

Democracia, eternidade e universalidade à luz do constitucionalismo: o projeto constitucional e o tempo híbrido de François Ost

*Democracy, eternity and universality in the light of
constitutionalism: the constitutional project and the hybrid
time of François Ost*

Emerson Ademir Borges de Oliveira*
Universidade de Marília, Marília-SP, Brasil

1. Introdução

O projeto constitucional carrega em si um desafio do tempo constante. Mais do que lidar com a história do Estado, entre aquilo que se anseia e aquilo que se repudia, bem como atender às vontades do tempo presente, a Constituição precisa lidar com o espirituoso futuro. Como durar e se alterar ao mesmo tempo, mas não a ponto de as mudanças desdizerem as bases?

A ligação entre o passado e o futuro, entre o projetado e a materialidade do projeto em um Estado Democrático traz à lume a discussão acerca da própria democracia. Se a Constituição nasce como democrática e se suas promessas são fruto justamente deste ambiente plural, a sua efetivação torna-se a própria implementação da democracia. De outro lado, se tida como mera promessa, sem nenhum dever de solução, o projeto constitucional fora idealizado apenas para atender finalidades escusas que não guardam relação com a necessidade da efetivação.

Nesta dicotomia, surge o Judiciário atual, com propósitos não muitas vezes nítido, mas que, por ocasião, faz da Constituição ora letra morta, ora

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor Assistente nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito na Universidade de Marília. Vice coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado. E-mail: emerson@unimar.br.

letra mais do que viva. E tanto quando a mata, quanto quando a ressuscita, corre o risco de fazê-lo além de suas propriedades.

Na mitologia grega, Prometeu, filho de Jápeto, em acirrada defesa dos homens, furta o fogo de Zeus e o entrega aos mortais. Pelo crime, Zeus o deixa amarrado a uma rocha durante a eternidade, tendo seu fígado devorado diariamente por uma águia, vindo a reestabelecer-se durante a noite.

A transgressão heroica de Prometeu, ao colocar o homem em pé, deixa a humanidade em marcha a partir de um ato de negação e revolução. Ensinando, Prometeu instrui e institui, com vistas a conferir, pela promessa, a duração.

Epimeteu, ao contrário do gênio avançado de Prometeu, sempre chega atrasado. Como conciliar a ideia que circunda entre aquele que se avança demais e aquele que se inscreve em um passado eterno?¹

François Ost trabalha a “promessa de ligar o futuro” como uma forma das gerações presentes cuidarem das futuras a partir de determinadas diretrizes, não paralisando o efeito transformador da realidade sobre o texto – já que o inverso não se efetiva -, mas permitindo que os juízes do futuro possam partir de certos pressupostos.

O problema de uma Constituição é sempre identificar em seu contexto qual parte visa proteger e paralisar o momento, como advém da ideia das cláusulas pétreas, e qual parte é de fato prospectiva, com vistas a proteger o homem do próprio homem futuro.

Até porque é difícil imaginar uma Constituição que não seja, em parte, uma fotografia da realidade presente, identificando os problemas, as inquietudes e as inconstâncias de um determinado Estado, e, em outra parte, os anseios da conquista de certos direitos e a tentativa de sua eternização. Sobre isso, há até princípio: não retrocesso social, ou como prefere a doutrina francesa, *effet cliquet*, a limitar o próprio Poder Constituinte Originário.

Contudo, daí decorre uma nova problemática. Mesmo os anseios e as promessas para ensejos futuros não se furtam à obviedade de que são construídos sob a ótica do tempo presente. Novamente, mesmo quando se pensa em efeitos prospectivos, tem-se uma fotografia atual. Assim, no dia de amanhã, provavelmente, as promessas não sejam mais as mesmas, exatamente no mesmo momento em que aquelas idealizadas no passado começam a se tornar realidade.

1 OST, 2005, pp. 191-192.

Afinal, qual a marcha que faz se mover o projeto constitucional e qual o papel do Judiciário neste movimento?

2. O problema da intermitência das Constituições

O roubo do fogo por parte de Prometeu, o prudente, em oposição a seu irmão Epimeteu, o irrefletido, faz nascer a questão sobre como conciliar o antigo e o novo, a constância e a ruptura².

Ost aponta que nós andamos mesmo rapidamente e a isso dá o nome de utopia. A utopia faz com que os homens passem a crer que em um dia podem modificar um universo de direitos e elaborar uma nova Constituição recheada de preceitos fundamentais até então inexistentes, como no Brasil. A utopia é a marca da impaciência que negligencia as transições. Ela marca a ausência de raízes e facilita uma história inexistente³.

A utopia se confunde, nesse meio tempo, com o desejar sem saber se poderá chegar. Estimulada muitas vezes pelas bruscas mudanças conceituais, a sociedade se vê diante do tudo querer. E querendo, do tudo prometer. De fato, novos cenários políticos que se ergam em curtos espaços de tempo carregam em si o germe das grandes alterações. Alterar para não voltar.

Mas a sociedade sabe se revigora no seu sofrimento e se recupera, como o fígado de Prometeu, durante a noite, nos refluxos do direito, inscrevendo seu projeto no tempo para ser provado, muito mais do que o precipitando na utopia⁴.

Os mortais homens, no entanto, devem saber trapacear o tempo para conseguir trabalhar simultaneamente operando a brecha do tempo ou organizando sua longa duração, conjugando a emancipação dos homens com o estabelecimento da lei. Esse tempo híbrido, infinito, porém móvel, coloca de um lado a mortalidade dos homens e de outro a infinitude de suas aspirações e solidariedades confiantes, *metamórfico*, que “se transforma sem desaparecer jamais”, *dialético*, que “progride sem se renegar”, encontrando o “justo equilíbrio entre estabilidade e mudança”, entre o fundamento de suas instituições e o futuro⁵.

2 OST, 2005, p. 192.

3 OST, 2005, p. 192.

4 OST, 2005, p. 192.

5 OST, 2005, pp. 192-194.

Assim é a promessa, que não possui sentido se não for “enraizada numa socialidade prévia e relacionada com a regra de fidelidade”⁶. Somente na confiança a promessa pode se propor a se tornar um laço social.

São promessas sem enraizamento, inscrições que se operam sem dialética política, utopias que negligenciam as transições, as marcas das Constituições que se propõem a prometer sem saber cumprir. Daí derivarem espécimes como as Constituições álibis, formas de manipulação ou ilusão do tempo presente, propostas a imunizar “o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ‘ideológica’”⁷. Mas o bem-estar dura somente o tempo de expectativa razoável da promessa.

De um lado opera o descontínuo ou o instantâneo, uma vontade pretensamente soberana, com efeitos imediatos, obrigatórios, que deve durar enquanto outra ordem não lhe substitua. Esse é o modo positivista de analisar o direito, que nega as transições e isola o direito do social, escancarando essa velha inimizade. A norma vige enquanto outra não lhe revogue. O direito não é encadeamento, mas apenas instantes sucessivos numa escala de tempo. É *estática* porque se afasta da realidade social e transforma a letra da lei em última palavra. É *dinâmica* porque qualquer nova lei pode lhe substituir, não havendo preocupação com a mutabilidade constante das normas jurídicas. A preocupação é somente com o fato de a mutação se operar com atendimento às formalidades necessárias⁸.

De outro lado opera o contínuo, o *tempo híbrido* que ensina o direito a trapeçar: móvel e estabilizado ao mesmo tempo, instituinte e instituído. Preocupa-se com as transições, não lhe sendo crível nem as mudanças instantâneas e nem as instituições permanentes. Vinculado ao elemento social, o direito relativiza as pretensões soberanas. Por um lado, prega a segurança jurídica contra a mutação constante das leis, para fazer durar o laço social. Por outro lado, lembra aos juízes que a letra da lei deve estar atenta à questão social e deve ser revista sob pena de se tornar injusta, pela observância da boa-fé dos acordos. É preciso revisar para durar. O direito é, assim, *nem nunca, nem sempre*⁹.

Esse direito faz rolar no primeiro plano a velocidade das mutações enquanto organiza, ao fundo, o duradouro. Atrás do povo atual - o homem

6 OST, 2005, p. 194.

7 NEVES, 2007, pp. 39-40.

8 OST, 2005, pp. 194-195.

9 OST, 2005, p. 195.

mortal -, ele lembra as promessas do povo perpétuo - as infinitudes das aspirações humanas. Não se projeta no futuro esquecendo do passado¹⁰.

A “temporalidade que se absolutiza é perigosa”. A “fixação exclusiva no passado da memória também”. O simples rumo ao futuro é suspeito. Esse futuro simples, ansioso em se livrar do passado, subtrair as rupturas do presente e preservar-se dos questionamentos é um futuro sem perspectiva, “sem futuro”, estéril¹¹.

Não se trata simplesmente de fugir do tempo positivista, “instantâneo e perenizado”, que “coloca a regra fora do tempo”. Visa-se, além disso, posicionar-se frente aos constituintes e legisladores que pretendem retirar da norma a ação do tempo, inscrevendo-a numa eternidade intocável¹². Ou, diríamos, a “Constituição Âmbar”, eternizada, tal qual edificada e protegida por um escudo de indisponibilidade evolutiva.

Nesse sentido salutar lembrar o artigo 2º da Constituição de 1852 de Luis Napoleão Bonaparte: “Fica proibida qualquer discussão que tenha por objeto a modificação da Constituição, publicada ou reproduzida, pela imprensa ou por cartazes”.

Sabe-se bem o que resulta geralmente destes textos: recusando-se a fazer do tempo um aliado, são, logo, vítimas dele. Congelando o direito em seus estados de estabilidade, são levados em suas fases de turbulência, por não terem sabido administrar um lugar para a mudança¹³.

Noutros casos, o legislador, para manter o sentido de sua obra, reserva-se à “exclusividade de sua interpretação” em caso de dúvidas. Assim era nas Constituições de Justiniano. E noutras vezes também os particulares são tentados pelo sonho de eternidade em “rendas perpétuas”, compromissos para toda a vida, “cláusula de não concorrência ou exclusividade ilimitadas no tempo”. É a “filosofia temporal” que se esforça em impedir essa alienação definitiva do futuro¹⁴.

10 OST, 2005, p. 195.

11 OST, 2005, p. 298.

12 OST, 2005, p. 299.

13 OST, 2005, pp. 299.

14 OST, 2005, pp. 299-300.

Qual a medida que se impõe diante das Constituições para que o legislador nem se renda ao *canto das sereias da Odisséia*¹⁵, nem impeça as gerações futuras prendendo-as ao mastro sob o astuto argumento de que existem cláusulas eternas?

Em entrevista concedida ao Jornal A Cidade, de Ribeirão Preto, o professor Rubens Beçak, Livre-Docente pela Universidade de São Paulo, tratando de discussões futuras sobre uma nova constituinte, ressaltou: “Não acho que uma Constituição precisa ser eterna. Porque, na prática, é a tentativa de uma geração de engessar o futuro. E o mundo muda”¹⁶.

É preciso lembrar, não obstante, que cada ato de proposta de uma nova Constituição é ao mesmo tempo *desconstituente* da anterior e *reconstituente* da novel. Mas é fato que nos dias atuais tornou-se mais insustentável afirmar que as novas ordens constitucionais derivam de um poder constituinte originário que tudo pode¹⁷.

John Locke, em seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, trouxe a ideia, aqui pertinente, de que, a despeito da possibilidade dos homens estabelecerem os governos como bem lhes pareça, não poderiam “obrigar por contrato seus filhos ou sua posteridade”, conclusão retomada, posteriormente, por Rousseau¹⁸.

Ainda na França revolucionária, é conhecida a passagem constante do artigo 28 da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, de 1793, segundo a qual “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar, e de

15 ELSTER, 1993, p. 93 e ss.

16 BEÇAK, 2011.

17 “Cl. Klein tem razão ao sublinhar: é preciso ‘desdramatizar’ o poder constituinte e deixar de concebê-lo como uma autoridade extra-jurídica portadora de um direito definido tabula rasa: sua ação, por mais revolucionária que seja, não escapa ao confronto das ‘ideias de direito’ prevalecentes no corpo social. Com a revolução, sem dúvida, impôs-se a concepção da Constituição como ordem, ato jurídico unilateral, norma imperativa. Mas esta norma procede ela mesma do pacto social: longe de cair do céu, ela resulta do acordo que se estabeleceu inicialmente entre o povo, o povo e os dirigentes em sequência, do que resulta a confiança, sem a qual nenhum texto pode pretender impor-se duradouramente. Privadas desta referência à promessa social fundadora, as constituições não surgem senão como a expressão de um direito descontínuo, aleatório e, resumindo, tão inexplicável quanto insensato. Ora, nossas análises precedentes da promessa mostraram-nos que não há nenhuma promessa que se mantenha fora de um quadro constitucional e de um campo de valores (fidelidade, lealdade, boa-fé...) previamente estabelecidos. Estas primeiras observações deveriam colocar-nos em alerta: não nos livramos tão facilmente da dialética constitucional: atrás da ordem imperativa não deixam de se fazer valer o pacto e os valores que o cimentam: para além da inversão revolucionária perfila-se a vontade de estabelecer uma ordem duradoura... de sorte que temos base para pensar que através da Constituição-ato de vontade, nunca se deixou de fazer ouvir a Constituição-produto da história”. OST, 2005, pp. 254-255.

18 Cf. OST, 2005, p. 259.

mudar a Constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar às suas leis as gerações futuras”.

Entre os americanos, é célebre a afirmação de Thomas Paine durante o processo de independência norte-americano: “querer governar do além-túmulo é a mais ridícula e a mais insolente das tiranias [...] A democracia é legítima somente graças ao consentimento dos vivos”¹⁹.

Longe, no entanto, de se afirmar que a intermitência das Constituições seja um “problema”, no sentido de empecilho, para o Direito e sociedade, tem-se, na presente, uma verdadeira questão de objeção científica.

Vê-se, pois, quais as questões que impedem, ou ao menos recomendam, que uma Constituição seja dotada de caráter eternizador, assim como não pode estar imbuída de normas altamente instáveis, direcionam a perspectiva para o modo de proceder diante da alteração das pretensões jurídicas.

Vale dizer, se as Constituições realmente não são eternas, dadas as configurações sociais e os anseios jurídicos que daí decorrem, como o intérprete do Direito deve responder a esse quadro? Uma interpretação extremamente evolutiva traz os riscos de afirmar aquilo que nem de longe está previsto na Constituição. Uma interpretação refreada pelo medo da evolução, por sua via, pode acabar se distanciando dos ideais políticos pretendidos por aquela sociedade.

A busca do equilíbrio é o desafio constante de um Judiciário considerado “ativista”. E quanto ao projeto democrático a questão é muito mais contundente, conforme será visto mais adiante.

3. Alteração das Constituições, decisão política fundamental e manutenção do projeto democrático

Partindo do pressuposto anteriormente construído, as alterações das Constituições – seja em parte, seja no todo – mostram-se inevitáveis, ainda que tais mudanças não signifiquem reconstrução textual. Neste ponto, aliás, a doutrina costumou valer-se da possibilidade das alcunhadas “mutações constitucionais”.

O fato é que, diante de textos e entendimentos que não são eternos, apresenta-se a necessidade de rever ou reler as Constituições, trazendo novas conclusões sobre o tema. O ex-Chief Justice Hughes, quando governador de

19 MANENT, 1986, pp. 46 e 49.

Nova York, proferiu a famosa expressão: “Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”²⁰.

A Constituição dos Estados Unidos da América, por sinal, constitui maravilhoso exemplo de mutação constitucional, dado seu texto construído na Convenção da Filadélfia em 1787 e emendado apenas 27 vezes em mais de 200 anos de existência.

Nessa linha, cogita-se se a mutação constitucional (*Verfassungswandlungen*) apresentar-se-ia como uma possível solução para o problema da intermitência das Constituições, dadas as diferenças entre as pretensões sociais e a realidade histórica no exercício do poder constituinte originário e no momento de aplicação do texto.

A leitura e a manutenção do texto constitucional é sempre uma questão a ser desafiada pelo tempo, colocando em embate o poder constituinte originário e suas pretensões e o poder de revisão e a nova conjectura social-histórica.

François Ost, nessa linha, expõe com maestria:

Assim, a questão dos limites da revisão constitucional é simultaneamente um desafio central para a filosofia do direito e para a filosofia do tempo, no que ela opõe de modo frontal os positivistas jurídicos, sustentadores de uma soberania sempre atual, aos partidários da instituição mais ciosos de constância na sua duração²¹.

Para a frente positivista, evidentemente, o poder revisional possui caráter formal, isto é, apenas regras procedimentais podem limitá-lo. Entre nós, por exemplo, vide o artigo 60 da Constituição Federal, com regras diferenciadas para proposição e aprovação, bem como limitações circunstanciais e materiais, visando resguardar um núcleo essencial do projeto constituinte. O problema, logo de início, de um pensamento como este – positivista – é a possibilidade de uma *dupla revisão*, na teoria de Jorge Miranda²², alterando o artigo 60 para, então, emendar qualquer parcela do texto constitucional – agora, sem limites²³.

20 BORGES DE OLIVEIRA, 2015, p.100.

21 OST, 2005, p. 256.

22 MIRANDA, 2011, p. 277.

23 OST, 2011, pp. 283-284.

Por outra via, as limitações são acusadas pelos positivistas como oriundas do jusnaturalismo, providas de um interpretacionismo divinatório de caráter supraconstitucional.

Não se negue a possibilidade de uma revisão total da Constituição, mas sempre que isso decorra de uma alteração do espírito constitucional de tal grandeza, a ser caracterizada mesmo pelo seu ideal revolucionário, e não de uma fraude ou desvio de poder propugnada a partir do inocente direito positivo.

Vê-se, pois, os perigos inerentes a um modelo que se limite a respeitar as questões meramente formais da Constituição. A Constituição de Weimar, de 1919, a despeito de sua substancialidade democrática e republicana, nunca conseguiu garantir estabilidade a tal regime. Diante de uma possibilidade revisional legislativa ampla, acabou abrindo caminhos para o *Reichstag* transferir amplos poderes ao Chanceler. Os resultados drásticos conduziram a uma reformulação no pós-Guerra, com a seguinte previsão na Lei Fundamental de Bonn, de 1949: “Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig”²⁴.

Ordinariamente, parece difícil conceber um modelo por meio do qual se possa inscrever a necessidade da atualização da leitura das Constituições, precipuamente por meio da jurisprudência superior e da doutrina constitucionalista, sem que isso afete a intangibilidade desenhada fundamentalmente por um poder constituinte originário atemporal.

O *Chief-Justice Stone*, no famoso *United States v. Classic*, 313 U. S. 299, partilhou da mesma preocupação de se manter a fundação institucional do projeto constitucional sempre viva:

Lemos suas palavras (da Constituição) não como as de códigos legislativos sujeitos a contínua revisão em face da mudança dos acontecimentos, mas como a revelação dos grandes propósitos que se pretenderam alcançar através da Constituição, como instrumento continuado de governo.

24 No vernáculo: “São inadmissíveis as emendas à Lei Fundamental que afetem a divisão da Federação em *Länder*, o princípio da participação dos *Länder* na legislação ou os princípios estabelecidos nos artigos 1 e 20 (liberdades públicas)”.

Parece, pois, que a interpretação evolutiva, para que não afete o sentido de existência das normas e das estruturas do Estado, necessita de parcimônia das Cortes Constitucionais. É nesse sentido extremamente importante que os Tribunais tenham composição múltipla, pluralista e suas decisões sejam muito bem fundamentadas, tanto no aspecto jurídico, quanto nos aspectos sociais e políticos – sem conotação partidária.

E mais do que isso: é imprescindível que as Cortes tenham os olhos voltados para a relação entre direito e cotidiano e sejam abertas à população, de modo a conferir legitimidade às suas interpretações. Nesse ponto, sobrelevam-se as audiências públicas e os amigos da Corte – *amici curiae* –, entre nós práticas que têm se tornado bastante difundidas após a Constituição de 1988.

Em visita recente ao Brasil, o notável constitucionalista alemão Peter Häberle, afirmou que “todos os cidadãos devem acreditar na Constituição, contanto que esta seja boa, como o são as do Brasil, da Alemanha e da Espanha”. Ainda, ressaltou que nas “universidades, é importante iniciar-se o ensino de Direito Constitucional como uma introdução genérica às leis fundamentais, em seus aspectos históricos”. Por fim, o renomado professor ainda destacou a atuação do STF, como “um dos melhores tribunais constitucionais da América Latina e ampliou, sobretudo, os instrumentos do Direito Constitucional Processual com a criação de audiências públicas e a introdução da figura do *amicus curiae*”²⁵.

É importante sempre frisar que a Constituição retrata os aspectos axiológicos e históricos de cada povo, conforme pensamento predominante na maioria das concepções constitucionais (historicista, sociológica, marxista, institucionalista, filosofia dos valores e estruturalista²⁶), vertendo-se em primado orientador da conduta não apenas dos Tribunais, mas dos próprios cidadãos. Hodiernamente, o povo debate, nos ambientes públicos, as decisões das Cortes Constitucionais em países como o Brasil, seja para agraciá-las, seja para criticá-las. E, no inverso, as Cortes Excelsas aceitam a participação do povo no processo decisório, principalmente quando, em temas de grande relevo, convoca audiências públicas ou aceita o ingresso dos *amici curiae*.

25 HÄBERLE, 2011.

26 MIRANDA, 2011, p.189.

Assim, o projeto constitucional envolve muito mais do que a mera proposta escrita, desencadeando o funcionamento de uma engrenagem que reposiciona o povo no contexto dos Tribunais.

Relevante considerar que a proteção das bases fundantes do poder constituinte originário para o além-tempo volta-se não apenas contra o legislador, mas contra as próprias maiorias eleitorais, sempre que isso se mostre necessário para a manutenção legítima do projeto constitucional. É como destaca, mais uma vez, Ost: “é justamente ao presente que se trata de fazer a triagem, na herança do passado, do que ainda é necessário para que o futuro tenha sentido”²⁷.

A interpretação constitucional não deve ser confundida com o momento de celebração de um contrato de trato sucessivo, com prestações diferidas no tempo, em que a interpretação atual somente pode alcançar as prestações do contrato celebrado no passado na ocorrência de situações extremas e imprevisíveis - *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* -, a exemplo do artigo 1.467 do Código Civil Italiano, artigo 269 do Código das Obrigações Polônês, artigo 1.198 do Código Civil Argentino, artigo 437 do Código Civil Português, artigos 317 e 478 do Código Civil Brasileiro e artigo 6º, V, do CDC pátrio.

Pelo contrário, a interpretação constitucional deve ser sensível ao tempo, guardando as situações extremas e imprevisíveis para as revoluções que se guiem na busca de um novo poder constituinte originário, aí sim podendo alterar mesmo as cláusulas fundantes do sistema.

Nem se diga que a evolução da interpretação possa ofender a segurança jurídica e a estabilidade das instituições, pois é somente na esfera de um modelo parcialmente flexível que se torna possível aproximá-lo dos anseios do povo presente e resguardar a vontade determinante do povo passado²⁸.

Cass Sunstein, em obra magnífica, ressalta, ainda, a necessidade de se valer de *princípios interpretativos* na exegese do texto constitucional, princípios estes que se encontram externamente à Constituição e

27 OST, 2005, p. 268.

28 “A Constituição é o ordenamento jurídico do Estado, mais precisamente da vida em que se opera sua realidade vital, isto é, do seu processo de integração. O significado desse processo é a produção sempre nova da totalidade da vida do Estado, e a constituição é o regulamento legal (*gesetzliche Normierung*) de aspectos individuais deste processo”. SMEND, 1988, p.150.

cuja escolha seria fruto de muitos dissensos quanto ao significado do Texto Maior²⁹.

É certo, todavia, que nem o método, tampouco a interpretação construída a partir do método eleito, podem ter como base o resultado pretendido de antemão. Vale dizer, não deve a eleição do método ser guiada diretamente para alcançar o resultado que o intérprete pretende antes de iniciar as trilhas do próprio método. É o método que deve auxiliar na construção do resultado, e não apenas servir para justificar o que já se encontra decidido.

Retomando a ideia das bases sustentáveis do poder constituinte originário, é de se questionar se a democracia é uma dessas bases propriamente dita ou auxilia a manutenção da essência das mesmas. Veja-se, no nosso caso, que desde o preâmbulo há uma clara escolha política pelo Estado Democrático de Direito. E, por outro lado, a democracia é instrumento no intuito de guiar as demais bases do Estado. É até mesmo difícil imaginar princípios como pluralismo, valores sociais do trabalho, sociedade livre, justa e igualitária, dignidade da pessoa humana, separação dos poderes, etc. que não se toquem com a democracia.

Esse duplo caráter inscreve a democracia no âmago da nossa Constituição, transformando o projeto democrático em algo quase como “eterno enquanto dure”. Isto é, elemento central, irredutível, embora capaz de conceder flexibilidade, mas que, por estar homenageado de forma tão profunda, apenas comportaria seu afastamento por revolução que se perfilhe em novo poder constituinte originário. Ainda assim, é espinhoso imaginar uma revolução que, ao ser construída no anseio do povo, não traga, ela mesma, o germe democrático.

De outro lado, é a democracia o princípio que propulsiona a realização da própria Constituição, eis que, nestes termos, fora a mola que, na vertente pluralista, serviu de mão à escrita do próprio texto constitucional. Realizar a Constituição é realizar a própria democracia que lhe escora.

Naturalmente instável, a democracia, enquanto elemento fundante de muitos poderes constituintes originários modernos, acaba se apresentando como princípio que, embora possua flexibilidade quando utilizada para interpretar outros dispositivos constitucionais e legais, não pode ser tida como elemento capaz de sofrer expulsão do texto constitucional ou mesmo de qualquer interpretação que se faça.

29 SUNSTEIN, 2009, pp. 118-119.

Noam Chomsky, referindo-se a Thomas Carothers, justifica a flexibilidade da democracia apenas dentro de um contexto que conserve sua essência: “any form of democracy that leaves the traditional structures essentially unchallenged is admissible. Any form that undermines their power is as intolerable as ever”³⁰.

No campo político, o indecível se expressa na democracia, já que é o regime que se instituiu e se mantém na “dissolução das marcas da certeza”. Enquanto o totalitarismo viu crescer uma pretensão de “encarnar o povo” todo, a democracia torna o poder infigurável. Ninguém possui título natural para detê-lo e nem pode exercê-lo duradouramente. É vazio, inapropriável sem que seja por abuso. O totalitarismo “condensa as esferas do poder, do saber e da lei”; a democracia vê essas esferas se superarem e se tornarem “objetos de remanejamentos constantes de seus acervos e de um incessante questionamento de seus fundamentos”. O totalitarismo “esvazia o conflito” e reduz qualquer oposição. A democracia só se sustenta no “pluralismo de opiniões” e na “oposição conflitual”³¹.

Dessa forma, a democracia deixa de se preocupar em eliminar os conflitos, para torná-los visíveis, “instituinto a divisão social”. No máximo se esforçará para negociar uma saída com ajuda de procedimentos aceitos. A maioria aqui só representa uma “verdade aproximada”. “O conflito é interminável”. O sujeito da democracia se encontra o tempo todo na posição de modificar suas prioridades, “sempre parecendo virtualmente descomprometido”, sempre pronto a questionar sua própria “participação nas práticas sociais existentes”, livre para rejeitar qualquer relação que seja. “Nesse sentido a democracia moderna é essencialmente transgressiva e desprovida de base estável”³².

A respeito, representativa a passagem de Serraglio e Zambam em artigo publicado nesta revista:

Nesse sentido, a democracia, apesar de apresentar sérias falhas, é a melhor opção até agora encontrada para o exercício dos direitos individuais, pois, porque é dinâmica, torna-se evolutiva e qualitativa à medida que é continuamente

30 No vernáculo: “Qualquer forma de democracia que mantenha as tradicionais e essenciais estruturas incontestáveis é admissível. Qualquer forma que prejudique seu poder é intolerável”. CHOMSKY, 1996, p. 6.

31 OST, 2005, pp. 313-314.

32 OST, 2005, pp. 314-315.

reinventada, estando em um permanente estado de transformação, ainda mais frente à era da tecnologia e da informação, a qual, com o auxílio da globalização, liquefaz fronteiras, tanto as geográficas quanto as temporais, expandindo a comunicação e o acesso à informação, não mais restritas aos jornais e redes televisivas e radiofônicas, mas dispersas no meio eletrônico³³.

Daí porque teóricos políticos como Adam Przeworski afirmarem categoricamente que a democracia deve ser comparada a um “cenário beligerante”, carimbada pela ausência de perpetuidade, pelo jogo constante, pela “passagem apenas de ida”, pela prova, pela garantia de oposição.

Isso significa que a democracia, para a manutenção de sua configuração popular, livre e equânime, necessita, a todo tempo, da oposição testando o governo de situação, de maneira que, nesse embate, se garanta a própria essência da democracia. A possibilidade de se auferir o poder a qualquer tempo, dentro das regras eleitorais, e a ausência de uma garantia de perpetuidade promovem, dessa forma, o jogo democrático³⁴.

Nesse sentido, assevera Przeworski:

Hence, if democracy is not to evolve into a de facto dictatorship, democratic institutions must furnish the losers with instruments to counteract these effects. They must, in other words, protect the power of the minorities. If they do not, democracy will not be stabilized, since those who have lost in the first rounds of democratic competition will have good reasons to fear that they would never have a fair chance³⁵.

Esse é um quadro de necessidade de desenvolvimento da oposição como instituto que garante não só o exercício da democracia, mas sua própria essência.

33 SERRAGLIO; ZAMBAM, 2016, p.115.

34 “Em um país democrático, como os Estados Unidos, um representante quase nunca tem uma vida duradoura nas mentes de seus constituintes. Por mais pequeno que seja um corpo eleitoral, as flutuações da democracia estão constantemente mudando seu aspecto; deve, portanto, cortejar sem cessar. Um representante nunca tem certeza de seus apoiadores e, se o abandonarem, ele fica sem recursos” (TOCQUEVILLE, 1954, p. 95).

35 No vernáculo: “Por isso, se a democracia não quiser evoluir para uma ditadura de fato, as instituições democráticas devem fornecer aos perdedores instrumentos para contrariar esses efeitos. Elas devem, em outras palavras, proteger o poder das minorias. Se não o fizerem, a democracia não estará estabilizada, e mesmo aqueles que perderam nas primeiras rodadas da competição democrática terão bons motivos para acreditar que eles nunca tiveram uma chance justa” (PRZEWORSKI, 1995, pp. 40-41).

Biscaretti di Rufia, nessa linha, assevera que o sistema deve obedecer a “oscilação do pêndulo”, de forma que, ainda que obedecendo ao deliberado pela maioria, não olvide a tutela das minorias, e, ainda, assegure a constante possibilidade de alternância do poder³⁶.

A democracia deve se precaver por um lado da exacerbação do conflito e por outro da ocultação. No primeiro caso, não havendo um consenso sobre as regras do jogo e sem referência aos valores partilhados, uma parte exclui ou destrói a outra, que se tornou inimiga; estreita-se o jogo político na ausência de confiança que dá forças às promessas. No segundo caso, quando as divergências de interesse são ocultadas e as oposições minimizadas, “atrás de consensos de fachada”, surge o risco de se “desenvolver futuros focos de violência”. A arte da democracia não é esconder ou exacerbar os conflitos. É sim “dominar a violência sem, contudo, negá-la, transformar o antagonismo potencialmente destrutivo em agonismo democrático, criar uma ordem política sobre um fundo de desordem sempre ameaçador”³⁷.

É na tensão entre o consenso sobre os princípios mínimos sobre os valores comuns da liberdade e igualdade para todos e o dissenso sobre sua interpretação que a dinâmica da democracia pluralista se inscreve³⁸.

Assim, democracia e pluralismo, enquanto princípios reinantes na Constituição, vinculam-se de tal forma que se torna impossível visualizar em que momento teórico eles se distinguem. Daí porque não se vislumbrar dissociação entre a implementação da proposta constitucional e a própria democracia em si.

Ao depois, apontamentos que indicam a transparência da Administração Pública, como aqueles dispostos no artigo 37 da CF, bem como os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, como a *solução pacífica dos conflitos*, identificam situações em que existe o conflito, mas em que se busca a paz para remediá-los, mediante a aplicação de outros princípios como a garantia da igualdade.

E ainda que uma Emenda Constitucional, após dupla revisão, preveja que o artigo 1º passe a qualificar o Brasil como *Estado de Direito*, seria incompreensível, na ordem internacional, que a República brasileira se aventurasse como Estado de Direito sem ser ao mesmo tempo Democrático.

36 RUFFIA, 1974, p.61 e ss.

37 OST, 2005, pp. 315-316.

38 OST, 2005, p. 316.

Deixando a situação ainda mais complexa, poder-se-ia argumentar que o artigo 1º passe, por Emenda-dupla, a prever que vivemos em *Estado Totalitário* seria preciso rasgar toda a Constituição para, formalmente, abandonar o projeto democrático do constituinte. Mesmo assim, a realidade não ofereceria suporte jurídico para essas novas pretensões totalitárias.

Por essa razão, embora o tempo traga a necessidade de constante revisão da interpretação do texto constitucional, não se afigura possível que tal interpretação possa desdizer aquilo que o texto exclama de forma maiúscula. Caberia ao intérprete a missão de incrementar ainda mais a democracia. Jamais de esvaziá-la.

4. Neoconstitucionalismo e democracia: Canotilho e o “plano de construção organizatório da democracia”

O neoconstitucionalismo surgiu como um novo estudo de perspectiva da Constituição, baseado não mais apenas na limitação do poder político, mas, sobretudo, a partir da ideia de que aquelas Constituições dirigentes e programáticas devem ser tidas por eficazes, com a realização das promessas feitas³⁹.

Nesta nova visão da Constituição, sobreleva-se a questão axiológica, visualizando a Constituição como um valor em si mesma e com valores diferentes ao longo de seu texto, uns “superiores” aos outros, não apenas de plano, mas a depender do caso concreto.

A Constituição sob a ótica neoconstitucionalista traz uma característica peculiar: a ideia de reflexo dos anseios sociais e da ideologia que prepondera em um determinado Estado. E, por estar eivada deste conteúdo, é que não é possível visualizar um modelo de Estado Constitucional em que tais valores sejam apenas formais.

Sob a ótica substancial, mesmo dentro de um rol prospectivo, há determinados elementos do Estado que, logo num primeiro momento, devem começar a ser construídos. É o que se exprime, entre nós, da Constituição de 1988 no tocante à democracia, principalmente considerando o hiato autoritário que nos guiava até então.

As Constituições modernas, bem como as suas leituras, também se baseiam no chamado “giro kantiano”, modelo ideológico a partir do qual se resgata a aproximação entre o Direito e a Moral, Ética, Justiça, etc.

39 BORGES DE OLIVEIRA, 2015, p. 106.

De acordo com esse resgate da doutrina de Kant, o indivíduo é um fim em si mesmo, possuindo valor, diferenciando-se do objeto, que tem preço. O objeto é utilizado para se atingir um fim e é fungível, diferentemente do ser humano. Assim, a dignidade humana, antes de ser uma característica fundamental do homem, é um princípio que guia toda a estrutura constitucional, colocando-se, de certa forma, acima dela, sendo garantia inerente a todo Estado Constitucional.

A expansão da jurisdição constitucional e seus novos aspectos, além de ser uma necessidade de um sistema de direitos eficazes, acaba sendo, também, consequência de um modelo neokantiano de se visualizar o direito constitucional. A jurisdição constitucional, neste novo estado de ânimo, se tornou a garantia, a chave, para assegurar que os direitos serão consolidados, ainda que os demais Poderes não colaborem para tanto⁴⁰.

Diz-se, principalmente, a partir da visão edificada neste estudo, que a realização da Constituição em Estados Democráticos de Direito é a realização da própria democracia. Assim, quando a jurisdição constitucional avança na linha entre interpretação e construção o faz justificada pela garantia da própria democracia.

Além disso, é de se ressaltar que a extensão da jurisdição constitucional acabou decorrendo, também, de uma “preocupação com o futuro democrático”⁴¹, principalmente com as bases que estruturam o Estado Democrático de Direito, de forma que o Judiciário sempre garantisse não apenas a efetivação, mas a manutenção da estrutura sistemática.

Claro que nesse contexto sobreleva-se um tipo de preocupação em relação ao interpretacionismo e à segurança jurídica que se espera do Estado de Direito, dado o fato de o constitucionalismo temperar o sistema legal com uma margem principiológica. Aqui nos valem de algo que já foi dito neste estudo: a Constituição não deve servir para moldar e nem para engessar a realidade. Para justificar a incisão do Judiciário, sempre se deve servir da motivação racional e embasada na Constituição.

40 “Em particular no que toca à figura do Juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade – o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão, passando, nesta sua tarefa, a envolver a **responsabilidade pela interpretação constitucional** e, conseqüentemente, **pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica**. Uma **função orientadora**. De uma justiça constitucional defensiva aporta, no século XXI, na configuração de uma **justiça constitucional de orientação**” (CAGGIANO, 2011, pp. 17-18).

41 CAGGIANO, 2011, p.18.

Além disso, é relevante introduzir, desde já, a ideia de quão falseada é a perspectiva de que o julgador é mero aplicador da lei, e não um tipo específico de criador, legitimado para tanto.

A democracia é valor preponderante no neoconstitucionalismo. Não é possível visualizar qualquer Estado Constitucional de Direito que não seja guiado pelo status de democrático⁴². Note-se, pois, que a existência de um Direito a subsidiar o Estado, protegendo-o contra si mesmo, impondo limites ao próprio Direito, efetivando a igualdade substancial e conferindo rotas e lupas interpretativas, configura o núcleo da democracia. Como imaginar uma sociedade pluralista que não seja democrática?

Há mesmo uma questão de origem que impede qualquer maior discussão acerca da força democrática em Constituições como a nossa. Quando a Constituição é promulgada por representantes do povo, ainda que não deixando de atender a certos anseios particulares, mas considerando a força ideológica local e a vontade de sobrepor-se a um regime odioso, não resta dúvidas de que estamos frente a uma Constituição democrática, adjetivando a própria Carta Maior.

E, nessa toada, a prevalência da Constituição, a interpretação e concretização constitucionais e a jurisdição constitucional acabaram se tornando instrumentos para garantir a eficácia e a estabilidade da democracia em face das transigências locais, precipuamente aquelas que, disfarçadamente, atacam o cerne da democracia.

Claro que, imediatamente após a queda de um regime antidemocrático, embora a “vontade de democracia” fosse grande, seria ingênuo supor que a mesma obtivesse instantaneamente maturidade no Brasil, ainda que fornecendo as bases ideológicas da Constituição. A democracia é valor em constante crescimento e desenvolvimento. Naquela época, por exemplo, é necessário lembrar que, a despeito de tal vontade democrática, havíamos perdido há pouco tempo a queda de braço com as eleições indiretas na famosa Emenda Dante de Oliveira. A fortíssima propaganda das *Diretas Já*, escorada em uma aprovação popular de 84%, segundo o IBOPE, não foi suficiente para aprovar o pleito.

42 Imprescindível a observação do mestre Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 43): “Na verdade, vigora atualmente a crença numa simbiose entre constitucionalismo e democracia, democracia e constitucionalismo. Assim, o estabelecimento de Constituição é visto como o mesmo que instituição da democracia e a instituição da democracia passa pela adoção da Constituição”.

E mesmo após trinta anos de promulgação da famosa “Constituição Cidadã” não há muitos motivos para se afirmar que vivemos sob uma plena democracia. Pelo contrário, o ideário constitucional ainda está muito longe de ser alcançado, embora seja inegável que a *vontade de democracia* já permeie grande parte da vontade popular e a eficácia do direito seja tema cotidiano dos Poderes. Assim, a democracia segue em plena construção.

Surge, então, a questão acerca da sua implementação, por meio da ação da jurisdição constitucional ao tentar dar eficácia à Constituição ou se, ao contrário, tal diretriz acabaria conduzindo a um sentido completamente oposto, muitas vezes alcunhado de *ditadura do Judiciário* ou de *Supremocracia*⁴³.

Canotilho, estudando as dimensões sedimentadas da soberania popular, lembra que para Peter Badura, em *Die Parlamentarische Demokratie*, e Ernest-Wolfgang Böckenförde, é a Constituição que, estando *material, formal e procedimentalmente* legitimada, fornece o “plano da construção organizatória da democracia” (*organisatorischer Bauplan der Demokratie*), pois é por meio da Constituição que se mede serem as decisões e manifestações da vontade popular jurídica e politicamente relevantes, diante do atendimento de certos pressupostos e procedimentos⁴⁴.

A própria Constituição da República Portuguesa oferece, em seus artigos 2º e 10º, exemplos de aspectos *materiais e procedimentais* a guiarem o plano democrático. Quanto ao primeiro, por exemplo, pode-se falar em pluralismo de expressão e organização política democráticas, respeito e garantia de efetivação de direitos e liberdades fundamentais, separação e interdependência de poderes e aprofundamento de democracia participativa. Quanto ao segundo, cumpre mencionar o sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico e a necessidade da intermediação pelos partidos políticos.

Nossa Constituição é rica em exemplos análogos, bem como outras questões relativas aos mesmos aspectos. Uma norma procedimental, entre nós, que já fora alvo de discussões acaloradas, apresenta-se no artigo 16, que estabelece a necessidade de respeito à anterioridade eleitoral para mudanças no procedimento das eleições. No julgamento do Recurso Extraordinário 633.703, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, a despeito da vontade popular que guiava tal pleito, nem mesmo a melhor das leis

43 VIEIRA, 2008, p. 441.

44 CANOTILHO, 2007, p. 292.

poderia romper com as regras do jogo. O respeito ao estatuído constitucionalmente, longe de afastar a democracia, se tornava consagração formal da mesma.

É claro que a Constituição era um termômetro da vontade popular acerca da aplicação da Lei da Ficha Limpa. Mas também o era em relação à necessidade de se realizar mudanças de tal magnitude com um prazo mínimo de um ano de vigência. A necessidade de uma ordem e de respeito às regras do jogo não podem ser tidas como mais valiosas, mas como direcionadoras de um *modus operandi*. A vontade popular do pleito era absolutamente legítima, tanto que considerada constitucional pelo próprio Supremo no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, sem considerar o fato da Lei Complementar 135/2010 ter forte raiz difusa. Mas ela não pode ser legítima a qualquer preço, sob pena de subversão da ordem instaurada, de desrespeito aos próprios princípios apoiadores da democracia e de uma revolução institucional.

Há alguns anos, no dia 17 de dezembro de 2012, o STF se deparou com uma situação inédita. No intuito de atabalhoar o processo legislativo, realizando votação no apagar das luzes, o Congresso Nacional tentou criar um certo “regime de urgência para apreciação de vetos”, não previsto na Constituição, com o intuito de aprovar determinados artigos do Projeto de Lei 2.565/2011 que haviam sido vetados pela Presidenta Dilma Rousseff. Os artigos tratavam da redistribuição dos royalties decorrentes da exploração de petróleo nos contratos em vigor, prejudicando os Estados produtores.

A liminar deferida nos autos do Mandado de Segurança 31.816 pelo Ministro Luiz Fux ressaltou que a Constituição impõe prazo de 30 dias para a deliberação acerca do veto presidencial, que deve ser feita em ordem cronológica da sua comunicação ao Legislativo, impedindo a criação de regimes de urgência para atalhar a fila.

O Ministro ainda lembrou que “aos olhos da Constituição, todo e qualquer veto presidencial é marcado pelo traço característico da urgência, que resta evidente pela possibilidade de trancamento da pauta legislativa em razão da sua não avaliação oportuna (...) Daí por que não há vetos mais ou menos urgentes. Todos o são em igual grau”.

O Congresso alegava que a criação desses regimes de urgência se tratava de matéria *interna corporis*. Contra esse tipo de alegação, o Ministro ressaltou que “é paradoxal que, em um Estado Democrático de Direito,

ainda existam esferas de poder imunes ao controle jurisdicional”. O fato de a matéria cuidar de interesses das maiorias parlamentares não autorizaria a criação de regimes de exceção, impedindo que, com medidas no apagar das luzes, se frustrasse o debate e a cooperação democrática inerentes à toda discussão parlamentar.

Novamente aqui são válidas as palavras de Carl Schmitt: “quem domina 51% pode tornar ilegal, legalmente, os 49% restantes”⁴⁵.

A democracia não se compatibilizaria com regimes de urgências ou estados de exceção. A maturação intelectual dos projetos do Estado de Direito, sejam legislativos ou em outras esferas, é medida necessária para se evitar que medidas tomadas de forma apressada possam se tornar inconsequentes e contrárias à própria democracia, ainda que eleitas pela maioria dos legitimados.

Lembre-se o que falamos a propósito inicial deste artigo: contra a utopia que negligencia as transições, é justamente o tempo híbrido que demonstrará como se efetivar a Constituição, de forma que nem se amarre o intérprete ao canto eterno das sereias e nem o coloque em uma posição absolutamente ilusória e erroneamente criativa sobre o projeto constitucional.

Neste caso mencionado, contudo, após a apreciação do Plenário em 27 de fevereiro de 2013, o STF, por maioria, cassou a liminar concedida com os fundamentos acima delineados, firmando-se no sentido de que tais assuntos são imunes ao controle jurisdicional, por tratarem de matéria *interna corporis*, embora ao mesmo tempo tenha entendido que houve descumprimento das cláusulas constitucionais que disciplinam a apreciação de vetos.

5. Conclusão

Quando se fala em projeto constitucional, por evidente, os teóricos do Estado sempre apontam uma consequência inerente à existência de uma diretriz duradoura. O problema de como o passado possa guiar o futuro, sem que no futuro se pretenda desviar dos objetivos do passado, mas tão somente articulá-los para oferecer respostas temporalmente mais adequadas sempre existiu e sempre existirá na temática do tempo do Direito.

Mais do que isso, questiona-se se o projeto democrático seria realmente eterno. Mas esse é um problema de base, visto que, se o Estado é

45 SCHMITT, 1971, p. 49.

uma ficção jurídica criada para organizar e direcionar a sociedade, isto é, o povo, nada mais natural e consequente do que o modelo que se apresenta leve em consideração a ampla participação popular, o que culmina na própria democracia. Assim, enquanto houver Estado Constitucional, a democracia lhe perseguirá.

Nesse novo paradigma do Estado, ao melhor modelo das revoluções científicas de Kuhn⁴⁶, a defesa dos preceitos constitucionais de uma Constituição materialmente garantidora, apesar de requisitada de todos os Poderes do Estado, acabará encontrando no Judiciário seu fiel guardião. Assim, o Judiciário sai de uma posição pré-revolucionária bastante amíuê e passiva para assumir no contexto contemporâneo o papel protagonista: a última palavra do Estado Constitucional.

Seja no *judicial review* ou no modelo kelseniano, a ideia que circunda o controle de constitucionalidade se apresenta da mesma forma: a necessidade de que o Judiciário garanta a supremacia da Constituição por meio do controle dos atos estatais inferiores a ela, restando, assim, assegurado o projeto constitucional de outrora, mas sempre pendente de mutações interpretativas.

Evidente que o esforço trará em si o risco do abuso, na medida em que os liames entre a interpretação jurisdicional e a legislação judiciária não se mostram sempre tão óbvios. Partindo da premissa de Kelsen, de que a tarefa do julgador sempre terá em si uma vertente criativa⁴⁷, torna-se necessário delimitar até que ponto essa criação não adentra à esfera detidamente legislativa.

Ademais, como pudemos expor, se a Constituição possui uma origem democrática, marcada pelo pluralismo na sua confecção, as tentativas de lhe conferir efetividade nada mais são do que escorços democráticos. Assim, não há como negar que o Judiciário ativista parta desta mesma raiz. O problema é que o excesso interpretacionista pode conduzir ao desbalanceamento dos freios e contrapesos, ofendendo a separação entre os poderes, por conta de possíveis abusos por parte da esfera jurisdicional.

Deve-se ressaltar, claro, que o controle de constitucionalidade traz ao Judiciário o papel de abordar temas que, por estarem materialmente

46 “[...] uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerado inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la (...) Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, *bem como* sua comparação mútua” (KUHN, 1997, p. 108).

47 KELSEN, 2007, p. 124 e ss.

inseridos na Constituição, não eram objeto de análise jurisdicional no direito pré-revolucionário, inclusive questões políticas tidas como inerentes à análise governamental ou de abrangência das atividades legislativas.

Tampouco se pode olvidar que, tal qual a legislação, não há como afastar a identificação do conteúdo moral das decisões, seja pela formação ideológica do julgador, seja pela influência da confecção da norma, ou mesmo pelo fruto decorrente da interpretação realizada de forma não imune ao ambiente moral.

Diante desse quadro, alguns doutrinadores oferecem a saída da racionalização das decisões judiciais, de modo que os julgadores possam, na medida da construção jurisdicional, justificá-las sob a égide de fundamentos que ofereçam subsídio lógico-estrutural para os motivos determinantes, modelo bastante significativo diante de preceitos polissêmicos ou do embate de princípios constitucionais.

Indo além, entendemos que a racionalização deve estar permeada pela razoabilidade. Uma racionalização razoável, de forma que a interpretação judicial possa ser exprimida a partir de um raciocínio lógico que não desvirtue o conteúdo gramatical da mensagem. Em adição, tudo isso concatenado a partir do desafio do tempo entre a Constituição de ontem – o projeto e as pedras intocáveis – e a Constituição de hoje que possa refletir os anseios sociais e a atualização das perspectivas.

A jurisprudência, ademais, demonstrou que, sempre chamado, quase sempre o Parlamento se mostra inerte à advertência, recalcitrante em sua omissão, deixando graves problemas da sociedade sem a devida regulação legislativa.

Nessas situações, a sociedade buscará nas Cortes o remédio, não mais para apenas advertir o Legislativo, mas também para sanar a omissão apontada, o que, se não realizado de forma cautelosa, indicará um atropelado ingresso do Judiciário na vida legislativa.

Como procuramos demonstrar, é evidente que os motes interpretacionistas podem conduzir a resultados diversos. E mesmo em face de quadros que exigem a justificação racional da construção jurisprudencial, não assusta a possibilidade ampla de entendimento do Judiciário, por vezes procurando conduzir sua motivação para alcançar a finalidade pressuposta.

A luta pela efetivação do princípio democrático traz em si mais do que a simples apuração de que se trata de um dever de todos. Oferecerá sempre o questionamento de quem exatamente e de que forma buscará implementar direitos que servem para estruturar a democracia.

Nesse diapasão, é natural que as dificuldades se apresentem, ainda mais considerando o embate de poderes, a possibilidade da quebra dos equilíbrios, a abertura dos preceitos e a ampla margem interpretativa. E, além disso, o constante desafio do tempo híbrido a questionar, durante toda a existência, se aquela Constituição do passado é a mesma que desejam os homens de hoje e desejaram os homens do futuro.

Referências

- BEÇAK, Rubens. 'Nenhuma Constituição é eterna', diz o dr. Beçak. [22 de maio, 2011]. Ribeirão Preto: *Jornal A Cidade*. Entrevista concedida a Hélio Pellissari.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?* Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v.1, p-5-23, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CHOMSKY, Noam. *Secrets, lies and democracy*. Tucson: Odonian Press, 1996.
- ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: Studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HÄBERLE, Peter. Lições de direito constitucional: entrevista [15 de agosto, 2011]. Brasília: *Revista Jurídica Consulex*.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- MANENT, P. *Les Libéraux*. Paris: PUF, 1986. t.2.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru: EdUSC, 2005.
- PRZEWORSKI, Adam. *Sustainable democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introduzione all diritto costituzionale comparato*. 3ª ed. Milano: Dott. A Giuffrè Ed., 1974.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.
- SERRAGLIO, Priscila Zili; ZAMBAM, Neuro José. Democracia e internet: pensando a limitação do poder na sociedade da informação. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.49, p.114-141, jul./dez. 2016.
- SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1988.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. v.2. New York: Vintage Books, 1954.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

Recebido em 29 de janeiro de 2016.

Aprovado em 24 de janeiro de 2018.