

NEOCONSTITUCIONALISMO E PLURALIDADE DEMOCRÁTICA

Shirlene Marques Velasco*

RESUMO: O objetivo do trabalho é abordar alguns questionamentos que se apresentam na relação entre Constituição e democracia. Essa abordagem será feita sob a ótica do neoconstitucionalismo. Este pode ser definido como um “momento teórico” que diante das insuficiências positivistas, busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais. Assim, em primeiro lugar, se propõe apresentar a questão da existência de um possível paradoxo entre Constituição e democracia. Desse possível paradoxo, surgem duas questões que atuam em dois âmbitos diferentes. Uma delas trata da tensão que existe entre supremacia constitucional e democracia. Esta recai no âmbito que trata da “tendência para a freqüente revisão constitucional” que seria o “âmbito da necessidade política”. A outra trata da tensão entre judiciário e legislativo. E recai no âmbito que trata da legitimação da supremacia em dar a última palavra para as questões constitucionais que se apresentam, isto é, no “âmbito da legitimidade política”. Em seguida, por consequência dessa questão, apresentam-se algumas reflexões sobre a Teoria da democracia como legitimação, em Peter Häberle. No final, considera-se, a partir de um neoconstitucionalismo pós-positivista, a busca por um estreito relacionamento entre Jurisdição Constitucional e o elemento político da pluralidade democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo – Constituição – Democracia - Peter Häberle.

INTRODUÇÃO

Os questionamentos que se apresentam na relação entre Constituição e democracia são os grandes responsáveis pelos profícuos debates que se arrastam desde o século XVIII na área da Teoria Política e da Filosofia Constitucional. Sendo, porém, bem mais recentes aqui no Brasil. Mesmo assim, é de grande relevância a abordagem do tema atualmente, já que podemos presenciar um “ativismo judicial” louvável do STF no processo político, o que traz a necessidade de ressaltar alguns elementos notoriamente democráticos e de viés neoconstitucionalista nesse “ativismo judicial” louvável do STF.

Por isso, no presente trabalho busca-se abordar tais questionamentos sob a ótica do neoconstitucionalismo pós-positivista, como denominado pelo prof. Paulo Ricardo Schier. Em que, a definição para neoconstitucionalismo, dentre as diversas existentes, é apresentada como um “momento teórico” que diante das insuficiências positivistas “busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais”. E, por isso é também denominado de

* Mestranda em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

neoconstitucionalismo pós-positivista por Schier. Ademais, ao abordar tais questões sob a ótica do neoconstitucionalismo pode-se destacar duas questões provenientes de um possível paradoxo entre Constituição e democracia, e sair dessa visão maniqueísta que é apresentada pelas duas questões que se levantam em dois âmbitos distintos.

Para o primeiro âmbito que trata da “tendência para a freqüente revisão constitucional” que seria o “âmbito da necessidade política”, assim colocada pelos defensores dessa tendência, o presente texto apresenta a necessidade da prevalência da “força normativa da Constituição” em que a estabilidade, da Constituição, constitui condição fundamental de sua eficácia, como bem salientado por Konrad Hesse. Contudo, pelo fato dessa questão ser contraditória e, portanto, se auto-anular, será dado maior ênfase ao desenvolvimento da questão que se encontra no segundo âmbito, o “âmbito da legitimidade política”.

Assim, para tratar a questão da tensão entre judiciário e legislativo, que se prende na tomada de posição a quem tem a supremacia em dar a última palavra para as questões constitucionais que se apresentam. O objetivo aqui é sair dessa querela. Apresenta-se algumas reflexões sobre a Teoria da democracia como legitimação, em Peter Häberle e algumas contribuições de Konrad Hesse para essa questão. O presente texto a partir de um neoconstitucionalismo pós-positivista e com as devidas considerações apresentadas para as referidas questões vai buscar um estreito relacionamento entre Jurisdição Constitucional e o elemento político da pluralidade democrática já expresso na Constituição Federal de 1988. Deslocando assim, o teor de um possível paradoxo, entre Constituição e democracia, que é típico “de um modo de pensar linear e ‘eruptivo’ a respeito da concepção tradicional de democracia”¹. Para um outro modo de pensar e ver, essa relação. Em que possibilita a harmonização entre Constituição e democracia, tornando não-excludente a relação entre tais elementos.

1 - CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: UM PARADOXO?

Da relação entre Constituição e democracia surgem alguns questionamentos que, ao serem abordados sob a ótica do neoconstitucionalismo, que possui em específico o significado já citado anteriormente, serão encarados por um viés que demonstra uma tendência à harmonização entre Constituição e democracia, como veremos a seguir.

¹ HESSE, K. *A força normativa da constituição*.

Contudo, pelo fato de tais questionamentos, em específico os citados no presente texto, serem de relevância para salientar o tema a ser desenvolvido: “neoconstitucionalismo e pluralidade democrática”, os referidos questionamentos são citados nesse item.

1.1 - TENDÊNCIA PARA A FREQUENTE REVISÃO CONSTITUCIONAL

Uma das questões que surge da relação entre Constituição e democracia e que levanta a possibilidade de um possível paradoxo é a “tendência para a frequente revisão constitucional”. Essa “tendência” vê como antidemocrático o limite que o sentido da proposição jurídica estabelece para a interpretação da Constituição e, conseqüentemente, o limite para qualquer mutação normativa. E, por isso, haveria um paradoxo entre Constituição e democracia. Contudo, essa “tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política”, como Konrad Hesse acentua, torna-se preocupante. Segundo ele, “cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que á ordem normativa vigente”².

Segundo Hesse, as mudanças das relações fáticas tendem sim, a provocar mudanças na interpretação da Constituição. Só que, “ao mesmo tempo”, o sentido da proposição jurídica estabelece limites tanto para interpretação como para qualquer mutação normativa.

Pelo fato da “Constituição não estar desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo”, isso não significa que haja sempre a prevalência dos fatos reais. Pois isso poderia significar em dado momento, o predomínio dos interesses particulares sobre um postulado constitucional. Vindo a demonstrar a ineficácia da força normativa da Constituição que só é efetivada através da relação de coordenação em que se condicionam mutuamente “Constituição real” e “Constituição jurídica”. Terminologia utilizada por Hesse. E ainda, na própria efetivação da força normativa da Constituição, estão presentes os limites para a “Constituição jurídica”. Afinal, a força normativa da Constituição se efetiva nesse contexto amplo de interdependência das realidades existentes: política e jurídica.

Portanto, a “tendência para a frequente revisão constitucional” é contraditória e se auto-anula. Uma vez que, ao atribuir maior valor às exigências de índole fática impede a efetivação da força normativa da Constituição, sem a qual não é possível a existência daquilo

² *Idem*, p. 22.

que ela própria quer revisar. Sem a existência de uma Constituição não é possível haver “frequente revisão”.

1.2 - AS VÁRIAS FORMAS DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

A busca de legitimação democrática para a supremacia em dar a última palavra para as questões constitucionais que se apresentam, levanta um possível paradoxo entre Constituição e democracia. Principalmente ao enfatizar o fator da representatividade expresso em um referencial quantitativo como única forma de legitimação democrática.

Dessa forma, tem-se como antidemocrático o caráter judicialista adotado para as questões constitucionais que se apresentam. Sob o argumento de que “os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo”³. Tem-se, assim, um possível paradoxo na relação entre Constituição e democracia. E ainda sob esse aspecto, maior seria a agravante na Constituição de 1988, em que, no art. 92, relata a competência da guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo, ao se ampliar a visão para a existência das diversas formas de legitimação democrática, é possível abandonar essa crítica e visualizar o caráter democrático da atuação judicial.

Partindo da concepção de que:

Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*).⁴

Tem-se a amplitude da concepção de legitimação democrática e pode-se contemplar a pluralidade sob a ótica de um neoconstitucionalismo que tem nos direitos fundamentais sua

³ SARMENTO, D. “*O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*”.

⁴ HÄBERLE, P. “*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*”.

base fundamental. Já que, “a Constituição tem por finalidade definir e proteger um determinado núcleo de direitos fundamentais, além de racionalizar, fundamentar, legitimar, limitar etc. o exercício do poder (em vistas da proteção daquele referido núcleo de direitos fundamentais)”.⁵ Como também, é importante ressaltar que “diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos”, os princípios fundamentais das Constituições se mostram com eficácia na expressão das dimensões diversas. As dimensões diversas,

ao mesmo tempo que designam, por si mesmas, certos conteúdos, irradiam seus valores, através da perspectiva normogênica dos princípios pelas densificações concretizantes da ordem jurídica constituída, manifestando-se reflexamente nas opções políticas, legislativas, administrativas e nas decisões judiciais. Em outras palavras, são os substratos a partir dos quais se formam e organizam as diversas regras, do sistema jurídico e que orientam as decisões políticas.⁶

Portanto, por mais que pareçam, em sua natureza, refratárias a uma regulamentação jurídica, as dimensões diversas estão submetidas à ordem constitucional. E ainda, segundo Hesse, “o significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência da Cortes Constitucionais (...) que estão autorizadas com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado”.⁷ Sendo que, no Brasil, mesmo que se levantem questões sobre a autenticidade de ser o STF uma corte constitucional, devido ao fato de acumular funções de corte constitucional e suprema corte, não o isenta do seu papel de “julgar a constitucionalidade de leis, emitindo pareceres sobre elas e decretos dos poderes Executivos e Legislativos, em consonância com correta aplicação da Constituição”.⁸

Ademais, sob a ótica do neoconstitucionalismo, como bem define Paulo Ricardo Schier, são introduzidos no mundo do Direito os temas do pós-positivismo jurídico. Dentre outros, cabe aqui ressaltar, sobre o ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, como apresentado por Friedrich Müller; sobre a intervenção da esfera de pré-compreensão do magistrado, no processo decisório, como também, da união lingüística entre

⁵ SCHIER, P. R. *Novos desafios...* p. 13.

⁶ *Idem.*

⁷ HESSE, K. *A força normativa...*, p. 28.

⁸ RAMOS, F. L. “*O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?*”

sujeito e objeto, como apresentado por Konrad Hesse. Assim, é importante observar alguns frutos, mesmo que recentes, devido às próprias características da cultura brasileira.

Como ressaltado, esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloqüentes a alteração da posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como "normas programáticas", e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial,⁹¹ o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais,⁹² a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção,⁹³ e a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao "legislador negativo", com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas,⁹⁴ como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF⁹⁵.

Podemos assim, destacar um posicionamento mais voltado para a harmonização entre a Jurisdição Constitucional e o elemento político da pluralidade democrática, bem mais ajustada com as práticas atuais desempenhadas pelo STF, sem, contudo, negar suas insuficiências e a necessidade de um constante esforço em prol de um aperfeiçoamento nesse sentido. Isto é, não se trata de fazer apologia ao STF, mas de mudar o foco de análise, mediante as ricas contribuições das quais podemos ter acesso, tais como as que em parte foram apresentadas no presente texto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: EM DEFESA DE UMA MUDANÇA DE FOCO NA ANÁLISE DOS PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS

Ao abordar alguns questionamentos que surgem da relação entre Constituição e democracia, sob a ótica do neoconstitucionalismo pós-positivista que, pelo seu caráter inovador mediante as insuficiências positivistas, pôde-se vislumbrar uma mudança de foco na análise dos problemas constitucionais.

⁹ SARMENTO, D. *O neoconstitucionalismo...*, p. 6.

As críticas apresentadas, como podemos observar, revestem-se da idéia tradicional de democracia e principalmente no Brasil ainda carregam o ranço do paradigma jurídico anterior. Contudo, com a expansão e incorporação dos novos vetores constitucionais a tendência é deslocar o foco de análise dos problemas constitucionais. Contudo, não se trata de tornar isento de crítica, todo e qualquer problema constitucional que se apresente, mas no que concerne às críticas apresentadas, a necessidade é de mudança de foco na análise dos problemas constitucionais mediante ao novo paradigma do neoconstitucionalismo pós-positivista, como foi apresentado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

RAMOS, Fernanda Lohn. "O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?" Disponível em: <http://idpconstitucional2009.blogspot.com/2009/10/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte.html>, acessado em 25 de outubro de 2009.

SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". Disponível em: http://www.ediforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993, acessado em 21 de outubro de 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. "Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo". Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/filtragem.pdf>