

Neoconstitucionalismo e Jurisdição Constitucional*

Sergio Fernando Moro**

Resumo: Há, em certo sentido, um novo Direito Constitucional cujos objetivos são o de resgatar a eficácia da Constituição e o de priorizar a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais, um espaço para a jurisdição constitucional, que não deve ser construído em oposição à democracia, mas para sua complementação. Várias das promessas da Constituição Federal de 1988 permanecem distantes da realidade, especialmente para larga parcela da população. Não se deve ter a ilusão que tudo irá se resolver por mera imposição estatal ou que a jurisdição constitucional pode sozinha concretizar tais promessas. É o processo político democrático o principal mecanismo para a sua realização. Não obstante, a jurisdição constitucional pode cumprir um grande papel, atuando subsidiariamente, mas concretizando pontualmente direitos fundamentais e, desta maneira, estimulando os demais Poderes e a população à paulatina, mas progressiva realização dos ideais de 1988 e quem sabe com isso resgatando o que há de melhor em nós mesmos, como Nação.

Abstract: There is, in a certain sense, a new Constitutional Law, whose objectives are to recover the efficacy of the Constitution and give priority to the interpretation and application of the norms of fundamental rights, a space for the constitutional jurisdiction, which should not be built up in opposition to democracy but for its completion. Several of the promises of the Federal Constitution of 1988 remain distant from reality, especially for a large section of the population. No one can have the illusion that everything will be solved by means of the mere nationalized imposition or that the constitutional jurisdiction by itself can make such promises come true. It is the political democratic process the principal mechanism for its realization. Nevertheless, the constitutional jurisdiction can play a big role, acting subsidiarily, but punctually realizing fundamental rights and, this way, stimulating the other branches of the Government and the population to the gradual but progressive realization of the ideals of 1988 and who knows, by doing so, recovering the best we have in ourselves as a Nation.

Palavras-chaves: Direito Constitucional – Jurisdição Constitucional – Neoconstitucionalismo.

Key Words: Constitutional Law – Constitutional Jurisdiction – Neoconstitutionalism.

Desde, principalmente, 1988, com a adoção da nova Constituição Federal, o Direito Constitucional brasileiro sofreu uma mudança significativa.

Há um esforço nítido dos intérpretes, ou pelo menos de parcela deles, para desenvolver as potencialidades do texto, imprimindo eficácia imediata e plena às normas constitucionais, especialmente às normas de direito fundamental.

* Texto da palestra proferida na Primeira Jornada de Direito Constitucional – Neoconstitucionalismo, da Unibrasil, organizada pelos Profs. Dr. Clémerson Merlin Clêve e Dr. Marcos Augusto Maliska, nos dias 20 a 22 de Outubro de 2004.

** Juiz Federal, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, autor do livro "Jurisdição constitucional como democracia", Editora RT, 2004.

NEOCONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Nesse sentido, há uma oposição a um velho constitucionalismo, que não tratava a Constituição como norma, pelo menos não como norma eficaz e a todos dirigida, mas como diretivas, conselhos dirigidos exclusivamente ao legislador e cuja eficácia dependia da vontade deste.

Também há uma oposição a um velho constitucionalismo, que negligenciava o estudo das normas constitucionais de direitos fundamentais, relegando-as ao esquecimento.

Talvez se possa falar, portanto, em um novo Direito Constitucional, em contraposição ao velho. Seus objetivos são o de resgatar a eficácia da Constituição e o de priorizar a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais.

Levar a Constituição à sério, porém, levanta problemas.

Há um problema ideológico, pois o potencial das normas de direitos fundamentais, especialmente das normas majestosas das liberdades e da igualdade, choca com a tradição autoritária da vida política e social brasileira.

Pretendo, porém, abordar uma outra espécie de problema, de índole institucional.

Se a Constituição é norma eficaz, alguém deve garantir que assim seja ela tratada, mesmo contra a vontade de seus opositores.

Isso implica na necessidade de adoção de mecanismos institucionais que garantam a eficácia da Constituição.

Uma das opções preferenciais tem sido a de atribuir um poder de controle de constitucionalidade à órgãos judiciais ou a órgãos com características próprias de Cortes de Justiça.

Esta foi a opção adotada pioneiramente nos Estados Unidos, a partir da decisão tomada pela Suprema Corte norte-americana em *Marbury v. Madison*, de 1803.

A partir da derrocada dos regimes fascista e nazista na Segunda Grande Guerra, vários países europeus, como Alemanha, Itália e França, adotaram com peculiaridades modelos de controle de constitucionalidade, com atribuição deste poder a Tribunais Constitucionais.

De forma semelhante, as novas ondas de democratização das décadas de 70, 80 e 90 do século passado, levaram outros países europeus, como Portugal, Espanha, Ucrânia, a adotar o controle judicial de constitucionalidade.

No Brasil, foi adotado, já na primeira Constituição republicana, de 1891, controle judicial de constitucionalidade, seguindo-se o modelo norte-americano. Reformas pontuais na década de 60, pela Emenda Constitucional n.º 16/1965, à Constituição de 1946, e na década de 90, com a Emenda Constitucional n.º 03/1993 à Constituição de 1988, imprimiram profundas modificações no sistema, com adoção de mecanismos próprios do modelo europeu.

A opção pelo controle judicial de constitucionalidade, o *judicial review*, no entanto, é problemática.

A jurisdição constitucional é assombrada pelo recorrente fantasma da falta de legitimidade.

Afinal, não se pode perder de vista a força contemporânea do ideal democrático, do autogoverno, do sufrágio universal.

Em regimes democráticos, espera-se que as leis, as políticas públicas, sejam elaboradas por corpos legislativos, representantes eleitos pelo povo e sujeitos a aprovação ou reprovação periódicas pelo povo.

Não obstante, a jurisdição constitucional significa atribuir a órgãos compostos por pessoas não-eleitas e tampouco sujeitas a reprovação popular em eleições o poder de controle sobre decisões proferidas pelos representantes eleitos. A jurisdição constitucional significa, na prática, a atribuição a juizes de uma função quase legislativa, uma vez que podem sobrepor-se às decisões proferidas pelos órgãos legislativos.

Por este motivo, a jurisdição constitucional tem sido qualificada como uma instituição antimajoritária.

O grande desafio do neoconstitucionalismo é o de demonstrar a compatibilidade entre os seus objetivos e o ideal democrático. Como fazê-lo?

Aqui, peço licença para abrir um pequeno parêntese.

Mais importante talvez do que o discurso abstrato é o exemplo prático. Os erros e acertos históricos da jurisdição constitucional devem ser levados em consideração em nossas construções teóricas.

Não devemos também nos esquecer da força do precedente no Direito. Um bom precedente da jurisdição constitucional vale muito mais do que dezenas de livros de doutrina.

Nessa perspectiva, merece especial referência *Brown v. Board of Education*, decidido em 1954 pela Suprema Corte norte-americana. É oportuno um breve relato acerca de tal decisão.

Nos Estados Unidos, na década de cinquenta do século passado, vigorava, especialmente nos estados sulistas, um regime semelhante ao *apartheid* mais recentemente abolido na África do Sul.

Em síntese, havia uma segregação entre as pessoas segundo a sua cor e que repercutia não só na esfera privada, mas igualmente na pública, com, por exemplo, prestação de serviços públicos separados para brancos e para negros.

Essa era a realidade do sistema educacional, com escolas públicas segregadas para brancos e negros.

Essa política segregacionista vinha a tempo sendo atacada, com vitórias e derrotas, nos tribunais pela NAACP, sigla que traduzida significa Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor.

Um desses casos é *Brown*. O caso foi ouvido na Suprema Corte, inicialmente sob a liderança do *Chief Justice* Fred Vinson, que defendia a manutenção do regime de segregação. Segundo memorando confidencial do juiz William Douglas, a Corte, por maioria de cinco votos contra quatro, inclinava-se a favor da segregação. A decisão foi, entretanto, adiada para o ano seguinte. Nesse interregno, Vinson faleceu, sendo substituído pelo famoso *Chief Justice* Earl Warren, em cuja Presidência a Suprema Corte passou a ser denominada a "Corte Warren".

Era um *hard case*, especialmente para os adversários da segregação.

A norma chave era o princípio da igualdade, *equal protection of law*, que havia sido inserido na Constituição norte-americana pela Décima-Quarta Emenda, de 1868.

O texto constitucional era exíguo e os defensores da segregação argumentavam que a Constituição não impunha a segregação e que ela não seria violada se os serviços fossem iguais, embora separados.

A pesquisa histórica não era igualmente favorável aos demandantes, pois os autores da Décima-Quarta Emenda tinham na mesma legislatura aprovado leis para o Distrito de Columbia, no qual ficava a sede do Governo Federal, que adotavam o regime de escolas segregadas no referido distrito. Portanto, de acordo com a concepção dos autores da emenda, a segregação não era inconstitucional.

Também tinham que enfrentar o precedente *Plessy v. Ferguson*, de 1896, no qual a segregação nos transportes ferroviários havia sido reputada pela Suprema Corte compatível com o princípio da igualdade.

Apesar disso, Earl Warren logrou obter unanimidade na condenação da segregação racial. Vale a pena a leitura de alguns trechos do voto de Warren:

"Na abordagem deste problema, nós não podemos voltar nossos relógios para 1868, quando a Emenda foi adotada, ou, ainda, para 1896, quando "Plessy" foi decidido. Nós devemos considerar a educação pública à luz de seu completo desenvolvimento e de seu lugar presente no modo de vida americano por toda a Nação. Só por este caminho pode ser determinado se a segregação nas escolas públicas priva os reclamantes da igual proteção da lei."

Earl Warren, servindo-se de estudos psicológicos, todos citados na nota 11 do julgado, defendeu que a doutrina "separados, mas iguais", estabelecida em *Plessy*, não tinha lugar em matéria educacional, pois a simples segregação comprometia o desenvolvimento educacional do grupo segregado:

"Separá-las [as crianças negras] de outras de idade e qualificações similares só em virtude da raça negra gera um sentimento de inferioridade de seu "status" na comunidade, que deve afetar seus corações e mentes de um modo que provavelmente não possa ser desfeito. (...) Qualquer que fosse a extensão dos conhecimentos psicológicos na época de "Plessy", essa observação é amplamente amparada pelas autoridades modernas."

Concluiu então que a segregação na educação era inerentemente desigual.

É oportuno destacar que a Corte não se limitou a reconhecer o direito dos demandantes de ingressarem em escolas reservadas a brancos. Tinham eles direito a escolas em regimes integrados, o que implicava a adoção de larga política pública de dessegregação, afetando, portanto, escolas e alunos não envolvidos diretamente no caso.

Tão interessante quanto *Brown* é a implementação do resultado do julgado, o que provocou inúmeras controvérsias, bem como intervenções nos distritos escolares

pelas instâncias inferiores e pela própria Suprema Corte. Se *Marbury* é a decisão mais célebre da Suprema Corte no século XIX, *Brown* é a mais importante do século XX, inaugurando novo modelo de decisão judicial.

Há pontos bem interessantes na decisão, como a interpretação evolutiva da Constituição, algo que somente mais recentemente passamos a admitir no Brasil. A utilização de recursos fornecidos por ciências não-jurídicas, conforme estudos psicológicos mencionados na decisão, o que é algo também bastante novo para nós. A ordenação de postura ativa por parte do Estado para o cumprimento da Constituição, o que é reclamado, entre nós, para concretização de direitos sociais fundamentais.

O mais interessante porém foi a proteção de um grupo social e politicamente vulnerável no processo político democrático.

Se o caso era difícil, a postura usual recomendava a adoção de política de deferência em relação as políticas públicas definidas pelo Legislativo. Cumpriria ao Congresso norte-americano ou às legislaturas estaduais regular a matéria segundo o seu discernimento.

Ocorre que, principalmente em relação às legislaturas estaduais, o sistema político dos estados do Sul implicava a exclusão sistemática dos negros na formulação das políticas públicas. A política de deferência apenas perpetuaria o *status quo*, legitimando as restrições impostas à minoria negra. Mesmo com relação ao Legislativo Federal, a minoria parlamentar sulista havia logrado até então obstaculizar a aprovação de leis que modificassem o *status quo*. As últimas leis relativas à expansão dos direitos civis haviam sido aprovadas em 1866, o que era reflexo da atividade de obstrução de seus componentes sulistas.

As deficiências do processo político democrático colocavam as autoridades judiciais em melhor posição do que as eleitas para decidir de forma imparcial o caso, não sendo recomendável, nessas circunstâncias, a postura de deferência.

Talvez aqui tenhamos um bom exemplo de um espaço possível para a jurisdição constitucional nas sociedades democráticas, plurais e complexas contemporâneas.

Há casos de mau funcionamento da democracia, para lembrar a expressão utilizada pelo autor norte-americano Jonh Hart Ely, nos quais a autoridade judicial está melhor posicionada para decidir o caso com isenção.

O referido autor argumenta que a jurisdição constitucional não tem motivos para adotar postura de deferência na proteção de direitos funcionais para a democracia, como liberdade de expressão e direitos políticos, ou para a proteção de grupos sociais vilificados no processo político democrático.

Embora alguns pretendam limitar a atuação da jurisdição constitucional a essas hipóteses, com o que não se concorda, a teoria tem um potencial extraordinário para resgatar a legitimidade da jurisdição constitucional e para justificar uma espécie de ativismo judicial localizado e salutar.

Afinal, quais são os direitos funcionais para a democracia? Dentre eles, não podemos localizar ao lado dos direitos clássicos alguns direitos sociais, pois

abaixo de determinados níveis materiais não se tem propriamente liberdade, mas escravidão? Quais são os grupos sociais vulneráveis no processo político democrático? A realidade dos Estados Unidos da década de cinquenta do século passado indicava os negros, mas talvez outros grupos, além dos negros, sejam também merecedores atualmente de proteção. No Brasil, os homossexuais são um exemplo óbvio diante da relutância do legislador em reconhecer-lhes direitos civis básicos. Os pobres, quem sabe?

Assim, há uma grande margem para se pensar a jurisdição constitucional atualmente.

Aqui no Brasil, há muito o que se fazer. O debate deve ser amadurecido. Não só doutrinário, mas também jurisprudencial.

Como observador, mas também como juiz, posso dizer que são raros os casos levados à Justiça que envolvem demanda de direitos fundamentais.

Em verdade, a agenda judicial está usualmente abarrotada com casos envolvendo direitos de propriedade, corporativos etc, que tem a sua relevância, mas normalmente estão distantes dos direitos fundamentais.

É preciso alterar a agenda do Judiciário, estimulando demandas que envolvam direitos fundamentais.

Essa arguição de descumprimento de preceito fundamental envolvendo o direito à interrupção voluntária da gravidez no caso do feto anencéfalo é um bom caso, tendo estimulado um grande debate na sociedade envolvendo direitos fundamentais. Espera-se que o Supremo Tribunal Federal tome a decisão correta.

Devemos, por outro lado, questionar doutrinas antigas que comprometem a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, como a doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais que, com base em pretensa classificação abstrata das normas constitucionais, nega na prática vigência a boa parte do texto constitucional, inclusive a normas de direito fundamental.

Se o direito é fundamental, então deve prevalecer em qualquer circunstância, admitindo restrições excepcionais, e não pode ficar dependente da vontade da maioria política.

Não se quer defender que não existam limites à atuação judiciária em relação aos direitos fundamentais. O Judiciário não tem uma resposta para tudo. O juiz constitucional não é o *Deus ex machina* do pensamento político moderno.

De todo modo, as limitações à ação judiciária devem ser localizadas na exigência de apresentação de interpretações consistentes da Constituição pelo Judiciário e não em uma pretensa classificação abstrata das normas constitucionais segundo a linguagem do texto.

Se o juiz constitucional puder demonstrar a consistência de sua interpretação da Constituição, e nem sempre ele poderá fazer isso, então está legitimado a agir, mesmo em oposição à vontade legislativa. Se isso, contudo, não ocorrer, deverá adotar a aludida postura de deferência em relação à interpretação legislativa.

Portanto, em conclusão, há de certa forma um novo Direito Constitucional cujos objetivos são o de resgatar a eficácia da Constituição e o de priorizar a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais.

Há um espaço, no novo constitucionalismo, para a jurisdição constitucional. Tal espaço não deve ser construído em oposição à democracia, mas para sua complementação.

Várias das promessas da Constituição Federal de 1988 permanecem distantes da realidade, especialmente para larga parcela da população.

Não se deve ter a ilusão que tudo irá se resolver por mera imposição estatal ou que a jurisdição constitucional pode sozinha concretizar tais promessas.

É o processo político democrático o principal mecanismo para a sua realização. Não obstante, a jurisdição constitucional pode cumprir um grande papel, atuando subsidiariamente, mas concretizando pontualmente direitos fundamentais e, desta maneira, estimulando os demais Poderes e a população à paulatina, mas progressiva realização dos ideais de 1988 e quem sabe com isso resgatando o que há de melhor em nós mesmos, como Nação.