

# A (RE)CONSTRUÇÃO JURISDICIONAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

ANDRÉ COPETTI\*  
JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS\*\*

## RESUMO

O presente trabalho objetiva fundamentalmente analisar alguns aspectos relativos à legitimidade do STF no desempenho de suas atividades de reinterpretação/reconstrução do texto constitucional de 1988, a partir de uma imbricação de elementos conceituais fundantes do projeto político-jurídico constitucionalizado, e tendo presente as implicações da função jurisdicional na concretização dos conteúdos e valores expressos em uma ordem constitucional democrática e social.

Palavras-chave: Constituição. Interpretação. Reconstrução. Jurisdição Constitucional.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para tratar do problema que envolve Estado, Constituição, Direitos Humanos e Democracia, a partir das implicações da função jurisdicional na concretização dos conteúdos e valores expressos em uma ordem constitucional democrática e social

---

\* Professor de Teoria Constitucional do PPGD/UNISINOS. Advogado. Conselheiro do IHJ. Avaliador “ad hoc” da SeSU/MEC.

\*\* Professor do PPGD/UNISINOS. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Conselheiro do IHJ. Avaliador “ad hoc” da SESU/MEC. Pesquisador do CNPQ e da FAPERGS.

(Estado Democrático de Direito), dentre as tantas questões que se apresentam, tentamos apontar – não mais do que isso, em razão dos limites propostos – algumas daquelas que cremos serem das mais significativas para os operadores do Direito, sem negar a ocorrência de tantas outras, mas que sejam, ao mesmo tempo, suficientes – dado que se trata de Projeto de Pesquisa em desenvolvimento - para informar os conteúdos fundamentais para o trato do seu objeto particular e do problema de pesquisa, como salientado em nota de rodapé, especificado, traçando algumas intersecções necessárias.

Assim, colocamos os operadores jurídicos e suas práticas no centro de todas as questões que serão aqui propostas e problematizadas. É, de fato, do conjunto de práticas e discursos jurídicos por eles realizados que depende a concretização-efetivação-otimização constitucional, sobretudo através do processo hermenêutico que informa o tratamento jurisdicional dos conteúdos positivados e também das garantias-mecanismos processuais que os protegem, ambos presentes na nossa Constituição de 1988.

Não há, por certo, neste caso, como se esquivar da análise de uma tentativa de implementação dos direitos humanos tendo como cenário o espectro das transformações das relações sócio-econômicas e seus corolários, sobretudo quando visamos instrumentalizar para isso as práticas jurídicas e os operadores do direito por elas responsáveis, em particular se pensamos no conjunto de possibilidades e necessidades que se abrem a partir das estratégias de regionalização dos espaços via integração de países, da globalização econômica, da mundialização dos vínculos sociais, da universalização das pretensões, etc..., mas, mais ainda, quando buscamos reconhecer/rediscutir o papel desempenhado pelos operadores jurídicos, sobretudo relativamente àqueles responsáveis pela tarefa de atribuir sentido aos conteúdos normativos, em particular quando estes estão presentes no texto constitucional e dizem respeito ao catálogo de direitos fundamentais que o mesmo expressa e incorpora, seja através do seu catálogo próprio, seja por meio de suas cláusulas constitucionais abertas<sup>1</sup>.

É preciso ter presente este cenário de transformações e fragmentações é preocupante, mas, ao mesmo tempo, ele nos desafia a corrigir e a mudar nossos esquemas de conhecimento, nossas categorias conceituais, nossos sistemas até bem pouco tem-

---

1 Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Direitos Humanos “Globais (Universais)”!* De todos, em todos os lugares, In PIOVESAN, Flavia (Org.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad. 2002. pp. 519-542. Também: PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad. 2000

po justificados e caracterizados como “puros”, como acima da realidade (transcendentes) e acima da contingência histórica<sup>2</sup>.

A história e a conscientização do homem a respeito de sua finitude o fizeram ter uma atitude mais humilde, diferente daquela que tiveram os Iluministas (ou *Aufklärung*, ou Esclarecimento). Estes, substituíram um paradigma de verdade baseado na fé em Deus por outro fundado na fé na Razão, e, desse modo, apresentaram o mundo como composto de objetos presentes a disposição da “vontade de poder” de um sujeito neutro e objetivo, colocado como fundamento último de todo e qualquer saber<sup>3</sup>.

Não é por acaso que, da segunda metade do século XX até agora, início do século XXI, estamos nos deparando com tantas “crises”, com tantos debates teóricos a respeito do “fim” ou do esgotamento de diversos instrumentos e instituições, com tantos prefixos “pós” colocados antes de vários conceitos que estavam incluídos na herança da modernidade, o que nos coloca, certamente num período de transição<sup>4</sup>. Nele tudo parece questionável e nada parece seguro; estamos sem um “chão” que nos dê firmeza para prosseguirmos nossa caminhada; estamos num período de “imperialismo subjetivo” no qual o que prevalece é o “vazio fundamental”, a impossibilidade de consenso, a (i)moralidade subjetiva impondo a fragmentação “definitiva” da moralidade objetiva. Neste sentido, pertinentes são as palavras de José Rodrigo Rodriguez, ao afirmar que

- 
- 2 Não é novidade para ninguém que o “dever-ser” tem que dialogar com o mundo do “ser” ou então estaremos em meio a uma normatividade sem justiça”; “A visão do direito como ordem heterônoma (como uma utilidade/fim em si mesmo/externo=fora da realidade/forma) abriu as portas para juristas como Kelsen produzirem teorias jurídicas sob a égide do princípio da pureza metódica, o qual é caracterizada por uma concepção do direito como um “dever-ser” distinto do mundo do “ser”. (Ver: OLIVEIRA JR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.2 e 16-7); tb. “Conceitos e sistemas jurídicos sempre se referem a outra coisa que não eles mesmos. Pela evolução e pelo exercício do direito, eles apontam para a condição material que define o seu ponto de apoio na realidade social.” (Ver: NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.41); tb. “A transcendência mostrar-se-á, progressivamente, como descida para o interior da finitude, ou como me permito dizer, como *rescendência*.” (Ver: STEIN, Ernildo. *Melancolia: Ensaio sobre a finitude no pensamento Ocidental*. Porto Alegre: Movimento, 1976, p.25)
- 3 Tal sujeito pode ser tido como o sujeito isolado, auto-suficiente, característica básica do idealismo cartesiano, elemento da filosofia da consciência, o que poderíamos chamar de “solipsismo metodológico”.
- 4 “A reflexão sobre o direito e a ciência jurídica, portanto, encontra-se em meio a um processo de transição mundialmente observável. As ciências se mistificam e os misticismos se cientificizam; a esfera pública se privatiza e a privada se publiciza; o direito é moralizado e a moral, juridicizada; o “dever-ser” é visto no plano do “ser” e o plano do “ser” observado a partir do “dever-ser” [ racionalidade prática ] ; as soberanias invadidas pelos mercados comuns e os mercados comuns capitaneados por determinados Estados soberanos; o masculino cada vez mais ressltado em sua feminilidade e a feminilidade, cada vez mais masculinizada. Com efeito, as certezas e os limites espaço-temporais existenciais estão em crise” (Ver: OLIVEIRA JR, José Alcebiades de. Op. Cit. p. 1) Não é por acaso que estamos ouvindo tanto os termos de refundação epistemológica ou de ruptura epistemológica em diversas esferas das ciências.

se não for possível pensar nada *exterior* à subjetividade, nada de *objetivo* capaz de constrangê-la, a única objetividade passível de ser pensada é a objetividade da própria escolha subjetiva. E uma escolha situada nestas condições de *vazio fundamental* pode ter qualquer conteúdo: *será igualmente legítimo escolher o bem ou escolher o mal, isso não faz a menor diferença.* Nesta ordem irônica de razões, a própria idéia de humanidade perde sentido, dissolvida em subjetividades autárquicas que não reconhecem nada que seja exterior a seus desejos. O estabelecimento histórico de uma situação como essa pode ser predicado como um estado de *liberdade absoluta* do sujeito (*toda a realidade é só espiritual e o mundo é simplesmente a sua – da liberdade absoluta - vontade*), completamente autônomo e, portanto, *incapaz de compreender critérios exteriores a si mesmo.*<sup>5</sup>

Dessa forma, queremos retomar um debate já proposto anteriormente<sup>6</sup>. Todavia, a ele pretendemos agregar alguns aprofundamentos que nos permitam interrogar com maior pertinência o tema das crises do Estado Moderno, Contemporâneo e contemporâneo<sup>7</sup> e suas interconexões com o constitucionalismo e com os direitos humanos.

## 1 ESTADO E JURISDIÇÃO

Embora as relações postas entre Estado e Jurisdição apontem para um vasto espectro de aspectos, nos limites deste trabalho temos o intuito de referir apenas e tão só as que dizem com a realização da Carta Política, em especial através da prática jurisdicional, levando em consideração o objeto da pesquisa e o problema nela sugerido.

5 BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos.* São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XIX; .” Ver tb. Simone GOYARD-FABRE. *Os Princípios filosóficos do Direito Público Moderno.* São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.36-7 onde a autora cita Hegel: “Tal como no declínio da Grécia antiga, os desvios do Estado na época moderna provocaram a RUÍNA DA MORALIDADE OBJETIVA e, enquanto progride a INTERIORIZAÇÃO DA VIDA que conduz a MORALIDADE SUBJETIVA (“orgia da subjetividade”, diz Hegel), perde-se o senso da ordem pública e do bem comum”; tb. Barbara FREITAG. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade.* Campinas: Papyrus, 1992; Tb. Adolfo SANCHEZ VASQUEZ. *Ética.* 16.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, principalmente cap. III

6 Neste sentido, ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais...*, passim.

7 Fazemos esta distinção para permitir uma melhor inflexão sobre a temática, apropriando aos conceitos expressos uma interconexão inevitável na medida em que todos eles se projetam por sobre a tradição moderna, seja na sua versão genérica, seja como expressão do Estado de Bem-Estar, seja nos seus aspectos atuais, por nós referidos como *contemporâneo*, para facilitar sua distinção do modelo anterior (*Contemporâneo*).

### 1.1 IMPLICAÇÕES E LIMITES DA JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA A REALIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O acontecimento histórico do constitucionalismo ocidental colocou a possibilidade de que os tribunais com atribuições jurisdicionais constitucionais venham a escrever e reescrever os textos dos Estatutos Fundamentais, cumprindo uma função que originariamente constitui-se em tarefa do Poder Constituinte<sup>8</sup>. Por um lado, esta situação surge como altamente positiva, na medida em que o poder judiciário pode permanentemente adequar, histórica e contextualmente, os textos constitucionais que, em sua grande maioria, tendem a ser procedimentalmente rígidos. Este aspecto positivo realça-se ainda mais se tivermos em mente que essa possibilidade da jurisprudencialização da Constituição constitui-se em necessidade quando voltada à efetivação de direitos fundamentais.

Entretanto, esta mesma atividade jurisdiccional constitucional pode, paradoxalmente, por outro lado, significar uma invasão pelo Judiciário das esferas de atribuições classicamente atreladas às funções executiva e legislativa, atingindo o princípio democrático de separação dos poderes, além de, pela alteração interpretativa de dispositivos constitucionais, macular o princípio de garantia. Estas posições evidenciam um ponto de vista forjado dentro de uma perspectiva eminentemente liberal que, desde já adiantamos, não estão em consonância com os paradigmas de Estado, sociedade e indivíduo recortados de forma inédita pelo modelo normativo constitucionalizado sob a forma de Estado Democrático de Direito.

Em nosso entendimento, e é o que pretendemos demonstrar, a atuação judicial jurisprudencializadora da Constituição não só não afeta tais pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, mas, pelo contrário, os alicerça ainda mais.

---

8 Tomamos aqui a idéia de Poder Constituinte como aquele que produz o *texto* constitucional, sem a distinção clássica e equivocada entre *poder constituinte originário* e *poder constituinte derivado*, na medida em que só àquele pode-se atribuir a tarefa de produzir a Constituição em seu texto original. Por outro lado, a interpretação constitucional adquiriu uma posição de destaque nas últimas décadas do século XX, fruto da terceira fase do constitucionalismo, perceptível no pós-guerra. Isso porque o preenchimento dos conteúdos de certos direitos constitucionais (geralmente de direitos fundamentais), assim como o extensão desses mesmos direitos estão “nas mãos” daqueles que compõem esse essencial órgão, o Tribunal Constitucional. Como diz Pedro de Vega, “Sucede, no obstante, que las dificultades y problemas para obtener el consenso en las sociedades pluralistas determinan que la voluntad constituyente se exprese por lo común en una legislación constitucional confusa, ambigua y polisémica. Com lo cual, a la hora de interpretar y custodiar el cumplimiento de esa voluntad por parte de los Tribunales Constitucionales, lo que realmente ocurre es que de guardianes del poder constituyente pasan a transformarse en sus sustitutos. [...] es un acto de auténtica creación constitucional” Ver a respeito VEGA, Pedro de, Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX, in *Teoría de la Constitución*, Madri: Editorial Trotta, 2000, 499p.

Para tanto, temos que considerar, como pontos teóricos basilares dessa afirmação, a alteração, dentro do paradigma contemporâneo de Estado Constitucional, não só da própria noção de democracia - trasladada para um *locus* legitimador não mais meramente formal, senão, principalmente, substancial - mas especialmente, como decorrência da alteração da noção e extensão do conceito de democracia, de duas outras situações:

- primeiro, da noção de garantia, não mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas acrescida de um *plus* transformador, em que a concretização de obrigações/prestações que importam na transfiguração do *status quo* assumem efetivamente uma posição de primazia no espaço de legitimação constituído pela função de garantia;
- segundo, da distribuição clássica das funções dos poderes públicos, não mais sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, mais flexível, voltada a uma finalidade de cooperação, baseada na perspectiva de que há uma unidade inexorável no Estado<sup>9</sup> entre os poderes para a realização de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população, a qual está, de alguma maneira, expressa na função executiva peculiar ao espaço público, sem que se limite às tarefas próprias do Poder Executivo.

## 1.2 A EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PELO ATIVISMO JUDICIAL E O TENSIONAMENTO ENTRE OS PODERES PELA – APARENTE - CONTRAPOSIÇÃO ENTRE PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E FUNÇÃO DE GARANTIA

Princípio democrático e função de garantia são, talvez poderíamos dizer, dois pontos extremos de uma relação pendular e evolutiva no debate teórico que se trava

---

<sup>9</sup> Parece-nos que a idéia clássica, proposta por Montesquieu, aponta, muitas vezes, para um fragmentação estatal, onde as diversas funções do Estado aparecem como compartimentos descompromissados com a construção conjunta do projeto de Estado alicerçado na Constituição. Não raro as funções de Estado parecem estar vinculadas a lógicas e compromissos distintos, sem que se percebam como operadoras do que Rousseau supunha ser a *vontade geral*. Talvez um bom exemplo desta fragmentação possa ser buscado na figura dos *precatórios*, onde se percebe claramente a descontinuidade e fragmentação da atuação dos diferentes poderes públicos, quando um deles – o jurisdicional - determina o pagamento de valores, o outro – o executivo – precisa cumprir a ordem e alocar recursos orçamentários para o futuro e, eventualmente, se utiliza do terceiro – o legislativo – para instrumentalizar formas que viabilizem o pagamento, sem que se tenha, muitas vezes, uma atuação conjunta dos mesmos diante do interesse em disputa.

há longa data sobre a legitimação e os limites das decisões dos poderes públicos, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais. Na história do constitucionalismo moderno, sobretudo nos países continentais europeus e nos que importaram seus modelos institucionais por força do processo de colonização, o ponto de partida é marcado pela fundação dos poderes públicos sobre a soberania popular. Este processo evolutivo foi marcado, sob outro aspecto, por uma contínua procura de limites sempre mais penetrantes e intransponíveis às ações destes poderes. As convenções internacionais, de um lado, com seu núcleo forte dos direitos individuais, que marcaram o início do moderno Estado constitucional e serviram de suporte à forma liberal do constitucionalismo, e a difusão do controle de constitucionalidade das leis, de outro, são a expressão mais clara e significativa do processo de potencialização das garantias fundamentais.

Na primeira fase liberal do constitucionalismo moderno, tanto o princípio democrático quanto as garantias fundamentais tiveram um objetivo final substancialmente comum que, particularmente no horizonte jurídico, foi o de assegurar que a produção normativa não ficasse reduzida a um instrumento subjugado a uma razão de Estado, mas se mantivesse respeitosa aos interesses sociais que, neste momento histórico determinado, estavam restritos ao plano individual. Para tanto, o princípio democrático perseguiu este objetivo último e substancial através da concentração do poder normativo no órgão legislativo, tratando de estabelecer rigidamente os mecanismos de exercício deste poder, através de instrumentos próprios para a construção de uma democracia formal (a representação, o procedimento legislativo, os instrumentos da democracia direta, etc.), o que veio em satisfação de uma demanda surgida a partir de um dos princípios teórico-filosóficos fundamentais do liberalismo, qual seja, o princípio da confiança (*principle of fairness*), cuja expressão fundamental era a antecipação da regras do jogo e o estabelecimento de preceitos determinados para os seus processos de modificação.

Enquanto o princípio democrático teve uma função mais formal/procedimentalista, o sistema de garantias já acenava com alguns traços mais substanciais, enquanto buscava o estabelecimento de limites, basicamente negativos, e não já somente restritos ao procedimento de produção legislativa, mas ao próprio produto legislativo. O respeito a estes limites constitucionais não conseguiu desbordar a sua validade, entretanto, além de órgãos diversos do poder legislativo. Os grandes princípios do direito penal, por exemplo, refletem de modo particularmente evidente esta dupla dimensão liberal estabelecida entre princípio democrático de um lado e função de garantias de outro. A jurisdição constitucional, neste contexto, teve uma função um tanto quanto negativa, de *contralegislador*, voltada principalmente a uma

atividade de limpeza permanente do ordenamento jurídico contaminado por inconstitucionalidades<sup>10</sup>.

Teve, assim, a jurisdição constitucional, nos primórdios do constitucionalismo, funções e atribuições que em praticamente nada conflitavam com o princípio democrático, especialmente por duas razões: primeiro, porque sua função de contra-legislador não invadiu historicamente a atuação dos demais poderes, nem alterou significativamente seus produtos; segundo, porque nos modelos constitucionais liberais a consistência do princípio democrático com viés liberal foi até mesmo complementada pelo sistema de garantias fundamentais, face à natureza e forma dos próprios direitos individuais, e dos objetivos um tanto quanto formais e procedimentais do produto político que então se construía: a democracia liberal.

Não podemos falar neste momento conjuntural histórico-liberal acerca de uma potencial e relevante tensão interna entre os órgãos titulares das diversas funções, quando se punha em operação a jurisdição constitucional. Esse quadro de fraco tensionamento entre poderes foi decorrente também, por outro lado, de dois outros fatores:

- a) da falta de uma teoria jurídica adequada, especialmente constitucional, que permitisse, com maior intensidade, a utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade pelos operadores jurídicos; e
- b) e, em conseqüência disto, da falta de uma maior introjeção no imaginário dos integrantes do Judiciário acerca de sua função de efetivos realizadores dos valores éticos normatizados constitucionalmente.

Os modelos constitucionais - mexicano de 1917 e alemão de 1919 - que inauguraram a segunda fase do constitucionalismo e do Estado moderno – como Estado Social –, geraram uma nova situação de tensionamento entre os poderes públicos, considerando-se que a partir dessa nova fase do Estado Constitucional, houve uma ampliação conceitual e operacional do princípio democrático e da função de garantia.

---

10 Além desta função, devemos lembrar com Vital Moreira que nos Estados Unidos, o berço da *judicial review* esta teve a finalidade de fazer prevalecer a Constituição contra os atos do poder em três domínios característicos, isolada ou conjuntamente: os direitos individuais, a separação dos poderes sobretudo o legislativo e o executivo, além da definição entre as fronteiras netre os poderes federais e os dos Estados-membros no caso das federações. Refere ainda o pesquisador português que a criação da jurisdição constitucional austríaca, através da Constituição de 1920, dirigia-se a resolução de conflitos de competência entre a federação e os estados-membros, visto que o acesso ao TC cabia apenas aos governos federal, quanto às normas dos *Länder*, e aos governos regionais, quanto às normas da federação. Já na França, o sentido originário da criação do Conselho Constitucional foi o de manter o poder legislativo do parlamento dentro dos estreitos limites que estabeleceu a Constituição. Ver a respeito MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça constitucional, pp. 177-199.

Desde estas duas Cartas, os textos constitucionais, além das tradicionais regulações, circunscritas à normatização do poder, das suas competências e relações recíprocas, além da definição nos Estados federais das relações entre federação e estados-membros e, principalmente, direitos e garantias individuais, também se ocuparam em integrar os princípios fundamentais da ordem econômica, social e cultural. Com isso, o âmbito dos tradicionais direitos fundamentais do homem, de matriz marcadamente liberal-individualista, ampliou-se em direção a novas categorias de direitos políticos, de direitos dos trabalhadores, de direitos sociais de caráter positivo, de direitos essencialmente coletivos, transindividuais e difusos, como os direitos ao ambiente, ao patrimônio cultural, às relações de consumo reguladas. Quanto a isto, inteira razão assiste a Vital Moreira, quando refere que

A própria densidade da regulação constitucional das instituições e da vida política foi-se intensificando com as novas constituições, num movimento de progressiva *constitucionalização e juridificação do processo político*. Ora, com o alargamento do espaço constitucional restringe-se correspondentemente o âmbito da liberdade de conformação do legislador. A extensão e intensidade da sua vinculação constitucional cresce; a sua autonomia diminui correspondentemente<sup>11</sup>.

Nesta segunda fase do Estado moderno, não estamos diante simplesmente de um Estado de Direito, mas, de acordo com Ferrajoli, de um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado diferentemente do Estado liberal em dois planos:

- a) no *plano formal*, pelo princípio da legalidade, em razão do qual todo poder público passa a ser subordinado a leis gerais e abstratas que disciplinam sua forma de exercício e cuja observância se acha submetida ao controle de legitimidade por parte dos juizes;
- b) no *plano substancial*, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua constituição dos debates públicos correspondentes, é dizer, das proibições de lesionar os direitos de liberdade e das obrigações de satisfação aos direitos sociais, assim como os correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial<sup>12</sup>.

11 Cfe. MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*, p. 181.

12 Cfe. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, P. 856-857.

A essas alterações nos textos constitucionais do século XX, consistentes na agregação de conteúdos que impõem obrigações positivas ao Estado, somam-se outras três, referentes ao equilíbrio institucional, que também são determinantes no que se refere a metamorfoses sofridas pelo princípio democrático.

Alterou-se não só o entendimento da lei<sup>13</sup>, mas o próprio estatuto da maioria como sua fonte primordial. A concepção clássica da lei, como produto da “vontade geral” corporizada na representação parlamentar independente e do executivo subordinado à lei, foi substituída por um entendimento baseado na constatação de que a lei é um produto de vontades partidárias ou coligações majoritárias, em que o governo dita à maioria parlamentar o programa legislativo e o próprio conteúdo das leis.

Em nosso País, esta realidade apresenta-se com contornos maquiavélicos, para não dizermos perversos. A adjudicação inconstitucional de uma parcela do poder legislativo pelo executivo federal<sup>14</sup>, através de uma utilização desmedida e autoritária de medidas provisórias, afasta qualquer tentativa teórica de descrever o processo legislativo como resultante de uma manifestação da vontade geral. Esta, neste quadro institucional, parece ancorar suas bases somente no princípio da democracia formal representativa, para não dizer delegativa<sup>15</sup>, situação que, por sua vez, macula de forma contundente as idéias de divisão dos poderes e do próprio princípio democrático em sentido estritamente formal, para não avançarmos a exigências mais contemporâneas que se fazem a este princípio.

13 Ver, a este respeito: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente*. Coimbra: Almedina.

14 Percebe-se, assim, que a afirmação, feita anteriormente, acerca da perda de unidade do Estado, se expressa, no caso brasileiro, por esta *descontinuidade* das funções do Estado no que tange à concretização do texto constitucional pátrio. Ou seja, a utilização das medidas provisórias, no caso do Brasil, em particular na Era FHC, não expressa a manifestação da unidade estatal a partir da independência e harmonia dos poderes de Estado – como dita a CF/88 – mas, ao contrário, revela a fragmentação e a conflitividade da atuação e concepção unilateral dos poderes públicos em relação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, como se vê na seqüência..

15 O termo democracia delegativa é utilizado por Guillermo O’Donnell, para definir uma situação institucional que tem sido reiteradamente observada nos países da América Latina, consistente no fato de que quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. Na visão deste cientista político, outras instituições, como o Congresso e o Poder Judiciário, passam a se constituir em verdadeiros obstáculos à atuação presidencial, e a idéia de obrigatoriedade de prestar contas a essas instituições, ou a outras organizações privadas ou semiprivadas, aparece como um impedimento desnecessário à plena autoridade que o presidente recebeu a delegação de exercer. Dessa forma, as democracias ditas delegativas possuem um forte sentido individualista. Cientes de tal situação, não é por acaso que a maior parte da ciência política norte-americana traça uma linha de separação entre regimes presidencialistas, nos quais os outros poderes tem grande peso no quadro institucional do país, e os presidencialismos, típicos da América Latina, cuja característica principal é a hipertrofia do Poder Executivo em relação aos demais. A respeito ver O’DONNELL, Guillermo. *Democracia Delegativa?* In: *Novos Estudos Cebrap* n. 31/out-91, pp. 25-40.

Outra alteração significativa que atinge frontalmente a concepção clássica do princípio democrático refere-se aos postulados clássicos da separação de poderes entre o legislativo e o executivo, os quais deixaram de ter uma correspondência na realidade.

Segundo Vital Moreira, a separação hoje relevante é a que se estabelece entre maioria governamental e a oposição, e a questão constitucional mais importante deixou de ser apenas, ou sobretudo, a supremacia do legislativo sobre o executivo, mas sim as garantias da oposição face ao poder da maioria existente no governo e no parlamento<sup>16</sup>, sem desconsiderar o papel atribuído à função jurisdicional do Estado na efetivação dos valores constitucionais.

Enfim, uma última constatação que devemos fazer em relação às alterações experimentadas pelo Estado, refere-se à superação da concepção clássica estatal como uma realidade monolítica e homogênea, sendo substituída por uma outra realidade, política e administrativamente descentralizada, regionalizada e marcada pelo surgimento de um sem número de organizações sociais de natureza econômica, profissional e promotoras dos interesses e valores de minorias sociais, que tem a ver com a compreensão da perda de exclusividade da ação estatal em face dos demais *loci* de poder presentes na sociedade contemporânea.

Todas estas alterações sofridas pelo Estado e pela própria sociedade determinaram um novo patamar de limitação da autodeterminação dos Estados e um novo condicionamento do princípio democrático nas sociedades e organizações sociais e estatais contemporâneas.

Surgem, dessa nova realidade, algumas situações bastante relevantes, tanto no plano jurídico quanto nos planos institucional e funcional. No primeiro, houve uma necessária (re)configuração da forma dos enunciados jurídicos, em função das necessidades reclamadas pela normatização dos direitos sociais e, no segundo, um redimensionamento do âmbito de exercício das funções do Estado.

A forma lingüística exigida e utilizada para a positivação constitucional dos direitos estritamente sociais diferenciou-se totalmente da utilizada para os direitos individuais. Enquanto para estes últimos o texto legal tinha uma forma bastante precisa, enxuta, taxativamente determinada, com termos fixados dentro de padrões que se ligavam a um rigor conceitual analítico, o que vinha em atendimento a toda uma pretensão de certeza que caracterizou o Estado liberal, até mesmo como forma de superação dos modelos anteriores – absolutistas e/ou medievais -, em todos os sentidos marcados pela incerteza, para os primeiros a fórmula lingüística encontrada foi

16 Cfe. MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, p. 183.

a de textos mais genéricos que mais se aproximavam de princípios de programação política futura, com termos um tanto quanto abertos.<sup>17</sup>

No plano da concretização destas diferentes gerações de direitos, as consequências ficaram historicamente bem demarcadas. Enquanto à realização dos direitos individuais bastou uma abstenção do Estado e de todos os demais membros da sociedade em relação ao titular, a realização dos direitos sociais encontrou uma série de dificuldades a mais, seja pela necessidade de realização de prestações positivas pelos próprios poderes públicos que demandavam a inversão de verbas e prestações públicas para tanto, seja pela própria inexistência de instrumentos jurídicos que permitissem a concretização dos direitos sociais com a mesma eficácia que um *habeas corpus* ou um mandado de segurança permitiam a realização dos direitos individuais.

Diante do quadro de não efetivação desses novos direitos, hoje ainda mais aprofundado, uma vez que o rol teve o acréscimo de novas gerações, todas elas cada vez mais distantes da individualidade, foi-se, paulatinamente, em decorrência principalmente da construção de uma nova teoria jurídica destinada a fornecer os instrumentos teóricos capazes de permitir a concretização dos direitos não individuais, exigindo uma reconfiguração da própria função clássica dos diversos poderes públicos, e, especialmente, dos atributos da função judicial constitucional, que em muito ultrapassa os limites funcionais judiciais liberais<sup>18</sup>

17 Utilizando-se da linguagem de Luhmann, enquanto os direitos individuais representaram uma programação condicionada, os direitos sociais caracterizaram-se por serem programações finalísticas. Ver a respeito LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*.

18 O juiz do século XXI passa a integrar a política. Suas decisões não são meramente formais e técnicas. Elas ultrapassam essa fronteira e encontram seu lugar na definição de direitos dos cidadãos, tendo como base a utilização dos mecanismos processuais estabelecidos na Constituição, e como pressuposto a inércia tanto do Executivo em estabelecer políticas públicas, como também a do Legislativo, que não complementa o texto constitucional com as famigeradas leis infraconstitucionais complementares/ regulamentadoras. O juiz tem agora uma função ativa na concretização de uma justiça substantiva e da própria cidadania, pois ele está vinculado ao conteúdo axiológico da Constituição, na qual está estampada um novo Constitucionalismo: comprometido com a ética e com a justiça. O juiz deve escolher entre valores e modelos de justiça, tem sempre em mente o princípio da proporcionalidade. No século XXI, o juiz é visto como um construtor de equilíbrio entre interesses supra-individuais. Apoiamo-nos, neste aspecto, nas palavras de Bonavides, para quem “Os juristas do Estado Social [e do Estado Democrático de Direito, seu complemento, como já vimos], quando interpretam a Constituição, são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o libertário na alma; querem a Constituição viva, aberta, real. às avessas, pois, dos juristas do Estado Liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a estrutura, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e, portanto, à legitimidade do ordenamento do qual, não obstante, são também órgãos interpretativos.” Vera respeito BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.19.

Com essa necessidade de alteração das áreas de interseção da atuação dos poderes, alterou-se, e não poderia ser diferente, a intensidade e o grau de variabilidade do tensionamento entre os poderes, levando-se em consideração as características estruturais lingüísticas de cada texto que faz a função de parâmetro de constitucionalidade, bem como o grau de satisfação social em relação ao conteúdo ético nele positivado.

Neste enfoque, poderíamos dizer que três são as variáveis que influenciam o grau de tensão entre democracia e garantia na utilização do parâmetro ou princípio constitucional de juízo.

Em primeiro lugar, é claro que quanto mais o texto legal se apresenta rígido e definido em seus conteúdos, mais estreito resultará o vínculo para o legislador, e tanto mais certo e definido será o limite à intervenção da Corte constitucional com a finalidade de dar efetivação ao direito protegido. Neste plano estariam os direitos individuais que, pela natureza do texto legal que manifesta sua positivação, têm um pequeno potencial de geração de tensionamento entre os poderes. Ao contrário, quanto mais elástico for o conteúdo do texto constitucional, tanto mais numerosas e agudas serão as ocasiões de possíveis contendas entre legisladores e Corte constitucional.

Em segundo lugar, quanto mais a natureza do parâmetro de constitucionalidade consinta em impelir o controle dentro do conteúdo substancial e específico da lei que de limitar-lo aos seus aspectos procedimentais ou extrínsecos e gerais, tanto mais intensa será a tensão que resulta entre a escolha legislativa e o controle de constitucionalidade.

Por fim, uma terceira variável nos é dada, não já em cima da característica intrínseca do parâmetro textual de constitucionalidade ou da situação político-legislativa na qual esse vem a encontrar-se, mas mais restrita a questões ligadas à práxis dos próprios poderes, ou seja: se os princípios constitucionais não encontram ressonância nas ações concretas dos poderes legislativo e executivo, aumenta geometricamente o risco de uma tensão entre estes e o Judiciário, que em nosso País abriga, através do STF, a função de controle e realização constitucional, e, portanto, disso surge um tensionamento exacerbado entre princípio democrático e garantia.

Particularizadamente em relação ao último aspecto levantado no parágrafo anterior, a questão fundamental que se coloca é a de ser ou não possível/tolerável/recomendável que um poder, especialmente o Jurisdiccional, invada a seara de atribuições dos outros para garantir a realização de direitos fundamentais, especialmente de natureza social, quando estes não realizem as ações reclamadas para tanto.

Defrontamo-nos, mais uma vez, com o dilema de dar-se relevância ao princípio democrático ou à função de garantia, ou de reasentarmos os seus parâmetros

descritivos e prescritivos, a fim de que possamos ter uma melhor definição acerca dos limites da atuação de cada poder para a realização do Estado Democrático de Direito, e em especial, do STF na sua atuação jurisprudencializadora da constituição de 1988, em abandonarmos a idéia de unidade própria do Estado (Moderno).

A questão que aqui se coloca é fundamental para as pretensões do presente trabalho e consiste no seguinte problema: a atuação do STF, como Corte constitucional, pode efetivamente avançar no âmbito de atribuições dos outros poderes, e, desta forma, realizar –sem perder a característica da unidade estatal –, mediante um ativismo judicial, ações que deveriam ser realizadas pelos demais, tendo como justificativa a sua função de garantidor dos direitos fundamentais das mais diversas gerações, ou, pelo contrário, deve restringir a sua atuação a uma função de mero contralegislador, própria à jurisdição constitucional liberal, devendo, assim, somente tratar dos expurgos do sistema jurídico dos textos infraconstitucionais que contrariem os princípios constitucionais?

A resposta a tal problema vivido pelos Estados constitucionais contemporâneos, especialmente aqueles em que os direitos sociais ainda encontram um longo caminho a percorrer em direção a sua efetiva concretização – os chamados Estados de modernidade tardia, como diz Lenio Streck –, demanda, como já apontado nas notas introdutórias, uma rediscussão de toda teoria das crises do Estado, em particular aquela que diz com o projeto político do iluminismo, o democrático.

Esse debate que se impõe, tendo como objetivo último o estabelecimento dos limites da atuação do STF na construção jurisprudencial de nossa Constituição, não pode estar assentado meramente em bases descritivas, mas, principalmente, a partir de critérios epistemológicos que levem em consideração as demandas democráticas específicas de nossa sociedade, o que poderá, conseqüentemente, determinar uma configuração um tanto quanto particularizada das áreas de interseção e *zonas de tolerância* dos poderes públicos, vistos como espaços de ação da unidade do Estado, no que tange à efetivação do texto constitucional.

### **1.3 A EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO LIMITE DA JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

#### **1.3.1 A limitação da atividade jurisdicional constitucional na visão procedimentalista-liberal**

Certamente o termo democracia encerra, no âmbito da ciência política e do direito constitucional, uma plurivocidade infinitamente maior que qualquer outro.

Tal dispersão conceitual emergiu de forma definitiva especificamente a partir do pós-Segunda Guerra pois até então, seja considerando-a como uma corrente discursiva teórico-política que remonta a Platão e Aristóteles, seja como um produto político da civilização ocidental, tinha desfrutado de uma identidade conceitual inabalável: a identidade liberal.

A evolução do Estado (Moderno), em suas diversas etapas, e particularizadamente, com o marco teórico do *welfare state*, a sólida posição teórica da democracia liberal passa a ser atingida frontalmente por novos posicionamentos que determinaram um desvio conceitual sobre uma terminologia que usufruía de uma tranquilidade de aproximadamente dois mil e quinhentos anos. E no último meio século não só a segurança do conceito liberal de democracia foi desfeita, mas a sua própria posição hegemônica no universo teórico mundial.

Não podemos mais dizer que possuímos uma corrente central no estabelecimento da identidade democrática, que na visão do cientista político italiano Giovanni Sartori vem a ser liberal/procedimentalista. Nem tampouco concordamos com o seu posicionamento consistente em que a causa da debilidade da corrente teórica central da democracia venha a ser a degradação do vocabulário político<sup>19</sup>. Esta tentativa de restrição do universo conceitual do termo democracia, a partir de uma matriz epistemológica analítica, encerra por si só uma postura não democrática e até mesmo contraditória. O mesmo Sartori entende que

un elemento ideal o normativo es ciertamente constitutivo de la democracia: sin tensión ideal una democracia no nace y, una vez nacida, rápidamente se distiende. Más que cualquier outro régimen político, la democracia va contracorriente, contra las leyes de la inercia que gobiernan a los agregados humanos. Las monocracias, las autocracias, las dictaduras son fáciles, se derrumban por sí solas; las democracias son difíciles, deben ser promovidas y “creídas”<sup>20</sup>.

Ora, se esta afirmação é válida no plano pragmático, também deve ser, no mínimo, aceitável no plano teórico. Uma prática científica democrática exige uma convivência com a possibilidade de ruptura das correntes teóricas centrais e majoritárias, sob pena de termos que negar com veemência a própria afirmação do mesmo Sartori de que *la democracia está especialmente abierta, y depende de, la tensión entre hechos y valores*, pois, como ele mesmo diz, *puede afirmarse, por tanto, que sólo la de-*

19 Ver a respeito SARTORI, Giovanni. Teoría de la democracia. El debate contemporáneo, pp. 21 e 25.

20 Cfe. SARTORI, Giovanni. Elementos de Teoría Política, p. 31

*mocracia debe su misma existencia a sus valores. Y ésta es la razón por la que precisamos del término democracia*<sup>21</sup>.

O que Sartori identifica como degradação do vocabulário político, preferimos entender como um natural processo de reconstrução da terminologia política na redefinição de democracia, em função das exigências teórico-pragmáticas que a complexidade do mundo contemporâneo impôs à Ciência Política exatamente como corolário das mudanças tecnológicas, sociais, políticas e jurídicas. É um quadro de tensionamento científico que por esta própria natureza é também altamente democrático.

Com evolução do Estado (Moderno), expressada concretamente na agregação de conteúdos materiais às conquistas majoritariamente formais de natureza liberal, modificou-se não só o paradigma de direito positivo, mas também a própria concepção de democracia teve de ser reformulada diante de uma série de novas demandas que não mais podiam ser satisfeitas somente com a execução do projeto democrático liberal.

A necessidade e urgência de concretização da parcela social do nosso modelo constitucionalizado de Estado Democrático de Direito impõe repensar as nossas necessidades democráticas, o que nos conduz a um compromisso de reconstruirmos, a partir de tipos ideais a serem contextualizados, uma nova concepção de democracia: a social, que ultrapassa o mero formalismo da democracia representativa<sup>22</sup>, e reclama

21 *Idem*. Teoría de la democracia, p. 27.

22 Há aproximadamente dois séculos a democracia, ou pelo menos, o termo democracia tem aparecido como um denominador comum de todos os regimes que se desenvolveram nos países econômica e politicamente mais avançados. Fala-se, muitas vezes inadvertidamente, de liberalismo ou de socialismo democrático, o que implica seriamente em concepções totalmente distintas. Num primeiro momento, podemos entender democracia, adotando as palavras de Bobbio, como um método ou um conjunto de regras de procedimentos para a constituição de um Governo e para a formação das decisões políticas mais do que uma ideologia. Para este autor, na teoria política contemporânea, as definições de democracia tendem a resolver-se e esgotar-se num elenco mais ou menos amplo de regras do jogo, ou, com outra expressão, em “procedimentos universais” destinados ao estabelecimento de *como se deve chegar à decisão política, deixando de lado o que se deve ou não decidir*. Dentro desta concepção teríamos, segundo o senador peninsular, um conceito formal de democracia no qual as principais regras do jogo seriam:

- a) a existência de um órgão máximo legislativo eleito direta ou indiretamente pelo povo;
- b) a necessidade de coexistência junto ao órgão legislativo de outras instituições com dirigentes eleitos;
- c) o corpo de eleitores formados por todos os cidadãos que tenham atingido a maioria;
- d) o voto igual (*one man, one vote*);
- e) o voto livre, segundo a opinião a ser formada o mais livremente possível;
- f) o oferecimento de alternativas de escolha para o eleitor;
- g) o princípio da maioria numérica;
- h) a imposição de que as decisões tomadas pela maioria não devem limitar os direitos da minoria, especialmente de se tornar maioria;
- i) a necessidade de o órgão do governo gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

que todo ordenamento jurídico e todos os poderes públicos devem estar voltados à sua realização, a partir, em particular, da unidade do Estado. Algumas parcelas do ordenamento e da estrutura institucional devem contribuir mais do que outras. O Poder Judiciário, como guardião e realizador da Constituição, passa a ter suas atribuições significativamente ampliadas.

A tradicional teoria acerca da democracia considera-a, sem dúvida alguma, em função dos efeitos substanciais que potencialmente podem surgir a partir do estabelecimento e cumprimento das regras formais do jogo, como o melhor e mais seguro caminho para a justiça concreta, sendo ela a forma exata de organização do estado de justiça, não sendo possíveis tensões entre democracia e justiça.

Partindo-se dessa nota conceitual sobre democracia formal, e jamais desprezando o processo histórico por ela caracterizado, não é possível crer-se que o simples respeito aos procedimentos formais democráticos possa garantir que uma decisão política venha a satisfazer a realização de uma pretensão de justiça voltada para a concretização dos direitos humanos. Neste aspecto, razão parece ter Höffe quando diz que *os procedimentos democráticos de decisão são determinados por regras de maioria, mas decisões de maioria são, quando muito, vantajosas, para a maioria e, de modo algum, para todos. Mas a maioria pode impor seus interesses à minoria, de modo que a democracia pode se tornar uma variante do “direito do mais forte”*<sup>23</sup>.

É exatamente dentro de uma perspectiva formal/procedimentalista que a maior parte das construções teóricas analisam a legitimidade da atuação e dos produtos dos Tribunais constitucionais. Para os procedimentalistas, a correta análise da natureza da função desempenhada por esta espécie de tribunais, e, por conseqüência os limites de sua atuação, envolvem em grande parte uma abordagem acerca da estrutura institucional, a forma de designação de seus membros, a composição da Corte, as garantias de seus membros, o método seguido para alcançar a decisão em matéria de jurisdição constitucional, além de outros aspectos menos relevantes que direcionam a justificação da atuação e dos próprios produtos dentro de parâmetros eminentemente tecnocráticos<sup>24</sup>.

23 Cfe. HÖFFE, Otfried, *Justiça Política*, p. 370. É necessário destacar que inobstante tenhamos observado nos últimos dois séculos uma significativa evolução no conceito e na realização da democracia formal, não raras vezes observamos a ocorrência de uma das mais acreditadas regularidades ou uniformidades captadas pela ciência política, transformada até mesmo em dogma científico por Roberto Michels: a lei férrea da oligarquia, segundo a qual em cada regime, seja qual for sua “fórmula política”, é sempre uma minoria organizada ou um número muito restrito de minorias, em luta entre elas, que governam um país. A respeito ver Bobbio, Norberto, *Dicionário de Política*, vol. I, p. 166.

24 Ver a respeito TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 29 e segs.

Nesta perspectiva procedimentalista, entende Habermas que a Constituição já não pode entender-se como uma ordem-marco que primariamente regule a relação do Estado com os cidadãos. Para ele, a Constituição, em condições de pluralismo social e cultural, tampouco pode entender-se como uma ordem jurídica global de tipo concreto que impusesse *a priori* à sociedade uma determinada forma de vida. Com uma visão democrática procedimentalista, o pensador alemão manifesta-se no sentido de que a Constituição, antes de qualquer coisa, fixa os procedimentos políticos conforme aos quais os cidadãos, exercitando seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente e com perspectivas de êxito o projeto de estabelecer formas justas de vida. Neste sentido, somente as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito estabelecido

Partindo desta compreensão democrática deliberativa de fundo, Habermas dá às competências do Tribunal Constitucional um sentido que responda à intenção que no Estado de Direito atenda à divisão dos poderes: O Tribunal Constitucional haveria de proteger precisamente esse sistema dos direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos<sup>25</sup>.

Também John Hart Ely situa-se numa posição privilegiadamente formal/procedimentalista em relação ao papel dos tribunais constitucionais. Busca ele descarregar a atividade judicial da orientação por princípios de procedência moral ou ética, dentro de uma leitura bastante cética da atividade dos tribunais. Segundo sua concepção, não são regulações materiais, mas regulações formais, como a *equal protection* ou o *due process of law*, as que constituem a substância da Constituição. Se as Cortes constitucionais tem a função de vigiar a observância da Constituição, antes de tudo hão de prestar a atenção às normas de procedimento e organização. Para J. H. Ely, os tribunais constitucionais só podem conservar sua imparcialidade se resistem à tentação de cobrir seu âmbito de interpretação com juízos valorativos de tipo moral<sup>26</sup>. O seu ceticismo, nas palavras de Habermas, se endereça da mesma forma contra uma “jurisprudência dos valores” e contra uma interpretação orientada por princípios no sentido da interpretação construtiva de Dworkin<sup>27</sup>.

Entendemos que estas análises procedimentalistas, dentre outras, estão profundamente caracterizadas e influenciadas por uma visão eminentemente liberal da função da Constituição e da divisão dos poderes, não sendo demasiado afirmar que estabelecem uma estreita relação de compatibilidade entre os princípios do Estado de direito somente com uma compreensão liberal dos direitos fundamentais como liberdades subjetivas

25 Cfe HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, p. 336.

26 Cfe. ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 100

27 Cfe HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, pp. 338-339.

de ação imediatamente válidas e oponíveis contra o Estado. Ao negarem às constituições um valor normativo específico, particularmente com relação às regras de natureza social, buscam inviabilizar a realização de um estado de justiça política, pela utilização de mecanismos e concepções de Constituição inteiramente liberal-individualistas.

Seria ingenuidade de nossa parte imaginarmos que uma atuação passiva do STF, dentro dos limites clássicos de divisão dos poderes, e restrita a garantir a observância dos direitos fundamentais de matriz liberal-individualista, poderia proporcionar as condições procedimentais e materiais para a concretização de uma sociedade democrática tanto sob o aspecto da participação política e da garantia das “liberdades para”, quanto sob o enfoque socioeconômico. A história brasileira, neste sentido, tem nos mostrado exatamente o contrário. A repartição de competências dos poderes públicos de nosso País a partir da clássica divisão de poderes não proporcionou de forma satisfatória a realização de uma série de direitos sociais que ao longo de nossa história foram constitucionalizados. E isso deu-se exatamente em função de que as atuações políticas de executivo e do legislativo não tiveram a necessária vinculação aos modelos constitucionais, nem, por outro lado, puderam ser limitadas ou direcionadas pela atuação do Poder Judiciário.

Essa impotência histórica do Poder Judiciário em impor-se dentro do quadro institucional do País como um efetivo guardião e realizador dos projetos constitucionais deve-se, em grande parte, a sua dependência política em relação ao Poder Executivo, órgão que em toda nossa história constitucional teve a atribuição da indicação dos membros da nossa Corte máxima. Os resultados políticos daí decorrentes são previsíveis, e não são raras as ocasiões em que o STF tem até mesmo apoiado as políticas executivas em detrimento da realização da Constituição.

Disso decorre a necessidade de rediscutirmos a atuação dos poderes públicos tendo como referencial fundamental o projeto de Estado Democrático de Direito positivado constitucionalmente que, nas palavras de Streck, *representa a vontade constitucional de realização do Estado Social*<sup>28</sup>.

#### 1.4 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A REALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL

Às posturas procedimentalistas opõem-se os que partilham uma visão substancialista de democracia, de Constituição e, como consequência última, da própria

28 Cfe. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) Crise*, p. 39.

atuação e limites das Cortes constitucionais. Este debate polarizado entre forma e substância, entre democracia liberal e democracia social, entre Constituição concebida como conjunto de disposições normativas procedimentais da gênese democrática e Constituição como ordem concreta de valores deve, partindo de tipos ideais, buscar contextualizadamente qual o melhor modelo político de exercício de poder para a realização das promessas sociais constitucionalizadas.

Até mesmo Rousseau, um dos teóricos clássicos da democracia liberal, reclama, como uma de suas condições suplementares a existência de *bastante igualdade nas classes e nas riquezas, sem o que a igualdade não poderia subsistir muito tempo nos direitos e na autoridade*<sup>29</sup>.

Repensar a concepção de democracia, importa na revisão dos modelos de sociedade, Estado e instituições desejadas, além das próprias relações e áreas de interseção entre os poderes públicos.

A sociedade brasileira, inobstante não ter jamais observado, e ainda não observando de forma plena todas as regras do jogo democrático formal, estabeleceu, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, um pacto dirigido a um novo modelo de sociedade, fundado no paradigma do Estado Democrático de Direito, onde se delimitou claramente as abstenções dos poderes públicos frente às garantias individuais liberais dos cidadãos, bem como as obrigações de fazer do Estado a fim de satisfazer os direitos sociais de sua população.

A partir desse momento histórico, com a necessidade de refazermos a noção de democracia no imaginário social de nosso povo e de nossos governantes, também surgiu a demanda teórica de reconstruirmos o universo conceitual e pragmático da função de garantia. O deslocamento conceitual da concepção de democracia do plano formal para o substancial, levou consigo também a noção de garantia, onde a concretização de certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, especialmente o igualitarismo, não só jurídico, mas também social e econômico, passou a ter relevância sobre a noção de garantia negativa, consistente nas proibições de intervenções arbitrárias do Estado.

Importante salientar neste ponto que ambas noções de democracia e garantia não são excludentes umas das outras, mas, pelo contrário, complementares, ressaltando-se apenas que, nosso atual contexto social e institucional, a material situa-se num lugar preferencial, incorporando, no plano axiológico, valores cuja realização, por ora afigura-se como mais urgente.

29 Cf. ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social*. São Paulo: Cultrix, p. 74.

Recorrendo-se a Ferrajoli<sup>30</sup>, veremos que em um sentido não formal e político, mas substancial e social de democracia, esta se equipara ao Estado de Direito, refletindo não só a vontade da maioria, mas, muito além disto, os interesses e as necessidades vitais de todos. Para o mestre da Universidade de Camerino, as garantias, tanto liberais como sociais, expressam, com efeito, os direitos fundamentais dos cidadãos frente aos poderes do Estado, os interesses dos fracos em relação aos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou discrepantes em relação às majorias integradas, as razões de *los de abajo respecto a los de arriba*. Neste sentido, para ele, não existe diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais: também os direitos sociais como cada vez se faz mais evidente nos países ricos, em que a pobreza tende a converter-se em uma condição minoritária, são direitos individuais virtualmente contrários à vontade e aos interesses da maioria.

A partir disso, propõe uma redifinição do conceito de democracia, chamando de democracia *substancial* ou *social* ao “Estado de Direito” dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais, e democracia *formal* ou *política* ao “Estado político representativo”, é dizer, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. Arrola, neste passo, duas categorias de normas: a) as *substanciais*, em relação às *formais* de democracia política, são as normas consideradas secundárias que enunciam tais condições, as quais, de maneira diferente das normas sobre o “*que*” e sobre o “*como*” se deve decidir, que se referem às fontes e às formas de produção das normas primárias, fazem referência ao “*que*” se deve ou não decidir; b) e *sociais*, em relação às políticas em matéria de representação, podem ser consideradas suas funções: enquanto, com efeito, o Estado representativo supõe que a soberania resida no povo e, por conseguinte, seu exercício seja legítimo enquanto represente a vontade da maioria, o Estado de Direito requer que as instituições políticas e jurídicas sejam instrumentos dirigidos à satisfação dos interesses primários de todos e sejam, portanto, legítimas enquanto tutelem e realizem concretamente tais interesses.

Como consectário dessas exigências da democracia substancial, o princípio da democracia política, relativo ao *quem* decide, encontra-se subordinado aos princípios da democracia social relativos ao *que não é lícito decidir* e ao *que é lícito deixar de decidir*. Somente desde uma concepção da Constituição

Para Ferrajoli, a expansão democrática a partir de sua concepção substancial pode acontecer não só mediante a multiplicação das sedes não políticas nas quais resulta formalmente democratizado o *quem* e o *como* das decisões, mas sobretudo mediante a extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os po-

30 Cfe. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, p. 864.

deres – democráticos, burocráticos, públicos e privados – e pela elaboração de novas técnicas garantistas aptas para assegurar uma maior efetividade<sup>31</sup>.

Neste projeto de democracia social deve ser observada uma expansão dos direitos dos cidadãos e, correlativamente, dos deveres do Estado, o que em outros termos importa uma maximização das liberdades e expectativas e uma minimização dos poderes.

A partir daqui começa a se desenhar uma proposta de um Estado liberal mínimo e de um Estado social máximo, o que implica um Estado e um Direito mínimo na esfera penal e, por outro lado, um Estado e um Direito máximo na esfera social. Com essa fórmula, que não cremos nem pretendemos seja mágica, achamos possível resgatar grande parte das pretensões de um Estado Democrático de Direito, que temos pactuado em nossa Constituição, especialmente no campo social.

Nesta concepção a democracia passa não mais a ser uma série de meios e procedimentos visando atender, no que se refere aos processos decisórios, ao princípio da maioria, mas, noutro sentido, um conjunto de fins, com função de proteção das minorias, garantindo a igualdade em direitos em relação àqueles que não possuem as mesmas convicções econômicas, sociais, políticas, religiosas e formação linguístico-cultural da maioria.

Para isso, adiante da consolidação e institucionalização dos direitos humanos, devem os princípios e normas constitucionais de natureza social ser considerados como parte do direito positivo de um Estado. Deve ser ultrapassada a sua consideração dentro de um plano ideal, como solenes declarações de intenção, de esperanças ou postulados genéricos inatingíveis ou irrealizáveis. Muito mais do que isso, são eles princípios de legalidade, componentes de um pacto social traduzido em uma Constituição, e para a sua realização não basta a observância do princípio da maioria nos processos decisórios. Exige a concretização dos direitos humanos o cumprimento da Constituição não só pelos cidadãos componentes da população de um Estado, mas, principalmente, pelos próprios poderes públicos que têm uma função de proteção. Com isso, realizam-se no plano concreto as pretensões dos destinatários dos direitos fundamentais positivados no que se refere ao seu significado de proteção, seja em relação aos outros cidadãos, seja contra as instâncias de poder público ou privado.

Utilizando as palavras de Höffe<sup>32</sup>, é pela estruturação jurídica do Estado constitucional democrático, com tribunais independentes, que se torna possível o cumprimento das vinculações do poder estatal e a monitoração dos poderes individuais.

31 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, p. 865.

32 Cfe. HÖFFE, Otfried, *Justiça Política*, p. 377-378.

É por este caminho, desde uma eliminação do monopólio e da ilimitação do poder, por uma múltipla articulação da rede de poderes públicos, com um sistema de controle recíproco entre eles, que se apresenta como possível a efetiva realização dos direitos fundamentais. A estas palavras de Höffe, especialmente no que se refere à necessidade de um controle recíproco dos poderes, agregamos a necessidade não só de controle recíproco, mas principalmente a idéia de uma cooperação recíproca.

O grande momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito está, assim, no modo como as exigências do Estado Social se jurisfaçam nos contornos do Estado de Direito.

O princípio legitimador deste modelo de Estado, ainda que muito abstrato e genérico, tendo pela frente a compatibilização das funções de bloqueio e de legitimação das aspirações sociais, deve ser baseado na possibilidade de impedimento de que as funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação.

Por outro lado, também não podemos esquecer que não mais se admite levar à interpretação da Constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação liberal-individualista. A Constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade. Ela não deve se submeter àquele puro formalismo sob pena de fazermos o inverso, impedindo a realização do Estado Social.

Somente a positivação constitucional de um novo projeto social e estatal, como ocorrida em 1988, seria suficiente para que fosse exigida uma rediscussão dos papéis destinados a todos os poderes públicos, visando uma otimização das técnicas políticas e jurídicas destinadas à concretização do novo paradigma estabelecido. No Brasil, além desta realidade hipotético-normativa existente, um outro dado torna ainda mais urgente esta tarefa: o fato consistente na não realização daquilo que foi pactuado constitucionalmente em termos sociais. Subscrevendo tais afirmações, Streck professa que

o conceito de Estado Democrático de Direito aqui trabalhado pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países com o Brasil, cujo processo constituinte assumiu uma postura que Cittadino denomina “comunitarista”, onde os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também “resgatar a força do Direito”, cometendo à jurisdição a tarefa de guardiã dos valores materiais positivados na Constituição<sup>33</sup>.

33 Cfe. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) Crise*, p. 39-40.

Neste contexto de tensionamento entre a realidade e o ideal democrático pretendido constitucionalmente, entre o “ser” e o “dever ser” da democracia em nosso País, não há mais qualquer dúvida de que o legado deixado pelo liberalismo, através de seus instrumentos e técnicas institucionais e legais não mais possuem a potencialidade, se é que em algum momento do Estado social tiveram, de realizar o projeto democrático de cunho não mais eminentemente liberal-individualista, mas também e principalmente social e solidário. Este quadro coloca em questão, como observa com acuidade Paulo Bonavides, a própria validade da democracia representativa clássica e tradicional, ao modelo vigente na América latina, de natureza presidencialista. É a constatação, nas palavras do mestre cearense, da perempção da velha democracia que, sem os meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, do bem-estar, da justiça e da prosperidade social, encontra-se desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular<sup>34</sup>.

Impelidos pela situação socioeconômica pela qual passamos, e tendo em mira o atual quadro institucional de nosso País, não temos qualquer motivo para temer uma ampliação das atribuições e competências do STF, até mesmo como poder (re)construtor e concretizador da Constituição. Qualquer receio de uma possível ditadura judicial não tem o menor fundamento. Estamos apavorados, isto sim, diante do já consumado estupro institucional promovido pelo Poder Executivo federal, que reiteradamente, de forma arbitrária e inconstitucional, tem violentado todos os limites impostos pela técnica de separação dos poderes. Assim tem ocorrido com a edição desvairada de medidas provisórias que têm sido utilizadas como o principal instrumento normativo de execução das políticas neoliberais do Governo Fernando Henrique, sem qualquer pudor ou respeito às atribuições básicas do poder legislativo. Também não podemos esquecer que o próprio Poder Judiciário, em especial os Tribunais Superiores, têm, como já dito anteriormente, todos os seus membros nomeados pelo Presidente da República que, e não poderia ser diferente, somente indica aqueles que em grandes questões de interesse nacional, atendam duas demandas políticas nos processos judiciais.

*A ampliação da atuação do STF, em matéria jurisdicional constitucional, é uma técnica garantista de asseguramento de uma real efetividade dos direitos sociais reclamada pelos novos padrões democráticos e institucionais no Estado Democrático de Direito. E para tanto, inúmeros mecanismos processuais foram oferecidos pelo texto*

34 Cf. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*, pp. 9-10.

*constitucional de 1988, e somente não foram eficazes em razão de restrições que o modelo liberal de separação de poderes impôs à atuação de nossa Corte Suprema.*

O problema, em última análise, está situado na discussão que se trava acerca dos limites da atuação das Cortes constitucionais voltada a uma constante construção jurisprudencial da Constituição e das próprias concepções de democracia e garantia que dão o suporte teórico às nossas instituições jurídicas e políticas. Para esta discussão, extremamente valiosa é a contribuição teórica de Eduardo Garcia de Enterría, quando afirma que

En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad<sup>35</sup>.

### **1.5 A NECESSIDADE DE RECONFIGURAÇÃO DO MODELO POLÍTICO BRASILEIRO E A LEGITIMIDADE DA AMPLIAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DO STF COMO CORTE CONSTITUCIONAL**

Diante da profunda alteração dos paradigmas de Estado, sociedade, direito e democracia ocorridos com a promulgação da Constituição de 1988, e especialmente diante da não concretização da proposta social constitucionalizada, a atitude verdadeiramente democrática a ser adotada, por ora, consiste numa relativização estrutural e funcional de nossas instituições e poderes. Nesse sentido é que deve ser entendido o posicionamento de Enterría quando advoga a relativização do princípio da separação dos poderes como técnica boperativa para garantir a efetivação dos valores éticos constitucionalizados.

Seguindo os caminhos do modelo político-democrático tradicional, marcadamente liberal-individualista, jamais veremos a concretização da proposta democrática construída em nossa Constituição. Há uma necessidade emergente de (re)construirmos nossas instituições para que não reste inacabado o processo de

35 Cfe. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 45.

construção, ainda incipiente, de nossos direitos sociais, que somente deram um primeiro passo, qual seja, o da positivação jurídica. Precisamos reinventar nossa democracia, para que efetivamente possamos desfrutá-la; precisamos questionar nosso produto democrático vigente sob pena de experimentarmos um processo involutivo em nossa história político-institucional. Essa é a essência de uma postura democrática, o que nos leva ao encontro de Marilena Chauí, quando diz que a

invenção democrática significa, apenas, que a democracia tem a capacidade extraordinária de questionar-se a si mesma questionando suas próprias instituições e abrindo-se para a história, sem dispor de garantias prévias quanto aos resultados da prática política. A democracia não é algo que foi inventado certa vez. É reinvenção contínua da política<sup>36</sup>.

É com essa disposição de contestação do instituído que devemos mirar as conseqüências conservadoras que a aplicação do tradicional princípio da divisão dos poderes tem proporcionado ao nosso sistema político. Avançamos democraticamente quando, num processo de mobilização nacional, conseguimos a positivação constitucional de uma série de novos direitos que até então jamais tínhamos tido em nossa experiência histórica, mas estamos marcando passo quando, de posse dos instrumentos jurídicos que nos disponibilizam o exercício desses direitos, não submetemos as estruturas de poder tradicionais, que até agora nada ou muito pouco realizaram em termos de satisfação desses novos direitos, a processos de desestabilização, transformação ou recriação.

A ineficácia de nosso modelo constitucional até o presente, deve-se, substancialmente ao fato, de que os agentes que ocupam as estruturas do poder ainda mantêm suas ações dentro de padrões políticos tradicionais, já reiteradamente tentados e instituídos, sem uma produção satisfatória de resultados. A atitude democrática neste aspecto reside em criar novas fórmulas de experiência política, novos modos de convivência social inventando contrapoderes sociais capazes de enfrentar a onipotência conferida ao Estado e às administrações burocráticas<sup>37</sup>.

A questão fundamental que cerca toda essa discussão pode ser posta nos seguintes termos: ou damos primazia à concretização dos direitos fundamentais positivados, especialmente aqueles cuja urgência social é inquestionável, ou damos preferência à manutenção do funcionamento de um sistema político cuja principal motivação vem a ser a certeza e segurança jurídica tradicionalmente observadas.

36 Cf. CHAUI, Marilena. In: LEFORT, Claude. *A invenção democrática. Os limites do totalitarismo*, p. 7.

37 *Idem, ibidem.*

Mas estas certeza e segurança têm servido aos interesses de que? Certamente não são aos interesses da grande massa paupérrima de nossa população.

E Estado de direito sempre implicou uma possibilidade de oposição ao poder e de contrariedade ao instituído, pois como bem coloca Lefort, a partir do momento que os direitos do homem são postos como referência última, o direito estabelecido está destinado ao questionamento [...] Ora, ali onde o direito está em questão, a sociedade, entenda-se a ordem estabelecida, está em questão<sup>38</sup>. E neste sentido, na visão deste destacado filósofo político francês o Estado democrático excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de direito. Experimenta direitos que ainda não lhe estão incorporados, é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido mas que se forma a partir de focos que o poder não pode dominar inteiramente.

Toda essa luta que ainda se trava, e provavelmente jamais deixará de existir, pelos direitos do homem, impõe uma permanente revisão das relações com a política, não só dos cidadãos, mas também por parte dos poderes públicos. E isso se dá exatamente porque os direitos do homem são o principal gerador da democracia. E esse processo de permanente gestação democrática somente mantém sua continuidade na medida em que as instituições são animadas pela adesão aos conteúdos ético-valorativos que constituem a essência dos direitos humanos.

Mais uma vez, estamos diante de uma problemática já conhecida: substancialismo versus procedimentalismo. E nesta dialética, conforme deixamos delineado ao longo do trabalho, ao subscrevermos integralmente os posicionamentos substancialistas, entendemos que o Poder Judiciário tem, dentro do projeto democrático social já positivado, mas ainda carente de concretização, a obrigação de rever a sua relação com as questões políticas fundamentais para a modificação positiva de nossa sociedade. Nesta linha de entendimento, diz Cappeletti que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização de suas expectativas e direitos no processo judicial<sup>39</sup>.

A primeira parte deste processo de alteração da relação dos poderes públicos com as questões políticas fundamentais, parece ter sido cumprida satisfatoriamente com a formulação do nosso sistema constitucional de direitos fundamentais em 1988 que, indubitavelmente, pode ser situado dentre os melhores do mundo. Entretanto uma segunda fase, e esta vem a ser a mais espinhosa, ainda encontra-se num estágio

38 Cfe. LEFORT, Claude. *A invenção democrática. Os limites do totalitarismo*, p. 55.

39 Cfe. CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores? Apud STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e(m) Crise*, p. 42

bastante tímido: a fase da efetivação concreta destes direitos sociais a partir do texto constitucional, ou seja, transformá-lo em norma eficaz.

Para isso, já não é necessário por parte do STF inventar, mas principalmente interpretar construtivamente, submetendo à reflexão uma prática jurisdicional profundamente arraigada a padrões e produtos políticos sem a potencialidade exigida para as modificações reclamadas por nossa sociedade. Não pode mais nosso Poder Judiciário imaginar que as regras constitucionais que prevêm os direitos sociais sejam soluções políticas globais, sob pena de, mediante decisões com pretensões de magnitude nacional, não ser solucionado um caso particular qualquer. Nem tampouco pode ter nossa Corte Constitucional o receio de, ao pronunciar-se pela concretização de algum direito social que tenha uma amplitude bastante grande em relação ao número de destinatários, poder alterar significativamente as relações de equilíbrio entre os poderes. Ao criar as condições para a efetivação do Estado social, mesmo que de forma paulatina, cobrindo áreas de atuação dos outros poderes públicos, o poder judicial constitucional efetivamente estará contribuindo com a manutenção dos poderes estabelecidos, uma vez que não são raras as situações históricas em que a não realização de grandes parcelas da população levou a convulsões sociais que finalizaram com a destruição dos poderes estabelecidos.

Sem sair das raias normativas estabelecidas para o desenvolvimento do jogo institucional entre os poderes, pode o Poder Judiciário reconstruir a legalidade constitucional ou dar eficácia a alguns instrumentos processuais que até o momento não foram utilizados adequadamente para cumprir as finalidades às quais destinam-se. As ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão são uma expressão bastante significativa da gravidade deste problema para a estabilidade do quadro social e institucional de nosso País. Por força do texto contido no parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal, uma vez “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência (grifo nosso) ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Neste caso, a própria lei refere, conforme grifado, que apenas haverá ciência de um Poder a outro, sem que disso decorra qualquer obrigatoriedade de realização de medidas visando à satisfação do direito positivado pela norma constitucional.

Também o mandado de injunção, previsto no inciso LXXI, do artigo 5º da CF/88, expressa problema do mesmo tipo. A ser concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não

possui este *writ* constitucional potencialidade efetiva para impor qualquer obrigação institucional ao poder legislativo.

Vê-se, claramente, nos dois casos citados, que há uma preferência pelo princípio democrático considerado formalmente, em detrimento da garantia do direito fundamental não realizado. Neste caso, não vemos qualquer problema ao equilíbrio institucional entre os poderes, se o STF, para dar efetividade às ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, lance mão da eficácia executiva da sentença, para garantir a concretização da medida necessária a tornar efetiva a norma constitucional, especialmente se a mesma versar sobre direitos fundamentais.

No caso do mandado de injunção, também não entendemos, contrariamente ao posicionamento de Vital Moreira, que haja qualquer risco de institucional decorrente da possibilidade de normatização provisória pela decisão judicial, enquanto não houver a regulamentação definitiva pela matéria pelo Poder Legislativo. Esta necessária cooperação entre os poderes vem somente reforçar a cultura democrática em nosso País, tão carente disto em seu imaginário político.

O atendimento das reivindicações sociais mediante a atuação do Poder Judiciário deve deitar suas bases sobre a consciência jurídica e política que os poderes devem ter para garantir a legitimidade de sua atuação. E ao mesmo tempo em que buscamos a manutenção de uma ordem estabelecida, até mesmo porque nela estão inseridos os direitos sociais constitucionalmente positivados, também não podemos admitir que justificativas formais da atuação dos poderes possam sobrepor-se à efetivação de conteúdos éticos-comunitários, que tenham como objetivo fundamental o estabelecimento de uma sociedade mais justa e solidária. Isto recoloca a discussão em torno do caráter fundamental que deve ter a atuação jurisdicional constitucional do STF: será ela preferencialmente política ou jurídica?<sup>40</sup>

---

40 Há um debate intenso sobre o peso político das decisões emanadas destes tribunais, juntamente sobre o conteúdo criativo e a legitimidade dessas decisões/interpretações que ocupam aquelas “terras do mistério”. Afinal de contas, o Tribunal Constitucional desempenha uma função jurídica ou política? Ou será que é as duas ao mesmo tempo? Se for as duas, qual o peso de uma e de outra? Vejamos a partir de agora todas essas questões. A polêmica entre Hans Kelsen e Karl Schmitt nos servirá como exemplo para uma resposta sobre estas questões, para que possamos ver os argumentos utilizados e a polêmicas que ainda hoje persistem. O primeiro, Kelsen, dizia que a atividade do tribunal é a de um legislador negativo, sendo mais relevante o controle a priori, abstrato, do que o realizado no caso concreto, além de a forma desse apresentar padrões jurídicos que se aproximam em muito dos conteúdos políticos. O segundo, Schmitt, por sua vez, desafiando Kelsen, dizia que a solução dessas dúvidas constitucionais não tinha nada de jurisdicional, pelo contrário, era uma atividade nitidamente política, mesmo sendo revestida, na sua forma/técnica, de maneira judicial. Podemos concluir, tentando unir essas duas posições, que é óbvia a existência de elementos políticos, mas, sem dúvida nenhuma, eles não são capazes e fortes o bastante para afastarem as características mais marcante desse controle, sua forma judicial. Nesse mesmo quadro referencial de idéias, afirma L.S. Rocha: “Assim, a lei tem um

Neste sentido, entendemos que a atuação do Poder Judiciário no sentido de uma jurisprudencialização da Constituição, visando a sua efetiva concretização junto à sociedade, somente pode ser limitada pela proibição do retrocesso social. Será plenamente justificada a atividade jurisdicional constitucional, mesmo que avance as atribuições originariamente delegadas aos outros poderes, desde que materialmente atenda à realização do rol de direitos constitucionalizados. E para tanto, não desprezando totalmente aspectos procedimentais, cremos ser de vital importância, a utilização por nossa Corte Constitucional de conceitos-chave do direito constitucional como são, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação de direitos fundamentais imediatamente válidos por direitos fundamentais de terceiros ou proteção dos direitos fundamentais mediante organização e procedimento.

Em suma, a não concretização do Estado social no Brasil impõe, para a manutenção da própria democracia, não mais restrita aos cânones liberais, que repensem os limites da atuação dos poderes, e neste sentido, os limites da atuação do Poder Judiciário, como guardião constitucional, somente podem ser definidos pela realização de uma justiça política dentro de padrões éticos, tendo como referencial a velha “justa medida” grega.

## NOTAS FINAIS - PRELIMINARES

Não tivemos em momento algum da realização do presente texto, o objetivo de estabelecermos de forma taxativa, limites precisos para a atuação do Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, num processo de construção jurisprudencial da Constituição de 1988, que, em sua parte referente ao direitos sociais, ainda não foi suficientemente concretizada, a ponto de podermos afirmar que pela mãos do Poder Judiciário, a nossa realidade social já sofreu alguma razoável modificação.

Entendemos, a partir da reconstrução teórica realizada, que o papel do Poder Judiciário, especialmente do STF, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, na qual positivou-se um novo projeto estatal e social, cristalizado no paradigma de Estado Democrático de Direito, alterou-se significativamente em rela-

---

momento político – o de sua constituição – mas, a partir de sua vigência, sofre um processo de neutralização, que coloca em torno da validade jurídica qualquer questionamento. Na verdade, como sabemos, a significação plena da norma jurídica apenas é obtida no contexto das relações de forças das decisões jurisdicionais. cada decisão é fundamentalmente política. Cfe. ROCHA, Leonel Severo, *Epistemologia Jurídica e Democracia*, São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998, 164p.

ção às tradicionais atribuições e competências que lhe eram delegadas nos modelos constitucionais anteriores, de matriz eminentemente liberal-individualista. Passou o Judiciário de uma posição passiva, de mero aplicador da lei e, quando muito, em relação à jurisdição constitucional, de contralegislador, para uma posição ativa, da qual decorrem exigências de posturas muito mais políticas de nossa Suprema Corte, especialmente em litígios que envolvam a realização de direitos sociais dos quais nossa sociedade ainda permanece bastante carente.

A nova posição institucional em que foi colocado o STF, pelo menos hipoteticamente, rendeu, em tese, uma nova situação de tensionamento entre os poderes públicos, uma vez que, pela possibilidade de concretização judicial dos direitos sociais constitucionalizados, as posições tradicionais dos demais poderes no quadro clássico de divisão de atribuições ficou passível de uma constante vulneração pela atuação jurisprudencial construtiva do Poder Judiciário. Mas essa situação que não cremos possa ser elevada à condição de problema, nada mais é que um consectário natural do novo paradigma estatal e social constitucionalizado. O Estado Democrático de Direito impõe, sem dúvida alguma, uma reengenharia institucional em nosso País, sob pena de não a fazendo, vermos sucumbir, pela não realização, toda uma perspectiva constitucional em termos sociais que, tranqüilamente, pode ser inserida no rol das mais avançadas dentre todas as existentes atualmente no mundo.

Essa necessidade de reconstrução de nosso modelo institucional, com a redefinição das atribuições e competências clássicas, decorre também da alteração das concepções de democracia e garantia forjadas a partir do paradigma constitucional. De noções liberais-individualistas, assentadas em fundamentos basicamente formais, passamos para concepções democráticas e garantistas substanciais, nas quais os conteúdos éticos normatizados passam a ser preponderantes sobre formas e procedimentos que sempre lastrearam a legitimidade das atuações e produtos decisórios dos poderes públicos.

Nesse sentido, enquanto nos modelos liberais havia um sentido que levava as decisões públicas a uma constante tentativa de normatização do político, numa busca constante de certeza e determinação institucional, nos modelos democráticos de direito, este sentido inverteu-se, estando agora, num fluxo contrário que determina muito mais, a politização do jurídico. E nesta perspectiva, o Poder Judiciário tem que assumir uma nova postura, um tanto quanto mais política, uma vez que a ele também cabe, ao lado dos demais poderes, dar uma nova dimensão concreta às normas e princípios constitucionais, antes tratados como meros programas futuros, dependentes especialmente de ações do Poder Executivo para a sua realização.

Todavia, para operarmos estes propósitos temos que ter presente, como tentamos fazer, o contexto institucional contemporâneo, pretendendo refletir conjuntamente fragilidades e potencialidades presentes no espaço público.

Com isso, entendemos termos cumprido os objetivos a que nos propusemos, qual foi o de aglutinar algumas categorias conceituais inerentes ao Estado Democrático de Direito, cuja principal função é a de colocar em questionamento, para fins de reconstrução, as funções clássicas dos poderes que, diante da realidade de nossa sociedade e das possibilidades ideais oferecidas pelo modelo constitucionalizado, não têm potencialidade nem tampouco o instrumental processual adequado para efetivação do Estado social brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 6. ed. Coordenação da Tradução: João Ferreira. Brasília: UnB, 1994. 2 v. V. 1 e 2.
- BOLZAN DE MORAES, José Luiz. *Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CHAUÍ, Marilena. In: LEFORT, Claude. *A invenção democrática. Os limites do totalitarismo*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Massachusetts: Cambridge, 1980.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.
- \_\_\_\_\_. *O Direito como Sistema de Garantias*. In: *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 89-109.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática. Os limites do totalitarismo*. 2. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1987

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça constitucional*, pp. 177-199.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? In: *Novos Estudos Cebrap* n. 31/out-91, pp. 25-40

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social*. Tradução Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, s.d.

SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. El debate contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 2000..

\_\_\_\_\_. *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.