hermenêutica” e invocam a semiótica.

Certamente, é difícil em alguns casos determinar o “verdadeiro” sentido de um preceito. Entretanto, não é este o caso comum. Na esmagadora maioria dos casos, não há dificuldade em determiná-lo, como não o é na comunicação ordinária entre os seres humanos. Depreender do texto jurídico a sua significação, o seu alcance, a sua finalidade, não difere nem é mais difícil do que compreender as mensagens trocadas a cada momento, no dia a dia, entre os seres humanos. Se o fosse, a comunicação humana seria uma tarefa excepcional, para gênios, ou um impossível diálogo entre cegos, surdos e mudos.

Claro está que a comunicação jurídica tem suas peculiaridades, seu vocabulário, suas maneiras típicas de expressão, mas estas peculiaridades estão inseridas na formação do operador do direito e condensadas na arte jurídica há milênios. Disto decorre que a incompreensão do significado de uma norma, depois de seu atento estudo, ou é fruto da ignorância, ou da má vontade do operador do direito. Há séculos se conhecem os métodos de interpretação que a experiência aponta para guiar a solução das dúvidas.

As “dificuldades” são – diga-se com franqueza - frequentemente sofismas ou astúcias usadas para acobertar e fazer prevalecer uma opinião pessoal. Até por considerá-la mais correta... ou “politicamente correta”.

15. O ativismo judicial além de antidemocrático é não raro desastrado. A formação jurídica não é um saber que dê acesso ao conhecimento de tudo. Ser bom jurista não importa em ser bom economista, ter condições de avaliar questões de física, de medicina, etc., e mesmo em matéria política.

É esta uma razão que frequentemente leva a decisões contraproducentes, a julgamentos de efeitos perversos.

Também disto não faltam exemplos, e brasileiros.

16. A judicialização da política e judicialização da governança em que se esmera o ativismo judicial têm um grave risco. É o da politização do Judiciário e não só da Justiça Constitucional. Ora, esta politização renega condição essencial de todo processo judicial – a imparcialidade do juiz.

OBSERVAÇÕES FINAIS

17. Vale ao terminar lembrar o que se disse de início. Ou seja, o intento desta palestra era, e foi, chamar a atenção para uma questão importante e delicada – a relação da Justiça Constitucional com a democracia. Importância que avulta em tempos de pós-constitucionalismo e ativismo judicial. Seu tom polêmico visou a provocar senão o debate, pelo menos a meditação dos operadores do direito.

Coloca diante destes, entre os quais me incluo, uma clara e talvez dolorosa opção: somos pela democracia e isto importa em recusar o papel de governança para os juízes ou somos por uma aristocracia do saber, por um “governo dos juízes”, a que sacrificamos a democracia tal qual existe, com suas falhas, com as limitações e defeitos dos representantes-governantes do povo? É penosa a escolha, mas é preciso optar entre democracia ou a sofocracia, o governo aristocrático dos mais sábios? Platão escolheu a última.