



Professor de Harvard expõe riscos e vantagens do controle constitucional

O controle de constitucionalidade em que os tribunais fazem determinações ao governo, atendendo a petições individuais, tem vantagens para o cidadão, mas costuma provocar instabilidade. A opinião é do professor da Universidade de Harvard, Mark Tushnet, um dos palestrantes do Programa Diálogos Acadêmicos, do Instituto Brasiliense de Direito Público, nessa quarta-feira (27/4). “O tribunal se transforma em microgerenciador do governo e o legislador não reconhece o tribunal”, disse ele, em sua palestra.

Segundo Tushnet, na década de 80, alguns países começaram a adotar uma forma alternativa de controle judicial que permite a qualquer cidadão recorrer ao tribunal para tentar modificar o texto constitucional. Segundo ele, nos Estados Unidos, as queixas individuais são comuns. Na Suprema Corte americana, apenas pessoas físicas, cidadãos comuns, podem apresentar questões de constitucionalidade. Nem mesmo o presidente do parlamento tem essa legitimidade.

O método contraria a versão kelseniana de revisão constitucional, adotada na maioria das nações, na qual apenas determinados entes podem acionar os tribunais para arguir a constitucionalidade de uma lei. Para o professor, “seria impensável hoje um texto constitucional em que não houvesse arguição de constitucionalidade”. Só a Austrália e a Nova Zelândia não adotaram esse modelo, mas já estão evoluindo nesse sentido. Por outro lado, muitas nações, como a Alemanha, adotaram a queixa individual. Foi uma inovação à revisão constitucional tradicional, que é feita pelos tribunais por meio de alta hierarquia.

Tushnet entende que a revisão constitucional com participação direta do cidadão se desenvolveu historicamente para acomodar noções modernas. A soberania parlamentar é incoerente com novas noções de constitucionalidade. Diferentemente do modelo kelseniano, que pensou que instituir um tribunal especializado seria a melhor forma de acomodar a revisão se completa com a supremacia do parlamento. Mas, a Constituição requereu, com o tempo, que as supremas cortes avaliassem as queixas individuais. Sob essas considerações, parece que o modelo kelseniano não é um modelo satisfatório. O compromisso hoje não pode ser mais com o modelo kelseniano, de acordo com ele.

O novo sistema teve uma aparição no Canadá, em 1982, devido ao interesse de rever alguns pontos da legislação, mas raramente foi usado. No Reino Unido, a forma alternativa surgiu em 98, quando os tribunais passaram a poder considerar incompatíveis as leis que não estivessem de acordo com a Convenção Européia de Direitos Humanos. Na prática, ao receber a arguição, o governo passou a modificar a lei para torná-la de acordo. O ministro de Direitos Humanos pode modificar sem submeter a emenda ao parlamento. Primeiro, a lei é modificada por ato ministerial e posteriormente é encaminhada ao parlamento. A modificação é um ato de vontade pessoal do ministro. Nos Estados Unidos, houve uma tensão entre a governança democrática e os juízes, quando se decidiu mudar as leis econômicas em detrimento do direito de propriedade.

O professor explicou que o sistema alternativo foi adotado porque certas leis são muito abstratas. Sem



detalhes. Exemplos disso são as leis de direitos humanos, de liberdade de expressão, de promoção de igualdade e de privacidade. Então, por que não deixar o legislador fazer o que quer? Tushnet disse que “a explicação mais comum é que os juízes podem contribuir mais para a compreensão constitucional, por refletirem mais que os legisladores, enquanto estes se preocupam mais com as políticas cotidianas”. O professor também tem sua explicação sobre o assunto. “É um exagero dizer que os juízes refletem mais que os legisladores sobre questões constitucionais. A contribuição judiciária se dá porque há uma inércia política, os interesses dos políticos são mais ligados às necessidades especiais, os legisladores não pensam frequentemente na Constituição. Os juízes podem alertar diante da inércia política, já que os políticos não acham importante rediscutir leis que não são constitucionais. Por isso, é necessário o controle constitucional”, explicou.

De acordo com ele, esse modelo de controle judicial cria oportunidades para o diálogo entre os juízes e os legisladores, que terão de responder se concordam ou não com o tribunal. O sistema se mostrou extremamente útil para implantar leis de seguridade social, mas revelou também que passa por cima da preocupação da separação dos poderes. “As questões fiscais das leis de seguridade social são frequentemente exageradas, porém há consequências fiscais quando o tribunal obriga o estado a distribuir alimentos, moradia e remédios”, disse Tushnet. Para ele, ocorre aí um excesso de intervenção no gerenciamento.

Tushnet disse que o sistema permite casos como ocorre no Brasil, em que a pessoa vai ao STF reclamar o direito de acesso a um remédio e o Supremo ordena ao estado que forneça o medicamento. “O problema é que isso não é coerente com a racionalidade, pois há casos que podem ser mais importantes, há pessoas em estados mais graves que não recebem o remédio em função dessa decisão”, ressaltou. Segundo o professor, “o método não é organizado para dar prioridades. Dizer que a lei não funciona seria o melhor caminho”.

Pluralismo jurídico

O Programa Diálogos Acadêmicos do IDP reuniu seis juristas internacionais, com palestras sobre temas de Direito Constitucional e internacional. Para o presidente do Instituto, professor Inocêncio Mártires Coelho, as exposições evidenciaram o pluralismo jurídico mundial. “O constitucionalismo é um produto do pluralismo, que é um produto do espírito da liberdade e do homem”, disse.

As palestras foram dirigidas aos alunos de pós-graduação do IDP, como atividade complementar acadêmica e também como estímulo à cultura transdisciplinar e o intercâmbio do conhecimento. A palestra de abertura foi do conselheiro do CNJ, Marcelo Neves. E, depois, teve a palestra do professor de Harvard, Mark Tushnet. Paolo Ridola, da Universidade La Sapienza (Itália) falou sobre “A dimensão transnacional dos direitos fundamentais”. Ângelo Schillaci, da mesma universidade italiana, expôs “A proteção das pessoas acusadas de terrorismo no direito internacional europeu”. Francisco Balaguer, da universidade de Granada (Espanha) discorreu sobre o tema “A divisão territorial de poder num contexto supranacional”; e Jorge Miranda, da Universidade de Lisboa (Portugal) falou sobre “Divisão de Poderes e Partidos Políticos”.

Date Created

29/04/2010