

5 Conclusão

Nas democracias contemporâneas, é marcante a presença das altas instâncias jurisdicionais e dos Tribunais Constitucionais na tomada de decisões que interessam a todos ou a segmentos expressivos da sociedade civil. No Brasil, esta presença, aqui representada pelo Supremo Tribunal Federal, ganhou notoriedade com o processo de democratização e a promulgação da Constituição de 1988. Esta criou as condições normativas para que o Supremo se transformasse numa arena cada vez mais demandada por minorias políticas e entidades da sociedade civil na busca de resolução de conflitos políticos, pois a Lei Fundamental brasileira, simultaneamente, atribuiu ao STF competências típicas de um Tribunal Constitucional – com destaque para o controle abstrato de normas – e ampliou o direito de propositura da ADIn e das demais ações de fiscalização abstrata, principalmente ao legitimar as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Tal quadro normativo possibilitou que entidades da sociedade civil reivindicassem a revisão de decisões políticas tomadas na órbita dos poderes Legislativos e Executivo e, através da linguagem do direito, levassem ao Supremo suas demandas políticas, exigindo da Corte decisões cruciais para a vida política do país. Ainda em nível normativo, não se pode olvidar que o congresso constituinte brasileiro introduziu a moralidade política no coração da Constituição e optou por um texto abrangente, constitucionalizando matérias tradicionalmente relegadas ao direito ordinário, de forma que qualquer conflito surgido hoje no cenário político nacional se configura de natureza constitucional, e reclama do STF uma decisão.

Todavia, o processo concretização dos dispositivos constitucionais possui um grau de imprecisão tal que uma certa dose de subjetivismo e voluntarismo pode apresentar-se ao magistrado, que, por sua vez, tem a responsabilidade de tomar decisões corretas. Ou seja, o órgão decisor normalmente pode proferir decisões criativas, fato que se acentua com amplo espaço deixado para interpretações construtivas nos textos constitucionais contemporâneos. Aliando-se isso ao grande número de questões decididas pelo Judiciário, induz-se a percepção de que há um

excesso de intervenção judicial a colocar em tensão os ideais de democracia e Constituição.

Em face dessa tensão entre Estado de Direito e democracia, as obras de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas mostram-se bem proveitosas para examinar como pode um Tribunal Constitucional ou Corte Suprema agir legitimamente na concretização do direito. Primeiro, Dworkin, ao desenvolver o seu conceito de democracia constitucional, pressupõe que uma comunidade forma uma entidade distinta de seus membros, e estes apenas integram tal comunidade à medida que compartilham princípios comuns e possuem direitos fundamentais, que lhes conferem uma independência moral em relação às decisões majoritárias. Com tal premissa, Dworkin justifica por que não é antidemocrático afirmar que princípios comuns e direitos fundamentais limitem os acordos políticos majoritários.

O jurista norte-americano entende que a técnica para reivindicar os direitos fundamentais, entendidos como uma condição da democracia, é bem mais desenvolvida no discurso judicial, pois nele as questões de moralidade política são debatidas como questões de princípios e não, tão-somente, de poder político. Em contrapartida, Dworkin também está preocupado com o controle da discricionariedade judicial, para que o Judiciário não se transforme em uma instância autoritária. Assim, no dever de proferir decisões corretas, a sua teoria põe diante do Juiz critérios prévios – regras, princípios e diretrizes políticas – capazes de pré-determinar a sua decisão. Contudo, em face da dificuldade da tarefa de conhecer as regras e todos os princípios aplicáveis aos casos difíceis, atribuindo-lhe o peso correto no caso concreto, Dworkin recorre ao recurso contrafático de um juiz ideal, que conhece e domina todos os princípios de uma determinada comunidade e é capaz de atribuir peso a cada um deles diante de uma situação específica e, assim, proferir a decisão correta. Dessa maneira, além do conceito substancialista de democracia constitucional, o que Dworkin faz pressupondo uma confiança antropológica nas tradições, ele também desenvolve a idéia de um juiz que, agindo monologicamente, tem a pretensão de privilégio cognitivo, e é capaz de proferir a decisão correta.

A perspectiva teórica dworkiniana, não obstante rica e avançada, não se mostra adequada para realidades em que os contextos históricos devem ser apropriados criticamente, além de não enfatizar o potencial de racionalidade emergente do diálogo com uma esfera pública pluralista. Por isso, a opção pelo referencial analítico habermasiano, que desenvolve um conceito procedimentalista de democracia deliberativa, através do qual a democracia não fica na dependência de valores éticos substantivos comuns. A partir do diálogo contemporâneo entre liberais e republicanos, o pensador alemão defende a tese de que, conceitualmente, não há prevalência nem dos direitos humanos nem da soberania popular, tendo em vista que da idéia de auto-legislação resulta um nexos interno entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Habermas, então, defende a tese de que a democracia depende da institucionalização dos pressupostos comunicativos necessários para formação livre e inclusiva da opinião e da vontade, o que implica valorização da esfera pública, que introduz a dimensão *dialógica* na democracia e a conecta com a produção de racionalidade. Nessa perspectiva, a prática democrática transcende o sistema político e o aparato social, possibilitando um amplo debate público, em que diversos argumentos possam penetrar nas instâncias decisórias.

Em Habermas, os cidadãos, autores e destinatários de seus direitos, devem ter a possibilidade de participar não apenas dos procedimentos dialógicos de produção das normas, mas também nos processos de aplicação do direito. Os procedimentos e pressupostos comunicativos funcionam como uma comporta através da qual a ação comunicativa proveniente da periferia pode migrar para o centro do sistema político – centro que não é apenas constituído pelo parlamento, mas também pelos tribunais e pela administração. Com isso, o autor elabora o paradigma procedimental do direito, visando assegurar as condições necessárias para que os atingidos pelas decisões judiciais possam interpretar e concretizar os dispositivos constitucionais.

A teoria do discurso rechaça a atuação paternalista do Tribunal Constitucional, pois são grandes os riscos de disfarçarem os juízes seu decisionismo ao entender a Constituição como uma unidade valorativa. No processo de interpretação constitucional não está o órgão decisor dotado de capacidades morais especiais, nem detém o monopólio do saber necessário para decidir. Ao contrário, não

é legítimo que o Tribunal se comporte como um guardião de uma suposta ordem de valores substantivos ou regente republicano da cidadania, e suas decisões não estão imunes à crítica de uma ampla comunidade de intérpretes.

O Tribunal, para agir legitimamente, deve limitar-se a proteger o processo de criação democrática do direito e as condições para a gênese democrática da lei. Nessa tarefa de concretização do direito, o órgão jurisdicional está obrigado a produzir decisões corretas. Para tanto, mais uma vez se enfatiza a dimensão dialógica, de maneira que os potenciais de racionalidade provenientes de uma esfera pública inclusiva devem penetrar na instância jurisdicional. A recusa do juiz monológico e a defesa de formas de participação que aliviem o órgão jurisdicional do fardo de proferir decisões corretas resultam na adoção do conceito de comunidade de intérpretes da Constituição, ou seja, na defesa de que atores informais tomem parte no processo hermenêutico de concretização dos dispositivos constitucionais.

Aceitando a tese de que o diálogo com a comunidade de intérpretes contribui para correção das decisões judiciais, analisa-se como a Corte brasileira tem definido as entidades que podem participar do processo de fiscalização abstrata. Antes, porém, faz-se necessário traçar melhor as características gerais da Constituição brasileira e de como o congresso constituinte concebeu o STF. Nesse sentido, cabe notar que o texto final da constituinte resultou de um processo de ampla participação popular e trouxe a marca do constitucionalismo comunitário brasileiro. Com efeito, este compreende a Constituição como uma ordem de valores compartilhados por uma determinada comunidade política, ao mesmo tempo em que defende a institucionalização de uma Corte Suprema destinada a zelar pela supremacia da Constituição. Nesse sentido, a Constituição conferiu ao Supremo, com todas as suas garantias funcionais e institucionais, a tarefa de interpretar e proteger objetivamente o texto pátrio, a partir da provocação e da participação de uma ampla comunidade de intérpretes.

Ocorre que o próprio processo de fiscalização abstrata, assim como inúmeras matérias do texto constitucional, não possuem uma definição completa no texto constitucional. Tal processo reclamou por uma concretização do Supremo Tribunal Federal em diversos aspectos, inclusive na definição dos atores que podem deflagrá-

lo. A despeito da edição da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADIn e da ADC, este diploma legal veio corroborar inúmeros aspectos relevantes do processo de controle abstrato de constitucionalidade tal como concretizado pela própria jurisprudência do STF, ao longo dos mais de dez anos em que tais ações não possuíam disciplina legislativa. A referida lei apenas introduziu algumas novidades, com destaque para introdução do mecanismo do *amicus curiae* no direito brasileiro, cuja importância reside exatamente no fato de que se institucionalizou mais um procedimento através do qual as opiniões e argumentos dos atores informais da sociedade brasileira podem influenciar as decisões do Supremo.

Através da concretização destes mecanismos constitucionais que abrem a Constituição para a comunidade de intérpretes, a saber, o direito de propositura e o recente instituto do *amicus curiae*, pode avaliar-se como a Corte tem entendido a participação dos intérpretes no processo abstrato de normas. Ou seja, observa-se se o Supremo, pela jurisprudência que definiu os intérpretes da Constituição, tem proporcionado que grupos significativos da sociedade civil levem suas demandas políticas à Corte, estabelecendo um diálogo no processo de concretização dos dispositivos constitucionais.

Primeiro, na definição dos autores com direito de propositura, deve-se notar que o Supremo se mostra excessivamente formalista em relação a entidades da sociedade civil previstas no art. 103, IX, da Constituição. Ao interpretar tal dispositivo constitucional, o STF fixou requisitos demasiados restritivos para que segmentos da sociedade civil brasileira possam levar suas demandas em sede de controle abstrato de normas, impedindo o acesso de grupos de elevada representatividade nacional para contestar objetivamente uma decisão política potencialmente lesiva à Constituição.

Além dessa restrição, a exigência da relação de pertinência temática, que tampouco está expressa na Constituição nem em diploma legislativo algum, impede que questões relevantes cheguem à apreciação da Corte, mesmo para aquelas entidades que consigam atender aos rígidos critérios fixados pelo Supremo. Além disso, a demonstração de pertinência temática contradiz a própria jurisprudência do

STF, quando definiu o processo abstrato de normas como um processo objetivo, em que não importa os interesses das partes envolvidas, e sim a defesa objetiva da ordem constitucional. Esta exigência cria, por fim, uma injustificada diferenciação entre os legitimados para propor as ações de fiscalização abstrata, pois estabelece, de um lado, as autoridades e entidades que podem propor a ADIn sem ter de demonstrar interesse específico no caso, e, de outro, os legitimados que tem o seu direito de propositura condicionado à defesa de seus interesses corporativos. Dessa forma, além de submeterem-se aos rígidos critérios estabelecidos pelo STF para propor as ações do processo objetivo, as entidades da sociedade civil ainda têm de demonstrar que o objeto da ação guarda relação com as suas finalidades institucionais, para que o seu mérito seja apreciado. Isso compromete a atuação dessas entidades como intérpretes da Constituição, objetivamente considerada, fazendo com que suas demandas sejam extintas sem que o Supremo não lhes aprecie sequer o mérito.

Por isso é que o excesso de rigor formal para qualificar-se como entidade de âmbito nacional, bem como a exigência de pertinência temática comprometem a judicialização da política, entendida como um amplo processo hermenêutico, mediante o qual a comunidade de intérpretes procura dar densidade aos princípios abstratamente previstos na Constituição. Isso porque inabilita atores sociais de alta representatividade de levantar argumentos válidos na interpretação constitucional, comprometendo, por via reflexa, a própria legitimidade da Corte na tarefa de produzir decisões corretas, à medida que sua jurisprudência limita o diálogo que cerca o processo de aplicação das normas constitucionais.

Quanto ao instituto do *amicus curiae*, embora recente no direito brasileiro e ainda aberto a uma melhor concretização, verifica-se, na jurisprudência do STF, uma concepção um pouco mais otimista. O Supremo mostra-se ciente de que tal novidade pode pluralizar o debate constitucional. Através do amigo da Corte, o processo abre-se a terceiros informais, que não figuram como parte do processo, e que não apenas podem dar um suporte técnico como também apresentar argumentos valiosos, auxiliando, através da livre exposição de razões e contra-razões, a Corte Suprema na árdua tarefa de proferir decisões corretas. Em que pese a consciência do STF sobre as vantagens do referido instituto, ressalvas devem ser feitas quanto ao excesso de poder

conferido ao relator, que detém o monopólio de admitir ou negar a participação do amigo da Corte no processo de fiscalização abstrata. Não há previsão de outro mecanismo jurídico através do qual o terceiro informal possa ingressar no feito. Sua admissão sujeita-se sempre ao entendimento que o relator tem acerca da representatividade dos postulantes e da relevância da matéria discutida no processo.

Por fim, cumpre notar que por mais que a Constituição preveja a existência de mecanismos processuais visando dar efetividade a seus princípios e aumentar o grau de participação na sua interpretação, uma realização democrática dos princípios constitucionais não depende exclusivamente dessa previsão constitucional e da atuação dos Tribunais Constitucionais, mas principalmente do nível de pressão social e da mobilização política que se exerça sobre eles. Ao lado dos mecanismos que permitem aos argumentos advindos da esfera pública entrar no processo decisório, também uma boa dose de assédio por parte da sociedade civil e da esfera pública nos tribunais é bem-vinda para favorecer a legitimidade da Corte. Assim, em uma democracia, o processo de judicialização da política, da mesma forma que as outras formas de tomada de decisões políticas, faz tanto mais sentido quanto mais ele for conectado a uma cidadania ativa, que se faça presente neste processo e na sociedade como um todo.