A IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MICHEL ROSENFELD

Muito obrigado ao prof. Menelick* pelo convite para participar desse simpósio. Eu gostaria de agradecer também à Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais por estar abrigando este evento. É um privilégio estar aqui, e estou feliz de participar.

Vou começar com o título que os organizadores escolheram: "Identidade do Sujeito Constitucional e o Estado Democrático de Direito", o que, em inglês, poderia ser traduzido como: "Constitutional Identity and Democratic Constitutional State". Há, nesse título extenso, uma ambivalência, e talvez devamos despender algum tempo tentando desassociar os termos ou compreender seu significado. Quando li a versão em inglês que me foi enviada para preparar essa palestra, pensei que fosse uma discussão ligada à relação entre identidade constitucional e democracia

Prof. Dr. Michel Rosenfeld é professor da Cardozo Law School, de Nova Iorque, e Presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional.

* O prof. Rosenfeld esteve em Belo Horizonte, nos dias 19 e 20 de agosto de 2003, a convite do prof. Menelick de Carvalho Netto, da Faculdade de Direito, da UFMG, para participar do Simpósio "Identidade Constitucional e Direitos Sociais", quando proferiu três palestras [na Faculdade de Direito, na Escola do Legislativo e no auditório da AMATRA].

ou, mais amplamente, constitucionalismo e democracia. Mas quando li o título em português e falei com o prof. Menelick e alguns outros, pareceu-me que o que eu deveria fazer era discutir a relação entre identidade constitucional ou constitucionalismo e Estado Democrático de Direito.

Têm-se aqui pelo menos quatro conceitos diferentes: *identidade constitucional, constitucionalismo, democracia e Estado de Direito*. Cada um deles é muito complicado. Acredito que a questão central, que não é discutida com bastante freqüência, na minha opinião, é o problema da relação entre constitucionalismo e democracia. Democracia e constitucionalismo são termos muito positivos: todos nós queremos estar do lado do constitucionalismo e da democracia. Tanto que, mesmo durante a Guerra Fria, em que todo mundo era a favor da liberdade e da democracia, havia, na Europa Oriental, as repúblicas democráticas populares, que não eram nem democráticas nem populares. Da mesma forma, hoje em dia somos todos a favor da democracia constitucional. Mais e mais países abraçam oficialmente a democracia, e estamos quase no ponto em que o mundo inteiro é uma democracia constitucional ou alguma variação dela.

De fato, há uma tensão importante entre constitucionalismo e democracia. Não é óbvio que os dois devam caminhar juntos. Há muitas definições de democracia. Eu adotarei aqui uma definição que considero uma versão simplificada: democracia é a regra da maioria, a regra majoritária. É uma forma política de organização, um sistema político em que as decisões que são contestadas resultam do voto da maioria. Dessa forma, constitucionalismo e democracia estão em lados opostos. Numa democracia, os direitos constitucionais vão diretamente contra a vontade democrática. A liberdade de pensamento ou de expressão – e aqui pode-se comparar uma monarquia a uma democracia – realmente significa proteger os pontos de vista com os quais a maioria não está de acordo, porque os pontos de vista com os quais a maioria concorda não precisam de proteção constitucional. A maioria tomará conta de si mesma, por meio do processo legislativo e do devido governo. Parenteticamente, estou

assumindo que nós temos uma democracia em funcionamento. Muitas coisas que são chamadas de democracias não são realmente democracias que funcionam, e as maiorias de fato não têm o poder. No entanto, nas democracias que funcionam, os direitos constitucionais deveriam ser, em certa medida, antidemocráticos.

Há muitos exemplos disso, e citarei o que conheço melhor, que é o do meu país, os Estados Unidos. Tomemos o direito ao aborto, que é muito controvertido. A Suprema Corte decidiu, em 1973 – num sentido que nós afirmamos várias vezes –, que a mulher tem o direito constitucional de escolher ter um aborto em algumas circunstâncias, durante o primeiro trimestre da sua gravidez, e mais tarde em outras circunstâncias. Esse direito agora é constitucionalmente protegido. Há muitos estados em que as maiorias legislativas são contra o aborto e constantemente aprovam leis visando diluir esse direito ou mesmo eliminá-lo. Isso se dá porque, nesses estados, particularmente, às vezes uma maioria muito grande dos eleitores acredita que o aborto é imoral, que é o mesmo que um assassinato, e que a maioria deveria ter o direito de proibir esse tipo de conduta. Podemos dizer que, nesse contexto, o direito constitucional é antidemocrático. Nos Estados Unidos gostamos de usar o termo "antimajoritário", deixando em aberto o que é realmente a definição de democracia. Mas, se olharmos o Estado de Direito, ou, em inglês, "the Rule of Law", que é o terceiro elemento dessa tríade, veremos que é difícil de medi-lo em termos de democracia e constitucionalismo.

Vou entrar em alguns detalhes mais precisos na colocação do problema, porque o que eu chamo de "Rule of Law" é realmente uma coisa diferente para diferentes tradições. No entanto, num sentido mais amplo, se nós queremos dizer que o Estado de Direito é uma ordem política em que o governo é feito por meio de leis e não de acordo com a vontade do soberano ou de decretos, então o Estado de Direito, numa democracia, é a expressão da vontade da maioria, por um lado, e, por outro lado, uma coerção, porque, se eu estou numa minoria legislativa e a lei é aplicada contra mim, é o poder do

Estado contra mim, e porque as maiorias legislativas mudam. O Estado de Direito é também sentido como discursivo por quase todos.

Por exemplo, citando o direito tributário: eu posso ser a favor dos impostos e acreditar realmente em uma certa redistribuição da riqueza, mas, de qualquer forma, quando tenho que pagar impostos e tomar a decisão de não comprar algumas coisas que considero importantes para o meu bem-estar porque tenho que separar o dinheiro dos impostos, nesse momento, eu acho que o direito tributário é coercitivo, mesmo que, em geral, eu esteja de acordo com a tributação.

Portanto, o Estado de Direito é coercitivo, talvez até antimajoritário, mas também as leis num sistema perfeito seriam aprovadas e rejeitadas de acordo com mudanças no sentimento majoritário. E, de fato, isso não acontece. Nós podemos ver isso muito bem agora, com essa possibilidade de votos instantâneos. Se quisermos analisar o apoio a uma lei, dia a dia, poderemos ver que ele flutua. Assim, por alguns períodos de tempo, aquela lei particular não será apoiada pela maioria, embora ainda seja lei e o Parlamento não a rejeite, e os cidadãos, ainda assim, tenham que se ater a ela. Portanto, a relação entre todos esses sistemas é muito complexa.

Deixei de fora, até agora – e sinto muito se os desapontei, mas foi proposital –, a noção de identidade constitucional. Generalizando, a identidade, seja constitucional ou política de uma sociedade particular com a qual lidamos, terá obviamente um efeito em todas essas coisas, em todas essas questões. Há certas leis com as quais uma determinada sociedade se identifica tão fortemente que, portanto, são menos impositivas, ou percebidas como tal, em relação a outras leis que são particularmente antipopulares nessa sociedade. Para fazer uma comparação entre os franceses e os americanos – hoje em dia nós fazemos uma série de comparações entre os franceses e os americanos, porque os franceses tiveram a "audácia" (AQUI ELE FALA NUM TOM IRÔNICO – NOTA DA TRANSCRIÇÃO) de se opor aos Estados Unidos nas

Nações Unidas –, os franceses parecem muito mais tolerantes com relação aos impostos e à intervenção do Estado. Eles têm trens melhores, um sistema social melhor, um sistema médico melhor, uma previdência social melhor. Quer dizer, existem muitas coisas que são melhores na França que nos Estados Unidos. Mas a identidade americana – eu não quero dizer simplesmente uma identidade constitucional, embora ela esteja envolvida também – julga que os impostos são ruins, que o governo, por definição, deve ser o mais limitado possível.

Por exemplo, eu não acho que George Bush – e não estou falando da sua política exterior, mas da sua política interna – poderia algum dia ser presidente da França. Os franceses rejeitariam totalmente a idéia de que a solução para todos os problemas sociais é cortar impostos. Eu não acho, da mesma forma, que Jacques Chirac poderia ser presidente dos Estados Unidos. Isso quer dizer que, seja qual for a identidade de uma sociedade particular, ela tem uma influência sobre como o problema da relação entre Constituição ou constitucionalismo, democracia e Estado de Direito é percebido ou tratado.

Deixem-me fazer agora uma análise mais teórica – obviamente não posso tentar fornecer respostas práticas para essas questões – da tensão desses conceitos. A primeira questão que eu gostaria de colocar é a da relação entre constitucionalismo e democracia. Há diferentes concepções de constitucionalismo; eu identifiquei quatro, mas discutirei apenas três: a alemã, a francesa e a americana. Gostaria de lembrar a vocês que esses modelos são arquetípicos, no sentido de que são tipos de concepção que não correspondem, necessariamente, ao que acontece hoje em dia – pelo menos no caso da Alemanha, eles não correspondem realmente à identidade constitucional daquele país. Mas, originalmente, a noção constitucional alemã é a noção de que a Constituição é a expressão do destino de um etos; esse constitucionalismo etnocêntrico, efetivamente auxiliado pelas instituições e governos, institucionalizou o espírito do povo germânico. Se esse é o propósito do constitucionalismo, a democracia tem um papel muito reduzido nessa concepção. E, de fato, Carl Schmitt se contentava em ter um ditador, desde que o ditador

soubesse o que era o espírito do povo alemão, quem eram os amigos, quem eram os inimigos. O ditador, poderia ser um instrumento para a implementação dessa visão de constitucionalismo. Portanto, há uma correlação muito fraca entre constitucionalismo e democracia.

Na outra ponta do espectro, está a noção francesa, em que constitucionalismo é democracia. A Revolução Francesa é a revolução que amarrou o constitucionalismo ao *demos*, e que definiu, se vocês assim preferirem, o povo francês como o povo democrático por excelência. Aqui a visão é a do Parlamento. Um Parlamento representando o povo como um todo, servindo como instrumento para levar adiante o projeto constitucional. É notável que, embora os franceses tivessem a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1779, a proteção constitucional dos direitos fundamentais como uma questão jurídica, na França, levou muito tempo, entrou na segunda metade do século XX para se tornar efetiva. A razão para isso é que os franceses, seguindo Rousseau, tinham confiança em que o Parlamento, pela sua própria natureza, fosse uma instituição democrática, e a proteção dos direitos era função de uma democracia em funcionamento. Então, no modelo francês de constitucionalismo, a democracia é, talvez, o ingrediente mais importante, o aspecto mais importante da regra constitucional.

O terceiro modelo que eu gostaria de discutir é o modelo de constitucionalismo americano. O modelo americano tem uma relação mais complexa com a democracia que o francês e o alemão. Ele está a meio caminho entre eles. A constituição americana contempla não apenas a democracia, mas vários séculos de democracia. Se nós pudermos caracterizar qual é aqui a idéia operante ou o conceito principal, veremos que é a noção de *checks and balances*, pesos e contrapesos. A democracia é necessária e boa, mas ela é perigosa. A maior preocupação de Madison, que era uma das maiores forças intelectuais por trás da Constituição americana, era o medo da tirania da maioria. Então a maneira com que nós lidamos com isso é por meio de um governo central e vários governos estaduais concorrentes, de forma

que o poder democrático não esteja concentrado numa única esfera. Dentro de cada esfera da democracia – fizeram isso com o governo federal e os governos estaduais, em geral, copiaram – está a noção da divisão dos Poderes. Legislativo, Executivo e Judiciário têm de ser divididos. Depois há, é claro, a noção dos direitos fundamentais, que foram estabelecidos pela "Bill of Rights", que são limitantes para a democracia. Então, há uma limitação da democracia, por meios não democráticos – embora essa não seja a descrição correta –, e vários séculos de democracia concorrente para assegurar que o eleitor individual não seja engolido por uma clara maioria sobre a qual ele não tem o menor controle. Esses três modelos mostram que não há nada definitivo ou óbvio em termos de relações entre constitucionalismo e democracia. Todos eles foram gerados e desenvolvidos a partir de noções de bem comum distintas de identidade constitucional.

Permitam-me agora ir ao ponto número dois, que é o da relação entre o Estado de Direito e democracia. O Estado de Direito, em si mesmo, não tem nada a ver com democracia. E eu quero aqui fazer uma distinção entre a Alemanha, a França e os Estados Unidos. Os alemães são famosos por terem inventado o "Rechtstaat", ou Estado de Direito. As origens do "Rechtstaat" remontam, pelo menos, às idéias de Kant, talvez até antes, mas ele se tornou de fato uma jurisprudência muito viva nessas instituições jurídicas da segunda metade do século XIX, depois do fracasso da Revolução Burguesa de 1848. Nesse sentido, "Rechtstaat", que é traduzido em inglês como "Rule of Law", é mal traduzido – e infelizmente isso talvez não faça nenhum sentido para as pessoas que falam português, mas a forma de traduzir "Rechtstaat" em inglês não é realmente "Rule of Law", mas "State Rule Through Law", *a regra (ou o governo) do Estado por meio do Direito*. A idéia do "Rechtstaat", que veio como uma consolação para os burgueses que não conseguiram alcançar a democracia, era a de que o Kaiser tinha que adotar suas políticas utilizando, pelo menos, meios jurídicos. Ele tinha que aprovar leis para poder governar. Não era suficiente ser um monarca autocrata. Associado a isso estava a divisão dos Poderes entre um

Legislativo, que tinha que aprovar as leis, e um Judiciário, que tinha que interpretar essas leis. Isso permitia uma certa quantidade de controle, na medida em que protegia contra o poder arbitrário e contra mudanças constantes dos caprichos do soberano, permitindo, consequentemente, uma maior previsibilidade: "eu não tenho nenhum direito, mas eu sei e posso prever quais serão as conseqüências dos meus atos". Então, percebe-se que isso funciona muito bem na separação de funções entre Legislativo e Judiciário, gerando uma proteção a mais na medida em que o Legislativo não pode simplesmente reescrever a lei a pretexto da sua aplicação em casos individuais. Essa é uma proteção adicional. Observa-se que em tudo isso não há nada de democracia, que o Direito, a essência do Direito, pode ser simplesmente regulada pelo Kaiser, que dá instruções ao Legislativo, encontra termos apropriados e recursos táticos para transformar sua vontade em lei. Restará ao juiz aplicar aquela regra geral a um caso individual que será colocado diante dele: nada de democracia, ninguém vota, ninguém é perguntado sobre o que sente diante da lei, e essa é a noção do "Rechtstaat" positivista, essa é a essência do que eu estou descrevendo.

Deixem-me voltar ao conceito francês de "L'état de Droit", que é comumente dado como equivalente. A principal figura que desenvolveu o conceito de "L'état de Droit", no começo do século XX, Carré de Malberg, simplesmente traduziu o termo alemão. "Rechtstaat" significa, em francês, traduzido literalmente, "L'état de Droit". Mas, se vocês observarem mais atentamente, o "L'état de Droit" nada tem a ver com o "Rechtstaat", conceitualmente, substancialmente. Por que não tem nada a ver com ele? Vocês se lembram do que eu disse sobre a Revolução Francesa?

A Revolução Francesa instituiu o que nós podemos chamar de "L'état Légal", Estado Legal; eu traduzi isso, no inglês, como *o Estado por meio da democracia jurídica, o Estado por meio da regra democrática, da lei democrática*, com a soberania do Parlamento e a pressuposição de que a criação legislativa só é legítima por meio da democracia. Os franceses instituíram um regime legal que é um regime democrático. Na França, a maioria

comanda, é uma maioria nacional, é um Estado centralizado, unificado. O governo da maioria do povo francês, por meio do Poder Legislativo, do Parlamento, comanda, cria suas leis. O "L'état Légal" é a realização, na esfera política, de uma idéia de Jean-Jacques Rousseau, da democracia que resulta da implementação da vontade geral.

É notável que, hoje em dia, qualquer que seja o resultado a que o Parlamento chegue na França, ele traduz a "volonté generale", a vontade geral. Se você ler Rousseau atentamente, a "volonté generale" não é a vontade da maioria, mas a diferença de todos contra todos, seja lá o que isso significar. Então, a única forma de entender a vontade geral é que ela é um conceito descritivo. Se o Parlamento vota a favor dela, ainda que isso aconteça quando a maioria, dispondo de apoio para uma determinada proposição legislativa, sofreu oposição de uma minoria ou de várias minorias parlamentares, o resultado é a vontade geral. Assim, o direito francês é a expressão da vontade geral por definição.

É com Carré de Malberg, naquele período do começo do século XX, e com a luta pelo "L'état de Droit", que os franceses começaram a se preocupar com o fato de que a democracia não garantia direitos constitucionais. A maioria parlamentar não tinha que legislar nem sobre a proteção a direitos fundamentais nem sobre outras matérias relativas a direitos fundamentais. Então, "L'état de Droit" veio simbolizar *a regra do direito* ou *a regra do Estado por meio do direito democrático*, consistente com os direitos constitucionais. É uma tentativa de preencher o vazio entre constitucionalismo e democracia.

Na França isso foi muito necessário, devido à tradição de não se dar um *status* jurídico aos direitos fundamentais. No entanto, nos Estados Unidos e na sua Constituição, isso foi, desde o começo, colocado de forma clara, no começo do século XIX: direitos fundamentais são direitos jurídicos. Assim, nos Estados Unidos houve, desde o início, uma união entre regime constitucional, "Rule of Law", e proteção aos direitos fundamentais. A noção de "Rule of Law", ou Estado

de Direito, é muito mais antiga que a Constituição americana e tem suas origens na Inglaterra. Não vou falar muito dos antecedentes históricos ou da evolução histórica do Estado de Direito. Eu focalizarei, em lugar disso, a compreensão atual de Estado de Direito nos Estados Unidos.

O Estado de Direito, em termos da nossa questão aqui, é um paradoxo. Como eu disse no começo, a submissão ao direito, seja ao direito constitucional ou ao direito comum, geralmente é sentida como impositiva. Eu tenho que seguir a lei de alguém que impõe essa lei a mim. E o Estado de Direito tem essa dupla conotação, que é, ao mesmo tempo, uma auto-regulamentação e uma regulamentação imposta, devido ao papel único do juiz de direito comum (Common Law Judge – nota da transcrição). É claro que essa é uma caricatura – eu só os adverti a esse respeito porque pode ser útil para avançarmos na discussão, mas, se tivéssemos mais tempo, teríamos que olhar isso mais cuidadosamente. Essa caricatura que é o direito comum, o *common law***,** é um direito feito pelo juiz, ao contrário do *civil law***,** em que os juízes, simplesmente, mecanicamente, dedutivamente, aplicam as regras gerais existentes a casos específicos.

Para dar-lhes um exemplo, vamos imaginar o primeiro caso de direito comum**,** antes da existência de qualquer lei na Inglaterra: duas pessoas levaram uma demanda diante de um juiz, e o juiz resolveu a disputa. Seja qual for o resultado – a demanda poderia ser: minha vaca comeu as suas flores –, quem é o responsável ou quem arca com os prejuízos? Não há nenhuma lei nesse sentido, mas o juiz tem de resolver o caso. Vamos supor que o juiz diz que minha vaca tem o direito de comer as suas flores. Isso resolve o meu caso. Não havia nenhuma lei antes dessa primeira decisão. Quando o próximo caso surgiu, como, por exemplo, quando o seu cavalo comeu as minhas flores, nós tínhamos então um precedente. Agora a disputa seria se cavalos são iguais a vacas para esse propósito. Mas, de um jeito ou de outro, tínhamos um precedente. Assim, o primeiro juiz legislou de modo definitivo, deu início a uma legislação, completa ou incompleta, de forma que os juízes tinham sempre que fazer acréscimos a ela. É por

isso que há uma sucessão de juízes legislando. No entanto, o primeiro juiz determinou, em parte, a resposta à questão sobre se seu cavalo pode comer as minhas flores ou se você tem que pagar por isso.

Esse tipo de sistema tem, em termos do problema que nós estamos examinando, algumas implicações muito importantes. Uma delas é que os juízes, de fato, fazem o direito antes mesmo da Constituição ou além da Constituição. Isso levanta toda uma questão, que é uma preocupação central no direito constitucional americano, sobre o poder antimajoritário dos juízes. Eles não são eleitos, são designados e têm mandato vitalício e, de fato, fazem, criam, o direito constitucional. Mas não fazem apenas o direito constitucional, fazem o direito em geral.

O primeiro problema, o problema de o juiz fazer o direito comum, está mudando. Atualmente, os Parlamentos fazem a maioria das leis e o congresso americano pode derrubar um juiz dizendo que não concorda com determinada lei e vai reescrevê-la. Temos muitos exemplos disso. Então não é uma questão conceitual. No direito constitucional, entretanto, não há uma forma de derrubar a Suprema Corte, a não ser que você tenha uma emenda constitucional, o que, nos Estados Unidos, é quase impossível de se obter. É muito difícil conseguir êxito na ratificação de uma emenda constitucional. Temos aqui a noção do direito feito pelo juiz, que é problemático do ponto de vista democrático, e, por outro lado, o Estado de Direito, baseado no direito feito pelo juiz e no direito comum. É uma tradição o juiz estar ao lado do povo, contra o monarca. Uma das grandes virtudes do sistema inglês – muito dele foi importado pelos Estados Unidos –, é essa noção do juiz da eqüidade ou do juiz do direito comum, capaz de exercer o poder ao lado do povo, como se fosse uma verificação do soberano ou do Parlamento. Pode-se recorrer ao juiz para se livrar de leis opressivas, por um lado, e, por outro lado, os juízes também aplicam – porque os juízes modernos aplicam os dispositivos constitucionais, bem como o direito comum – a vontade da maioria, ou as leis existentes. Dessa forma, o Estado de Direito é também cogente e libertador.

Há outro problema com o Estado de Direito no contexto do direito comum, no sentido em que queremos duas coisas do regime constitucional, e do que eu chamo de Estado de Direito ou "Rechtstaat", ou "L'état de Droit", não importa: nós queremos previsibilidade e eqüidade, ou justiça. Com o "Rechtstaat" nós temos previsibilidade, mas nenhuma garantia de eqüidade; com o Estado de Direito, por outro lado, assumindo que os juízes sejam conscienciosos dos seus valores primários, do devido processo e das noções de igualdade e justiça, e daí por diante, nós podemos ter justiça, mas isso não garante a previsibilidade, na medida em que as decisões que de fato solucionam o caso ou, em outras palavras, dão uma decisão jurídica para um problema criando uma regra para o futuro**,** podem mudar. Não há, então, nenhuma previsibilidade. A maioria dos precedentes não são totalmente determinativos, deixam muitos caminhos abertos para a interpretação. Pode acontecer que o direito comum derrote essa noção de previsibilidade, que é essencial em um regime de direito comum.

Uma outra questão sobre esse segundo ponto, antes de examinarmos as implicações constitucionais – para dar um exemplo das tensões que existem entre Estado de Direito e democracia –, é olhar a situação atual da Alemanha com relação ao que ela era no fim do século XIX. No atual regime constitucional alemão, nós tivemos uma transformação total, partindo de um "Rechtstaat" positivista para o que os doutrinadores alemães chamam de "Verfassungstaat", ou regra, ou direito constitucional, ou, ainda, Estado constitucional por meio do direito. O "Verfassungstaat" é a utilização de um regime do tipo do Estado de Direito por meio da implementação de valores e regras constitucionais. A Constituição alemã, diferentemente da americana, tem sido interpretada como impositora de uma ordem de valores. Isso é muito importante do ponto de vista da nossa discussão, porque ela permite ao juiz constitucional invalidar um grande número de leis com o fundamento de que elas violam o espírito da Constituição.

Para dar um exemplo, nos Estados Unidos há uma cláusula que proíbe o Estado de discriminar entre homens e

mulheres em termos de emprego estatais. Um órgão estatal não pode recusar trabalho a uma mulher porque ela é uma mulher. Há também legislação equivalente no setor privado, mas vamos esquecer isso por um momento. O que isso significa é que, se um empregador privado discriminar uma mulher, não há nenhum recurso constitucional. No entanto, se tivermos maiorias legislativas diferentes no congresso dos Estados Unidos – atualmente as maiorias legislativas são contra a discriminação das mulheres –, digamos, daqui a uns cinco anos, que aprovem uma lei que diz que isso está certo – eles não podem dizer que está certo fazer alguma coisa que é inconstitucional, mas podem afirmar que é uma nova lei que determina que os empregadores devem ter absoluta liberdade na contratação de seus empregados, porque eles sabem melhor que ninguém o que é melhor para os seus negócios – isso significaria que, nos Estados Unidos, não haveria nenhum recurso contra a discriminação privada. Se isso acontecesse na Alemanha, a Corte diria que os direitos subjetivos que os cidadãos alemães têm com relação ao Estado – e há uma cláusula de igualdade na Constituição alemã –, é uma ordem objetiva, criada pelos valores que a Constituição alemã adotou e, de acordo com esses valores objetivos, o juiz constitucional pode dizer àquele empregador particular que essa é uma violação da ordem constitucional, mesmo que o Parlamento diga, "tudo bem, você pode discriminar".

O problema do "Verfassungstaat" é que ele sustenta a sua regra constitucional ao ponto, pelo menos teoricamente, que permite a destruição da política majoritária. Se formos muito profundamente nessa questão dos valores básicos da ordem constitucional alemã – e há muitos acadêmicos que reclamaram sobre isso –, de fato tiraremos o poder da democracia alemã, porque todas as decisões são tomadas pelos juízes constitucionais em última instância. Se uma proposta legislativa vai para o "Bundestag", é aprovada e alguém se contrapõe à ela, o juiz constitucional, dentro do sistema de valores abrangentemente eqüitativo estabelecido pela moderna Constituição alemã, dispõe de meios para invalidar essa lei. Então, o que fazer com toda essa bagunça?

Quero discutir um pouco alguns desses problemas de diversas identidades constitucionais e diferentes sistemas constitucionais para fechar esse ponto. Nos Estados Unidos, há um debate muito claro nesse sentido, porque há uma noção clara – e isso é parte da nossa identidade constitucional, pelo menos da nossa atual identidade constitucional –, de que há uma distinção entre democracia e constitucionalismo, e o tema real, o debate real, é sobre onde devemos traçar as linhas divisórias.

Eu gostaria de explorar rapidamente com vocês a teoria de Bruce Ackermann, porque ela entra na noção do que é a democracia e de como a identidade constitucional, ou o constitucionalismo, está relacionada com a democracia. Bruce Ackermann tem uma teoria que ele chama de "momento constitucional". Isso consiste em dizer, não que nós temos um constitucionalismo que é antidemocrático, antimajoritário, por um lado, e democrático por outro, e sim que nós temos duas ordens de democracia. Nós temos a democracia comum, em que as pessoas lutam pelos seus interesses: alguns querem mais produção, outros, um meio ambiente melhor, e deve haver leis melhores para o meio ambiente e leis que gerem mais empregos, pois é para isso que lutam as pessoas que constituem a maioria.

Há, nos Estados Unidos, esses momentos constitucionais em que o povo, de alguma forma, entra em um estado diferente, um ânimo diferente, e produz uma norma que é muito próxima de um consenso. A meu ver, essa teoria, se for analisada claramente, é incoerente, não há algo como um momento constitucional ou democracia comum. Havendo democracia, há desacordo sobre o que deveria ser constitucionalizado. Nesta noite eu vou tratar do problema dos direitos do *welfare*, que é um bom exemplo. Essa é uma área em que há muita discussão sobre se é correto constitucionalizar os direitos de bem-estar social ou se ele deveria ser deixado às maiorias legislativas. Portanto, o debate é sobre o que deve ser constitucionalizado e o que deve ser deixado às maiorias comuns. Também não há nenhuma evidência de que as pessoas que estão engajadas politicamente na criação

constitucional, em oposição à legislação, assumam uma posição ética mais alta ou tenham mais preocupações com outras idéias ou outros interesses na sociedade.

Só para lhes dar um exemplo, há muitas pessoas que querem emendar a Constituição americana para proibir o aborto. O fato de que essas pessoas quase nunca digam que isso significa incluir todas as pessoas que acreditam que os direitos de aborto são importantes deve-se a uma frustração, porque sua vontade legislativa sempre é negada pelos recursos aos direitos constitucionais. Isso aponta para o fato de que uma outra explicação possível não é a de que na democracia é diferente, mas sim a de que, em vez disso, nós podemos reconstruir e decidir o que está em cada categoria, o que será matéria de debate, o que será matéria de diferentes culturas constitucionais.

No entanto, nós podemos de fato apontar as diferenças entre uma democracia constitucional e uma democracia comum, em termos de qual perspectiva justifica essa designação particular. Na medida em que olharmos as noções de que um povo que se auto-governe precisa de propósitos para operar como tal, nós podemos olhar isso como envolvendo a ordem da democracia constitucional, e olhar o que não faz parte disso como democracia comum, ordinária. Isso não depende de quem apóie o que o povo decide na Assembléia Legislativa, mas são simplesmente os fatos da reconstrução. Eu acho que aí é que está o importante com relação à identidade constitucional. Isso vai variar de um lugar para outro, mas alguns fatos são essenciais numa sociedade pluralista.

Vou dar pelo menos uma noção de como resolver esse problema. Numa sociedade pluralista, há o problema do reconhecimento, que é, em resumo, o de que todos os indivíduos e todos os grupos devem ser levados em consideração. Esse é um problema de auto-governo se você quer democracia. Por que queremos a democracia? Porque, se você reconhece o povo, você deve dar a ele uma chance de participar da realização de seu próprio destino.

Depois há o problema da auto-realização, e isso pode acontecer a um nível individual ou a um nível comunitário. Todos esses níveis requerem compromissos e que algum peso seja dado àquilo que eu penso e àquilo que o meu vizinho pensa. Então nós temos, talvez, que examinar a questão da democracia constitucional e, aqui estou usando a democracia não necessariamente no sentido de uma democracia majoritária, mas no sentido em que, a qualquer tempo, uma maioria pode não concordar conosco, e também no sentido de que, se você olha para um povo que merece reconhecimento, ele tem o direito de participar do governo e alcançar um nível de auto-realização.

Então, o que é necessário para uma Constituição, o que faz uma democracia constitucional, são aquelas instituições ou aqueles direitos que permitirão, ou melhor permitirão que isso seja implementado. O que é de fato deixado à política comum são questões que não são cruciais a partir daquele ponto de vista. Não é crucial, por exemplo, ou não em uma certa medida, mais empregos ou melhor meio ambiente. Pode ser crucial se nós temos um meio ambiente que está ameaçado a um ponto em que a saúde ou o bem-estar das pessoas esteja em perigo, ou que os empregos sejam eliminados de uma forma que grande parte da população não consiga empregos, não consiga sua auto-realização. É crucial ter um mecanismo que permita uma medida de autogoverno que respeite os direitos. E aí é que entram os elementos do constitucionalismo: limitação do governo, submissão ao Estado de Direito ou a alguma versão do Estado de Direito – se vocês viram que há diferença entre essas versões. Algum meio de proteção aos direitos fundamentais devem se tornar essenciais para que haja constitucionalização. Muito obrigado.

DEBATES

Profa. Maria Fernanda Salcedo Repolês

Maria Fernanda Salcedo Repolês é professora no Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix.

Bom dia. Quero manifestar minha satisfação por ter sido chamada para participar desta mesa, ao lado de pessoas com quem já trabalho há tanto tempo e, principalmente, ao lado do nosso convidado, que é um grande constitucionalista e tem contribuído de uma maneira efetiva para repensar várias das questões que são colocadas no cenário mundial.

Minha intervenção vai ser curta, eu quero fazer três perguntas e um comentário a partir do que foi exposto. Ontem o senhor disse, na sua exposição, que a Constituição americana é entendida como um símbolo forte e, até mesmo, que vem se transformando na própria história e cultura do povo americano, a tal ponto que questões constitucionais são discutidas no dia-a-dia, e que uma criança tenha noção de seus direitos constitucionais. O que nos faz ficar perplexos é perceber isso, inclusive admirar os Estados Unidos em função disso, e depois ver que, mesmo com esse modelo, é possível haver uma "era Bush".

Minha pergunta é: como o senhor entende a "era Bush", especialmente os decretos do presidente Bush sobre o terrorismo, e em que medida eles têm ou não um impacto na identidade constitucional do povo americano e se essa identidade é de fato uma identidade, como é possível explicar que, tirando alguns intelectuais e artistas, o povo americano não tenha se oposto a essas medidas? Talvez muitos não concordem com elas, mas também não têm mostrado uma oposição mais efetiva às mesmas. O que acontece com a identidade constitucional norte americana depois do 11 de setembro e depois das leis antiterrorismo que restringem direitos individuais construídos ao longo de todos esses anos?

A primeira pergunta me leva à segunda, que diz respeito ao controle dos riscos. Niklas Luhmann e Rafaelle de

Giorgi, dois sociólogos do direito que têm tido um impacto no direito brasileiro nos últimos anos, falam de uma sociedade de risco. Esse tema está presente também no pensamento de Habermas, em muitos momentos, por exemplo, quando ele fala da oposição entre ação estratégica e ação comunicativa. Para Habermas, riscos não podem ser totalmente controlados, mas podemos contar com o fato de que uma ação estratégica é sempre subordinada à ação comunicativa, no sentido de que elas têm uma relação parasitária entre si. O risco, nesse sentido, pode nos levar para qualquer lado, seja para agir comunicativamente, seja para agir estrategicamente. Eu gostaria de saber em que sentidos a negação, a metáfora e a metonímia são instrumentos capazes de, de alguma maneira, controlar o risco, controlar entre aspas, ou, no sentido mais geral, como o senhor vê o problema do risco?

A terceira pergunta, na verdade, está relacionada com uma outra, e é a seguinte: eu disse agora mesmo que o risco permite decidirmos agir estratégica ou comunicativamente, nos termos de Habermas. Mas ainda há uma outra possibilidade, que fica sempre em aberto, que é abandonarmos a via do discurso e partirmos para a violência. Quero perguntar se o senhor acha, como eu acho, particularmente, que a violência é a pedra de toque *do Estado constitucional.*

Finalmente, eu queria fazer um pequeno comentário sobre uma questão que foi tocada ontem. O prof. José Luís Quadros de Magalhães fala em sentimento constitucional. É um termo que ele utiliza para descrever a necessidade de se construir uma identidade entre o povo brasileiro e a nossa Constituição, de forma que o povo brasileiro se sinta co-autor e sujeito da Constituição. É justamente a ambivalência de que o senhor falava quando se referiu à palavra sujeito em inglês, sujeito é quem faz a Constituição e quem se submete à Constituição. É nesse sentido que eu entendo a concepção habermasiana de patriotismo constitucional, não no sentido de ser algo passional ou nacionalista, mas de construção desse sentimento, e até prefiro o termo do professor José Luís Quadros, "sentimento constitucional". Muito obrigada.

Prof. Michel Rosenfeld

Muito obrigado por suas questões excelentes e muito duras, difíceis. Deixem-me tentar responder, pelo menos parcialmente, e eu começarei pelo seu comentário – você talvez não tenha me perguntado para que eu respondesse, mas eu gostaria de fazer um comentário sobre ele. A crítica que eu tenho em relação à noção *habermasiana* de patriotismo constitucional é que eu não acho que os valores constitucionais em abstrato ou as noções de uma democracia constitucional ética, da forma que Habermas utiliza, possam conseguir apoio constitucional para um regime constitucional em particular.

Não sei muito sobre a situação brasileira, mas eu olho para a Comunidade Européia, para a União Européia, como exemplo único, um exemplo de que eles precisam de algo mais. Eu acho que a expressão que você usou, do seu colega, de construção do sentimento constitucional, é uma expressão muito melhor. Uma forma de colocar as pessoas envolvidas com a Constituição não é, necessariamente, por meio de aspectos da Constituição que fornecerão um governo melhor, com o qual, talvez, o imaginário da população não se identifique. Antes, porém – o que é de certo modo estranho, e é aqui que eu acho que a noção de identidade constitucional é importante –, é necessário que as preocupações, os sonhos, os pesadelos, os mitos, as lendas, os pontos de referência comuns, históricos etc., estejam na base desse governo constitucional, de forma que possamos conseguir algum laço emocional entre o que o sentimento popular possa ser e o governo, de fato, é: muito técnico e reservado a advogados e legisladores. É nesse sentido que eu me refiro à imaginação constitucional do povo nos Estados Unidos, e ela, de alguma forma, entrou na cultura popular. No entanto, isso não é necessariamente importante. O que é importante é que há, na consciência coletiva do país, uma certa ligação com a Constituição. Isso me permitirá ligar esse comentário e tentar responder, pelo menos em parte, à sua primeira questão.

O fato de que há uma identidade constitucional não significa que há uma adoção constante dos valores da

Constituição. Significa que isso se torna um fator importante na consciência política e histórica do povo, da nação. Então, antes de responder sobre a "era Bush", uma das questões mais perturbadoras sobre o povo americano é que eles são patriotas quanto a proteger ou não a "Bill of Rights". Talvez a maioria dos americanos seja a favor da abolição da "Bill of Rights". Isso revela uma certa esquizofrenia, porque eles apreciam imensamente a primeira emenda. Quando eles focam a abolição da "Bill of Rights", é provavelmente no contexto da violência, de assassinatos, como no caso de alguém que todos consideravam culpado ter se livrado devido aos direitos concedidos pela emenda Miranda. Nesses casos a consciência popular volta-se contra esses direitos. Talvez isso explique, em parte, a "era Bush".

O 11 de setembro foi uma coisa sem precedentes para os Estados Unidos. O país já entrou em várias guerras, inclusive Pearl Harbour, em que houve muitas mortes fora do território americano, e o número dessas mortes foi menor que as acontecidas no 11 de setembro. Também houve mortes no Havaí, principalmente de militares. O 11 de setembro atingiu o centro de Nova Iorque e Washington, matando civis. Há um sentimento muito forte em relação a Pearl Harbour, de que os japoneses estavam errados sobre o que eles fizeram, e esse foi um ato de guerra convencional. Os Estados Unidos foram à guerra contra o Japão, e aquela foi uma guerra convencional. O 11 de setembro abriu uma série de possibilidades inteiramente novas e completamente perturbadoras, que são também incontroláveis. Isso vai se ligar com a segunda questão. O risco do terrorismo não é alguma coisa que sentimos que possamos dominar ou raciocinar a respeito. Restou um sentimento que é uma combinação de termos nos sentido atacados, de que a imaginação constitucional não necessariamente responde a problemas particulares e de que nós, os americanos, estamos dispostos a abandonar determinados direitos constitucionais – o que só posso dizer hipoteticamente, porque temos uma perspectiva histórica maior do que essa. No entanto, não há dúvida de que a reação ao 11 de setembro foi, do ponto de vista constitucional, deplorável.

Muito embora a proteção à liberdade de expressão seja notável e singular nos Estados Unidos, nós não nos abstivemos de mandar para a prisão, condenando a 20 ou 30 anos de reclusão, pessoas que estavam ligadas ao Partido Comunista durante a Guerra Fria. De alguma maneira, racionalizaram que isso não era inconsistente com a liberdade de expressão. Por um lado esse é um lapso, e eu não penso que no longo prazo – espero que eu esteja certo, não sei, isso é apenas uma previsão – o tipo de identidade constitucional que os americanos têm irá erodir, mas causará violações que estão muito próximas de violações dos direitos constitucionais em virtude da proteção ou da segurança.

A propósito, essa não é a primeira vez que isso acontece. Há um aspecto positivo aí: há uma grande oposição às posições de Bush. Ele ainda não obteve sucesso nas Cortes. Mesmo a Corte mais conservadora do país, que é a Corte do Quarto Circuito, situada logo abaixo da Corte Suprema, e que, de uma forma geral, até hoje ratificou as políticas de Bush, embora dissesse que ele estava certo nesse caso, advertiu-o de que não podia prosseguir de maneira unilateral nas decisões que estava tomando. Outras Cortes se opuseram a ele. Nesse sentido, um processo que está em andamento contra uma pessoa que foi acusada de fazer parte da conspiração de 11 de setembro, chamada Moussawi, talvez tenha de ser abandonado, porque o governo não pode apresentar determinadas provas sem dar à defesa o direito de olhar as provas e examinar as evidências e as testemunhas. Como o governo acha que pode prejudicar a segurança, eles tiveram que abandonar o prosseguimento do caso.

Os tribunais militares, que foram muito criticados e que são contra a identidade constitucional americana e a consciência constitucional americana, foram criados através de legislação e administrativamente formulados, mas nenhum deles entrou em ação. Há um debate sobre se alguns desses tribunais entrarão agora em ação, e advogados civis estão insistindo em que eles deveriam ser autorizados a representar os réus e que, mesmo que os tribunais não garantam direitos constitucionais integrais, deveriam aproximar-se deles o máximo possível. O

que eu quero sugerir aqui é que na cultura americana há uma recusa em aceitar – e há interesses institucionais muito poderosos envolvidos, como, por exemplo, o da Ordem dos Advogados dos Estados Unidos – essa nova mudança e essa espécie de atropelamento dos direitos constitucionais. Portanto, o quadro não é tão ruim como pode parecer, mas é muito preocupante, concordo com você.

Segunda questão: o risco. É uma questão fascinante. A noção de Newman – e eu tive o privilégio de discutir com ele alguns dos seus pontos de vista sobre a violência, propriamente sobre os riscos –, é muito interessante, e isso leva a parte do meu tópico hoje, a questão da previsibilidade. Essa é uma questão muito complexa e muito fascinante. Nós poderíamos passar todo o dia discutindo isso. Vou tentar ser curto e focar uma única questão. Aqui a regra constitucional parece ter um papel ambivalente. Algumas vezes ela está lá para reduzir o risco, e o aspecto de previsibilidade do Estado de Direito, associado com o constitucionalismo, preenche essa função; mas algumas vezes ela está lá para aumentar o risco em nome de algum valor constitucional profundo.

O melhor exemplo que posso dar é a história violenta, conturbada e difícil que tivemos com relação à desagregação racial nas escolas. Nesse caso, o mandato constitucional foi interpretado pelas Cortes federais para acabar com uma prática profundamente enraizada, que criava uma grande quantidade de risco, no sentido de que ninguém sabia se ia funcionar, que gerava levantes políticos e até mesmo violência. Contudo, a coisa certa a fazer era aumentar o risco em nome da justiça. Em outros casos, o regime constitucional tenta reduzi-lo. Acho que é uma relação muito complexa, e certamente não é uma via de mão única em termos da relação entre a regra constitucional e o risco.

O caminho discursivo de Habermas com relação à violência, e você também perguntou sobre negação, metonímia, metáfora, se isso poderia ter um impacto no controle do risco. Eu acho, mais uma vez, que essa é uma questão muito complicada. Não acho que exista alguma resposta *prima facie*

para isso, ou alguma opinião *prima facie* sobre qual delas afeta o risco. São apenas mecanismos por meio dos quais nós podemos chegar a algum ponto de equilíbrio dentro de uma quantidade infinita de possibilidades sobre o que pode se tornar identidade constitucional. Nessa medida, em alguns casos, podem inclusive aumentar o risco e, em outros casos, diminuí-lo.

Sobre o constitucionalismo e a violência, eu acho claramente que, o constitucionalismo é sempre, em todos os direitos, transmitido como violência, porque, por definição, direito é violência. Essa é uma das coisas que eu aludia na minha fala de hoje, embora não tenha feito explicitamente, quando disse que a lei é coercitiva, ela é coercitiva porque é violenta, não é simplesmente porque ela é a opinião de alguém que está impondo sua vontade por persuasão, mas porque há sanções muito severas se alguém viola a lei.

Até muito recentemente, um segmento da nossa população sofreu uma experiência dolorosa – estou me referindo às leis anti-sodomitas contra os homossexuais nos Estados Unidos. Isso não aconteceu apenas porque eles eram homossexuais ou porque a relação homossexual por definição é sodomia, mas por serem uma minoria constitucional, porque, simbolicamente, eles não tinham direitos constitucionais de praticarem o que para eles é um aspecto importante de suas vidas privadas, mas também porque certas pessoas não foram para a cadeia, pelo menos não pelo tempo que a lei determinava. Enfim, a violência em nome da Constituição é uma questão muito importante, que merece pelo menos um dia inteiro de discussões.

Prof. Antônio Maués

Antônio Maués é professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará.

Bom dia. Não é necessário falar do prazer de compor esta banca com tão brilhantes acadêmicos, mas sem dúvida é necessário agradecer pelo convite da Universidade Federal de Minas Gerais e, principalmente, a esse grande professor que é Menelick de Carvalho Neto, agradecendo também pela acolhida da Assembléia Legislativa deste Estado. Os trabalhos

do professsor Rosenfeld são bastante estimulantes. Talvez uma das suas principais qualidades, além da clareza na sua exposição, seja a de aportar novas idéias que nos permitem rediscutir e redefinir conceitos com os quais trabalhamos.

O meu objetivo nesta intervenção é trazer as reflexões do prof. Rosenfeld para alguns problemas que enfrentamos no direito constitucional brasileiro. Creio que muitas das suas idéias são importantes para nós. E, nesse ponto, prof. Rosenfeld, vou me valer também dos estudos que o senhor fez sobre a Constituição espanhola. O prof. Rosenfeld tem trabalhos publicados nos quais analisa em que medida o processo constituinte espanhol de 1978 poderia servir de referência para as transições ocorridas no Leste Europeu após a queda do Bloco Soviético.

Utilizando a tradução do prof. Menelick, vou fazer uma pequena leitura a fim de facilitar à platéia o encaminhamento da minha questão. O prof. Rosenfeld afirma que, apesar do sujeito constitucional ser detentor de poder constituinte, nem mesmo a ruptura radical de uma revolução violenta possibilita uma diferenciação absoluta entre a ordem política pré-revolucionária e a pós-revolucionária. No mais das vezes, as tradições pré-revolucionárias não são completamente erradicadas, mas transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional. Isso impõe que o primeiro estágio do estabelecimento da identidade do sujeito constitucional deve ser concebido como pura negação, porque o sujeito constitucional adquire uma identidade diferenciada, distinta, mediante a negação daquele que é o sujeito pré-constitucional, ou seja, um mero produto das identidades cultural, histórica, étnica ou religiosa vigentes.

No entanto, como pura negatividade do sujeito constitucional, experimenta a si mesmo como uma falta e, consequentemente, aspira preencher esse seu vazio interno por meio do desenvolvimento de uma identidade positiva. A busca por uma identidade positiva marca, sobretudo, o terceiro estágio do desenvolvimento lógico do sujeito constitucional. Mas essa identidade positiva só se torna

positiva quando se recorre às mesmas identidades descartadas no primeiro estágio de formação do sujeito constitucional. É claro que os objetivos do constitucionalismo, diz o prof. Rosenfeld, não podem ser perseguidos no vácuo, eles requerem o estabelecimento de um aparato constitucional viável, que deve necessariamente assentar-se na história, nas tradições, no patrimônio cultural da comunidade política pertinente.

Essa longa referência ao texto pode, à primeira vista, parecer um paradoxo. Falamos que essa identidade do sujeito constitucional é uma negação e, em seguida, falamos que é uma identidade positiva. No entanto, devemos lembrar que o professor Rosenfeld apresenta essa questão em termos hegelianos. Portanto, o que temos aqui é um processo de "Aufhebung", de superação, é uma contradição em termos hegelianos. Mas, vejam só, as idéias do prof. Rosenfeld foram pensadas principalmente para processos de transição revolucionária em que há uma ruptura com o passado, em que o poder constituinte se afirma na sua origem moderna, na experiência americana e francesa, como uma negação radical da ordem anterior. No entanto, a Constituição brasileira de 1988 e, comparativamente, a Constituição espanhola de 1978 não surgiram dessa forma. Surgiram, ao contrário, de um passado de transição negociada com o regime autoritário. O que me leva a concluir que, em Constituições forjadas dessa forma, não há um primeiro momento de pura negação. Ao contrário, as novas ordens constitucionais devem incorporar vários elementos que compunham a identidade da ordem anterior. E esse é exatamente o resultado de um processo de transição negociada. Apenas para dar dois exemplos: no caso espanhol, a Constituição de 1978 não poderia decidir contra a monarquia. Havia uma decisão anterior à manifestação formal do poder constituinte reunido nas Cortes gerais de que essa era uma decisão que não estava sob a alçada da constituinte. No caso brasileiro não é tão dramático, mas eu daria o exemplo do sistema presidencialista, que também foi um elemento central da negociação com o regime anterior, e, na verdade, em torno dele muito se conservou da institucionalidade forjada no decorrer do regime militar.

A partir disso – e se essa exposição realmente faz sentido – eu passaria a pergunta ao professor Rosenfeld. Isso significa que esses casos de transições constitucionais e de não-ruptura com uma ordem não constitucional se apresentam, num primeiro momento, não como negação, mas como uma dimensão positiva, graças a essa incorporação dos elementos da ordem autoritária, e que, portanto, o momento de negatividade que é necessário para a construção da identidade constitucional não seria posterior à instauração da nova ordem constitucional?

Em sequência, o professor Rosenfeld utiliza, além da idéia da negação, também a idéia da metáfora e da metonímia como ferramentas (tools) importantes para a construção e a reconstrução do discurso constitucional. Se nós temos, nos casos de Constituições como a brasileira, o momento de negação do passado autoritário a partir do momento em que a ordem constitucional entra em vigor, e não antes disso, não seria mais importante a metonímia do que a metáfora no discurso da construção dessa identidade constitucional? Porque a metonímia, como lembra o professor Rosenfeld, tende à contextualização, enquanto a metáfora tende à similitude, a buscar essa continuidade institucional. Se esse peso do passado que uma continuidade institucional determina, pelo menos no plano formal, é ainda reforçado – poderia utilizar a palavra que o professor Rosenfeld usa, "sobredeterminado" – pelo uso de metáforas, nós teríamos uma tendência a acentuar a continuidade da ordem autoritária com a ordem constitucional. Por outro lado, se reforçarmos o aspecto da contextualização, veremos que as regras anteriores à instituição do direito constitucional, ainda que formalmente as mesmas, não podem funcionar da mesma forma, porque estão agora orientadas por um discurso que tem por base princípios fundamentalmente distintos.

Poderia dar alguns exemplos disso na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e do Supremo Tribunal Federal, de modo bem amplo. A jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol com relação às garantias criminais é muito mais favorável à proteção dos direitos do acusado, do

réu, que a do Supremo Tribunal Federal. Poderia também comparar a jurisprudência sobre os atos legislativos do Poder Executivo, considerando nossas medidas provisórias. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uma continuidade da sua jurisprudência anterior sobre os decretos-lei.

Enfim, são apenas exemplos. O que me interessa é a opinião do professor Rosenfeld sobre a importância da metonímia em processos como o brasileiro. Gostaria ainda de tocar num ponto que também tem sido bastante ressaltado pelo professor Menelick e que tem nos mostrado, de modo bastante característico, como essas identidades não são fixas, como elas são constantemente construídas, reconstruídas, e a nossa participação e responsabilidade nisso. Ou seja, esse é um debate que não nos interessa apenas academicamente, mas também como cidadãos e operadores do direito que contribuímos para forjar essas identidades constitucionais. Obrigado.

Prof. Michel Rosenfeld

Muito obrigado por esse comentário e por essa pergunta séria, ambos muito provocativos. Na minha resposta eu falarei um pouco da Constituição espanhola. Infelizmente, não sei o suficiente da Constituição brasileira para dar uma contribuição muito útil. O problema em relação às transições negociadas é que o sucesso do processo de feitura de uma Constituição depende de uma ruptura não total com o passado e da habilidade de reconstruir as relações entre a nova ordem e o passado, não necessariamente a ordem passada, mas em termos do passado, o passado coletivo de uma entidade política que saiu de um *status* pré-constitucional para um *status* constitucional.

Primeiramente, gostaria de distinguir entre o que eu chamo de processo lógico de feitura constitucional, em que nós necessitamos de um momento de negação para começar, e a ordem histórica em que isso acontece, e como ela acontece. Partirei do pressuposto que os esforços espanhóis

de criação constitucional, embora pacíficos, diferentemente dos esforços americano e francês, não obstante, passaram por esse momento. Vou também, talvez de modo chocante, defender a monarquia. No entanto, para focalizar esse ponto, deixem-me entrar num assunto que eu ainda não discuti, mas que é importante, que é o da diferença entre a Revolução Francesa e a revolução americana. Esse é um ponto que é discutido por Alexis de Tocqueville em sua análise da transição constitucional, nos dois momentos.

A Revolução Francesa foi realmente uma ruptura do ponto de vista de um regime constitucional bem-sucedido. Houve uma ruptura radical com o passado e a idéia da revolução contínua, de que a revolução tem uma vida própria, não tem ponto de parada, simplesmente deve continuar operando a revolução através da revolução. Em decorrência disso, há uma grande dificuldade para estabelecer uma ordem para a Constituição francesa. Ela passou por várias insurreições, por Napoleão, pela Restauração e pela Monarquia, e esse não foi um processo tranqüilo. Isso porque as novas elites dirigentes não eram capazes de unificar suficientemente o discurso e não tinham as instituições que pudessem, de algum modo, referir-se ao passado e fossem desenvolvidas o bastante para instituir uma revolução constitucional bem-sucedida. Portanto, o tempo transcorrido, as mudanças e as insurreições relacionadas com a transição constitucional francesa são muito diferentes daquelas desenvolvidas na transição americana.

Por que a transição americana foi tão diferente? Se nós olharmos mais detidamente, revolução americana é uma denominação imprópria. Não foi realmente uma revolução, foi uma libertação, embora tenha havido um momento de violência para se livrar dos britânicos e o confisco de todas as suas propriedades. Portanto, não foi tão pacífica quanto a transição espanhola. A infra-estrutura social e o tipo de sistema político que se desenvolveria a partir de então determinaram que, nos Estados Unidos, deveria ser seguido o que as várias colônias tinham como Constituições e uma Constituição federal. Desse modo, houve uma transição muito menos dramática entre o antes e o depois. A questão central é que

os ingleses se foram. No entanto, isso não significa que não houve um primeiro momento de negação, isso tem que ocorrer. É preciso se livrar do passado antes de estabelecer um sistema bem-sucedido. Isso é lógico do ponto de vista histórico. Então, se você rompe, é um processo dialético que resulta dessa mistura equilibrada.

No caso espanhol, houve, de fato, um momento de negação, mas ele ocorreu gradualmente. O momento da negação no contexto espanhol foi o abandono do regime franquista. Estranhamente, o abandono do regime franquista começou pelo próprio Franco, que, no final da sua vida, indicou, pela primeira vez, um primeiro-ministro, um homem que foi assassinado pelos terroristas bascos, o que deu início ao processo. O regime franquista, embora muito repressivo com relação aos dissidentes políticos, não era tão repressivo com respeito aos cidadãos espanhóis, e havia uma grande produtividade econômica em razão das condições que ali estavam presentes.

É aqui que o papel central desempenhado pelo monarca tem destaque sob o ponto de vista da nossa análise dialética. O monarca foi designado por um motivo, e o motivo foi que Franco era um representante típico da classe de ditadores absolutistas, os quais, geralmente, não conseguem criar um amálgama político, como é próprio dos monarcas que detêm um sistema hereditário com uma ampla gama de tradições e que se encontram enraizados dentro do sistema como um todo. Esses ditadores assumem o poder por meio da violência e não querem abandonar esse poder. Geralmente governam com auto-suficiência e, quando morrem, reina a desordem. Franco tinha consciência disso e preparou Juan Carlos. A expectativa era de que aquele seria, de algum modo, um regime franquista modificado, atenuado, uma continuação do regime franquista, talvez não dominado por um homem, mas que tinha seus aliados políticos. Esperava-se que o rei desempenhasse um papel estabilizador, permitindo que seus aliados governassem de acordo com suas idéias políticas. O rei desempenhou papel chave pelo fato de ter-se transformado em um detentor da transição. Portanto, de alguma forma, há

uma negação embutida nessa transição. A transição não era de uma monarquia para outra monarquia, mas de uma monarquia que foi destruída para uma breve república, seguida por um regime franquista. Então, o restabelecimento da monarquia envolveu um momento de destruição e reconstrução, por um lado. Em segundo lugar, a monarquia que Juan Carlos incorporou era muito diferente da primeira monarquia, porque ele assumiu e desenvolveu o papel central das forças políticas e fez um discurso muito moderno à época da criação da Constituição, no qual afirmou que não ia governar, que o governo ia ser feito por meio de uma Constituição democrática, que ele era o chefe do Estado, mas não o governante. Isso foi muito importante. Portanto, era uma monarquia que se diferenciava da monarquia anterior e que se diferenciava do passado imediato.

A questão delicada sobre se havia violência associada com o processo espanhol de construção constitucional – embora esse processo, em si mesmo, tenha sido pacífico – tem que ser respondida com uma afirmação. Em primeiro lugar, havia uma memória muito forte de violência. Uma das questões mais surpreendentes sobre a revolução espanhola e suas dificuldades, por ocasião da morte de Franco – e isso não era de modo algum óbvio ou suave, quer dizer, foi preciso muito trabalho, muita habilidade política, em especial por parte do Ministro Suárez –, é que havia uma memória de violência da guerra civil espanhola. A guerra civil espanhola foi tão violenta que praticamente não havia uma família que não estivesse marcada pela violência. Havia uma urgência premente por superar aquele período. Havia também a violência atual: a violência basca estava lá no pano de fundo. Embora os bascos tenham sido incluídos, pode-se dizer, de uma certa forma, que a Constituição foi feita contra os bascos e, de alguma forma, tentava solucionar o problema do separatismo basco e da autonomia regional. Criava, em termos de identidade constitucional – isso é muito interessante –, um conceito inteiramente novo de comunidades autônomas, que não era um Estado federal nem um Estado unitário, que, por sua própria natureza, era assimétrico, e em que havia a exigência

de autonomia por parte de certas comunidades, como a da Catalunha, a do País Basco e a da Andaluzia. Toda a construção dos criadores da Constituição espanhola é realmente extraordinária. Ela retrabalha questões do passado e procede à criação de um regime totalmente novo, baseado em circunstâncias especiais.

Parece-me que a questão é muito pertinente, porque, diferentemente da Constituição espanhola, algumas das transições da Europa Oriental foram criticadas por não terem sido realmente transições constitucionais. Elas pareciam transições constitucionais, mas, quando se tinha uma transição por pactos, ela podia ser constitucional na forma, mas não na substância. Se poderes demasiados foram mantidos – e, pelo menos, esse pode ter sido o problema com vários países europeus –, é porque, quando do pacto de transição, o Partido Comunista e a *nomenklatura* mantiveram muito poder, não houve uma ruptura radical, e, apesar de constitucional no nome, podia não ser realmente constitucional na sua essência. Isso mudou, é claro, uma vez que hoje o comunismo sofreu um naufrágio em todos os lugares do mundo.

Finalmente, um comentário sobre o Brasil, não com base no conhecimento do País, mas baseado apenas nos fatos que me foram apresentados. Parece que, na medida em que algo é negociado, a questão não é tanto a mudança das instituições, mas a mudança do modo de funcionamento das instituições, e a relação entre as mesmas. É nisso que eu acho que precisamos mais da metonímia que da metáfora. Nesse sentido, minha resposta seria não. Eu vejo negação, metáfora e metonímia como instrumentos, eles são instrumentos discursivos no projeto de realização constitucional. Se olharmos o projeto de uma realização constitucional bem-sucedida, em última análise, seremos capazes de ligar o passado com o futuro e reinterpretar o passado depois de uma negação. Dessa forma, o sistema presidencial atual não pode ser o mesmo que permitiu excessos quando o Brasil passou por um período sem democracia.

Não sei qual é a situação brasileira, mas posso dizer que, nos Estados Unidos, é inconcebível livrar-se do

presidencialismo. Se isso é igualmente inconcebível no Brasil, a questão é, de alguma forma, redefinir, reajustar o sistema presidencialista. Por isso precisamos tanto da metáfora quanto da metonímia, precisamos dos dois para manter pontos em comum. Sempre há pontos de referência que devem estar embutidos em uma cultura política, qualquer que seja a herança que ela possua. Precisamos da metonímia para insistir no fato de que estamos indo por um longo caminho de mudanças. O que antes parecia ser um caminho, não é mais um caminho. De alguma maneira, é na interseção desses caminhos que podemos encontrar uma solução bem-sucedida.

Portanto, como instrumentos, eu penso que a metonímia e a metáfora são igualmente importantes. Eu acho que o professor mencionou esse processo de uma forma diferente, mas o que é mais importante para nós, como uma sociedade, é recontextualizar as instituições. Isso é verdade, mas os instrumentos inconscientes que devem ser utilizados, os modos de discurso que têm que ser usados para fazer isso, têm que empregar ambas, a metáfora e a metonímia. Muito obrigado.

Menelick de Carvalho Netto é professor da Faculdade de Direito da UFMG.

Prof. Menelick de Carvalho Netto

Virtualmente[*], *estão conosco alunos, professores e servidores da área técnica da Assembléia Legislativa do Espírito Santo e da Faculdade de Direito de Vitória. Nesse sentido, integram a mesa, e eu gostaria de formular a questão que a professora Cristiane Mendonça, da Faculdade de Direito de Vitória, envia por telefone. "Professor Rosenfeld, primeiramente gostaríamos de parabenizar a palestra proferida pelo professor e a iniciativa da UFMG, materializada na pessoa do professor Menelick. Em segundo lugar, gostaríamos de indagar como o senhor visualiza as potencialidades e os riscos envolvidos em instrumentos de exercício direto da democracia como o recall e o plebiscito.*

Uma outra questão, da professora Patrícia Gazdan: "A crise da democracia decorre do não cumprimento das promessas do Estado Social. Como criar uma identidade

[*] Esta palestra foi transmitida online, via videoconferência, pela rede InterLegis.

constitucional em países com déficits sociais como o Brasil?". Bem, são essas as duas questões. Passo a palavra, outra vez, ao professor Rosenfeld.

Prof. Michel Rosenfeld

Está bem. Ambas as questões serão rápidas. Deixem-me começar pela segunda questão. Pensei que essa seria a questão de hoje à noite, eu não queria antecipá-la. Então eu gostaria simplesmente de dizer que, obviamente, não há nada de inconstitucional no próprio constitucionalismo ou na identidade constitucional que possa inviabilizar uma Constituição que tenha um componente de Estado Social forte. Eu tentarei desenvolver essa idéia hoje à noite.

Com relação à primeira questão, os riscos da democracia direta e do plebiscito abrem os tipos de questões que eu tentei evitar durante a minha palestra, mas deixem-me tocar nesse assunto rapidamente. Quando eu falo da democracia como regra majoritária, entendo que um dos problemas da democracia moderna, pelo menos no meu país e em muitos outros, é que a democracia é subvertida pela habilidade de interesses especiais – no meu país, o dinheiro é que é o interesse especial – em ditar e controlar, de fato, a agenda política. Nós falamos como se a maioria das pessoas, a maioria do povo, determinasse o que a política dos Estados Unidos é, mas isso não é verdade. De fato, há grupos de interesse que, muitas vezes, não são numerosos, mas são muito poderosos, que têm efeitos desproporcionais sobre a democracia, tanto em termos de quem é eleito quanto em termos de que agenda ou que leis devem ser aprovadas.

Para dar um exemplo, houve uma reforma das leis de *copyright* nos Estados Unidos, recentemente, que é extremamente favorável aos interesses das grandes empresas que têm muita propriedade intelectual, como, por exemplo, a Disney. A propósito, propriedade intelectual não significa realização intelectual de alto nível, mas qualquer coisa considerada criação intelectual em oposição à máquina. Eu

estou usando a Disney como um exemplo, mas há muitos outros que, de fato, escreveram a lei eles mesmos. Eu sei disso porque um dos meus colegas estava trabalhando como assistente de um dos senadores mais importantes e me disse, especialmente com relação à lei de *copyright*, que ela foi escrita por advogados dessas grandes corporações. Grande parte dessa lei envolve detalhes muito técnicos e isso coloca, de forma automática, os líderes da câmara dos deputados e os líderes do senado numa posição de simplesmente adotar essa lei que os advogados redigiram. O presidente assinou a lei, portanto, agora essa é a lei do *copyright*. Então, formalmente, esse é um exercício de democracia. A maioria dos senadores e dos integrantes da câmara dos deputados votaram democraticamente. O presidente assinou a lei, e, de acordo com a Constituição americana, essa é uma lei criada democraticamente. Mas quão democrática ela é? A massa do povo está consciente dessa lei? A resposta é não.

Com esse pano de fundo, vamos dar uma olhada na questão do plebiscito e da democracia direta particularmente. Todos aqui se lembram do *recall* do governador da Califórnia – referendos plebiscitários existem apenas no nível de estado, e um dos estados que os têm, dentre tantos outros, é o da Califórnia. Acontece que os referendos exercem uma função muito perniciosa na democracia, não porque haja algo inerentemente errado em algum nível da democracia direta, mas porque eles são também o produto de certas pessoas que têm fundos financeiros suficientes para colocar algum dinheiro nas urnas e moldar o debate por meio da publicidade. Desse modo, a população não tem consciência das implicações totais daquilo em que está votando. Muitas das proposições colocadas em votação na Califórnia, como a que torna quase impossível a criação de impostos – que agora tem um efeito desastroso – não foram claramente debatidas. Foram discutidas artificialmente por pessoas que tinham muito dinheiro e que queriam, por meio do uso de técnicas modernas de propaganda, conseguir que o maior número possível de pessoas votassem nelas. Mas o *recall* do governador é uma questão muito interessante para ser discutida em termos de uma democracia em funcionamento.

A democracia, em qualquer grande lugar fora da Suíça, não pode ser puramente democracia direta, porque simplesmente não funciona. A democracia direta não funciona. Ter o povo votando e considerando todas as questões complicadas que surgem em sociedades industrialmente avançadas e modernas não funciona. O que realmente precisamos é de representantes. Uma questão é como nós mantemos esses representantes responsáveis. Com certeza, ao elegermos um governador, corremos o risco de ter o que está acontecendo na Califórnia: um republicano rico, de direita, que tem muitos milhões de dólares e lança uma campanha. Por causa da crise orçamentária, ele agora é impopular, e isso pode, de fato, solapar a democracia. A idéia geral do *recall* na Califórnia faz dele quase um mecanismo de *impeachment*. Se o agente público excede seu poder, ou viola a lei, ou faz coisas que sejam indignas, os eleitores têm o direito de fazer sua vontade ser respeitada por meio de um *recall* específico para aquela autoridade, o que é uma distorção dessa prática.

Muitos acham que as conseqüências disso podem ser desastrosas, porque, nesta era de votação instantânea, por um breve momento, até mesmo o presidente Bush esteve abaixo dos 50% da taxa de aprovação. Então, se seus oponentes tivessem tirado proveito disso, talvez ele não fosse mais presidente, e o próximo presidente, então, teria três semanas para recuperar o índice ou fazer face à uma democracia completamente instável. Portanto, essa é uma questão pertinente, porque eu creio que há espaço para a democracia direta e para o plebiscito, e também para uma publicidade modelada de modo apropriado, sob circunstâncias corretas. No entanto, esse não pode ser o único caminho a ser seguido.

Renata Camila de Oliveira

Bom dia. De início eu gostaria de agradecer ao professor Menelick por ter convidado o programa Pólos Reprodutores de Cidadania *para compor a mesa. Queria dizer*

Renata Camila de Oliveira é mestranda em Direito, representando o projeto Pólos Reprodutores de Cidadania.

Miracy Barbosa de Souza Gustin é professora da Faculdade de Direito da UFMG.

que é uma honra para mim estar aqui, sobretudo sabendo que estou substituindo a professora Miracy, que não pôde estar aqui discutindo direitos fundamentais, luta por igualdade, reconhecimento e assim por diante porque está batalhando, lutando pela promoção efetiva da inclusão numa reunião com o representante do governo federal para a discussão de um programa de regularização fundiária nos aglomerados de Belo Horizonte. Fica então a justificativa por ela não estar presente.

Dito isso, vou passar para a pergunta. Nas minhas questões, vou fazer um gancho entre a exposição que o senhor fez hoje e um debate que já vem ocorrendo entre o senhor e o teórico alemão Habermas. Eu vou reconstruir um pouco esse debate, rapidamente, só para contextualizar para a platéia. O senhor afirmou aqui, hoje, que democracia é a regra da maioria. Diante de decisões controversas, de soluções controversas, é preciso a regra da maioria para se chegar à um ponto, e isso seria democracia. Eu fico me perguntando, diante desse conceito de democracia, onde entrariam os direitos de participação, os procedimentos que garantem o livre curso das informações, opiniões, procedimentos de formação de vontade, de opinião.

Tendo definido a democracia como regra da maioria, o senhor fala da necessidade de surgirem normas constitucionais que protejam a minoria, normas essas que seriam antidemocráticas, antimajoritárias. Pelo que eu entendi, se é que eu entendi bem, haveria uma oposição entre direitos fundamentais e democracia. Pode ser que eu tenha entendido mal. Os direitos fundamentais seriam meios não democráticos de limitar a democracia, vista como regra da maioria.

Em contraponto a essa concepção, vou apresentar brevemente a proposta de Habermas, segundo a qual, em oposição, há uma contradição grande entre direitos fundamentais e democracia. O que Habermas diz é que só é possível igualdade, liberdade, na medida em que os próprios afetados possam esclarecer quais são as semelhanças e as diferenças relevantes para a definição dos critérios sob os

quais eles vão ser tratados como iguais ou diferentes. O senhor critica essa definição de Habermas, denominada legitimação procedimental pura.

A crítica se basearia fundamentalmente na suposição de Habermas de neutralidade do procedimento e na possibilidade de que haja um justo que transcenda o bom. Diante da crença do senhor nessa impossibilidade de transcendência do justo sobre o bom, o senhor apresenta outros dois requisitos para a reconciliação entre diferenças formais e factuais. Esses dois requisitos apresentados são: primeiro, a reconciliação entre igualdade formal e factual, que devem satisfazer a uma relação ótima entre identidade e diferença, dentro da concepção de bom abarcada pelas perspectivas relevantes.

Já com relação a esse primeiro requisito, surgem algumas questões. E existem divergências sobre o que é bom. Porque é daí, justamente, que vem o conceito de Habermas de patriotismo constitucional, que seriam princípios mais abstratos que permitiriam a coexistência de diversas concepções de bom.

Uma segunda questão, com relação à esse requisito, é que o senhor coloca que a reconciliação deve satisfazer uma relação ótima entre identidade e diferença. Como essa relação pode ser traçada sem a participação dos destinatários que vão sofrer a consequência dessa norma, e ainda, até que ponto esses destinatários não pressupõem que as suas reivindicações são justas e que, portanto, transcendem a concepção de bom para eles?

O segundo requisito que o senhor apresenta é que a reconciliação entre diferença formal e factual deve estabilizar o campo de combate entre as inclinações existentes e os excessos do processo de luta por igualdade entre diferentes perspectivas representativas. Então, a questão que eu coloco, com relação a esse requisito é: como é possível esse processo de luta por igualdade sem apelar ao princípio do tratamento igual?

E, por fim, para fazer um gancho com o texto da identidade do sujeito constitucional, fica uma última questão. Diante da completa impossibilidade de que a validade das normas transcendam a um contexto, mesmo a partir da perspectiva dos envolvidos, como é possível que Constituições vigentes sejam inconstitucionais com base em uma idéia de constitucionalismo? Esse constitucionalismo não é algo que transcende a própria ordem vigente então, a ordem vigente concreta? É isso.

Prof. Michel Rosenfeld

Muito obrigado novamente. Algumas dessas questões são muito grandes, e eu não tenho certeza se compreendi todos os aspectos da sua pergunta. Mas deixe-me esclarecer uma má compreensão da sua parte.

É verdade que eu disse que os direitos constitucionais são antidemocráticos – e eu estou usando isso como uma abreviação, uma simplificação – e que a questão verdadeira, a questão real, é que eles são antimajoritários. Eu disse que há diferentes definições de democracia, mas, na minha fala desta manhã, eu não fiz distinção entre essas diferentes concepções de democracia. De minha parte, eu discordo de Habermas, mas eu não discordo de Habermas nesse ponto, concordo com ele sobre esse ponto. Para que nós tenhamos uma democracia viável, nós precisamos de direitos, nós, de fato, precisamos de participação e, de fato, precisamos de instituições para formação da opinião e da vontade. Não podemos simplesmente (e eu acho que isso é derivado dos meus comentários sobre plebiscito) fazer votações num vácuo. Temos que ter educação, instituições e os meios para desenvolver um regime democrático.

Nesse sentido, a minha própria definição de democracia, na qual eu não entrei nesta manhã, inclui direitos fundamentais como parte integrante da democracia. Nós podíamos, é claro, elaborar e descobrir uma lista muito grande de direitos, mas o mais óbvio é a liberdade de expressão. A liberdade de expressão na democracia tende a ser um direito antimajoritário,

no sentido em que a história da supressão é a supressão de visões impopulares, como a dos comunistas, a dos Testemunhas de Jeová, que enfrentaram as religiões importantes. Sempre houve grupos que tinham visões impopulares, que não tinham o poder político para dar expressão às suas visões na arena política, que foram perseguidos. Mas o outro lado da moeda é que, se nós não tivéssemos liberdade de expressão...

A análise que fiz desses grupos minoritários deu-se num contexto de um direito de liberdade de expressão em funcionamento, que é muito alardeada por todos os níveis de governo. Não há censura nos Estados Unidos, não no estilo da de Franco, na Espanha, em que ele decidia se este livro podia ou não ser lido ou se esta pessoa tinha que ser mandada para a cadeia por ter criticado o líder. Bom, esse não seria um exemplo compatível com o que temos nos Estados Unidos. Teoricamente, se nós excluíssemos a liberdade de expressão nos Estados Unidos, nós não teríamos democracia. A democracia é construída sobre a educação, sobre diferentes visões a respeito do governo, sobre uma crítica ao governo atual. Portanto, a democracia precisa de liberdade de expressão, e esse é apenas um exemplo. É preciso de muitos outros direitos, mas necessariamente precisa-se de instituições que forneçam informações à população e estimulem a capacidade de organização para a tomada de diferentes posições políticas. Então, nesse sentido, eu estou totalmente de acordo com Habermas. Não vejo contradição entre direitos fundamentais e democracia. Eu estou do lado das pessoas que acreditam que a democracia não é, pura e simplesmente, majoritária.

Nada disso soluciona a questão que eu levantei nesta manhã, porque podemos perceber a coerção como opressão. Há determinadas leis que se justificam a partir de um ponto de vista conceitual e, mesmo assim, contrariam o elemento da auto-realização. Como eu disse, a democracia constitucional, como eu a vejo, envolve reconhecimento, autogoverno e auto-realização. E, mesmo que satisfaçamos o autogoverno, um aspecto dele pode frustrar a auto-realização. É por isso que

não estou de acordo com a teoria de Rousseau, de que ninguém é forçado a ser livre e de que podemos extrair a vontade geral de uma comunidade política autogovernante quando, o que isso requer, de fato, são pessoas que não concordam com a vontade geral, qualquer que seja essa vontade geral, e essas pessoas são, de fato, forçadas a assumir uma determinada posição.

Rousseau foi acusado – não sei se justa ou injustamente – de abrir caminho para o totalitarismo porque, em nome do autogoverno, ele visualizou todo o sacrifício ou constrangimento que um indivíduo ou um grupo deveria ter para si como requisito para a sua auto-realização. Eu procuro estabelecer um equilíbrio entre todos esses requisitos, mas eu, realmente, reconheço que a democracia requer direitos e instituições.

Agora, apenas um comentário sobre as diferenças entre mim e Habermas quanto à noção do procedimentalismo puro. Minha crítica é com base em que Habermas deriva um modelo de ambos, dos direitos constitucionais e da democracia, como um paralelo entre os mesmos, baseado em um modelo puramente procedimental. O que eu critico é o modelo puramente procedimental em dois fundamentos. Ou esse modelo é irrelevante ou não pode nos auxiliar, porque não há base para o consenso. A base do seu modelo é que o que deve ser institucionalizado é aquilo com que todos deveriam concordar, pelo menos, do ponto de vista do interesse de todos, para sua implementação. Eu acho que essa é uma situação, um contexto muito vago. Eu concordo com a formulação geral: seria ótimo se todos nós concordássemos quanto ao que é essencial para funcionarmos como uma democracia. Quais os valores, quais as instituições, quais as regras. Nesse caso, não tenho qualquer controvérsia com ninguém. No entanto eu acho que Habermas está errado ao assumir que há um tal conjunto de instituições que possibilitem esse consenso.

A segunda questão em que eu critico a posição de Habermas mostra como seu conceito de feminismo falha ao

incluir certas visões feministas. Então, em outro nível, mesmo que todos possamos concordar em alguma coisa, isso não significa, forçosamente, que aquilo com que concordamos seja neutro, e eu uso o exemplo de uma perspectiva feminista *versus* uma perspectiva não feminista.

Não quero entrar nessa discussão, é uma discussão muito filosófica, relativa à confiança nos direitos. A confiança nos direitos é suficiente para construir o tipo de estrutura institucional que possibilitará construir um equilíbrio entre as três coisas que eu mencionei: reconhecimento, autogoverno e auto-realização? Eu acredito que não. A última questão, eu não tenho certeza, talvez eu devesse deixá-la sem resposta, porque eu talvez não tenha entendido essa questão. Talvez nós possamos falar sobre ela posteriormente e então você possa me explicar o que quis dizer exatamente. Eu lamento.

Prof. Marcelo Cattoni

Marcelo Cattoni é professor da Faculdade de Direito da UFMG.

Bom dia. Eu gostaria de dizer que é uma honra para mim fazer parte desta mesa de discussões, que é presidida pelo professor Menelick, ao lado do professor Maués, da professora Maria Fernanda, da Renata, para recebermos o professor Rosenfeld e apreender um pouco mais da sua teoria, da sua proposta, do seu trabalho, enfim, em razão da centralidade, da relevância do trabalho do professor Rosenfeld, como afirmava, no início dos debates, a professora Maria Fernanda.

O tema central é justamente a questão da legitimidade, ou o problema da legitimidade no Estado Democrático de Direito. E eu quero começar a fazer algumas questões justamente por aí. Por que a legitimidade é um problema? Acredito que essa é uma questão extremamente moderna, afinal de contas, ela remete a uma outra questão que está intimamente ligada a ela: qual é a própria legitimidade ou o fundamento de legitimidade da modernidade?

Há uma passagem da identidade do sujeito constitucional em que o professor Rosenfeld diz que o conflito entre a identidade constitucional e outras identidades relevantes, tais como a nacional, as étnicas, as religiosas ou culturais, torna-se inevitável pela tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo contemporâneo e a tradição. De um ponto de vista moderno, como é que se gera legitimidade? Pela via do constitucionalismo, pela via da democracia ou essa legitimidade é gerada na tensão entre tradicionalismo e democracia?

Há uma outra passagem do texto, que é extremamente instigante, em que o professor Rosenfeld diz, justamente, que não se pode definir a identidade constitucional apenas de uma perspectiva negativa, o que seria muito fácil se essa fosse a questão. Ele acaba por dizer que a questão chave passa a ser a de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente de outras identidades relevantes, contra as quais ela precisa forjar a sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior do seu próprio ambiente sociopolítico.

Professor Rosenfeld, eu gostaria de colocar uma questão relacionada justamente à noção do que seria um pluralismo compreensivo, ou um comprehensive pluralism, e as implicações dessa noção para a justificação democrático-constitucional, ou então, na tensão entre constitucionalismo e democracia, do controle de constitucionalidade.

Uma outra questão, o senhor me desculpe por colocar mais essa questão – a gente não pode perder a oportunidade de tê-lo aqui presente –, ela diz respeito à própria importância da Constituição escrita. Há pouco tempo, e o senhor ontem lembrava isso ao falar da Constituição européia ou da proposta de uma Constituição para a Europa, o próprio Dieter Green, por exemplo, discutia qual era a importância das Constituições em razão do fato de que as Constituições européias estavam passando por um processo de reforma para se adaptarem ao tratado de Maastricht. Ele lembra que uma coisa é um tratado

e outra coisa é uma Constituição. Eu acredito que essa discussão passou por uma certa alteração no seu eixo com os acontecimentos do dia 11 de setembro. Por exemplo, no que se refere à discussão americana sobre a legislação antiterrorismo, há toda uma retórica no sentido de que ela seria excepcional, algo bastante diferente em relação ao contexto inglês, em que a legislação antiterror na Inglaterra, em razão inclusive da ausência de Constituição escrita, é a Constituição inglesa hoje.

E uma questão mais próxima do Brasil. Professor, atualmente, e eu faço essa pergunta considerando inclusive toda a reflexão feita pelo professor Maués, em razão do caráter, até certo ponto, espanhol da nossa transição democrática – ontem eu conversava com o professor Maués e ele lembrava que agora é que os últimos ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados durante o regime militar estão se aposentando. Isso durante um processo de discussão muito interessante, porque o Supremo está julgando um pedido de habeas-corpus em que se discute se um determinado cidadão teria ou não cometido crime de racismo ou se estaríamos diante de uma questão de defesa da liberdade de expressão.

Toda a justificação apresentada pelos ministros que até agora decidiram, com exceção do primeiro – que é um dos últimos ministros da ditadura militar, que, na verdade, descaracteriza o crime de racismo ao dizer que raça não existe – vem sendo no sentido de mostrar que o habeas-corpus não deve ser concedido, porque a liberdade de expressão não pode ferir a dignidade da pessoa humana, ou seja, por meio de um processo de ponderação, de balancing, pode-se dizer que a liberdade de expressão deve ser restringida, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Nós temos inclusive – quando digo nós, refiro-me ao nosso grupo de estudiosos, coordenados pelo professor Menelick – nos preocupado muito com relação a essa questão, porque o que os ministros do Supremo estão dizendo é que o direito à liberdade de expressão pode significar uma violação da dignidade da pessoa humana ao apelar, justamente, para o que

seria uma compreensão axiológica da Constituição ou de uma ordem de valores que estaria subjacente à Constituição. Enfim, o constitucionalismo brasileiro está descobrindo a jurisprudência dos valores 40 anos depois da corte federal alemã.

Será que realmente a interpretação constitucional, como diria o professor Robert Alex, não tem outra alternativa a não ser a mera subsunção de um fato a uma regra, por um lado, e a idéia da ponderação de valores, por outro, que poderia levar a esse problema de um direito fundamental representar justamente um ato criminoso? São essas as questões que eu gostaria de colocar e agradeço imensamente, professor, desde já, pelas reflexões que o senhor poderá nos trazer.

Prof. Michel Rosenfeld

O que exatamente disse a Suprema Corte brasileira a respeito da liberdade de expressão?

Prof. Marcelo Cattoni

Há um pedido de concessão de habeas-corpus *em que o beneficiário argumenta que não cometeu o crime de racismo e que, portanto, a condenação pelo crime de racismo deveria ser anulada. Ele é um editor que vem publicando obras anti-semitas. Enfim, nós estamos no contexto de* hate speech. *Na verdade, são textos que suscitam ódio contra os judeus. O primeiro ministro do Supremo Tribunal a votar – porque nós ainda estamos no processo de decisão – é um dos ministros que foi nomeado durante o regime anterior e contribuiu, inclusive, para a construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos 30 anos. Ele concede o* habeas-corpus, *descaracterizando o crime de racismo ao dizer que raça não existe.*

Prof. Menelick de Carvalho Netto

Cientificamente...

Prof. Marcelo Cattoni

Cientificamente, ou que judeu não seja uma raça. A posição dos demais ministros – mais novos, nomeados após o período de transição – tem sido no sentido de que haveria um conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e que, entre essas duas, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer. Em outras palavras, o direito de liberdade de expressão deve ser restringido de forma a não representar uma violação da dignidade da pessoa humana. Se nós descontruírmos esse argumento, o que se está dizendo é que o exercício de um direito pode significar um ato criminoso.

E aí a questão formulada. Será que a interpretação constitucional pode ser outra coisa de um ponto de vista de um pluralismo compreensivo para além do modelo da mera subsunção do fato à norma ou para além de uma ponderação de valores que, ao buscar justamente reforçar direitos, os destrói ou destrói o seu núcleo deontológico normativo?

Prof. Menelick de Carvalho Netto

Acho que essa questão é extremamente importante para todos nós hoje, exatamente nesse sentido. É possível pensar direitos fora de contextos concretos? Será que o abuso de direito pode ser denominado direito, sobretudo visto em conflito? Acho que é essa a questão, não é? Há um direito abstrato à liberdade de expressão que nos autorizaria a ferir a dignidade da pessoa humana? Na verdade, qualquer direito de liberdade de expressão só pode se dar num contexto constitucional.

Prof. Marcelo Cattoni

No mais, será que o Supremo Tribunal Federal não estaria substituindo a própria opinião pública nessa questão?

Prof. Michel Rosenfeld

Eu acho que agora eu entendo o contexto. Deixem-me começar abordando essa questão na ordem em que você fez as perguntas. A primeira pergunta é: por que a legitimidade é um problema, e como nós podemos falar de legitimidade num contexto de tensão entre democracia e constitucionalismo?

A legitimidade é um problema do ponto de vista de uma sociedade pluralizada, na qual não há nenhum acordo sobre o plano básico, ou programa, ou propósito da sociedade. A razão pela qual o nacionalismo e a religião não fornecem uma resposta é porque existe a noção de que os países, que estão acima das sociedades, estão também acima dos pluralismos.

Parece-me inconcebível, e talvez essa seja uma simplificação, mas quero pelo menos expor minha opinião. Seria inconcebível, numa teocracia, que nós nos preocupássemos com questões de legitimidade. Os governantes do Irã, embora estejam enfrentando muitos descontentamentos hoje em dia, não tentam legitimar seus governos em termos dos debates que nós estamos tendo aqui. No Irã, as leis são fruto do mandamento de Deus, que Alá deu a Maomé, seu profeta, e que os governantes estão na Terra para colocar em execução. E fim de discussão. A propósito, essa não é uma afirmação antiislâmica.

O mesmo seria verdadeiro se o Papa ou a autoridade máxima judaica pudessem governar o mundo de modo que todas as religiões tivessem, em certa medida, esse tipo de visão totalitária, nas quais as noções de diferentes indivíduos e grupos dentro da sociedade e a questão da legitimidade não viessem à tona. Eu acho que é somente nas sociedades modernas, que são diversas e pluralistas, que nós podemos fazer essa pergunta.

O constitucionalismo e a democracia são duas respostas ou parte da mesma resposta para essa questão. Nós não podemos dizer que a religião islâmica, ou a religião judaica, ou a religião cristã fazem a sociedade legítima, porque nós discordamos disso. Mas nós temos diferentes

religiões, isso é verdade. Nós podemos dizer que a tradição democrática ou constitucional – e essa é a discussão que nós estamos tendo – pode ou não pode?

Então, parte da sua questão tem a ver com a tensão entre constitucionalismo e democracia. O que eu falei sobre isso hoje, certamente, não esgota o assunto, mas uma resposta rápida para a sua pergunta seria alguma combinação de ambos. Eu acho que, se nós prestarmos atenção, é claro que isso é o melhor que nós podemos fazer, em vista do fato de que nós não podemos resolver as tensões subjacentes; quero dizer que essa é a noção que orienta todo esse esforço que fiz buscando entender essa questão. Não podemos solucionar o problema da diversidade ou do pluralismo, nem queremos fazê-lo. Não queremos uma sociedade homogênea, em que as pessoas abandonem suas heranças particulares e aspirações. Portanto, pensamos que estabelecer uma certa combinação entre constitucionalismo e democracia é o melhor que podemos fazer, mas reconhecemos que isso está longe da perfeição. Essa combinação não é totalizante no sentido em que a religião é, não objetiva dar todas as respostas, objetiva, antes, dar um quadro de referência, ou um esquema sobre como operar.

Você perguntou: "Não podemos definir como negativo. Como isso pode ser distinguido?". Não lembro exatamente o que você mencionou como negativo, você quer dizer definição? Quando eu disse que há um papel negativo do constitucionalismo, eu estou certo disso. Um dos paradoxos provocados por esse tipo de busca por legitimidade é que a solução ao problema da legitimidade nas sociedades pluralistas significa algum abandono, alguma reconsideração, alguma indulgência em termos de seguir minha própria concepção sobre o que é bom. Quer dizer, não posso viver em paz com você se você é cristão, judeu ou muçulmano, a menos que eu, no mesmo nível, aceite a sua religião, mesmo que eu não acredite que ela é verdadeira, ou vice-versa. Portanto, tem de haver alguma indulgência na afirmação do meu interesse próprio e das minhas concepções, o que, por sinal, é o que os governantes do Irã não fazem, eles não toleram a diversidade religiosa no Irã.

O Irã é um caso fascinante, porque tem, de fato, alguns elementos de democracia, não é uma ditadura. Há Parlamentos, há discussões, há elementos democráticos, mas a resposta última é a resposta que é dada pelos clérigos. Eles não têm que ser indulgentes, não no sentido de que não tenham que fazê-lo por se sentirem possuidores da verdade absoluta, mas no sentido de que não têm que ser indulgentes para conseguir conviver com outras pessoas. O paradoxo é que, para legitimar o contexto social em que operamos, nós devemos, pelo menos em parte, abandonar nossas próprias idéias, e isso é o que de fato torna as interpretações dialéticas únicas em suas contradições.

Você me perguntou sobre a relação entre pluralismo compreensivo e a justificação da democracia constitucional. Eu vou falar sobre isso hoje à noite, então eu vou adiar essa resposta, se me permitirem, e vou desenvolver isso no contexto dos direitos sociais, controle de constitucionalidade. Você mencionou a importância de uma Constituição escrita e a noção de tratado. Deixem-me dar uma resposta bem rápida sobre isso, sobre o modo como eu vejo a interpretação constitucional. Porque a identidade constitucional, não apenas a identidade constitucional, mas a realidade constitucional, as normas constitucionais e instituições constitucionais estão constantemente em evolução.

Isso pode trair as minhas origens como um advogado da *common law***,** não um advogado da *civil law*. Na minha concepção, esse é um processo contínuo, um processo vivo e, como tal, o fato é que há, é claro, diferenças técnicas e práticas entre Constituições escritas e não escritas e entre tratados e Constituições, mas, do ponto de vista teórico, essas diferenças não são tão importantes.

Deixem-me dar um exemplo. Vou fazer referência ao aborto, porque é um caso fácil de se exemplificar. Tomemos um país como os Estados Unidos, que tem uma Constituição escrita, que não necessariamente menciona o aborto, e sobre o qual há uma enorme controvérsia constitucional, inclusive críticas de interpretações constitucionais, defesas de interpretações constitucionais e todo o tipo de posições quanto

a essa questão. Imaginemos um país que tem uma Constituição não escrita, mas no qual há um consenso.

Os Estados Unidos têm um problema com o aborto, porque há uma total falta de consenso sobre o aborto. Mas vamos tomar, por exemplo, um país X, em que haja um consenso bastante amplo, seja a favor ou contra, e que eles tenham uma Constituição não escrita. Parece, para mim, que nesses países a questão seria muito menos uma questão de interpretação constitucional que nos Estados Unidos. É por isso que, quando olhamos o sistema britânico notamos que o sistema britânico de constitucionalismo e proteção constitucional não é perfeito, tem sido criticado por não ser tão bom como o americano, principalmente em algumas áreas específicas. A liberdade de expressão é menos protegida na Inglaterra que nos Estados Unidos. Não porque a Inglaterra não tenha uma Constituição escrita, mas porque tem uma vasta tradição de decisões judiciais.

Portanto, temos que olhar o contexto todo. Tratado *versus* Constituição. Tecnicamente, os tratados são diferentes das Constituições, eu acho que é o caso da convenção da Constituição européia – podemos discutir de novo sobre isso daqui a uns 10 anos, e vocês poderão concordar com o que eu disse ou me dizer o quanto eu estava errado em vista da experiência européia. Obviamente que não sabemos que caminho deverá seguir. O meu ponto teórico com relação a isso é que os direitos constitucionais baseados em tratados são um fenômeno do século XX. O melhor exemplo é a convenção sobre os direitos humanos da Comunidade Econômica Européia. Tecnicamente, ela é um tratado entre Estados, não é uma Constituição, não tem a forma de uma Constituição, mas, falando de uma forma objetiva, esse tratado, com a instituição de uma Corte européia de direitos humanos e a aplicação desses direitos, significa uma nova camada de proteção constitucional para os cidadãos dos países que fazem parte dessa convenção.

Um exemplo muito claro – e isso é anterior à adoção da Carta de Direitos – é que há vários casos de prisões de

suspeitos de terrorismo irlandeses, feitas pelos britânicos, que foram levados à Corte européia de direitos humanos. Os britânicos justificaram as prisões como sendo indispensáveis à segurança do Estado. O Parlamento disse que as Cortes têm que seguir o que o Parlamento determina, e, portanto, essas pessoas foram detidas por tempo indeterminado. No entanto, elas apelaram para a Corte européia de direitos humanos, a qual disse que não se tratava de uma violação da Constituição, mas de uma violação de direitos instituídos na convenção e que, em natureza e substância, eram direitos constitucionais. Então, a Corte e o governo britânicos, em virtude de vários motivos, tiveram que aplicar esses direitos depois que a Corte européia disse que sua negação fazia com que as políticas britânicas fossem contrárias à convenção.

Essa é uma análise feita a partir do ponto de vista da convenção, é um direito com base em um tratado. Mas os tratados ordinários, os tratados tradicionais, eram tratados sobre como os países, enquanto tais, regulavam questões com outros países: eu não vou atacá-lo se você não me atacar, ou os seus cidadãos não atacarão os meus cidadãos, tudo a nível de Estado. Portanto, essas convenções introduzem direitos constitucionais. Eu acho que, nesse sentido, a convenção européia pode ser facilmente um sucesso e, por causa de questões de identidade, de aplicação dessa identidade ou da implementação de suas provisões, pode não ser um sucesso, virando uma verdadeira bagunça, mas porque os países e sociedades diferentes não entram em acordo, não porque os mecanismos não estão ali para funcionar como uma Constituição.

Por último, mas não menos importante, há esse debate sobre o *habeas-corpus* no contexto da Suprema Corte brasileira. Isso levanta uma série de questões que eu não posso tratar, mas posso apontar algumas. Uma delas é: o juiz indicado pelo governo militar é um juiz constitucional legítimo? Bom, enfim, nós podemos ter um debate sobre esse assunto, porque ele levanta algumas questões de legitimidade muito interessantes em termos das indicações. Não sei qual é a visão desse juiz ou se esse juiz é alguém que desejaria que a ditadura militar estivesse ainda hoje em funcionamento e está fazendo o

melhor que pode para interpretar a Constituição de maneira consistente com aquela visão, e, nesse caso, eu diria que, se fosse minha a democracia, eu tentaria livrar-me dele. Ou, apesar de ter sido indicado pelo governo militar, com o fato da lei ter mudado, da constituição ter mudado, ele é, hoje, um juiz constitucional perfeitamente aceitável? Eu não sei.

Agora, especificamente, quanto à minha concepção de liberdade de expressão. Eu acho que, nesse sentido, ela é uma concepção mais consistente com as visões americanas, mas eu tentarei dizer a mesma coisa de um ponto de vista diferente, a que chamarei de concepção européia, que talvez também pareça com a concepção brasileira.

Do ponto de vista americano, a liberdade de expressão é um direito constitucional absoluto. Mas nenhum direito constitucional é realmente absoluto, isso é apenas uma forma de conceitualizá-lo. Nós todos temos liberdade de expressão, mas nós todos temos conhecimento de que há limites da liberdade de expressão. Como estabelecemos os limites da liberdade de expressão?

Algumas pessoas nas Cortes pensavam, por exemplo, que a liberdade de expressão era absoluta em todas as circunstâncias, mas, de qualquer forma, o juiz Blatt conseguiu desclassificar algumas questões que não eram discursos. Ele dizia, por exemplo, que pornografia não é discurso, é um discurso simbólico que não é discurso, é conduta. Ele procurou reconciliar a necessidade de limites com a sua concepção, que é chamada de concepção absoluta. Então, a maioria das suas opiniões são no sentido de que o direito à liberdade de expressão não é absoluto do ponto de vista que temos que ponderar os valores, isto é, quando você tem presente um perigo claro, você pode limitar o discurso.

Agora, a concepção européia – e não somente ela mas também a concepção canadense – é, nesse sentido, consistente, e, segundo ouço dizer, a concepção brasileira pode estar próxima, porque enxerga esse direito como absoluto, mas limitado por condições. Você olha para um direito que pode, com efeito, ser limitado por outras coisas.

É como se disséssemos que a liberdade de expressão só pode ser descoberta por meio de si mesma. Então, você pondera em termos da definição da liberdade de expressão. Nesse sistema vocês dizem que, *prima facie,* nós temos liberdade de expressão, mas há valores mais importantes que limitam a liberdade de expressão.

Por exemplo, houve um professor de uma escola de nível secundário no Canadá que passou por um processo demorado porque obrigava os alunos a recitar textos anti-semitas nos exames. Se não o fizessem, não passariam. A Corte do Canadá, que deu a decisão de que o discurso de ódio não deve ser protegido, disse que essa violência era também anti-semita. Ele foi condenado por ter cometido um crime. A Corte constitucional canadense não disse que isso não era parte do discurso. O que ela disse foi: isso viola o direito à liberdade de expressão.

No entanto, o Canadá tem uma disposição que determina que, numa sociedade democrática, os direitos podem ser limitados com propósitos de manutenção de uma ordem pública, da democracia, da moralidade, ou seja do que for. A Corte disse: bem, esse incitamento ao ódio racial, nesse caso ódio religioso, é totalmente contrário ao espírito da Constituição canadense. Portanto, muito embora seja uma violação da liberdade de expressão, ela está, de algum modo, sujeita a valores constitucionais mais elevados e amplos.

Na medida em que a liberdade de expressão, no Brasil, é interpretada como tendo um tipo similar de limitação, que traça uma linha divisória para o incitamento ao ódio religioso ou racial – em oposição à versão americana que trata do incitamento à violência –, dizendo que não é possível escrever nem fazer seja lá o que for que esteja ligado à propaganda anti-semita, parece-me que isso não é uma resolução inconstitucional para o problema.

Se entendi corretamente, o juiz da era militar dizia simplesmente que não existe racismo. Não tenho certeza se ele está dizendo que uma pessoa não pode fazer qualquer afirmação

basicamente racista no seu conteúdo ou que tudo isso é desimportante, porque não somos uma sociedade racista, e, em conseqüência disso, podemos dizer o que quisermos, que simplesmente terá uma importância mínima. De um modo ou de outro, ele está minimizando o impacto disso.

No contexto americano, em que temos juízes que não são indicados por um regime militar, temos a mesma discussão. O juiz Scalia, em decisões que envolviam ação afirmativa, disse que, basicamente, nos Estados Unidos, "Nós temos apenas uma raça. A raça americana". Isso é escandaloso em um contexto que busca remediar os males trazidos por anos de escravatura e racismo, mas ele fez essa afirmação, e ele foi indicado pelo presidente Reagan, que foi eleito democraticamente.

Bom, isso é realmente complexo. A questão mais ampla da interpretação constitucional, se deveria simplesmente ser aplicada como ponderação de valores ou o que deveria ser – essa é a referência que vou fazer ao pluralismo compreensivo que tentarei definir um pouco melhor esta noite –, é que todos eles são bons na medida em que nós conseguimos manter em mente o que é interpretação constitucional. Nós devemos olhar a interpretação constitucional como uma continuação da elaboração da Constituição, do reforço da Constituição e da aplicação da Constituição e, se colocarmos isso em um contexto sobre qual seria o papel apropriado da Constituição, por exemplo, no contexto cultural de uma determinada sociedade política, nada disso é perturbador. É claro que existem excessos em que os juízes se arrogam poderes quando vão contra o que é o espírito da Constituição. Mas não é a forma que o ato de interpretar toma, a forma em si mesma, o modo de interpretação, que é perturbador. O que é perturbador são os juízes que, no uso corrente dos poderes, excedem ou negam o que o projeto constitucional deveria ser.

Tradução e revisão: Fernando Gomes
Transcrição e revisão: Paulo Roberto Magalhães

