



Hécio Corrêa

DESEJO, NECESSIDADE, VONTADE: o Estado como garante das potencialidades humanas

45

DESIRE, NEED, WILL: THE STATE AS A GUARANTOR OF HUMAN POTENTIALITIES

Haradja Torrens

RESUMO

Aborda a promessa democrática do estado social sob o prisma das igualdades e das peculiaridades de cada cidadão.

Traça o confronto entre os direitos constitucionais e as limitações circunstanciais a partir da análise de teorias econômicas, jurídicas e filosóficas de inspiração de Rawls, Perelman, Häberle, Verdú e Dworkin.

Indica ainda o paralelismo com a doutrina brasileira vertida em Paulo Bonavides para, ao final, realçar a resposta pós-positivista da principiologia jurídica na abordagem dos julgamentos políticos pelos tribunais, por meio da análise jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; democracia; direito fundamental; teoria crítica; pós-positivismo jurídico; jurisprudência; princípio.

ABSTRACT

The author broaches the subject of the social state democratic promise in the scope of each citizen's equalities and peculiarities.

She outlines the conflict between constitutional rights and circumstantial limitations based on the analysis of economic, juridical and philosophical theories inspired in Rawls, Perelman, Häberle, Verdú and Dworkin.

She points out its similarity to the Brazilian Doctrine followed by Paulo Bonavides, stressing, at last, the post-positivist response to the legal principles for addressing political court trials through case law analysis.

KEYWORDS

Constitutional Law; democracy; basic right; critical theory; legal post-positivism; case law; principle.

*A gente não quer só comer
A gente quer comer
E quer fazer amor
A gente não quer só comer
A gente quer prazer
Prá aliviar a dor...*

*A gente não quer
Só dinheiro
A gente quer dinheiro
E felicidade
A gente não quer
Só dinheiro
A gente quer inteiro
E não pela metade...*

Titãs: Desejo, necessidade, vontade.

1 INTRODUÇÃO

A existência humana é permeada e assolada por tudo o quanto almejamos, o que nos é imprescindível, por aquilo que nos move. Assim como aquele a quem fitamos, somos movidos por desejos, necessidades e vontades. Na poética musicalidade de Marisa Monte, entoando os versos fortes do titã Arnaldo Antunes “desejo, necessidade e vontade”, as pulsões humanas se fizeram arte, e da arte impulsionaram reflexões sobre a alienação da vontade ao Estado constitucional, da supressão do agir humano em prol da Nação. Torna-se absolutamente imprescindível e imediato perguntar se existem motivos determinantes para alienarmos nossas liberdades originais e posicionarmos como seres normatizados ou “normatizáveis” pelo Estado. Não seriam as justas expectativas de paz e felicidade proporcionáveis por meio do Estado os motivos que incentivam cada um de nós a alienar as necessidades, vontades e desejos individuais em favor de um modelo de Estado? E, depois? Como exigir do Estado a satisfação de desejos e necessidades?

46

Direito e justiça são distintos e complementares, e a realização da justiça consiste na convergência do Direito e das instituições vigentes em um dado Estado em favor do cidadão.

2 NECESSIDADES SOCIAIS, DIREITOS CONSTITUCIONAIS E A PROMESSA DO ESTADO DEMOCRÁTICO

A fórmula política do Estado de Direito assumida pela totalidade das democracias constitucionais promete-nos a possibilidade de desenvolvimento das potencialida-

des individuais sob a constância da paz social. Em uma observação mais detalhada, a promessa se perfaz concreta quando o Estado possibilita a cada cidadão a parcela de dignidade estampada nos direitos à liberdade, igualdade, solidariedade, universalidade e paz – tal qual a formulação internacional das sucessivas gerações de direitos humanos¹.

O exame deste pacto constitucional remete à vertente contemporânea da teoria liberal explanada por John Rawls ao ressaltar que o sistema natural de justiça impulsiona o cidadão à obediência das leis na proporção em que a lei garante o tratamento igualitário entre os cidadãos, onde o próprio Direito se torna a medida da liberdade.

Direito e justiça são distintos e complementares, e a realização da justiça consiste na convergência do Direito e das instituições vigentes em um dado Estado em favor do cidadão. Para Rawls, a justiça formal é o domínio da lei, já as instituições são responsáveis pela justiça material. Assim, apenas se forem justas as leis de um Estado, surge o dever natural de obediência, pois os sacrifícios pessoais (dentre os quais a alienação da liberdade) só se justificam em razão dos benefícios que proporcionem. Nesse sentido, um governo democrático está sujeito à desobediência civil. Uma teoria sobre a justiça deve prever a desobediência: ato político, não-violento de contrariedade à lei para efetivação de uma mudança política.

Assim como o neo-contratualismo de John Rawls, as teorias que fundamentam a alienação das liberdades iniciais tomam por base a formulação hipotética do pacto social, que, para Rawls, pressupõe três momentos: o momento inicial em que, sob o “véu da ignorância” a sociedade opta pela equidade como valor central deste

acordo. O momento seguinte, quando a assertiva universal pela equidade já está concretizada no acordo inicial. Neste, os pactuantes podem deliberar sobre as diretrizes sociais por meio do instrumento que assumirá o papel da Lei Fundamental. E o terceiro momento, no qual se revela

para a sociedade uma nova possibilidade: a perspectiva plural sob a qual se discutem políticas de bem-estar da sociedade, economia e justiça social.

Urge ressaltar: a aparente igualdade é oportuna para socializar os homens e as mulheres de uma nação sob o mesmo patamar. Contudo, é necessário contemplar as desigualdades iniciais, os diferentes sexos, as variadas aptidões físicas e intelectuais e as situações econômicas díspares, como se fossem posições sociais em um jogo de tabuleiro. Neste jogo, os participantes iniciam a partida em patamar de desigualdade. Em outras palavras: a vida em sociedade não se perfaz na possibilidade de colocarmos todos os cidadãos no mesmo patamar, pois cada ser humano contempla particularidades biológicas bem como situações socioeconômicas peculiares.

Assim, passamos a conhecer um John Rawls que traz princípios aparentemente antagônicos, mas que se completam como todos os conceitos contrários, dialéticos: o princípio da igualdade e o princípio da diferença. O primeiro, o da igualdade, reside na atribuição a cada pessoa dos direitos equivalentes ao mais extenso sistema de liberdades básicas possíveis, limitado mediante a existência de semelhante sistema de liberdades para as outras pessoas. O segundo princípio, da diferença, dispõe que as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de modo que simultaneamente seja possível esperar que elas estejam dispostas razoavelmente em benefício de todos, e decorram de posições e funções às quais todos tenham acesso.

Eis um dos padrões de refreamento da tríade – desejo, necessidade, vontade: a possibilidade de o Estado prover a todos os cidadãos, leis e instituições justas, permitindo a cada ser humano o desenvolvimento integral de suas potencialidades.

Ademais, as instituições políticas seguem soerguidas por meio de um estratégico cenário democrático, onde, individualmente, cada partido ou tendência dispõe da possibilidade de chegar ao poder, e, conjuntamente estão co-obrigadas a cumprir a fórmula política do Estado democrático de Direito, enquanto se revezam no jogo político por intermédio de regras impostas a todos os partidos, indistintamente.

O Estado democrático de Direito

promete à coletividade a satisfação de suas necessidades básicas a partir do que Ralws chamou de “princípio da igualdade”. Na Constituição Brasileira de 1988 são de logo resguardados o direito à vida e à liberdade², seguidos, no artigo seguinte, do direito à segurança, à propriedade e do acesso à educação; o direito à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social, a proteção à maternidade e a assistência aos desamparados. Os últimos, declinados no art. 6º, perfizeram o segundo momento, do princípio da diferença, e apenas passaram a ser exigíveis jurisdicionalmente a partir de uma inovação doutrinária e jurisprudencial, após relutância de parte dos juristas que atribuíam eficácia imediata apenas ao rol do art. 5º.

3 O CONFRONTO DA PROMESSA NORMATIVA COM A REALIDADE LIMITANTE

Ao passarmos da dimensão de detentores de liberdades para assumirmos a de destinatários de direitos sociais, passamos a exigir do Estado ações no sentido de concretizar direitos prometidos na Constituição Federal. *A priori* duvidou-se da atribuição de eficácia de tais normas, mormente, a eficácia das normas constitucionais, principalmente as definidoras de direitos sociais e indicadoras de políticas públicas. Tal exigibilidade fomentou um problema para a jurisdição constitucional brasileira a partir do momento em que a sociedade se colocou como credora dos direitos consagrados na Constituição, e, no outro lado desta relação estava o Estado como responsável pela concretização desses direitos.

A problemática jurisdicional e constitucional circunda, principalmente, os obstáculos da Constituição Federal diante da realidade social, econômica e política. A chamada “força normativa” da Constituição Federal é veiculada na teoria constitucional de Konrad Hesse e está fundada ainda na distinção de Lassalle entre a ordem real e a ordem normativa: *A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição do poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. (...) Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.* (HESSE, 1991, p. 9).

A paradoxal dualidade entre o real e o normativo implica o condicionamento entre a realidade fática e a Constituição. A norma constitucional tem uma pretensão de eficácia, de concretização; no entanto, confronta com o obstáculo das condições reais. A realidade e a normatividade podem ser diferenciadas, mas não podem ser definitivamente separadas ou confundidas, sob pena de se condenar à ineficácia material toda a ordem constitucional.

O conteúdo normativo de cada Constituição deve respeitar os elementos do presente e manter a capacidade de adaptar-se como pressuposto de sua própria eficácia. Os programas polí-

ticos consagrados pelo poder constituinte devem procurar modificar, evoluir, galgar novos patamares, sob pena de estipular uma cínica conformação com o *status quo*, condição que já os colocaria sob necessária revisão.

4 A MÁCULA DA PROGRAMATICIDADE ATRIBUÍDA A NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, O REFREAMENTO E O POSTERIOR DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL

Inicialmente as propostas constitucionais asseguradoras de direitos sociais, econômicos e culturais foram encaradas como simples programas a serem oportunamente implementados, tais como seriam as promessas político-partidárias de campanha. Tal situação desvirtuou a natureza jurídica da norma constitucional, sobretudo comprometendo a própria normatividade.

Eis um dos padrões de refreamento da tríade – desejo, necessidade, vontade: a possibilidade de o Estado prover a todos os cidadãos, leis e instituições justas, permitindo a cada ser humano o desenvolvimento integral de suas potencialidades.

Apenas posteriormente, é que as garantias constitucionais passaram a ser compreendidas como instrumentos a serviço da concretização de uma ordem justa e razoável, perfilhando o sentido de que a constituição normativa não pode sucumbir diante dos obstáculos de sua realização. Contudo, o obstáculo inicial impediu a fruição de determinadas necessidades sociais e ainda consegue refrear a realização de algumas das promessas constitucionais.

Faticamente desponta preocupante a situação de inércia administrativa em relação ao cumprimento de diretrizes propugnadas pela Constituição Federal. Juridicamente, a classificação doutrinária das normas constitucionais quanto à eficácia³ outorgou ao Judiciário a possibilidade de não apreciar as queixas de direitos negados.

A insistência em classificar as normas constitucionais em relação à eficácia acaba por cogitar a existência de normas constitucionais ineficazes ou desprovidas de eficácia. Neste caminhar teórico se concluirá pela criação de categorias hierárquicas dentro da própria Constituição, pois ao lado das normas completas e aptas, passarão a existir aquelas a serem completadas, normas de efeitos restritos e de eficácia reduzida. Assim, em um golpe, serão mitigados os princípios constitucionais da unidade e da máxima eficácia, bem como a ação concretizadora da hermenêutica constitucional e ainda a soberania constitucional.

Suscitado, o Supremo Tribunal Federal tergiversou e concluiu pela não-auto-aplicabilidade de norma constitucional na decisão proferida em sede do MI-20/DF, publicado no Diário da Justiça em 22.11.96, p. 45690: *IMPTE: CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL; IMPDO: CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JU-*

RÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional.

Posteriormente, o mesmo Tribunal concluiu julgamento de outros três Mandados de Injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo – Sindipol, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – Sintem, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – Sinjep. Todos tencionavam garantir aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF: o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Agora, o Supremo Tribunal propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

A realidade e a normatividade podem ser diferenciadas, mas não podem ser definitivamente separadas ou confundidas, sob pena de se condenar à ineficácia material toda a ordem constitucional.

Felizmente a licença-maternidade foi destacada como norma de eficácia plena. Em julgamento anterior à própria regulamentação do benefício o Supremo Tribunal Federal decidiu obrigar o Estado a efetivá-la independente de lei que especificasse a fonte de custeio: *EMENTA: LICENÇA-MATERNIDADE. ART. 7º, XVII, DA CF. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. Benefício devido desde a promulgação da Carta de 1988, havendo de ser pago pelo empregador, à conta da Previdência Social, independentemente da definição da respectiva fonte de custeio. Entendimento assentado pelo STF. Recurso não conhecido. (BRASIL, STF, RE n. 220.613/SP).*

A ênfase doutrinária na eficácia normativa dos dispositivos constitucionais influenciou julgados do Superior Tribunal de Justiça que reiteraram a concretização de políticas públicas citando inclusive a expressão doutrinária de Konrad Hesse: *Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a*

vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. (BRASIL, STJ, Resp n. 575.280/SP).

Tornou-se emblemática a decisão que determinou a distribuição gratuita de remédios como decorrência do direito fundamental à vida e à saúde, que pode ser acrescido do princípio da dignidade da pessoa humana. Importante marco jurisprudencial e teórico, tanto pelo gesto humanitário, como pela irretorquível interpretação concretizadora de normas constitucionais genéricas e abstratas, conforme se deflui da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: *PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (BRASIL, STF, AG no RE 271.286/RS).*

Seguidas interpretações conduziram o processo de demo-

cratização de direitos para garantir a universalidade do princípio da dignidade da pessoa humana nos mais variados aspectos da realidade social e fomentaram a concretização dos princípios constitucionais. Exemplificativamente, ressaltamos o momento quando foi concedido o saque do FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – para incremento das condições de saúde de dependente, a despeito de inexistência de hipótese legal específica⁴, bem como a caracterização de bem imóvel sob a proteção legal do “bem de família” à pessoa viúva⁵; a designação de leitos dos hospitais particulares para receberem pacientes oriundos dos hospitais públicos e para os quais não existiam mais leitos nos hospitais conveniados ao SUS (BRASIL, AC n. 2003.81.00.009206-7); e a proibição de serem editados e vendidos livros, pretensamente científicos, para fins de apologia ao ódio e de discriminação contra judeus⁶.

Em todos esses casos, o compromisso para com a realização das normas constitucionais superou os limites fáticos e a abertura conceitual do texto constitucional. Seguiu-se privilegiando o compromisso ético do intérprete constitucional com a garantia de eficácia da própria constituição, suplantando, em muitos casos, a inércia administrativa, e, em outros, o preconceito e o aprisionamento do ser humano em modelos lógico-formais oriundos da doutrina clássica.

5 AS FORMULAÇÕES POLÍTICAS DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Na presença das aspirações e vontades individuais e coletivas formam-se novas concepções do Direito, muito mais afeitas com o que “deve ser o Direito” do que preocupadas em se adequar com a literalidade dormente. A evolução das teorias do raciocínio jurídico dá-se paralelamente às transformações da ideologia predominante sobre o papel do juiz na sociedade. A cada momento histórico torna-se imponderável uma análise detida sobre o paradigma hermenêutico da jurisdição pela observância do avanço das teorias jurídicas ocidentais.

As sociedades ocidentais pós-Revolução Francesa mantiveram os primados da legalidade e segurança jurídica indisociáveis da atuação jurisdicional. No entanto, o modo de conceber a legalidade difere daquele consagrado no paradigma

exegético positivista no que passa a significar uma solução justa, equitativa e razoável que será aferida mediante o devido processo legal, além de necessariamente fundamentada pela racionalidade. O recurso aos tópicos argumentativos permite a conciliação do Direito com a justiça e ainda com a razão por meio da Nova Retórica perelmaniana.

A insistência em classificar as normas constitucionais em relação à eficácia acaba por cogitar a existência de normas constitucionais ineficazes ou desprovidas de eficácia.

A tópica trouxe para a Ciência do Direito as técnicas de argumentação jurídica que permitem elaborar uma lógica dos juízos de valor por intermédio de longo e árduo processo de discussão e deliberação sobre opiniões controversas, assim como preconizadas pelo mito do Juiz Hércules de matriz dworkiniana.

Principalmente, esse novo paradigma jurídico proporcionou a formação de uma metodologia ou procedimento intelectual, razoável e equânime, para atingir resultado justo e proporcional sobre casos controversos. Privilegiou-se a racionalidade enquanto se retirou a decisão do âmbito do arbítrio individual. A partir desse momento, a solução justa só é aferível mediante discussão metodologicamente orientada, visto que o suplantado legalismo não foi capaz de garantir a segurança jurídica, pois a realidade sempre trouxe o julgamento de litígios não contemplados pela lei, tampouco cogitáveis no momento de elaboração da lei.

Mais profundamente que a Revolução Industrial, a Revolução Tecnológica hoje é determinante para a crescente complexidade das relações sociais diante das novas exigências do progresso científico, da individualização do homem e da especialidade da conduta. Todos são fatores que não permitem a espera por uma regulação legislativa adequada e impõem aos tribunais a solução de conflitos inusitados por meio de critérios que enfatizem normas jurídicas mais abstratas e gerais que perdurem no tempo e no espaço.

Ademais, a solução de um conflito jurídico requer a realização de uma tarefa mais complexa do que a aplicação do Direito, pois implica atingir a paz judicial, uma vez que conjuga o objetivo imediato da solução do litígio e o objetivo mediato

de que as partes encerrem as divergências, e ainda, de que a sociedade legitime a aplicação do Direito: *a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e juris-*

prudência é que favorece a evolução do direito. Essa é a principal razão de ser das novas teorias, das construções jurídicas aceitas ardorosamente pelos tribunais, para melhor justificar sua prática. (PERELMAN, 1999, p. 191).

Assim, quando o exercício da função jurisdicional caminha para alcançar uma abertura hermenêutica que possibilite ao juiz a adaptação do texto da lei ao meio social a que se destina, o Poder Judiciário cresce em importância, não devido ao detrimento dos demais poderes, mas sim em virtude de novas perspectivas de atuação. Em especial, a sociedade fixa o olhar no Judiciário, aguardando a resposta para posteriormente julgá-la e, sucessivamente, julgar todo o sistema normativo, da legislação à sentença.

A fórmula político-constitucional “Estado democrático de Direito” irradia a força política da constituição e constitui o Estado a partir do Direito, porém sempre sob a tutela da democracia: o Estado recebe a função de se estabelecer democraticamente como garante da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento e o acolhimento da força política da Constituição tornaram-se basilares para a utilização de uma doutrina de interpretação jurídica apta a realizar a ordem constitucional. Por outro lado, no que tange à Constituição Federal Brasileira de 1988, o eixo deste debate foi prejudicado pela assunção equivocada de que a interpretação política é uma interpretação contaminada por elementos político-partidários da força autoritária dos grupos políticos dominantes.

Esta concepção desvia o debate de seu eixo, pois o que se propugna é a atuação renovadora (e não livremente inovadora) do Poder Judiciário, tendo em vista

que, enquanto o magistrado fundamentar suas decisões nos princípios constitucionais, ele estará julgando conforme o Direito, e não contra ele. Assim, o paradigma pós-positivista garante a renovação do ordenamento jurídico por meio de decisões concretizadoras da força política da Constituição, que, embora renovem a prática jurídica, estão fundamentadas em noções normativas prévias consagradas na forma de princípios jurídicos fundamentais.

Na expressão doutrinária de Pablo Lucas Verdú, a fórmula política de cada Estado está designada por meio de sua constituição, na expressão daquilo que organiza a estrutura política e social de um país. A fórmula política do Estado democrático de Direito, constitucionalmente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro e comum às democracias contemporâneas, compreende a mobilidade de forças renovadoras que compõem a presente ordem jurídica por intermédio dessa fórmula fundamental que se impõe a todas as ações estatais, inclusive à tutela jurisdicional. Assim, a interpretação judicial jamais poderá contrariar a fórmula contida nos princípios que orientam o Estado democrático de Direito sob pena de macular a própria força que a fundamenta: a Constituição Federal.

6 AS BARREIRAS (AINDA) PRESENTES AO ACATAMENTO DE JULGAMENTOS POLÍTICOS

Já verificada a necessidade de o Poder Judiciário decidir questões jurídicas para as quais o legislador não providenciou solução específica e literal, discute-se a legitimação judicial para decidir politicamente. O sentido político ora versado e pretendido compreende o de realizar a escolha de valores que passam a determinar a conduta pública e privada a partir da resolução de conflitos inusitados.

A contestação dessa prerrogativa judiciária consiste basicamente em dois paradigmas afeitos às democracias atuais. O primeiro estabelece que as escolhas políticas se fazem mediante o exercício da soberania popular, por meio de representantes eleitos. O segundo confere legitimidade às escolhas políticas vertidas nas leis porque estas advêm de legisladores eleitos democraticamente.

Tornou-se emblemática a decisão que determinou a distribuição gratuita de remédios como decorrência do direito fundamental à vida e à saúde, que pode ser acrescido do princípio da dignidade da pessoa humana.

A inserção de princípios normativos na ordem constitucional impeliu o Judiciário a decidir como realizar políticas públicas e diretrizes sociais. Assim, surge uma contrariedade, as decisões genuinamente políticas foram retiradas dos legisladores e transportadas para as cortes, então o poder político dos eleitores será minorado, pois estes não participam (e nem conhecem) dos critérios de escolha de magistrados. No entanto, muitas questões predominantemente políticas atingem os tribunais antes mesmo que o parlamento tenha possibilidade de estudar a questão para cogitar uma lei. Essa lentidão legislativa torna-se evidente quando se verifica que, após vinte anos da promulgação da

Constituição brasileira, são vários os dispositivos constitucionais que ainda aguardam leis reguladoras.

Os juízes são chamados a decidir questões que implicam a determinação de uma política pública sempre que, perante o Poder Judiciário, surgem lides nas quais se propugnam interesses coletivos como saúde, educação, transporte, moradia; ao julgarem lides em que se decidem direitos que repercutem para toda uma classe, como o direito do indivíduo no papel de consumidor. Nesta linha (acolhida a tese que visualiza o juiz carecedor de legitimidade), as soluções judiciais que impliquem escolhas políticas abalariam o exercício da soberania estatal e careceriam de representatividade social.

No sentido ora expresso, um julgamento político não será um julgamento eivado de interesses obscuros, tampouco se cogita em julgados pertinentes às orientações político-partidárias (apesar de se reconhecer que toda decisão traz conseqüências político-partidárias, no que satisfaz a um grupo e desagradada a outro). O juiz não decidirá a lide em virtude da interpretação de seu partidismo político, mas sobre princípios políticos que apelam para direitos políticos individuais e argumentos de política social. O fundamental é que os magistrados, ao decidirem questões que invoquem um posicionamento político, o façam desprovidos do interesse de agradar a um grupo político e estejam movidos pela atuação racional e metodologicamente orientada, ponderando as conseqüências fáticas e a realização da justiça.

No que tange à representatividade, realmente os juízes brasileiros não partilham das características de um parlamento votado por membros de todas as classes sociais, isto porque os juízes, majoritariamente, advêm de uma camada social semelhante e têm formação análoga, enquanto os parlamentares possuem as mais distintas origens e formações acadêmicas. Contudo, em quase todas as democracias contemporâneas percebem-se parlamentares compromissados com fortes grupos econômicos, tendenciosos a defender esses interesses com o visio de manter o apoio político e garantir a reeleição. Ademais, em razão de múltiplos fatores econômicos e sociais, as minorias não estão bem representadas nos órgãos legislativos, sendo, portanto, preteridas em relação aos grupos de pressão, aos blocos econômicos e ao anseio parlamentar pelo próximo mandato.

Por outro lado, os juízes não sofrem nem cedem a tais argumentos pois ocupam funções vitalícias, por conseqüência, estão livres de compromissos eleitoreiros com grupos de pressão ou interesses econômicos. Suprimido o fator "reeleição" podem decidir com base em princípios e na necessidade da comunidade por políticas públicas específicas.

Outro aspecto marcante para aceitar as escolhas políticas do Poder Judiciário será exatamente acatar que este aspecto da judicatura é um fato e não apenas uma possibilidade. A todo instante os juízes são chamados a decidir situações novas derivadas de casos não-cogitáveis pela legislação, bem como sobre políticas sociais. Os tribunais não podem se furtar à prestação da tutela jurisdicional ante a implicação de julgar todo caso que lhes sejam apresentados, assim, perante os tribunais sempre serão apresentadas ações judiciais pendentes de soluções que necessariamente implicam uma escolha política a ser determinada.

A legitimidade para o Poder Judiciário atuar em questões políticas foi enfatizada por Ronald Dworkin por meio do que chamou de "*Interpretação Integrativa*" ou "*Direito como Inte-*

gridade". Tal se justifica por via da universalização da tríade equidade, justiça e devido processo legal, em que a equidade é a característica estruturante do sistema, a justiça o objetivo e o devido processo legal o meio a obtê-la: *O direito não é exaurido em um catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre alguma esfera do comportamento. Nem por um corpo de oficiais e seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do Direito é definido por atitude, não por território, poder ou processo... É uma atitude interpretativa e reflexiva, endereçada à política no seu significado mais amplo. É uma atitude contestadora que torna cada cidadão responsável em imaginar quais os compromissos públicos da sociedade para os princípios e o que esses compromissos determinam em novas circunstâncias*⁷.

Em *Law's Empire*, Ronald Dworkin assinala que essa tríplice concepção do Direito – equidade, justiça e devido processo legal – corrobora a aceitação da legitimidade e relevância jurídica da interpretação do Direito pela sociedade, ou seja, a interpretação construída a partir da atuação juridicamente relevante levada a efeito pela própria comunidade.

7 A TAREFA DA PÓS-MODERNIDADE

Por consequência desse processo histórico e deontológico de afirmação do Direito em face de crises e paradigmas, as decisões judiciais passam a ser fundamentadas em princípios jurídicos que, além de presentes em uma ordem jurídica específica, pertencem a uma ordem jurídica universal – ou melhor, ocidental.

As teorias pós-positivistas enfatizam reconhecimento (e acolhimento) da força política presente na Constituição por meio das regras e dos princípios expressos no texto constitucional, bem como em princípios pressupostos, endossados em função de escolhas políticas fundamentais, tais como a forma de Estado, a organização política e o regime jurídico constitucionalmente consagrado. Não obstante, um dos alicerces do Estado democrático de Direito é o sistema de tripartição de funções, notadamente um obstáculo teórico e político à adoção de um sistema jurisdicional que permita a atuação política do magistrado.

Portanto, transpor esse obstáculo consistirá em aferir a possibilidade de incor-

poração das teorias jurídicas pós-positivistas para assim habilitar decisões fundadas em princípios sem desgastar a sistemática de tripartição do poder estatal.

As doutrinas jurídicas que abordam o papel do Judiciário na atual formulação do Estado e no sistema de tripartição de funções que lhe é decorrente têm buscado fundamentar a atuação jurisdicional de um conteúdo axiológico que defira legitimidade ao exercício funcional da jurisdição. Assim, a legitimidade do Poder Judiciário será relacionada à atuação desse Poder, e não ao sistema de investidura de seus membros, portanto, trata-se de uma legitimidade adquirida no exercício da judicatura em vez de uma legitimidade pressuposta pela forma de investidura na função por meio do sistema eleitoral.

Seguidas interpretações conduziram o processo de democratização de direitos para garantir a universalidade do princípio da dignidade da pessoa humana nos mais variados aspectos da realidade social [...].

Em *Taking Rights Seriously*, Dworkin sustenta a idéia de que, em qualquer processo judicial, mesmo nos casos de solução difícil, os direitos de cada uma das partes podem ser “descobertos” no lugar de “inventados”; e que a justificativa política desse processo depende da ressonância da caracterização daqueles direitos no processo, ou seja, mediante a estrita observância da garantia do devido processo legal em todos os atos processuais, serão aferidos os direitos dos litigantes, localizando-os na ordem jurídica preexistente.

A tese jurídico-interpretativa de Dworkin tem ressonância no paradigma do papel do Poder Judiciário perante a comunidade, pois permite uma constante evolução do Direito, consubstanciada na superação de paradigmas jurisdicionais.

Reportando-se à teoria de Dworkin, Willis S. Guerra Filho, em *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, relata que a *superação dialética entre o positivismo e jusnaturalismo* trouxe para a Teoria do Direito a distinção das normas jurídicas que são regras daquelas que são princípios. As primeiras possuem uma “estrutura lógica-deôntica”, em que há descrição de uma hipótese fática e previsão da consequência jurídica. Os princípios não descrevem situações fáticas ou jurídicas, mas valores que adquirem

validade objetiva ou positividade.

Paulo Bonavides, no *Curso de Direito Constitucional*, apresenta a prevalência de uma teoria jurídica-constitucional-valorativa em que normas principiológicas assumem o mais alto grau de juridicidade ao tempo em que condena as omissões sociais mascaradas pela teoria da programaticidade. A supremacia das normas constitucionais e dos valores que consagram implica substancial alteração do papel do Estado, do conceito de constituição e da metodologia interpretativa do Direito. A universalidade transforma-se no ápice do “humanismo político da liberdade” e as constituições passam a ser compreendidas a partir da harmonização com as declarações internacionais de direitos do homem, de “sistema de nor-

mas” passam a ser compreendidas como “sistema de valores”. Por consequência, deve-se exigir do Estado contemporâneo o cumprimento de tais valores sociais.

E, nas palavras do democrata brasileiro, Paulo Bonavides, assim como se modifica aquilo passível de ser compreendido e aferido como conteúdo jurídico também se transforma a interpretação do Direito: *Com efeito, na Velha Hermenêutica interpretava-se a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, concretiza-se o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é em verdade interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional.*

Do confronto entre a constituição real e a constituição normativa há uma relação de coordenação: enquanto a ordem normativa consagra possibilidades, a ordem real impõe limites. A força motivante do presente está inserida na rea-

lidade social das elites, da classe média e dos pedintes, e faz-se pulsante na força cultural erudita e popular, está viva na ordem econômica brasileira bem como na atuação política do povo e de seus representantes. Desses recortes da realidade os olhos partem para apreciar as possibilidades do futuro com o fito de construir uma sociedade mais justa e fraterna: são os limites e as possibilidades decorrentes da vontade da constituição em face da ordem social vigente.

A Constituição Federal aponta caminhos para renovação social por meio da especial proteção deferida à infância, família, educação, cultura e trabalho sob o prisma da universalidade dos direitos do homem. Neste sentido, o direito serve à sociedade na medida em que esteja a serviço de uma ordem justa. Os intérpretes da Constituição Federal não podem sucumbir diante da realidade social, pois naquele documento há uma pretensão de eficácia dos valores e princípios, das políticas públicas e programas sociais que consagra – esta é a tarefa e o desafio dos juristas e da sociedade na pós-modernidade.

NOTAS

- 1 Em recente reformulação doutrinária, Paulo Bonavides acrescenta a 5ª geração, o direito à paz, como categoria distinta ante a necessidade de proteção à vida, da própria preservação da espécie humana.
- 2 O art. 5º da Constituição Federal de 1988 prometeu eficácia imediata às normas definidoras de Direitos Fundamentais logo no primeiro parágrafo deste artigo. Tal situação gerou controvérsia interpretativa quando, na interpretação dos demais direitos e garantias fundamentais inscritos após a rubrica do artigo quinto ao logo do documento constitucional, havendo divergência inicial quanto a eficácia imediata dos demais direitos.
- 3 Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais se classificam quanto à eficácia como: (1) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (2) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; (3) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida; e (4) normas programáticas. Posteriormente, a mesma classificação foi reeditada para contemplar no item 3 (normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida) as definidoras de princípio institutivo (3.1); e, definidoras de princípios programáticos (3.2). A aplicação das normas constitucionais ganhou novos contornos na classificação de Luiz Roberto Barroso, no que enfatizou as características das normas constitucionais em relação ao conteúdo sem redução da eficácia para classificá-las em: (1) normas constitucionais de organização; (2) normas constitucionais definidoras de direitos; e, (3) normas constitucionais programáticas. Contudo não abandonaram a inscrição de normas como programas.
- 4 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 560.777/PR. Julg. 4/12/2003. Relatora: Ministra Eliana Calmon (FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO. TRATAMENTO DE SAÚDE. AQUISIÇÃO DE APARELHO AUDITIVO PARA FILHA MENOR. POSSIBILIDADE).
- 5 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 420.086/SP. Julg. 27/8/2002. Relator Ministro Ruy Rosado (EXECUÇÃO. Penhora. Bem de família. Viúva. É impenhorável o imóvel residencial de pessoa solteira ou viúva. Lei n. 8.009/90).
- 6 Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 82.424/RS. Julg. 17/9/2003. Relator: Ministro Maurício Corrêa (EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA).
- 7 Tradução livre, de *Law's Empire*, p. 413: *law is not exhausted by any catalogue of rules or principles, each with its own dominion over some discrete theater of behavior. Nor by any roster of officials and their powers each over part of our lives. Law's empire is defined by attitude, not territory or power or process... It is an interpretative, self-reflective attitude addressed to politics in the broadest sense. It is a protestant attitude that makes each citizen responsible for imagining what his society's public commitments to principle are, and what these commitments require in new circumstances.*

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Reflexões – política e direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Justiça Federal no Ceará, Ação Civil Pública n. 2003.81.00.009206-7.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 575.280/ (2003/0143232-9). Julg. 2/9/2004. Relator: Ministro Luiz Fux.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 22.0613/SP. Julg. 4/4/2000. Relator: Ministro Ilmar Galvão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS. Julg. 12/9/2000. Relator: Ministro Celso de Mello.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

_____. *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORRENS, Haradja. *Hermenêutica jurídica e paradigmas interpretativos*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

_____. Neo-positivismo e pós-positivismo jurídico nas doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin: *a expansão do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Partição de poderes e direitos fundamentais: reflexos constitucionais da tripartição de funções na atividade jurisdicional. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 8, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1992.

Artigo recebido em 10/2/2009.

Haradja Torrens é professora na Escola Superior da Magistratura do Ceará e coordenadora de pesquisa do curso de Direito FFB, em Fortaleza – CE.