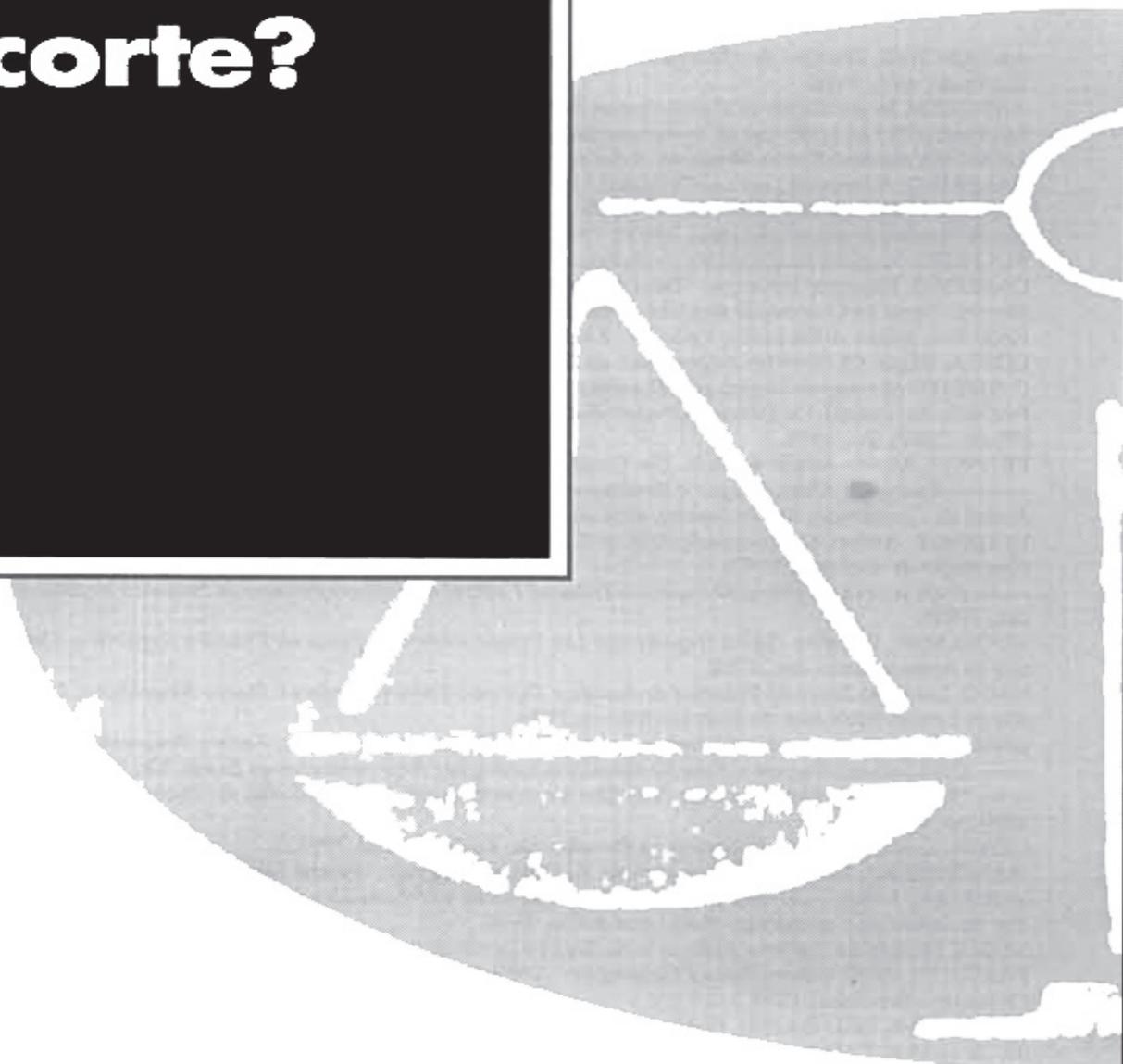


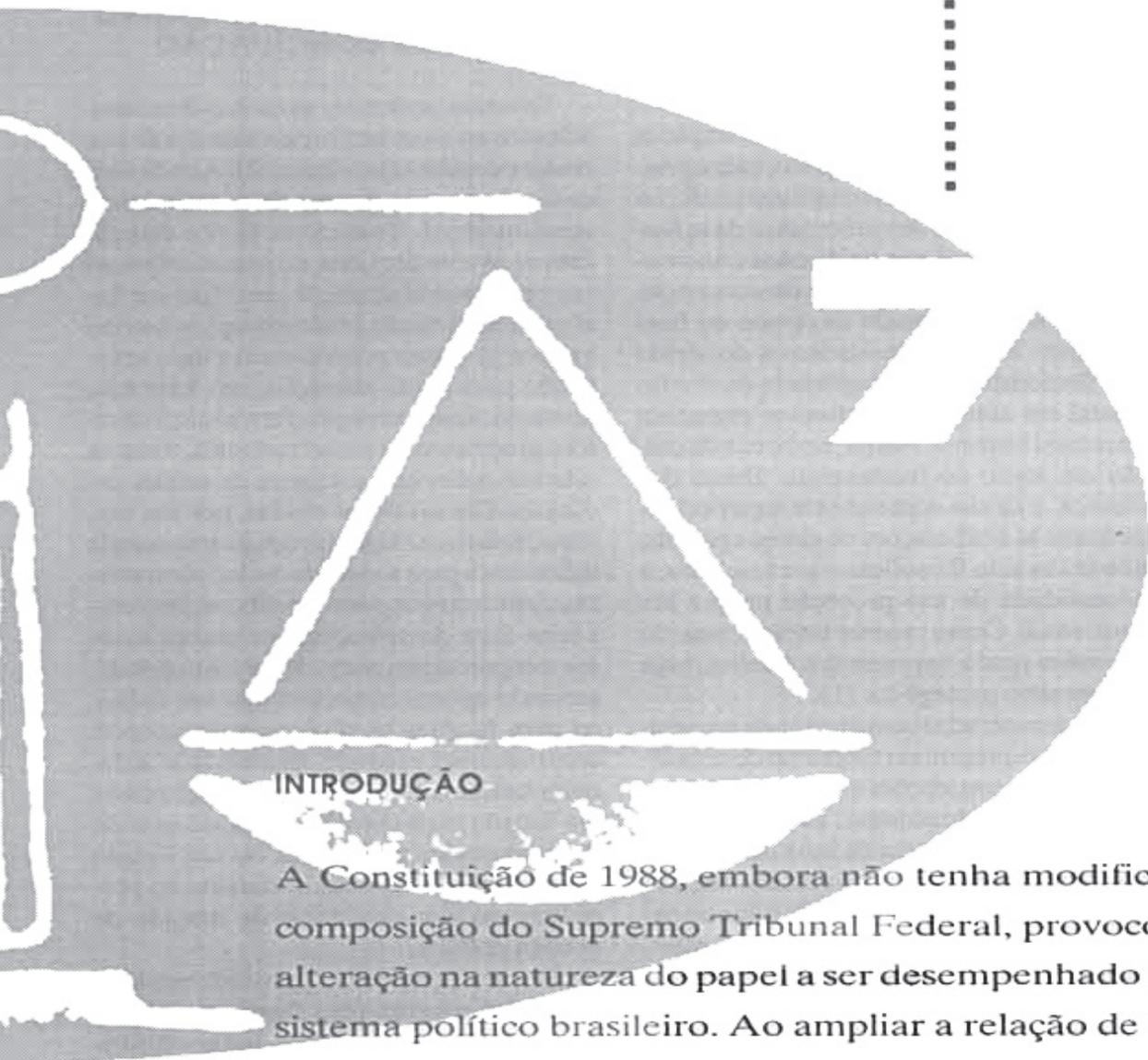
OSCAR VILHENA VIEIRA

# Império da lei ou da corte?



OSCAR VILHENA  
VIEIRA é professor  
de Direito da PUC-SP  
e Procurador do  
Estado-SP.

# Judiciário



## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, embora não tenha modificado a estrutura e composição do Supremo Tribunal Federal, provocou uma profunda alteração na natureza do papel a ser desempenhado por esse órgão no sistema político brasileiro. Ao ampliar a relação de matérias que não podem ser objeto de deliberação por parte do sistema político, ainda que por intermédio de uma manifestação do poder constituinte reformador (artigo 60, parágrafo 4º), a Constituição de 1988 transferiu aos onze juízes do Supremo Tribunal Federal um enorme poder. O objeto desse artigo é analisar a natureza e conseqüências dessa ampliação do poder

outorgado ao Supremo Tribunal Federal, para o sistema político brasileiro, a partir de 1988. Também serão discutidas as dificuldades de justificação desse poder frente a teorias procedimentais da democracia.

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu artigo 1º que o Brasil é um "Estado Democrático de Direito". A conciliação dessas distintas concepções políticas não se dá sem ambigüidades, principalmente se tomarmos a democracia em seu significado meramente procedimental, enquanto governo da maioria, e o estado de direito em seu sentido substantivo, enquanto governo das leis, não apenas no sentido de leis positivas, mas de leis justas.

A busca de uma composição empírica desse antagonismo teórico parece ser a principal meta do constitucionalismo moderno e contemporâneo. Se a dificuldade de se fundamentar a existência de direitos transcendentais provocou uma crise da concepção jusnaturalista de estado de direito no final do século XIX, os totalitarismos do século XX demonstraram a fragilidade do direito estatal em assegurar os direitos essenciais da pessoa humana. Assim, embora a discussão em torno do fundamento último dos direitos e de sua conseqüente superioridade frente às deliberações do sistema político não tenha sido filosoficamente resolvida, a necessidade de sua proteção parece ser consensual. Como salienta Bobbio, mais do que saber qual a natureza dos direitos, hoje é necessário protegê-los (1).

As democracias constitucionais contemporâneas representam tentativas de conciliar essas duas concepções que vivem em constante tensão. Idealmente, as democracias constitucionais partem de uma decisão democrática fundamental, que estabelece não apenas os procedimentos para o funcionamento do sistema democrático (eleições, parlamentos e governos), mas também esferas de imunidade instituídas sob a forma de direitos, que devem ser assegurados pelos tribunais.

Os tribunais e cortes constitucionais, enquanto instituições responsáveis por zelar pela aplicação das regras da Constituição aos sistemas democráticos, são essenciais na concretização do ideal de estado democrático de direito. As suas atribuições constituem, nesse sentido, o próprio reflexo das relações entre democracia e

constitucionalismo, adotadas por cada sistema político (2). Quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão da vontade política, menores serão as atribuições de um tribunal de caráter constitucional. Em sentido inverso, quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional.

## DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: QUATRO MODELOS DE CONCILIAÇÃO

Diversas podem ser as formas de se classificar os arranjos institucionais entre democracia e constitucionalismo (3). A cada uma dessas formas corresponderá um modelo constitucional. Tradicionalmente classificam-se as constituições, no que se refere ao seu processo de alteração, em rígidas e flexíveis. Flexíveis são as constituições que não exigem qualquer procedimento mais sofisticado para a sua alteração, não havendo, portanto, uma hierarquia formal entre decisões propriamente constitucionais, como as relativas a direitos, e aquelas de caráter ordinário. Constituições rígidas, por sua vez, são aquelas que exigem procedimentos mais difíceis para a tomada de decisões constitucionais do que para as deliberações ordinárias. Esta classificação, que muitos autores compreendem como de pouca utilidade, servindo apenas como instrumento didático para facilitar os processos de reforma constitucional, esconde, na realidade, a decisão fundamental em torno da opção entre um Estado mais constitucional, no sentido de assegurador de direitos, ou um Estado em que a regra da maioria consiste no procedimento por excelência de tomada de decisão política.

De uma perspectiva procedimental, no grupo das constituições flexíveis estão os sistemas mais democráticos que constitucionais, onde a vontade da maioria, expressa pelos representantes do povo, democraticamente escolhidos, não deve ser limitada, visto que qualquer restrição a essa manifestação da vontade majoritária seria um atentado à democracia. A idéia de um sistema de controle da constitucionalidade das deliberações realizadas pelos representantes do povo, ainda mais por um tribunal sem lastro de-

1 N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 23.

2 Para N. Matteucci, democracia e constitucionalismo são "doutrinas diversas, facilmente separáveis no plano puramente conceitual; mas não são doutrinas contraditórias, porque embora tenha havido, no passado, regimes constitucionais não-democráticos, não conhecemos, hoje outra forma possível de democracia senão a constitucional". N. Bobbio, Matteucci e Pasquino, *Dicionário de Política*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1986, verbete "Constitucionalismo", p. 257.

3 Bruce Ackerman e Carlos Rosenkrantz classificam as democracias constitucionais em monistas, dualistas e fundamentalistas. Monistas são aqueles sistemas onde não há distinção entre decisões políticas constitucionais e ordinárias, em que todas as decisões, desde que tomadas pelos representantes do povo, têm a mesma hierarquia; dualistas são, em sentido oposto, aqueles sistemas que distinguem entre decisões constitucionais e ordinárias, devendo estas últimas estarem submetidas a condições e princípios traçados pela decisão constitucional primeira; por fim, fundamentalistas são os sistemas que não apenas fazem essa distinção hierárquica entre decisões constitucionais e ordinárias, mas emprestam a certos direitos fundamentais um caráter de imutabilidade. "Tres Concepciones de la Democracia Constitucional", in *Cuadernos y Debates*, 29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

mocrático, seria uma violação ao princípio majoritário e portanto ilegítima. Como sustenta John Ely, um corpo que não foi eleito e nem pode ser responsabilizado democraticamente não está apto a dizer a um corpo de representantes do povo como ele deve ou não governar (4).

Da perspectiva de um sistema mais democrático que constitucional, as limitações das decisões majoritárias só se justificam se voltadas a assegurar a continuidade do próprio sistema democrático. Os únicos limites que se admitem às decisões dos representantes do povo são aqueles destinados a assegurar a perpetuação da participação de todos, e em igualdade de condições, no processo de decisão democrático. O sistema britânico, com sua Constituição flexível, passível de alteração por vontade ordinária do parlamento, é o principal representante deste modelo (5).

No grupo das constituições rígidas estão aqueles sistemas políticos que distinguem duas classes de decisões: as de caráter constitucional, que não ocorrem comumente no cotidiano de uma nação, mas apenas naqueles momentos em que, após um longo processo de discussão e amadurecimento, o povo delibera sobre algo que deve vincular, inclusive a própria vontade de maiorias eventuais; e as decisões de caráter ordinário, parlamentares ou governamentais, deliberadas pela maioria dos representantes do povo.

Aos tribunais em geral ou a uma corte constitucional, com exclusividade, é atribuído fiscalizar a submissão das decisões governamentais e parlamentares, fruto de vontades simplesmente majoritárias, às decisões de caráter efetivamente constitucionais. Caso seja constatada uma contradição entre essas duas ordens de decisão, é autorizado ao órgão próprio bloquear a decisão da maioria. Nesse modelo de democracia constitucional a função básica da corte ou do tribunal é conservar a vontade popular manifesta em momentos constitucionais, frente àquelas decisões tomadas pelos órgãos constituídos, ainda que com respaldo em uma maioria. Neste grupo estão incluídos aqueles sistemas políticos que adotam uma constituição rígida. Os Estados Unidos são o grande representante desse grupo. Sua Suprema Corte é o símbolo desse órgão a quem é atribuído o poder de julgar quais decisões constituem uma vontade meramente gover-

nemental, e que não podem se contrapor às decisões efetivamente constitucionais, e quais são autênticas decisões populares e, portanto, dotadas de legitimidade para alterar uma decisão constitucional anterior.

Nos sistemas políticos que adotam uma constituição rígida, embora o modelo de decisão democrático seja prevalente, o papel do constitucionalismo é bastante mais relevante e, na prática, dificulta, ou simplesmente retarda, a alteração de certas decisões entendidas como fundamentais (6). Em consequência, a função entregue ao judiciário, ou a uma corte constitucional, também é mais relevante, pois aos tribunais se atribui o poder de resguardar valores constitucionais contra decisões deliberadas, inclusive, pela vontade da maioria.

Entre o grupo das constituições flexíveis e rígidas, poderia ser encontrado um modelo de constituição semi-rígida. Nesse terceiro grupo estariam aquelas constituições compostas de cláusulas rígidas, que exigem um *quorum* qualificado para serem alteradas, e cláusulas flexíveis, que podem ser reformadas por deliberação ordinária do parlamento. A Constituição brasileira de 1824 foi exemplo desse modelo. Em seu artigo 178, previa que

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades requeridas, pelas legislaturas ordinárias”.

De acordo com Afonso Arinos de Melo Franco foi o caráter semi-rígido da Constituição do Império que possibilitou a progressiva adoção do sistema parlamentar de governo (7). Através desse mecanismo a Constituição adotou uma divisão entre dispositivos material e formalmente constitucionais, estando apenas os primeiros numa posição hierarquicamente superior às demais regras ordinárias.

Além desses três grupos, um quarto modelo de constituição surgiu a partir da Segunda Guerra Mundial, mais especificamente na Alemanha Ocidental. A ausência de uma tradição de respeito a direitos e a trágica experiência do nazismo alertaram para a necessidade de se estabelecer meca-

4 J. Ely, *Democracy and Distrust*, 1988, pp. 4-5.

5 B. Ackerman e Rosekrantz, *op. cit.*, pp. 19 e 21.

6 Para Robert Dahl não se pode comprovar empiricamente a capacidade efetiva de bloqueio das decisões majoritárias pela Suprema Corte americana, mas apenas a sua capacidade de retardar mudanças. *Um Prefácio à Teoria Democrática*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1989, pp. 106 e 111.

7 A. A. de M. Franco, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, pp. 163-4.

nismos mais sólidos de salvaguarda a certos direitos, do que o estabelecimento de direitos em constituições rígidas tradicionais. Com esse intuito criou-se uma super-rigidez constitucional em torno de algumas cláusulas. Como nas tradicionais cláusulas pétreas, que colocam certos princípios da organização do Estado numa posição de intangibilidade frente às deliberações do poder constituinte reformador, a Lei Fundamental de Bonn passou a assegurar a interrogabilidade de certos direitos fundamentais.

Para este quarto grupo de democracias constitucionais, algumas decisões fundamentais, como direitos e sistema de poder, não só têm superioridade sobre as demais decisões governamentais ou parlamentares, como estão efetivamente acima, inclusive, da própria vontade constituinte do povo. Mais do que colocar direitos e princípios fundamentais numa posição de superioridade hierárquica frente aos demais dispositivos legais, as constituições que abrigam cláusulas super-rígidas estabelecem setores fundamentais intangíveis aos processos de decisão política.

Essa super-rigidez constitucional tem como principal pressuposto a existência de direitos anteriores ao Estado e, portanto, impassíveis à deliberação majoritária. Muitos poderiam argumentar que na realidade não se trata de buscar fundamentar a salvaguarda desses direitos em qualquer forma de teoria transcendente do direito. Basta afirmar que foi vontade do poder constituinte colocar aqueles direitos ou princípios à margem das decisões futuras do sistema político. Esse argumento, se satisfaz os adeptos de uma teoria positivista do direito, para quem "*auctoritas non veritas facit legem*" (Hobbes), jamais satisfaria os teóricos da democracia, e para isso basta lembrar o argumento de Paine, em seu debate com Burke:

"A vaidade e presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias. Os homens não têm propriedade sobre os homens; também nenhuma geração tem propriedade sobre as gerações que estão por vir..."(8).

Dessa perspectiva, ficam enfraquecidas as tentativas de justificar democraticamen-

te as limitações constitucionais impostas às gerações futuras pela geração que produziu a constituição, pois democraticamente cada geração tem o direito de decidir sob quais princípios quer viver.

Nesse sentido é razoável que se busque, numa teoria de direitos e não numa teoria da democracia, o fundamento para que certos direitos e princípios fiquem fora dos processos de deliberação majoritários. Principalmente quando se trata não apenas da criação de procedimentos mais difíceis para se deliberar sobre esses direitos e princípios, mas quando se trata de retirá-los de qualquer esfera de deliberação política.

Há várias correntes filosóficas que defendem a idéia de uma supraconstitucionalidade de certos direitos, algumas mais conservadoras, outras mais liberais. Embora discordem profundamente a respeito de quais sejam esses direitos, estas correntes parecem concordar com a existência de alguns direitos que não só antecedem a existência do Estado, mas que têm na sua proteção a única justificativa do Estado (9). Esses direitos, denominados direitos morais ou naturais, devem estar acima dos processos de decisão coletiva, pois são de natureza diversa dos direitos positivos. Para essas correntes "se os direitos fossem ceder frente às decisões coletivas eles não satisfariam o papel para o qual foram chamados a desempenhar" (10). São Direitos com maiúscula, anteriores e superiores ao Estado, e não direitos decorrentes das deliberações tomadas pela sociedade política.

Para esse modelo de democracia constitucional, a função dos tribunais ou de uma corte constitucional é mais destacada do que aquela atribuída a esses órgãos nos sistemas de constituição rígida, pura e simplesmente. Como salientam Ackerman e Rosenkrantz, tanto nas democracias constitucionais de constituição flexível, quanto naquelas de constituição rígida, a última decisão constitucional pertence sempre ao povo, portanto se sobrepõe aos tribunais. No caso das constituições super-rígidas, o bem supremo a ser preservado são os direitos, aos quais a democracia tem que se submeter, e isso em grande medida é responsabilidade dos tribunais. A adoção desse modelo constitucional atribui, de forma muito concreta, ao tribunal responsável por assegurar os direitos fundamentais, o poder de controlar a

8 T. Paine, *Rights of Man*, New York, Penguin Books, 1964, p. 16.

9 B. Ackerman e Rosenkrantz, *op. cit.*, p. 23.

10 *Idem*, p. 23. Ver também: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 184 e seqs.

constitucionalidade da própria constituição, ou seja, se sobrepor à vontade constituinte, em especial aquela derivada que se manifesta através de emendas (11). A democracia constitucional alemã, como já foi mencionado, é a principal representante desse modelo constitucional, por trazer a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, vedações expressas à supressão de direitos fundamentais.

## A OPÇÃO BRASILEIRA

O sistema constitucional brasileiro, instituído em 1988, ao ampliar as matérias que não podem sequer ser objeto de emenda, como os direitos individuais e o voto direto e secreto, também pode ser incluído nesse grupo de democracias constitucionais com constituições super-rígidas.

Como consequência da adoção desse modelo constitucional, houve uma significativa alteração no papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro. Embora a Constituição de 1988 tenha mantido a estrutura e a composição do Tribunal, as mudanças nas relações entre a democracia e o constitucionalismo, incorporadas pela Constituição, impuseram ao Supremo Tribunal Federal uma série de novas e complexas atribuições.

A Constituição de 1988 não é absolutamente original ao limitar a possibilidade de emendas ao seu texto. A dimensão dessa limitação é que é nova. As constituições brasileiras, a partir de 1891, têm sido sistemáticas em estabelecer uma série de limites e dificuldades para que se promova a reforma de seus dispositivos. Esses limites podem ser divididos em formais, temporais, circunstanciais e materiais (12). Limites formais são aqueles que determinam procedimentos diferenciados, *quorum* qualificado, ou mesmo realização de plebiscito para a aprovação de uma reforma. Os limites temporais normalmente prevêm um período dentro do qual as alterações ficam proibidas; o artigo 174 da Constituição brasileira de 1824, que impedia a reforma antes de passado quatro anos de sua outorga, é um exemplo desse tipo de limite. Os limites circunstanciais buscam impedir que se mude a constituição em períodos de maior conturbação da ordem política, como o estado de sítio ou a intervenção federal. Finalmente

os limites materiais buscam proibir a alteração de certas decisões tomadas pelo poder constituinte originário, como a forma de Estado ou governo, regime político, ou ainda os direitos fundamentais.

A partir da Constituição de 1891, as constituições brasileiras, com exceção da de 1937, tinham estabelecido como limite material ao poder de reforma da constituição a Federação e a República. A Constituição de 1988, embora tenha retirado a República da lista das limitações materiais ao poder de reforma, mesmo porque previu um plebiscito no qual esse tema seria decidido, ampliou substancialmente as matérias vedadas à deliberação do poder constituinte reformador, por intermédio de emenda.

De acordo com o artigo 60, parágrafo 4º, da atual Constituição, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; e os direitos e garantias individuais”. A maior novidade desse artigo está na inclusão entre as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais. Portanto, de uma tradição de cláusulas pétreas que buscavam assegurar a integridade do Estado, sob a forma federativa e republicana, passou-se para a proteção da esfera dos direitos e da cidadania. A dimensão das limitações impostas pelo artigo 60, parágrafo 4º alargam-se ainda mais se interpretadas em conjunção com o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição que prevê “que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Portanto não são apenas aqueles direitos e garantias individuais arrolados no artigo 5º da Constituição que se encontram resguardados dos processos de deliberação majoritária, mas toda uma gama de outros direitos constitucionais de caráter individual dispersos na Constituição; estabelecidos em tratados do qual o Brasil seja parte; além de direitos supralegais, que, embora não positivados pela Constituição, são compatíveis com o regime e os princípios por ela adotados.

Abriu-se, por intermédio desses dispo-

11 O Bachof, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, Coimbra, Atlântida Ed., 1977, pp. 48 e segs.

12 Para uma classificação dos limites ao poder de reforma constitucional ver: K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1963, pp. 188 e segs.

sitivos, associados com a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciação da constitucionalidade das leis e a "arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição..." (artigo 102, I, 'a', e parágrafo único), uma enorme porta para que o Supremo Tribunal Federal exerça a função de guardião da Constituição, inclusive em relação à soberania popular exercida por intermédio do poder constituinte reformador.

Pela forma como a Constituição de 1988 estabeleceu o sistema de controle de constitucionalidade e concebeu os limites materiais a sua reforma, seria correto concluir, a partir da classificação adotada, que a democracia constitucional brasileira passou a ser mais constitucional que democrática e que o órgão mais poderoso dentro desse sistema constitucional é o Supremo Tribunal Federal.

Exemplo concreto e inaugural dessa nova atribuição do Supremo Tribunal Federal deu-se por ocasião da apreciação da constitucionalidade do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), criado pelo governo federal, por intermédio da Emenda Constitucional nº 3, de 1º de março de 1993.

O fato do imposto passar a ser cobrado no mesmo exercício financeiro de sua instituição provocou grande polêmica em torno de uma suposta violação ao princípio da anterioridade. De acordo com o artigo 150, III, 'b', da Constituição Federal, que trata das limitações ao poder de tributar, "é vedado à União, estados, Distrito Federal e municípios cobrar tributo "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou". Esse princípio tem por finalidade afastar *surpresas* tributárias (13) e assegurar ao contribuinte a possibilidade de um planejamento financeiro anual, tomando por base a carga tributária estabelecida no exercício financeiro anterior. Com fundamento nesse princípio, foi proposta no Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade (com pedido de liminar) com o objetivo de suspender a eficácia das normas instituidoras do IPMF.

Caso esse tributo houvesse sido instituído por um ato normativo ordinário, por uma "lei", como inscrito no artigo 150, III, 'b', a declaração de sua inconstitucionalidade não

causaria maiores controvérsias, pois flagrante a sua incompatibilidade com o princípio da anterioridade. E quando duas normas de graus hierárquicos distintos estão em confronto, deve prevalecer a superior, no caso, o princípio da anterioridade que tem *status* constitucional. Esta é a lição de Marshall.

O IPMF foi, no entanto, criado através de emenda constitucional, que é a manifestação do poder constituinte reformador. Para a sua instituição foi necessário que as duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, aprovassem o projeto de emenda por "três quintos dos votos dos respectivos membros" (artigo 60, parágrafo 2º da Constituição Federal). Aprovada a emenda, o imposto passou a fazer parte do corpo da Constituição, no mesmo patamar hierárquico dos demais dispositivos constitucionais; a não ser que se admita uma supraconstitucionalidade de certas normas constitucionais e, portanto, a existência de hierarquia entre as normas da Constituição. O que, se admitido, obriga concluir que certas decisões tomadas pelo poder constituinte originário estão autorizadas a impedir a sua própria alteração, mesmo que por manifestação mais do que majoritária (no caso, três quintos do Congresso Nacional) dos órgãos de representação democrática; ou, ainda, admitir que certos direitos supraleais, não positivados, vinculem a decisão constituinte, seja ela originária ou reformadora.

O problema da inconstitucionalidade do IPMF se torna mais complexo porque a própria Emenda nº 3, que estabeleceu o imposto, previu em seu artigo 2º, parágrafo 2º, que "ao imposto de que trata este artigo não se aplica o artigo 150, III, 'b' ...", que é exatamente o princípio da anterioridade. Estabeleceu, desta forma, a possibilidade de cobrança do IPMF como uma exceção constitucional ao princípio da anterioridade. Exceção esta que não é a única, uma vez que a Constituição permite, sem a necessidade de observância do princípio da anterioridade (artigo 150, parágrafo 1º, CF), a cobrança de uma série de outros impostos (artigo 154, II, CF).

O Supremo Tribunal Federal, por sete votos a três, suspendeu, por decisão liminar, a cobrança do IPMF até 31 de dezembro de 1993, pois entendeu que a cobrança de um tributo no mesmo exercício financeiro de sua instituição, ainda que por intermédio de

13 S. C. N. Coelho, refere-se ao "princípio da não-surpresa do contribuinte". *Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Sistema Tributário*, Rio de Janeiro, Forense Editora, 1992, p. 315.

emenda à Constituição, violaria os direitos individuais; não podendo, portanto, ser admitida, nas bases do disposto no artigo 60, IV, que proíbe emendas tendentes a abolir os direitos individuais.

## CONCLUSÃO

Muito mais relevante que a decisão de caráter tributário foi o precedente aberto pelo tribunal. Embora o Supremo Tribunal Federal já houvesse apreciado a constitucionalidade de emenda à Constituição na Primeira República, esse controle deu-se apenas em seu aspecto formal (14). No caso do IPMF a decisão tem uma amplitude muito maior, pois o tribunal julgou inconstitucional o conteúdo de uma emenda à Constituição. Através dessa decisão exercitou, em seu extremo, os poderes constitucionais que lhe foram atribuídos, bloqueando, sob o fundamento de que um direito individual havia sido violado, uma decisão mais do que majoritária dos representantes do povo. Ao exercer essa competência constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar, de fato, a posição de órgão de cúpula do sistema constitucional brasileiro, pois controlou o que seria a forma mais ilimitada de exercício de poder dentro de um regime constitucional, que é a manifestação do poder constituinte reformador, exercido através de procedimentos qualificados pelo parlamento.

Muito embora esse poder seja de difícil justificação frente a argumentos de caráter democrático, majoritário, não resta dúvida que, de uma perspectiva de direitos, a engenharia constitucional brasileira foi bastante criativa. Principalmente se for levada em conta a inexistência de uma tradição de defesa de direitos, não apenas pelo Estado, mas também pela própria sociedade brasileira. Nesse sentido, a construção constitucional parece buscar alterar o comportamento do ambiente sob o qual ela exerce a sua força normativa.

Engenhoso ou não, o exercício desse poder necessita ser justificado. Uma primeira fórmula de justificação é remeter à própria Constituição a legitimação do poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal. O argumento de que é legítimo porque está na Constituição não parece, porém, suficiente, seja de uma perspectiva democrática, seja a

partir de uma ótica de direitos. Para satisfazer as objeções de uma teoria procedimental da democracia, é necessário demonstrar que o bloqueio, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões do poder constituinte reformador, estaria limitado àquelas decisões que constituam uma ameaça direta à própria continuidade do jogo democrático. Caso o tribunal busque controlar decisões resultantes do processo democrático que não põem em risco direto a democracia, mas outros valores constitucionais, estará atuando de forma ilegítima. Mesmo porque não se justifica democraticamente que uma geração futura esteja submetida a valores determinados por uma geração anterior.

A compatibilidade com uma teoria democrática não é, no entanto, a única fonte de legitimação de um sistema político e, no caso específico, de um tribunal constitucional. Há outros valores, como direitos e princípios fundamentais, que podem ser tão importantes ou até mais importantes para uma determinada comunidade do que a regra da maioria. A adoção desses valores como elementos legitimadores de um sistema político requer uma outra lógica de justificação.

É necessário demonstrar que a defesa desses direitos e valores não se dá pelo simples fato de que eles foram assegurados por uma decisão constitucional anterior, pois, como já se argumentou, a idéia de que uma decisão anterior está autorizada a vincular o futuro para todo o sempre é de difícil sustentação. Nesse caso, é necessário demonstrar que a defesa desses valores e princípios tem como fundamento não apenas o fato de serem princípios e valores que a Constituição buscou cristalizar, mas que são princípios e valores que não estão submetidos aos procedimentos e decisões da maioria ou mesmo de uma manifestação do poder constituinte reformador. São direitos que antecedem o Estado, não no sentido tradicional de direitos naturais decorrentes de uma vontade transcendente, mas como valores indispensáveis à preservação da dignidade humana e que portanto não podem ser vulneráveis a qualquer processo de deliberação política.

Fora dessas hipóteses dificilmente se poderia justificar a atribuição de um poder tão grande a onze juízes, mesmo que de um tribunal supremo.

14 A decisão do Supremo deu-se em função da arguição de inconstitucionalidade da reforma da Constituição levada a cabo em 1926, durante o governo de Artur Bernardes, por ter esta sido aprovada por apenas dois terços dos senadores presentes à sessão e não dois terços do total de membros do Senado, como previa a Constituição de 1891. O Supremo Tribunal Federal entendeu, no entanto, que o modo pelo qual se deu a votação estava de acordo com a Constituição. Como observa José Horácio Meirelles Teixeira, o tribunal falhou. Entretanto, o que mais importa "é haver-se julgado competente para decidir a constitucionalidade, ou não, de uma reforma constitucional, tendo em vista a observância das exigências formais, estabelecidas pela Constituição para tal fim" J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, Maria Garcia (org.), Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 161.