

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

Vitor Marcelino Borges Costa¹

Resumo: O presente artigo aborda a relação entre a supremacia constitucional e a democracia. Analisa-se também o princípio do Estado de Direito, bem como as diversas interações historicamente havidas entre ele e o princípio do Estado Democrático. Por fim, procede-se a um exame a cerca da compatibilidade entre os dois meios de controle de constitucionalidade e a supremacia da Constituição.

Palavras-chave: Constituição. Democracia. Controle de constitucionalidade

Introdução

No presente artigo científico, se tratará da relação ora harmônica, ora conflituosa, estabelecida entre a supremacia das constituições e ideal do Estado democrático. Neste feito, não se negligencia a importante posição assumida pelo princípio do Estado de Direito, bem como as diversas interações que se constituíram historicamente entre este e os conceitos acima suscitados.

Do conflito existente entre a democracia e o Estado de Direito correspondente ao constitucionalismo moderno, avaliar-se-á a posição de diversos estudiosos, expondo-se, primeiramente, a daqueles que argumentam em prol da dificuldade contra-majoritária, ou seja, de uma democracia alavancada pelo princípio do majoritário, para, em seguida, levantar a argumentação dos que se opõem a ela. Seguidamente, defender-se-á a posição de Luis Pietro Sanchís, como meio hábil para se orientar uma reconciliação entre os conceitos ora trabalhados.

Finalmente, se procede a um exame acerca da necessidade e compatibilidade entre os dois meios de garantia jurisdicional à supremacia da constituição e o princípio democrático, concluindo-se, no final, pela procedência e imprescindibilidade de apenas um deles.

Constituição e estado de direito, um olhar histórico

Das considerações de J. J. Gomes Canotilho (2003) em sua obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pode-se apreender que os diversos movimentos constitucionais (ou constitucionalismos) nasceram sobretudo a partir de meados do século XVIII, constituindo movimentos políticos, sociais, culturais e jurídicos questionadores dos esquemas tradicionais de domínio na esfera política. Segundo o mesmo autor, tratava-se, em realidade, da superação de um modelo antigo de constitucionalismo histórico, fundamentado em tradições que

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí.

legitimavam uma sociedade estamental, por um modelo novo capaz elevar, em dimensão estruturante da sociedade, o princípio do governo limitado frente à garantia de direito individuais e sociais.

Assim, o constitucionalismo moderno nasce como o produto de um momento revolucionário, no qual uma dada classe ascende politicamente ou conquista direitos tidos por imprescindíveis ao seu bem-estar. Todos os avanços políticos, jurídicos, sociais careceriam, não fosse a constituição moderna, de um documento capaz de cristalizá-los, conferindo-lhes longevidade frente a tendências reacionárias e o arbítrio do governo.

Nesse diapasão, fica claro a relação inexorável entre o constitucionalismo moderno e o conceito liberal de Estado de Direito. A necessidade do termo liberal provém da idéia vaga que constitui o caráter essencial da expressão “Estado de Direito” no transcurso histórico das sociedades humanas. Segundo Zagrebelsky (2003), a referida expressão tem como conotação básica a eliminação do arbítrio nas atividades estatais em que forem afetos os cidadãos, através da submissão do poder do Estado ao que estiver disposto nas leis. Todavia, alude o autor, tal formulação revelou-se historicamente carente de conteúdo e chegou mesmo a legitimar, em sua origem, um “Estado da Razão”, mais precisamente o Estado de Polícia característico do século XVIII.

Com o advento do Estado liberal e dos movimentos constitucionalistas modernos, o Estado de Direito ganhou uma expressão material relativa às funções e finalidades do Estado. A sociedade passa, a partir de então, a assumir uma posição central anteriormente ocupada pela cúpula estatal, já esta se vê limitada por uma legislação que não mais expressa seus interesses, mas funciona como instrumento eficaz de garantia dos direitos dos cidadãos e do desenvolvimento das forças naturais da sociedade. Consoante Zagrebelsky,

o Estado de direito assumia um significado que compreendia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação de poderes: um significado particularmente orientado à proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade da Administração. (ZAGREBELSKY, 2003, p. 23, tradução nossa).

Nesse novo conceito de Estado de Direito, entretanto, os documentos constitucionais não assumiam, em sua origem, uma posição central. Segundo Luís Pietro Sanchís (2003), as primeiras constituições reservavam sua força jurídica apenas para as normas formais de organização estrutural dos poderes do Estado ou para aquelas que disciplinavam as relações estabelecidas entre estes. Dessa forma, as normas constitucionais de proteção aos cidadãos

deveriam contar com a indispensável mediação legal. Para Zagrebelsky, tal fato se justificava na base ideologicamente homogênea de produção das leis, qual seja a hegemonia política dos interesses burgueses. Nas palavras do próprio autor:

Assim pois, as leis, ao ocupar uma posição mais alta, não teriam por cima nenhuma regra jurídica que servisse para lhe estabelecer limites, para por ordem. Mas havia necessidade disso. Juridicamente a lei podia tudo, porque estava materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo. Nele se continham as razões dos limites e da ordem, sem necessidade de nenhuma medida jurídica para assegurá-los. (ZAGREBELSKY, 2003, p. 31, tradução nossa).

Não tardou, entretanto, até que este contexto político homogêneo se esmaecesse. Nas sociedades atuais, diversos são interesses colidentes que assumem seus lugares dentro de um processo dialético para a conformação da política e das normas legais. Desta forma, a lei tornou-se a síntese do constante conflito de interesses provenientes dos mais variados organismos sociais, assumindo, assim, uma diversidade de conteúdos fundamentada no pluralismo político.

É nesse contexto que nasce a supremacia das constituições atuais, que são descritas, por Sanchís (2003), como plenas de conteúdos materiais onipresentes, ou seja, conteúdos capazes de se irradiar sobre toda a ordem do direito, garantindo através de sua indelével eficácia jurídica, uma certa uniformidade, indispensável à contenção de um possível exagero na diversidade material das normas legais. É assim que as normas constitucionais passam a incidir diretamente na relação Estado-cidadão e se tornam protagonistas no processo de limitação do poder daquele frente à garantia necessária dos direitos deste. Assim, pois, o Estado de Direito e o Estado Constitucional encontram-se, hoje, no seu momento mais íntimo, podendo-se, inclusive, compreender o segundo como a máxima expressão do primeiro, na qual até mesmo o poder legislativo se vê limitado por normas materiais de garantia.

Democracia e a objeção democrática

Uma vez explanada a história do movimento constitucionalista moderno e suas constantes interações com a evolução do conceito de Estado de Direito, cumpre agora retornar à problemática do presente artigo, qual seja, a relação conflituosa entre a supremacia constitucional, produto final das interações acima descritas, e o princípio democrático. Todavia, para isso, faz-se necessário, *a priori*, uma abordagem do conceito de democracia.

Segundo a doutrina jurídico-constitucional, a democracia é espécie da qual o regime político é o gênero. José Afonso da Silva (2006, p. 124) expõe este em termos simplificados, afirmando que: “Assim, em verdade, o conceito de regime político configura a estrutura global da realidade política com todo o seu complexo institucional e ideológico”. Dessa forma, não se é possível conceber plenamente o regime democrático sem compreender que este impregna os conceitos de forma de estado (federal, unitário, dentre outros) e de governo (monarquia ou república), bem como de sistema de governo (presidencialismo, parlamentarismo, etc.) em todas as suas instituições e valores integrantes.

É sob esta óptica que, provavelmente, Bockenförd trabalha sua idéia de democracia como forma de estado e de governo na obra *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Afirma, inicialmente, o renomado autor que o conceito de democracia se vincula necessariamente ao de soberania popular e fornece a este um sentido específico, o de poder constituinte do povo. (BOCKENFÖRD, 2000). Ademais, ele assevera que a democracia, enquanto forma de estado e de governo, não se limita a esta premissa e estabelece que o poder político

se organiza de tal forma que seu exercício se constitui, se legitima e se controla pelo povo, em suma pelos cidadãos, e se apresenta nesta forma como autodeterminação e autogoverno do povo, no qual todos os cidadãos podem participar em condições de igualdade. (BOCKENFÖRD, 2000, p. 53, tradução nossa).

Agora, cumpre aqui realçar as considerações de Bockenförd no que tange a implicação do princípio democrático sobre o conceito de soberania popular. Para o renomado autor tal conceito há de expressar o povo como magnitude política e isto apenas se verificaria no momento em que pudéssemos contemplá-lo como uma força ou autoridade capaz de estabelecer uma constituição (suprema) com pretensões normativas de vigência, bem como capaz de mantê-la ou cancelá-la. Segundo o mesmo autor, através da democracia “se reconhece ao povo, em quanto sujeito humano, um poder pleno de disposição sobre a configuração da ordem política e social.” (BOCKENFÖRD, 2000, p. 51, tradução nossa). Poder este que, evidentemente, se verificaria em termos de atividade constituinte.

Disso pode-se concluir, em um primeiro momento, que a supremacia constitucional não apenas não conflitaria com o princípio democrático, como também este dependeria dela como um fundamento necessário para aplicar-se. Assim, se a democracia é, em termos

demasiadamente sucintos, o autogoverno do povo e a constituição é a expressão perene de sua vontade soberana, haveria realmente uma mútua dependência entre os dois conceitos.

Não obstante, na medida em que as normas jurídico-constitucionais ganharam eficácia jurídica, aplicabilidade imediata e passaram a consagrar direitos materiais dos cidadãos, conforme fora tratado no capítulo precedente, surgiu uma natural dissonância entre suas disposições e as provenientes da atividade legislativa ordinária. Assim, se for adotada a idéia de democracia enquanto forma de estado e de governo, ou seja, enquanto regime político, torna-se patente a contradição entre duas virtuais expressões da vontade do povo. É dentro deste contexto que ressurge uma antiga preocupação do constitucionalismo, qual seja, a objeção democrática ou dificuldade contra-majoritária.

Existem diversas maneiras em que podem se expressar, sucintamente, a dificuldade contra-majoritária. Luis P. Sanchís (2003) a dispõe a partir das seguintes indagações: a) por que ou com que legitimidade as gerações passadas impõe suas decisões sobre as futuras? b) que justificação existe para que quem fez uma Constituição a trinta ou duzentos anos atrás possa limitar ou condicionar o que os homens do presente podem acordar? c) mesmo prescindindo do fator temporal, existe algum sentido para que a maioria dos cidadãos se imponha um limite no tocante à gestão política de sua sociedade? Antes de se aprofundar nas considerações que o referido autor faz a estes questionamentos, revela-se crucial a exposição dos argumentos de um dos mais renomados defensores da objeção democrática, Jeremy Waldron.

Para entender melhor a objeção democrática e a argumentação de Waldron, entretanto deve-se compreender a democracia como um sistema de decisão majoritária. Bockenförd demonstra bem a referida correspondência ao dizer que:

se a liberdade democrática de participação tem que valer para todos os cidadãos, e não só para uns poucos, então para estabelecer um determinado conteúdo do ordenamento vigente resulta necessário ao menos, e justamente, o consentimento da maioria. Exigindo-se menos se prejudica a quem se opõe a esse conteúdo e exigindo-se mais se prejudica a quem o respalda. (BOKENFÖRD, 2000, pp. 92-3, tradução nossa).

Assim, a supremacia constitucional surgiria como óbice à democracia somente se, e na medida em que, retirasse, da maioria dos cidadãos, o poder de conduzir a vida política do Estado; o que, ordinariamente, se faz a partir das leis.

O enfoque de Waldron torna claras as dificuldades mais sérias do constitucionalismo moderno. Para o insigne filósofo, o procedimento majoritário possui um valor essencial,

intrínseco, que o torna mais precioso que qualquer outro procedimento, tal valor constitui a participação igualitária de todos os cidadãos no processo de tomada de decisões do Estado (BAYÓN, 2010). Em outras palavras, para Waldron, o procedimento majoritário é o único que reconhece e leva a sério a igual capacidade de autogoverno das pessoas. Tecendo estas considerações, o autor nega validade aos quóruns de maioria qualificada exigidos, usualmente, para modificar disposições jurídicas assentes em constituições supremas.

Como fora exposto, Bockenförd assume posição semelhante, julgando o princípio do majoritário essencial ao procedimento democrático, todavia, para este autor, justificam-se as exigências de maiorias qualificadas, as quais ele defende nos seguintes termos:

e, desde um ponto de vista democrático, as maiorias qualificadas se justificam, em todo caso, ali onde pode estar em perigo o conteúdo nuclear do ordenamento democrático mesmo, como podem ser os direitos de liberdade democrática ou os desdobramentos do princípio da igualdade democrática. Também têm sentido como proteção das minorias, pelo que se refere a determinados grupos de cidadãos, nos quais não está dada aquela homogeneidade pré-jurídica com o resto dos cidadãos que constitui o pressuposto material da igualdade democrática. (BOKENFÖRD, 2000, p. 94, tradução nossa).

Juan Carlos Bayón tece argumentações opostas às de Bockenförd com maestria. Segundo ele (BAYÓN, 2010), as regras de decisão baseadas em maiorias reforçadas constituem verdadeiros óbices à transformação do *status quo*, conferindo às minorias, não necessariamente perseguidas e desprivilegiadas, o poder de veto a qualquer medida que venha a transformá-lo, inclusive àquelas que venham a reconhecer direitos inerentes a maioria dos cidadãos. Do exposto, conclui-se que toda a proteção aos direitos constitucionais pela regra da maioria reforçada, confere às minorias apenas possibilidade de assegurar os direitos já conquistados, tornando mais difícil a estas alcançar progressivamente novos direitos. Na verdade, constitui um instrumento mais apto à proteção de privilégios impopulares do que à garantia jurídica de direitos necessários.

Retomando as ponderações de Jeremy Waldron, completar-se-á o por ora exposto, avaliando-se a utilidade dos limites materiais constitucionalmente reconhecidos à produção legislativa. Para o renomado jurista, todo limite material ao procedimento legislativo básico, vincula este a dois novos procedimentos suplementares, um procedimento de incorporação dos limites e outro de determinação do alcance e conteúdo dos mesmos. Assim, as limitações materiais teriam um caráter eminentemente procedimental e, por conseguinte, falível,

podendo assumir, em verdade, qualquer conteúdo. Por isso, conclui Waldron, sendo a questão fundamental mera eleição de procedimentos, deve-se optar pelo majoritário, que, a despeito dos demais, possui um valor intrínseco. (BAYÓN, 2010).

Somadas estas são as argumentações tidas, pelo presente artigo científico, como as mais relevantes da objeção democrática. Não obstante, antes de se considerar os principais argumentos da réplica constitucionalista, proceder-se-á uma análise de algumas alegações formuladas por Bayón em crítica ao exposto por Jeremy Waldron.

Para Juan Carlos Bayón, o dissenso social é perene e engloba todas as possíveis decisões políticas ou jurídicas de um Estado, apesar disto, sempre há um procedimento básico de elaboração legislativa em vigor ao qual se somam limites materiais. Assim, ao recorrer a um procedimento prévio de incorporação, haveria sempre o risco de regresso ao infinito, ao menos que se assuma que, em determinado momento, a sociedade elegeu um procedimento básico e seus limites não através de outros procedimentos, mas sim em decorrência do valor material intrínseco deles. Eventuais controvérsias resolver-se-iam por meio de “uma complexa mescla de motivos morais e prudenciais entre os membros da comunidade.” (BAYÓN, 2010, p. 229, tradução nossa).

A insubsistência destas considerações de Bayón é evidente e demanda poucos argumentos. Inicialmente, cumpre destacar que se o dissenso social é perpétuo não haveria como chegar à referida mistura de motivações morais ou prudenciais sem um procedimento de deliberação prévio. Ademais, cremos não haver qualquer regresso ao infinito em decorrência de um eventual e limitado consenso, autêntico ou não, a respeito das regras temporárias de incorporação dos limites materiais. Assim, por exemplo, consentiria temporariamente a sociedade em assumir o princípio do majoritário como regra para a formulação de seu procedimento legislativo, bem como seus limites, no transcurso do momento constituinte originário.

Outra consideração de Bayón (2010), ainda mais insubsistente, é a que se refere à desnecessidade de um procedimento posterior de determinação do conteúdo e alcance dos limites materiais, para o caso de normas constitucionais suficientemente claras e explícitas. O autor se esquece que qualquer norma está sujeita a uma interpretação no momento mesmo de sua aplicação ou densificação legislativa. Assim, a proibição da pena de morte, exemplo dado pelo autor para ilustrar seus argumentos, poderia ser considerada pelo legislador como uma disposição constitucional plenamente respeitada, no momento mesmo em que este definisse a roleta russa como pena ao crime de homicídio. Afinal, dada a experiência legislativa

das sociedades atuais, não seria difícil imaginar que o legislador não se considerasse estar condenando o infrator à morte, mas sim ao próprio destino dele.

Em conclusão, o princípio do majoritário consagra-se como a essência mesma da democracia. As técnicas constituintes de instauração de cláusulas pétreas e maiorias qualificadas, a despeito de sua importância à rigidez constitucional ou qualquer vantagem que ofereçam, ferem mortalmente o direito de igual participação democrática nos processos de tomada de decisões políticas. Dessa forma, eventuais limites substantivos à decisão majoritária, no instante mesmo em que justificarem as técnicas constituintes sobreditas, também consistiram em ofensa ao precioso princípio democrático.

A RÉPLICA CONSTITUCIONALISTA

Conhecidos os principais argumentos da objeção democrática, cumpre agora destacar os argumentos levantados por aqueles que se filiam à corrente do constitucionalismo moderno. Entre estes, a doutrina considera especialmente forte o argumento procedimentalista, ao qual acrescentemos às considerações de Luis Pietro Sanchís, pelo mérito de sua consistência.

Segundo Juan Carlos Bayón, o procedimentalismo alega que

Se a democracia é valiosa, é valioso protegê-la de si mesma; e que o ideal que faz valioso o procedimento democrático – a participação em pé de igualdade na tomada de decisões – permaneceria desfigurado sem a satisfação prévia de certas condições (um processo de deliberação e conformação das vontades autenticamente aberto a todos sobre bases equitativas). E disto se seguiria que o valor da democracia justifica sua constitucionalização [...]. (BAYÓN, 2010, pp. 225-6, tradução nossa).

Bockenförd (2000) trabalha sobre as mesmas premissas, expressando a constitucionalização do procedimento democrático e dos direitos a ele inerentes como formas necessárias de limites externos à decisão democrática.

Em suma, o argumento procedimentalista defende a possibilidade de um verdadeiro suicídio democrático, segundo o qual, ao alcançar a liderança política, uma dada maioria poderia destruir ou corromper a democracia como forma de perpetuar-se no poder. Assim, seria necessário que o povo elegeisse meios de assegurar o princípio democrático e, entre estes, os mais elencados são a rigidez e a supremacia das normas constitucionais correspondentes ao referido princípio.

Todavia, já se elencou, no presente artigo a artigo, a bem elaborada exposição de motivos de Waldron para desconsiderar a rigidez constitucional como uma solução possível. Nem mesmo é possível que se conceba, a título de exceção, maiorias qualificadas ou mesmo a irrevogabilidade para o princípio do majoritário e os diversos direitos de participação democrática, pois seria um verdadeiro contra-senso não estender todas estas garantias aos demais direitos fundamentais, inclusive ao direito à distribuição equitativa de recursos materiais. Isso, pois, sob pena de assumir uma visão simplista do procedimento democrático, não se pode deixar de considerar a distribuição de renda e outros direitos fundamentais, como o direito de ir e vir, como fatores influentes na validade do referido procedimento. Dessa forma, reitera-se não ser a rigidez constitucional, a salvaguarda da democracia, mas sim a inimiga capital desta, restando a supremacia das constituições como alternativa viável para a solução do problema.

Não obstante as alegações de Bayón (2010, p. 212, tradução nossa), segundo o qual “ é a previsão de um procedimento de reforma da constituição mais exigente que o procedimento legislativo ordinário, que determina sua superioridade hierárquica sobre a lei e por tanto a indisponibilidade dos direitos básicos ao legislador”, são a rigidez e a supremacia das constituições atributos independentes destas. Em outras palavras, como bem menciona Sanchís (2003), existe uma enorme diferença entre reformar uma constituição e violá-la e, portanto, entre sua flexibilidade e sua supremacia. Dessa forma, nada obsta que uma maioria democrática, mesmo podendo emendar um texto constitucional, opte por não fazê-lo e, ainda assim, o viole desavisadamente. Isso porque, na sociedade moderna, muitas são as conseqüências que os preceitos abstratos das leis podem surtir nos casos concretos e antevê-las em sua integridade é virtualmente impossível.

A fórmula de uma constituição suprema e flexível traz inúmeras vantagens e, a não de menor importância entre estas, é a superação das argumentações Waldron, em decorrência ao respeito ao princípio do majoritário no processo de reforma constitucional. Entre outros pontos positivos, pode-se citar ainda a proteção constitucional aos direitos fundamentais e à democracia, atendendo, assim, às inquietudes procedimentalistas.

Ademais, assumindo a referida posição, mesmo que o legislador ordinário possa reformar a constituição através da maioria de seus membros, não se está diante de um regime de supremacia da lei; portanto, qualquer alteração às normas constitucionais deverá ser proposta em procedimento próprio, expresso e formal que assegurará uma qualidade mínima para os debates e deliberações constituintes, bem como um respeito indispensável aos

direitos e garantias constitucionalizados. Sob esta óptica argumenta Luis Pietro Sanchís, segundo o qual:

Em suma, impedir as derrogações tácitas, as violações inadvertidas e, o que é mais grave, as exceções singulares que pretendem eludir – em nome da razão do Estado, por exemplo – a preceptiva constitucional, assegurando uma deliberação e um debate “especial”, sequer politicamente especial, são algumas das conseqüências da supremacia da Constituição, não de sua rigidez. (SANCHÍS, 2003, p. 153, tradução nossa).

Em suma, pode-se verificar, dadas as argumentações até aqui desenvolvidas, que a supremacia constitucional representa uma evolução historicamente indiscutível com relação ao modelo do Estado de Direito liberal, baseado na supremacia da lei.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Robert Alexy (2003) bem salienta a controvérsia acerca da jurisdição constitucional ao discorrer que a natureza dos direitos fundamentais constitucionalizados possui certos atributos próprios. Tais atributos são: a) o máximo grau de hierarquia jurídica, em decorrência da própria constitucionalização; b) a máxima força jurídica, ou seja, a aplicabilidade imediata das referidas normas de direitos públicos subjetivos; c) a máxima importância do objeto, por versar acerca da estrutura básica da sociedade; e d) o máximo grau de indeterminação, demandando uma atividade interpretativa. Segundo o mencionado jurisfilósofo, é, justamente, a soma das características acima discorridas que produz, no seio da sociedade, um amplo conflito acerca do conteúdo e alcance das normas jurídicas de direitos fundamentais. Numa conclusão bem esboçada, Robert Alexy (2003, p. 37, tradução nossa) dispõe que: “Neste sentido, cabe falar de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. O árbitro nesta luta não é, entretanto, o povo, mas sim o Tribunal Constitucional Federal. Resulta isto compatível com o princípio democrático [...]?”

Antes de respondermos a indagação acima, cumpre destacar que a análise de Alexy não corresponde estritamente à natureza dos direitos fundamentais, ao contrário, aplica-se, também, perfeitamente, a muitas outras normas principiológicas assentes no texto constitucional.

Luis Pietro Sanchís (2003) afirma que, nas vozes críticas à jurisdição constitucional, existem duas questões fundamentais entrelaçadas. A primeira é a falta de legitimidade democrática dos juízes ou, como melhor dispõe Bayón (2010), a inferioridade das credenciais

democráticas destes frente às dos representantes eleitos diretamente pelo povo. Já a segunda refere-se à discricionariedade da qual os juízes fazem uso na interpretação das normas jurídicas, assumindo, de fato, um papel próprio no processo de concepção da norma constitucional. Assim sendo, e de posse do caráter indelével da discricionariedade acima suscitada, não se objetiva aqui pôr em cheque toda a atividade judicial, mas apenas aquela que conflitaria com a produção legislativa, eivando do vício da inconstitucionalidade as leis elaboradas pelos representantes diretos do povo.

De fato, o controle de constitucionalidade concentrado, a partir do qual os juízes ou ministros de tribunais constitucionais invalidam, dentre outros, atos legislativos do governo a nível abstrato, pode e deve ser considerado uma intromissão democraticamente ilegítima na atividade legiferante. Isso porque se reconhece, a tais juízes, no exercício de sua função, a importância de uma atuação independente, ou seja, que não esteja sujeita a qualquer controle de responsabilidade democrática. Ademais, as declarações de inconstitucionalidade ou as sentenças interpretativas e manipulativas constituem verdadeiro exercício de legislação negativa e positiva respectivamente, colocando, portanto, os juízos interpretativos dos magistrados acima da vontade política povo e seus representantes.

Não obstante, a constituição dos tempos modernos está impregnada de normas materiais que incidem diretamente na vida dos cidadãos. Recusar a tais normas constitucionais, métodos de garantia no que tange a sua aplicabilidade imediata e eficácia jurídica, seria retomar ao modelo de supremacia legal e a todas as iniquidades que a lei, abstrata, pode produzir inadvertidamente ao incidir nos casos concretos. Segundo palavras de Luis Pietro Sanchís:

é importante sublinhar que quando se sugere uma limitação da ação dos juízes ou uma reformulação de seu papel em relação à Constituição, quando não simplesmente a eliminação de suas faculdades de juízo desde parâmetros constitucionais, não se está propondo só um novo equilíbrio entre os poderes do Estado, que seria o de menos; o que está se propondo, no fundo, é um novo (melhor dizendo, velho) conceito de Constituição: aquela constituição cuja virtualidade se dirigia apenas à esfera interna dos órgãos estatais e cuja a proteção sobre os cidadãos deve contar necessariamente com a mediação legal. (SANCHÍS, 2003, p. 154, tradução nossa).

Dessa forma, se já reconhecemos a supremacia constitucional como um avanço histórico e jurídico louvável, deve-se agora admitir um meio viável para se assegurar a referida

supremacia. Acordamos com Luis Pietro Sanchís (2003), quando este propõe o modelo difuso de controle de constitucionalidade. Segundo o autor, para os cidadãos, a garantia indispensável dos direitos fundamentais constitucionalizados deve-se verificar no caso concreto, onde são mais sensíveis aos efeitos nefastos de uma lei que os viole. Ademais, alude ainda o renomado jurista que não há, no controle difuso de constitucionalidade, a declaração da invalidade de uma lei, existe sim, tão somente, o exercício do método de ponderação entre normas colidentes, afastando-se, assim, a aplicação de um dispositivo legal apenas no caso em análise.

Todavia, salienta Sanchís (2003), é evidente que, se a norma legal for plenamente inconstitucional, sua reiterada desaplicação equivaleria a sua nulidade. Com isso, constitui-se, então, um apelo ao desenvolvimento da boa técnica legislativa, bem como à promoção de novos e melhores debates a respeito da norma legal *in foco*, estabelecendo-se, entretanto, neste novo momento, um diálogo entre os poderes. Tal diálogo se verificaria na medida em que as argumentações judiciais incrementariam as ponderações dos legisladores, que, é importante lembrar, poderão pelo simples critério da maioria alterar, também, as disposições da constituição.

Ademais, defende o referido autor, que a segurança jurídica poderá ser assegurada, frente às diferentes posições dos juízes e tribunais, a partir de um trabalho de uniformização da jurisprudência levado a cabo pelo Tribunal Supremo, ou seja, pela cúpula da justiça ordinária. (SANCHÍS, 2003)

CONCLUSÃO

Se existem poderosas razões em favor do constitucionalismo, deve-se destacar precisamente a preservação do procedimento democrático, a objeção contra-majoritária é um bom argumento contra as fórmulas mais rígidas de reforma constitucional, mas não contra a supremacia, que só vem a exigir que tal reforma se realize de maneira consciente e formal, proporcionando assim um debate e a responsabilização dos sujeitos que dele participam. Mas esta supremacia tem, por sua vez, a garantia judicial como corolário indispensável; não necessariamente aos moldes do controle concentrado (que permite um juízo abstrato sobre as leis), mas, pelo menos, através do controle difuso, que proporciona, aos juízes, meios de proteger os direitos subjetivos básicos em processos ordinários.

Coadunamos, assim, com muitas posições de Luis Pietro Sanchís, especialmente pelo caráter conciliatório que elas possuem frente às diversas objeções e réplicas propugnadas no debate acerca do constitucionalismo moderno.

Todavia, é sempre bom ter em mente a tomada de decisões políticas como um processo dialógico e dialético, inclusive aquelas que se referem à estrutura mesmo do Estado, aos direitos fundamentais e ao procedimento democrático. Acreditamos ser vã a tentativa de alguns autores, inclusive a de Bayón, em estabelecer um “coto vedado” às deliberações democráticas, pois, em realidade, nada escapa à natureza conflituosa dos diversos posicionamentos sociais.

Dessa forma, uma vez que algum dos referidos posicionamentos torne-se forte o bastante, ele alcançará sua aplicabilidade jurídica e política, seja pelos meios já convencionados, seja pela prerrogativa conferida à soberania popular de inaugurar uma nova ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, Democracia y Constitución**. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vo11_05.pdf> Acesso em: 17 nov. 2010.
- BOCKENFÖRD, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003;
- SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006;
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.