

Análise Constitucional: A Constituição do povo e sua afirmação popular

Spacca

Na segunda edição desta coluna quinzenal publicada neste espaço da ConJur, Carlos Bastide Horbach criticou alguns mitos próprios ao Direito Constitucional, mormente ao Direito Constitucional brasileiro. Esta edição da coluna dedica-se a outro mito, que se soma àqueles examinados por Carlos Bastide Horbach: “*The Constitution means what the Supreme Court says it means.*”

Trata-se de famosa frase do *Chief Justice* Charles Evans Hughes. Tem sido traduzida, adaptada e repetida — de modo consciente e inconsciente quanto às suas implicações — pela doutrina e jurisprudência brasileiras: “A Constituição significa o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela significa”, ou “A Constituição é o que o Supremo diz que ela é.”



Em uma primeira leitura, é possível que a afirmação impressiona e pareça irretocável, sobretudo porque de há muito é tão disseminada quanto bem aceita a ideia de que na guarda da observância da Constituição, está o Poder Judiciário “acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes”, como explicou, com precisão habitual, o ministro Moreira Alves no Mandado de Segurança 20.257/DF, julgado em 8 de outubro de 1980.

Por outro lado, da circunstância de o Supremo na maior parte das vezes efetivamente ter a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, não decorre a desnecessidade de a Corte tomar em consideração a compreensão popular acerca da própria Constituição, muito antes pelo contrário.

Em um regime de governo verdadeiramente democrático, em que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (cf. parágrafo único do artigo 1º da Constituição brasileira de 1988), a frase do *Chief Justice* Hughes não faz o menor sentido.

A Constituição — insista-se, ao menos em um regime democrático — é obra do próprio povo ou de seus representantes para tanto eleitos, de modo a instituir e disciplinar o exercício do poder pelo povo (aqui também: diretamente ou por meio de representantes eleitos), inclusive no que se refere ao seu significado.

A importância do impulso popular rumo a práticas mais democráticas exerce papel essencial na evolução das instituições políticas, aí incluídas as altas cortes de Justiça.



A Constituição americana de 1787, por exemplo, com o passar do tempo, a bem da democracia, foisendo paulatinamente aperfeiçoada em sua letra e, sobretudo, em sua prática. A propósito, Robert Dahl aponta o que considera sete elementos não democráticos contidos em seu texto original (DAHL, Robert. *How democratic is the American Constitution?*, 2ª edição, New Haven: Yale University Press, 2003, p. 15-20):

- 1) escravidão: não proibia a escravidão, nem conferia poderes ao Congresso para fazê-lo;
- 2) sufrágio: não garantia o direito ao sufrágio, o que deixava a matéria para os estados. Assim, implicitamente, deixou em vigor a exclusão de metade da população: mulheres, afro-americanos e nativos;
- 3) eleição presidencial: a eleição do Presidente estava separada da maioria popular e do controle do Congresso, o que acabou descartado pela crescente tendência democrática do povo americano;
- 4) escolha dos senadores: originalmente os senadores eram escolhidos pelas assembleias dos estados, não pela população desses, o que perdurou até a XVII Emenda, de 1913;
- 5) igual representação no Senado: o mesmo número de senadores para cada estado, independentemente do número de habitantes desses, fornece um poder desproporcional a algumas minorias privilegiadas;
- 6) Poder Judiciário: a Constituição falhou no limitar os poderes da magistratura, que pode declarar inconstitucionais leis regularmente aprovadas pelo Congresso e sancionadas pelo Presidente; e
- 7) poderes do Congresso: o Governo federal não tinha poder para regular e controlar a economia.

O próprio Dahl registra que as gerações americanas subsequentes à fundação, com aspirações mais democráticas, desencadearam uma revolução democrática.

Vejam-se dois exemplos.

Primeiro: A escolha do presidente americano, não obstante ainda sujeita formalmente à eleição indireta por meio do colégio eleitoral, tornou-se, em sua prática, uma eleição direta. O colégio eleitoral foi pensado para evitar a partidarização das eleições presidenciais. No entanto, não só a eleição partidarizou-se desde muito cedo, como os 538 delegados que compõem o colégio eleitoral americano passaram a ser escolhidos precisamente com base no apoio dado a determinado candidato presidencial. Engendrou-se, com isso, um sistema atípico e ritualizado de colher os votos dos estados para a presidência. Porém, ainda embute o risco de um candidato com a maioria dos votos populares perder a presidência se não vier a obter a maioria no colégio eleitoral (risco que decorre da opção feita pela grande maioria dos estados de conferir todas as respectivas vagas no colégio eleitoral apenas ao partido mais votado, ou seja, sem repartição proporcional: “*winner-take-all*”). Aconteceu em 2000 (Bush *v.* Gore) e três vezes antes (*op. cit.*, p. 30-31)

Segundo: A superação do horror da escravidão passou pela Guerra de Secessão (1860-1865), cujo resultado jurídico foi, justamente, emendar a Constituição americana de 1787 para dar ao Congresso



poder de legislar sobre o assunto, abolindo a escravidão e integrando (inclusive com direitos políticos) o afro-americano na sociedade americana (no silêncio da Constituição, a competência era estadual, daí uma das razões do conflito entre estados). Isso foi feito por meio das três Emendas da Reconstrução ou Restauração americana (XIII, XIV e XV, ratificadas entre 1865 e 1870), devidas ao empenho do presidente Abraham Lincoln (e que lhe custaram a vida).

No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1896, ao decidir o caso *Plessy v. Ferguson*, estabeleceu a doutrina segregacionista do “*separate but equal*”. A segregação apenas foi superada décadas após, no contexto do movimento pacifista que teve ponto culminante no célebre discurso de Martin Luther King Jr., proferido quando da marcha a Washington, em 28 de agosto de 1963. Alguns anos antes, em 1954, a Suprema Corte americana, ao decidir o caso *Brown v. Board of Education*, superou o entendimento firmado no caso *Plessy v. Ferguson*. Porém, ainda seria necessário o *Civil Rights Act*, de 1964 (a propósito: WALDRON, Jeremy, *The core of the case against judicial review* in *The Yale Law Journal*, n. 115, 2006, p. 1405). Assim como Lincoln, King também deu a própria vida pela causa. Justamente por isso, a revista *Time*, de 26 de agosto de 2013, alusiva aos cinquenta anos da marcha de Washington, dedica sua capa a King, elevando-o à emblemática condição de *founding father*: “Vivemos em um mundo que King ajudou a criar. Ainda não vivemos no mundo que ele nos ajudou a sonhar.” (*One man* in *Time* de 26 de agosto de 2013, p. 31).

São dois casos que mostram como as instituições políticas constantes do texto constitucional podem e devem se amoldar ao constitucionalismo democrático, aquele que vem do povo. Para tanto, concorrem não apenas a Suprema Corte e — mais que ela — os demais poderes, mas, também, sobretudo, a própria sociedade, o povo. Antes de um modelo especificamente americano, esse é um modelo respeitoso ao regime democrático.

É por isso que uma boa interpretação constitucional, por mais “nova” que seja (e sempre haverá uma “nova hermenêutica”), não pode estar apoiada em uma única técnica de interpretação. Cass Sunstein, em obra tão lúcida quanto importante, cujo título já é bastante expressivo no ponto — *A Constitution of many minds* — toma em consideração três aproximações da Constituição: i) a tradicionalista, ou seja, a consideração de práticas de longa data como produto de muitas mentes, pois a Constituição não é um texto “congelado”; ii) a popular, porque os juízes — em atitude de humildade — devem tomar em consideração a opinião pública; e iii) a cosmopolita, pois convém a uma Suprema Corte conhecer como tribunais análogos de outros países lidam com as mesmas questões constitucionais. Sunstein reconhece a intensa controvérsia sobre se a Suprema Corte americana deve prestar atenção à compreensão estrangeira sobre interpretação constitucional (SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 15). Talvez precisamente por isso, entre outros fatores, o “we the people” americano venha perdendo apelo junto ao “people around the world”, para usar interessante jogo de palavras constante do título de resenha de Adam Liptak acerca de pesquisa acadêmica relativa ao declínio da influência da Constituição americana sobre outros países (“*We the People*” loses appeal with people around the world in *The New York Times* de 6 de fevereiro de 2012).

Em sentido diametralmente oposto ao da frase do *Chief Justice* Hughes, vale citar conclusão de Larry Kramer (*Constitucionalismo popular e controle de constitucionalidade*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 302): “(...) para controlar a Suprema Corte, necessitamos primeiro reclamar a Constituição para nós



mesmos. Isso significa repudiar publicamente os juízes da Corte que dizem que eles, e não nós, possuem a máxima autoridade para dizer o que significa a Constituição.”

É por isso mesmo que está corretíssimo o ministro Luís Roberto Barroso quando, em 2 de setembro de 2013, ao reconhecer haver *periculum in mora* para deferir liminar nos autos do Mandado de Segurança 32.326/DF, também tomou em consideração “a indignação cívica”.

Quando, em uma democracia, a Constituição é retirada do povo, sonogada ao povo, como se ela não fosse dele (povo), só resta a nós, cidadãos destituídos da nossa Constituição, fazer análise (constitucional) para, talvez, convencermo-nos do impensável: a Constituição não é nossa, mas de alguns poucos em quem sequer votamos. O perigo é alguém acabar convencido da inexistência do parágrafo único do artigo 1º da Constituição ou de que dele não consta a fórmula “representantes eleitos”.

Date Created

06/10/2013