

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A CRISE DA DEMOCRACIA

Delamar José Volpato Dutra¹

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

RESUMO: o texto defende a tese de que o constitucionalismo brasileiro tomou viés mais jurídico-liberal do que democrático. É nesse sentido que o discurso dos direitos parece ter uma importância maior do que aquele da deliberação política. O estudo defende que esse diagnóstico está de acordo com o papel de destaque que o STF tem tomado no cenário político brasileiro.

Palavras-chave: direitos, democracia, controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: the text defends the thesis that Brazilian constitutionalism took a more liberal-legal rather than democratic bias. It is in this sense that the discourse of rights seems to be of greater importance than that of political deliberation. The study argues that this diagnosis is in accordance with the prominent role that the STF has taken in the Brazilian political scenario.

Keywords: rights, democracy, judicial review

NEUMANN: MODELO ALEMÃO E MODELO INGLÊS DE ESTADO DE DIREITO

Se, por um lado, na modernidade, o constitucionalismo serviu para limitar os poderes das monarquias absolutas, também mostrou desconfiança em relação à democracia (ELY, 1980). Esse é o diagnóstico de Habermas a respeito de Hobbes: “Se assumirmos a perspectiva de Kant e olharmos para trás em direção a Hobbes, descobriremos um modo de ler que vê em Hobbes um teorizador de um Estado constitucional burguês [bürgerlichen Rechtsstaates] sem democracia, muito mais do que o apologeta do absolutismo desenfreado” (NEUMANN, 2013, p. 122-3). Ou seja, o soberano de Hobbes não praticaria a justiça de Kadi: “O Kadi baseia sua decisão exclusivamente na avaliação do caso individual que lhe é apresentado, e não é compelido

¹ Graduado em Filosofia e em Direito, doutor em Filosofia pela UFRGS, com estágio de doutorado na Université Catholique de Louvain, Bélgica. Fez pós-doutorado na Columbia University (New York), tendo como tema "Dworkin's Rationality of Adjudication and Habermas Critical Appraisal". Fez também pós-doutorado na Aberystwyth University (País de Gales, Reino Unido), tendo como tema "Habermas's Critique of Kant and Hobbes". É professor titular da Universidade Federal de Santa Catarina. É pesquisador do CNPq desde 1999 e atualmente compõe o CA-Filosofia. O projeto de pesquisa ora em curso versa sobre "A fundamentação da ética discursiva e a tese da complementaridade entre a moral e o direito". Pesquisa sobre a fundamentação e a aplicação do direito, bem como sobre a relação entre moral, direito e política. Publicou os livros "Razão e consenso em Habermas", "A reformulação discursiva da moral kantiana" e "Manual de Filosofia do Direito". djv Dutra@yahoo.com.br

a fundamentar sua decisão em normas gerais, nem de fato ele assim o faz" (NEUMANN, 2013, p. 76).

Em seu estudo sobre o Estado de direito, Neumann contrasta o que ele nomina de modelo inglês e alemão:

"Na doutrina inglesa, o centro de gravidade reside na determinação do conteúdo das leis pelo Parlamento. A teoria alemã não está interessada na gênese do direito, e diz respeito imediatamente à interpretação de um direito positivo, que surgiu de um certo modo e em um certo lugar. A teoria alemã é liberal-constitucional; a inglesa, democrático-institucional. [...] A burguesia inglesa traduziu sua vontade em direito por intermédio do Parlamento; a burguesia alemã encontrou leis que eram sistematizadas e interpretadas de uma maneira muito refinada com a finalidade de assegurar o máximo de liberdade contra um Estado mais ou menos absoluto" (NEUMANN, 2013, p. 315-6).

Essa formulação de Neumann ainda conserva um valor para compreender o constitucionalismo brasileiro, a despeito do comentário sarcástico de Rousseau, Livro III, cap. XV, concernente à democracia representativa:

"Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes: não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei. O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o uso, que dela faz, mostra que merece perdê-la".

O MODELO BRASILEIRO DE ESTADO DE DIREITO

O modelo de constitucionalismo brasileiro parece se aproximar mais do modelo alemão, tal qual definido por Neumann. Ou seja, todos os grupos tentaram pôr seus direitos na Constituição, não só por desconfiarem do Estado brasileiro, mas também devido a desconfianças em relação à democracia. Não por nada, depois de trinta anos, o poder judiciário acabou assumindo papel preponderante, na medida em que a Constituição foi, assim, operada ao modo liberal do individualismo, cada um indo ao judiciário demandar contra os demais o que julga ser seu de direito. Nesse ponto, portanto, não seguiu o modelo inglês que por muito tempo nem teve propriamente uma Constituição escrita.

Esse viés mais liberal-constitucional do que democrático-institucional, para usar da terminologia de Neumann, mostra-se, por exemplo, no amplo espectro de cláusulas pétreas substantivas na nossa Constituição, bem como no instituto do controle de constitucionalidade judicial. Ambos os fatores, além de desconfiadas da democracia, tornam mais difícil o equilíbrio dos poderes, especialmente quando o controle de constitucionalidade é judicial e tem ambas as possibilidades, o difuso e o concentrado, pois, no limite, pode haver declaração de emenda constitucional inconstitucional, o que dá a palavra final ao STF, em vez de ao Congresso. Nesse viés, o Brasil tem um constitucionalismo com cláusulas pétreas, controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Os Estados Unidos têm o difuso, sem cláusulas pétreas. O alemão tem o concentrado com cláusulas pétreas. Ainda que se possa justificar o controle de constitucionalidade como podendo ser contramajoritário, na história, não foi unívoco que ele tenha desempenhado esse papel. Veja-se o precedente da Suprema corte americana, "separados, mas iguais", que afirmou a constitucionalidade da segregação por mais de cinquenta anos, bem como os julgamentos das leis contra a sodomia, sem contar estudos como o de HIRSCHL (2004) que mostram uma atuação das cortes constitucionais atuais não favorável às demandas populares no âmbito da economia.

Que o controle de constitucionalidade judicial seja essencial à democracia é desafiado, por exemplo, por Habermas. De acordo com ele,

“o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente despido de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial. A transmissão dessa competência para o tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa” (HABERMAS, 1997, p. 301).

Nesse particular, ele aceita os argumentos de Schmitt contra Kelsen, muito embora não a consequência de que tal controle deveria ser feito pelo executivo (HABERMAS, 1997, p. 302-3). Sabidamente, Schmitt argumentou contra Kelsen que não haveria argumento propriamente jurídico a desafiar a atribuição de tal controle ao judiciário. Para tal, teria que haver aplicação de normas, ou seja, no caso, a subsunção de uma norma a outra, já que, por certo, não se trata da subsunção de um fato a uma norma. O que há na verdade, no controle de constitucionalidade, é a comparação de duas normas gerais. Como resposta, Kelsen alegou que o objeto do controle de constitucionalidade não seriam normas, mas a produção de normas de acordo com o procedimento adequado,

portanto, haveria como que um fato a ser subsumido, a produção das normas. Isso implicaria que todo o controle de constitucionalidade deveria ser processual, o que dificilmente é o caso, ao menos para Habermas. Por isso, as maiores razões para um controle de constitucionalidade seriam não propriamente jurídicas, mas políticas. Ora, justamente nessa seara, Habermas vê boas razões para atribuir ao parlamento tal controle, já que este caráter autorreflexivo de ter que controlar a constitucionalidade de seus próprios atos levaria o legislador a ter mais presente o conteúdo normativo dos princípios constitucionais, além de realizar melhor a submissão do poder administrativo do Estado ao poder produzido comunicativamente (HABERMAS, 1997, p. 300). Dito claramente, um judiciário sem o controle de constitucionalidade seria uma melhor realização da divisão de poderes, tendo em vista uma sociedade democraticamente organizada, ao menos segundo o modelo discursivo. Ou judiciário, sem a competência do controle de constitucionalidade, ou seja, especificamente no caso brasileiro, um judiciário sem o STF, não seria faltoso em relação a uma sociedade democraticamente organizada nos termos da teoria discursiva de Habermas. Exemplifica isso o caso inglês que por muito tempo não teve tal controle, não se podendo dizer, em absoluto, que não fosse uma democracia. A bem da verdade, no caso brasileiro, tal controle se põe na razão política do que Habermas analisa justamente como um paradigma liberal de compreensão do direito, justamente o que Neumann chamou de modelo alemão. Tal paradigma seria caracterizado por uma separação entre a esfera privada e pública, bem como pela compreensão de que os direitos fundamentais seriam direitos de defesa contra o Estado (HABERMAS, 1997, p. 304-5). Habermas, assim como Rawls, estão entre os autores desconfiados do judiciário, em contraste com Dworkin que parece mais confiante na atuação desse poder.

Deveras, a versão de democracia defendida por Rawls sustenta que "The final court of appeal is not the court, nor the executive, nor the legislature, but the electorate as a whole" (RAWLS, 1999, p. 342). Melhor dito, "The constitution is not what the Court says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is" (RAWLS, 1996, p. 237). Sem contar que Rawls desenha a desobediência civil como componente da corte de apelo suprema com relação à interpretação da Constituição.

Seja como for, o mais estranho é que um leitor kelseniano da Constituição, quando lesse seu artigo 1º., teria uma outra impressão, já que o mencionado dispositivo parece ter

posto o acento na democracia, não no Estado de direito, senão veja-se: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]" Aliás, a nossa Constituição, salvo melhor juízo, nem usou diretamente a expressão *Estado de direito*. Usou, sim, Estado democrático de direito, o que não parece ser casual, já que, quiçá, trinta anos atrás, tratava-se de pôr o peso maior na democracia, não no Estado de direito. Veja-se que um autor como Habermas, no seu estudo sobre o direito, usa a expressão Estado de direito democrático [demokratischen Rechtsstaats]. Essa formulação parece apontar justamente na direção inversa do diagnóstico aqui feito. Ou seja, parece indicar no sentido do que Neumann denominou de modelo inglês, um modelo democrático com base no parlamento.

A TESE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DE NEVES

Como explicar essa aparente oposição entre o art. 1º. que institui um Estado democrático de direito e o §4º. do art. 60 que torna cláusula pétrea a própria democracia, bem como um grande conjunto direitos e garantias individuais²? Tal artigo insere-se em uma tradição de pensamento constitucional desconfiada das forças políticas que parecem estar sempre a conspirar um golpe de Estado, bem como um pensamento constitucional desconfiado da democracia (ELY, 1980), pois esta parece estar sempre disposta a ameaçar direitos básicos. Vale registrar que nos trinta anos de vigência da Constituição já houve dois impeachments, o que perfaz quase 25% dos presidentes eleitos no período. Impeachments foram apoiados pela esquerda³ e pela direita, pois se o caso de Dilma foi um golpe, devido a não ter havido crime, então, o mesmo se passou em relação a Color, já que o STF decidiu que ele não cometera crime. No mesmo sentido, muitos partidos

² "§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais".

³ "Não esqueça também que o PT achava todo mundo que não fosse petista um canalha, golpista. A violência na política não está apenas no lado fascista, mas está do lado do populismo" [GIANNOTTI, José Arthur. Forças ocultas na política terão que se civilizar. *Folha de São Paulo*. 16/10/2018 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/forcas-ocultas-na-politica-terao-que-se-civilizar-diz-giannotti.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa [acesso 17/10/2018].

recorrem ao STF em relação a leis que não conseguiram aprovar no congresso. Assim, parece haver o ideário de que não importa a lei, de que a despeito de qual seja a lei, sempre será possível alguma interpretação no âmbito judiciário de uma maneira a carrear os direitos pretendidos, mas que não foram legislados. É Andriex que no poema *Le meunier de Sans-Souci* melhor registra esse viés: em Postdam, Frederico teria dito ao moleiro que não queria vender o seu moinho para ele construir, no lugar, um dos seus palácios: "Sais-tu que sans payer je pourrais bien le prendre? Je suis le maître", ao que o moleiro respondeu: "Vous !... de prendre mon moulin? Oui, si nous n'avions pas des juges à Berlin"⁴.

Só que essa desconfiança generalizada em relação ao Estado brasileiro e em relação à democracia brasileira, esse cuidado em evitar os possíveis malefícios da democracia pelo apelo a instituições mais aristocráticas que democráticas, como o STF, parece deixar a todos em pior situação, o que faz lembrar o dito de Locke, em relação ao soberano de Hobbes: "[...] os homens são tão levianos que tomam cuidado para evitar os malefícios que lhes possam causar furões ou raposas, mas ficam contentes, ainda mais, acham até seguro serem devorados por leões" (LOCKE, 1983 [1690], Livro VII, §93; BICKEL, 1962). Ou seja, uma perspectiva como a do moleiro que não pensa em ter um parlamento que divida o poder com o Rei, mas em um judiciário musculado para enfrentá-lo, pode conduzir ao veredicto de Locke: é temerário apelar a leões como defesa, em vez de apelar a si mesmo.

Vale anotar que, por exemplo, a Constituição americana não tem esse instituto das cláusulas pétreas, ainda que tenha um conjunto de direitos básicos declarados por meio de emendas⁵. Vale anotar, ainda, que o controle de constitucionalidade, lá, foi interpretação pretoriana. Não está no texto da Constituição. Desse modo, no limite, posto não haver texto explícito, seria até mais fácil uma possível desconstrução democrática do mesmo ou a sua formulação em outros termos que não jurisdicionais.

Como, então, para retomar o ponto, explicar esse aparente acento na democracia do art. 1º. com o instituto das cláusulas pétreas desconfiado da democracia. A tese de

⁴ANDRIEX, François. *Le meunier de Sans-Souci*. https://fr.wikisource.org/wiki/Le_Meunier_Sans-Souci. Acesso 29/09/2018.

⁵ Ao analisar esse ponto preciso Rawls (1996) assim se pronuncia: os direitos básicos "[...] are entrenched in the sense of being validated by long historical practice" (p. 239).

Marcelo Neves da constitucionalização simbólica publicada na Alemanha em 1988 (NEVES, 1988), parece servir a esse propósito, tendo sido, inclusive, usada por Habermas para caracterizar um fenômeno mais amplo nos dias atuais.

No caminho da emancipação, da liberdade, ou do que Habermas chama de "progressiva institucionalização de direitos civis iguais" (HABERMAS, 1999, p. 153), em uma época pós-metafísica, a opção revolucionária de alterar as bases éticas de uma cultura via transformação revolucionária do Estado e da sociedade, no seu julgar, não está mais disponível (HABERMAS, 1999, p. 152). Não está mais disponível devido ao um problema que Hegel já detectara, qual seja, aquele de uma demanda excessiva (HABERMAS, 1999, p. 153), ou seja, uma sobrecarga demasiada sobre os indivíduos. Uma tal transformação teria que ser feita pelos canais da democracia constitucional no sentido de um reformismo radical (HABERMAS, 1999, p. 153). No entanto, em muitos lugares, essa possibilidade do reformismo radical encontra no seu caminho a brasialinização, conceito que ele remete ao trabalho de Neves no sentido de que o aspecto simbólico-político das leis ou não contribui para o aspecto normativo-jurídico ou predomina sobre ele, despindo as normas de eficácia. Desse modo, o constitucionalismo brasileiro fornece a categoria da brasialinização, intermediária entre a revolução e o reformismo radical, no sentido de que a norma não é implementada e se esgota no seu sentido simbólico. São normas pretensivas, mas sem concretização. Por certo, a corrupção faz parte desse problema. Como se ouve dizer "a lei não pegou", vide Lei de execução penal, o dispositivo constitucional da celeridade processual, a eficácia da administração pública.

Portanto, a Constituição abre com o art. 1º. que institui um Estado democrático do direito. Logo a seguir, ela mesma cuida de configurar, pelo instituto das cláusulas pétreas, algo mais modesto, um Estado de direito democrático. Mas ela é envergonhada de dizer isso. Não diz porque é desconfiada do seu art. 1º. Então, por que o art. 1º. está lá? Por uma razão mais simbólica do que de eficácia normativa. É a brasilianização no próprio texto da Constituição. Portanto, ela parece adotar o modelo inglês democrático-institucional, com base no Congresso nacional, mas adota, na verdade, o modelo alemão, liberal-constitucional com base na interpretação da lei.

REFERÊNCIAS

ANDRIEX, François. *Le meunier de Sans-Souci*. https://fr.wikisource.org/wiki/Le_Meunier_Sans-Souci. Acesso 29/09/2018.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GIANNOTTI, José Arthur. Forças ocultas na política terão que se civilizar. *Folha de São Paulo*. 16/10/2018 https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/forcas-ocultas-na-politica-terao-que-se-civilizar-diz-giannotti.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa, acesso 17/10/2018].

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. I]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [1992].

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. I]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [1992].

HABERMAS, Jürgen. From Kant to Hegel and Back again – The Move Towards Detranscendentalization. *European Journal of Philosophy*. V. 7, n. 2, p. 129–157, 1999, p. 153.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard: Harvard University Press, 2004.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. [Trad. A. Aiex e E. Jacy Monteiro: Concerning Civil Government, Second Essay]. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 [1690].

NEUMANN, Franz. O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. [R. S. Melo: The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society]. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1936].

NEVES, Marcelo. *Symbolische Konstitutionalisierung*. Berlin: Dunker & Humblot, 1998.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999 [1971], p. 342

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996 [1993].