

Resumo

A concretização dos direitos fundamentais sociais é temática recorrente no direito constitucional e na teoria do Estado. Essa discussão assume foros de dramaticidade em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. Nesse sentido, torna-se absolutamente relevante discutir o papel do Direito, do Estado e da jurisdição constitucional nesta quadra da história.

Palavras-chave

Democracia; Justiça; Poder Judiciário; Hermenêutica; Jurisdição.

Abstract

The substantiation of basic social rights is a recurring theme in constitutional law and the theory of State. This discussion assumes dramatic proportions in countries of late modernity, as is the case in Brazil. It is, therefore, absolutely essential to discuss the role of the Law, the State and constitutional jurisdiction in this period of history.

Key words

Democracy; Justice; Judiciary Power; Hermeneutics; Jurisdiction.

1. A crise do Direito e do Estado

(Re)utilizando as palavras de Eros Roberto Grau na apresentação do meu *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, muito se escreveu e ainda se escreve a propósito da crise do Direito, apresentada agora, definidamente – e sobretudo entre nós, brasileiros – sob feição particular, vale dizer, como crise do Poder Judiciário. É inegável a existência dessa crise. Não podemos deixar de apontar, contudo, duas evidências. Uma, a de que essa peculiar “crise do Direito” não é, originariamente, dele, senão de que o produz, o Estado. Vivemos, nesta última década, sob deliberado processo de enfraquecimento do Estado, patrocinado pelos governos neoliberais globalizantes dos Presidentes Collor e Cardoso. O exame das propostas frustradas de reforma constitucional pretendidas pelo primeiro e daquelas logradas pelo segundo evidencia a identidade de valores nos programas de um e de outro. Ora, obtida a fragilização do Estado, todos os seus produtos passam a exibir as

marcas dessa fragilização. O Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, dele dizemos ser “posto” pelo Estado não apenas porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são produzidas pelo Judiciário. Em segundo lugar, cumpre observar que a fragilização do Poder Judiciário atende a interesses bem marcados dos Executivos fortes, que se nutrem de projetos desdobrados de uma nítida transposição, hoje, dos quadros do privado para os do público, do individualismo possessivo. Penso podermos afirmar que, se de um lado o capitalismo já não padece do temor da contestação social, os executivos já não têm pejo de violar as Constituições e de violentar as exigências de harmonia entre os Poderes. A América Latina tem sido profusa e generosa em exemplos... O desconforto provocado por essa crise coloca os estudiosos do Direito sob o desafio do descobrimento de caminhos que conduzem à produção de justiça material, no mínimo a uma reeticização do Direito.²

Nesse contexto, torna-se imprescindível discutir a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica, e seus reflexos na sociedade, a partir do papel da justiça constitucional. Com efeito, preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa (J. E. Faria). O paradigma (modelo/mo- do de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos.

Torna-se necessário, pois, diante desse quadro, rediscutir as práticas discursivas dos juristas. Visivelmente há uma crise que, antes de mais nada, precisa ser des-coberta “como” crise. Essa crise ocorre porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda. Deixar vir o novo à presença: esse é o desafio.

Por tudo isto, a discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo é tarefa que se impõe. O Constitucionalismo não morreu. As noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional

de 1988, longe estão de ser efetivadas. Há que se detectar os problemas que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivessem, até hoje, efetivação: a prevalência/dominância do paradigma da filosofia da consciência, refratário à guinada lingüístico-hermenêutica, de cunho objetificante (portanto metafísico), que provocou a entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição); a não existência de um Estado Social no país, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); a prevalência do paradigma liberal de Direito, mormente pela co-existência promíscua de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente; o não estabelecimento de um tribunal constitucional ad-hoc; o processo de globalização e das políticas neoliberais, são alguns fatores que obstaculizam a implantação daquilo que aqui denomino de “realização das promessas da modernidade”.

Nesse sentido, um dos pontos fundamentais, para um melhor entendimento/enfrentamento de toda essa problemática exige uma discussão acerca do papel do Direito (portanto, da Constituição) e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como das condições de possibilidade para a implementação/concretização dos direitos fundamentais-sociais a partir desse novo paradigma de Direito e de Estado. Assim, além das necessárias críticas ao paradigma liberal, torna-se importante o enfrentamento, ainda que de forma superficial, das posturas procedimentalistas, que, ao repelirem o paradigma do Estado Social, fragilizam sobretudo a noção de Estado Democrático de Direito, que é plus normativo em relação ao paradigma promovedor do Welfare State.

2. Constituição, Direito e Democracia: As dimensões processuais e substantivas - um debate necessário •••••

A discussão dessas questões, a toda evidência, pressupõe algumas pré-compreensões, a saber: se, se está a falar/indagar acerca do papel/função da Jurisdição Constitucional (ou do Poder Judiciário) na realização/efetivação de direitos sociais-fundamentais, é porque se está a admitir que, primeiro, há uma inefetividade da Constituição, e, segundo, em havendo inércia dos Poderes Públicos na realização/implementação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais-fundamentais assegurados pela Lei Maior, é possível (e necessária) a intervenção da justiça constitucional. A toda evidência,

tais questões implicam outras três, que se interpenetram: a) a necessidade de uma redefinição na relação entre os Poderes do Estado; b) a admissão de que a justiça constitucional possa vir a ter um papel intervencionista, e c) um certo grau de dirigismo constitucional. Por outro lado, parece não haver dúvida de que, sustentando essa discussão, está a concepção de Estado Democrático de Direito,³ que, conforme nos ensina a tradição, assenta-se na democracia e na realização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, em face das profundas alterações paradigmáticas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição, a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte de 1986-88 assumiu uma postura que Cittadino⁴ muito apropriadamente denomina de “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 guardião dos valores materiais positivados na Constituição.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade,⁵ tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico.

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais ad hoc) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.⁶

Desse modo, na medida em que a Constituição assume um caráter cimeiro nessa arena política, a partir dessa revolução copernicana de que fala Jorge Miranda, representada pelo advento do Estado Democrático de Direito, inexoravelmente estaremos em face da seguinte pergunta: qual a relação entre o direito e a política? Em que medida o Direito, estabelecido no texto constitucional, pode estabelecer “o constituir” da Sociedade? Em que medida a Constituição é (ou pode continuar a ser) o estatuto jurídico do político? E qual a dimensão do Direito que deve ser privilegiada? A processual ou a substantiva?

3. O procedimentalismo e a crítica ao ativismo judicial

Muito embora procedimentalistas e substancialistas⁷ reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e Ely, apresenta consideráveis divergências⁸ com a

corrente substancialista, sustentada por autores como Mauro Cappelletti, Bruce Ackerman, L.H. Tribe, M.J. Perry,⁹ H.H. Wellington,¹⁰ em alguma medida por Dworkin, pelo menos na leitura que dele faz Robert Alexy, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fábio Comparato, entre outros.

Sustentando a tese procedimentalista, Habermas¹¹ critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito. Assim, no Estado Democrático de Direito, muito embora Habermas reconheça a importância da tarefa política da legislação, como crivo de universalidade enquanto aceitabilidade generalizada por que têm que passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação através da a qual releva ao máximo o postulado de Ronald Dworkin da exigência de imparcialidade não só do executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do Direito.

Habermas faz severas críticas à leitura substancialista que Alexy faz do modelo construtivo do Direito de Dworkin e, embora a partir de outras bases, na esteira de E. W. Böckenfoerd, àquilo que denomina de gigantismo ou politização do judiciário, surgido no pós-guerra.¹² A existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente para Habermas. E, mesmo onde eles existem – e ele se restringe à Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. Critica, assim, a idéia de concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que, “aos deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”. A invasão da esfera de competência dos tribunais, mediante concretizações materiais de valores, desestimula o agir orientado para fins cívicos,

tornando-se o juiz e a lei as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados.¹³ Mais ainda, Habermas faz uma crítica a juridificação própria do modelo do Estado Social, chamando-a de “colonização do mundo da vida”.¹⁴

Em face disso, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores” adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã. Uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores compartilhados, que justifica o modelo hermenêutico proposto pelos comunitários (ou substancialistas),¹⁵ parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas.¹⁶ Com relação à função da justiça constitucional, Habermas sustenta que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. Para ele, o Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.¹⁷

No mesmo diapasão, Antoine Garapon faz duras críticas à invasão da sociedade pelo judiciário, o que, segundo ele, serviria para o enfraquecimento da democracia representativa.¹⁸ Também J.H. Ely compartilha do paradigma procedimentalista, sustentando que o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. Discorda, assim, não apenas da jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin.¹⁹

4. Porque devemos opor restrições às teses procedimentalistas

Por várias razões deve ser criticada a concepção procedimentalista. Destarte, quando Habermas opõe o paradigma do direito liberal/formal burguês ao paradigma do direito do bem-estar (Estado Social), dizendo que ambos estão superados, deixa de reconhecer a existência de um terceiro paradigma, que é o modelo do Estado Democrático de Direito e, com isso, corre o risco de objetificar a Constituição. Com efeito, sua análise subestima o Direito naquilo que é o seu plus normativo que ficou caracterizado exatamente no constitucionalismo do pós-guerra, na fórmula instituída no e pelo Estado Democrático de Direito, que supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito, questão que é bem definida, por exemplo, por autores como Elias Diaz.²⁰ É evidente – porque explicitamente presente nos seus textos – que Habermas trabalha com a noção de Estado Democrático de Direito; entretanto, não reconhece a necessária diferenciação que existe entre o modelo do Estado Social de Direito e o modelo do Estado Democrático de Direito, que, insisto, supera a noção de Estado Social. E aí começa o problema...

Ou seja, de certo modo, Habermas cai em um certo sociologismo ao ignorar a especificidade do jurídico presente nas Constituições, que gerou todo um processo de revitalização do jurídico, naquilo que diz respeito à função social do Direito. O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito acrescenta um “mais” ao Direito do Estado Social, porque estabelece no próprio texto constitucional – e esse é o ponto que Habermas deixa de considerar – os diversos mecanismos para o resgate das promessas da modernidade. Ou seja, o que diferencia o projeto do Estado Democrático de Direito é exatamente a revalorização do jurídico, como contraponto a plenipotenciariade da razão política que tantas seqüelas deixou. Como bem assinala Diaz, o Estado Democrático de Direito aparece como superação real do Estado Social de Direito.²¹

Assim, enquanto o modelo de Direito do Estado Social decorre de uma crítica reformista do paradigma do direito liberal – e nisso Habermas tem plena razão –, o modelo de Direito do Estado Democrático de Direito ultrapassa ambas as concepções. Na mesma

linha, se é verdade que ambos os paradigmas se ancoram em um mesmo conceito de autonomia privada, Habermas não leva devidamente em conta a relevante circunstância de que o paradigma do Estado Democrático de Direito se ancora em um modelo em que a resultante social que se estabelece a partir da noção de cidadania advém de uma intersubjetividade, em que a relação sujeito-sujeito supera a serôdia relação sujeito-objeto, ultrapassando o monadismo típico do paradigma da autoconsciência.

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrada uma nova legitimidade no campo do direito constitucional e da ciência política, no interior da qual o Direito assume a tarefa de transformação, até mesmo em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais. Daí que se altera a configuração do processo de legitimação: ao contrário das constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade, agora, advém da própria Constituição (Villalón), que exsurge de um processo de re-fundação da sociedade.

Mais ainda, é necessário ter em conta que o paradigma do Estado Social-Intervencionista trabalha com a perspectiva de um Estado que intervêm através de políticas que não são – ou raramente o são, escolhas motivadas por um querer genético da sociedade, refletindo, antes disso, os interesses dos grupos eventualmente no poder.²² Por isso, o advento do Estado Democrático de Direito representa um salto e um plus (normativo) sobre o modelo anterior de Estado-Intervencionista, mormente se considerarmos – como antes se viu – as especificidades brasileiras. Trata-se, enfim, de entender que o Estado Democrático de Direito exsurge de uma nova pactuação, com as especificidades próprias de cada país. Nesse contexto, a noção de Estado Democrático de Direito a parece como superador da noção de Estado Social. Ou seja, a noção de Estado Social dependia de mecanismos implementadores, razão pela qual o Direito apareceu (nos textos constitucionais) com a sua face transformadora.

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula

constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.

É quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, passa a ser contestada por dois lados: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição.

Daí a pergunta: como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? Nesse sentido, apoiado em Ackerman,²³ pergunto: Pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? “Mi respuesta es no”, vai dizer Ackerman. Se você está de acordo, este primeiro fundamento lhe permite preparar um caminho conceitual para considerar até onde os juizes deveriam estar facultados constitucionalmente para intervir também nestas questões. Por conseguinte, a concessão de uma faculdade semelhante pode ver-se limitada por toda a sorte de considerações predicais. Porém o que interessa aqui, acentua o professor norte-americano, são os princípios básicos: ao habilitar os juizes para insistir em um “ piso democrático ” na avaliação de medidas de bem estar e educacionais propostas pelos governantes, não se está advogando a “ morte do político ”, e, sim, por sua reorganização e extensão, que deve abarcar desde um interesse pelo centro de decisões até a proteção da vida política que se experimenta na periferia.

No fundo, quando Habermas apresenta sua tese do sujeito autônomo, coloca-se ao lado da realidade, pondo-a entre parênteses, embora não a negue. Como Husserl, Habermas não visa à realidade enquanto uma construção ontológica, mas esta enquanto necessidade de ser recuperada através da descrição dos atos conscientes, da

consciência transcendental. Nesse sentido, o lugar da autonomia exsurgiria de um como (wie) dos fenômenos sociais. Esse como (wie) assume uma característica epistemológica, onde o procedimento é o meio para alcançar essa autonomia do sujeito.²⁴

Por tudo isso, a discussão acerca do papel do Direito e da justiça constitucional,²⁵ a toda evidência, deve ser contextualizada, levando em conta as especificidades de países como o Brasil, onde – insisto – não passamos pela etapa do Welfare State, que Habermas considera superada (embora – justiça seja feita – Habermas, ao expor sua tese, jamais se referiu a países como o Brasil). Antes da crise que envolve os modelos liberal e do Estado Social, há que superar, em países como o Brasil, uma crise anterior, isto é, a crise de paradigma liberal-individualista, que, diante do novo modelo do Estado Democrático de Direito, traduzido pelo processo constituinte – portanto, pacto fundante do que se propôs como o novo – obstaculiza o aparecer (Ereignen)²⁶ da própria Constituição.

Trabalhando o texto constitucional apenas no seu sentido procedimental, abre-se espaço para o entulhamento (no sentido hermenêutico-heideggeriano)²⁷ daquilo que a Constituição é no seu sentido negativo: os direitos sociais não realizados, os direitos fundamentais não respeitados. Além disso, corre-se sempre o risco de entender o Direito – no que se relaciona aos valores substantivos constitucionais – como um mecanismo (meramente) redutor de complexidades, impedindo o aparecer do sentido transformador próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. Corre-se o risco, finalmente, de transformar o Direito Constitucional em um Direito Constitucional simbólico, frustrando as expectativas exsurgentes do contrato social, entendido aqui, conforme já se viu, a partir de um paradigma hermenêutico.

Ainda há que se considerar um outro problema: Habermas parece menosprezar a vagueza e a ambigüidade ínsita aos textos jurídicos (inclusive os que tratam dos procedimentos!). Afinal, como argumentamente indaga Villalón: “¿Cuál es la parte que corresponde al legislador y cual es la parte que corresponde al juez constitucional?” Ao condenar o ativismo do Poder Judiciário (ou da Justiça Constitucional), o mestre alemão relega para o segundo plano as normas (textos) que contemplam os valores constitucionais, com o que, como já dito, incorre na separação entre ser e ente, cuja conseqüência é o obscurecimento da questão que é chave na hermenêutica:²⁸ a de que hermenêutica é aplicação (applicatio),

que ocorre a partir do círculo hermenêutico, onde há uma antecipação de sentido. O mensageiro já vem com a mensagem. Não há processo hermenêutico sem aplicação, ponto fundamental na separação entre o modelo clássico da hermenêutica e a hermenêutica filosófica. A compreensão, condição de possibilidade para a interpretação, pressupõe uma antecipação de sentido, a integração da parte que deve ser compreendida em um conjunto preconcebido. A compreensão é, pois, um processo de aproximação em desenvolvimento. Este processo se desenvolve no tempo, pondo em jogo o indivíduo (Dasein) com sua história vital e o contexto das tradições sociais (pré-compreensão).

Por último, releva registrar que o procedimentalismo habermasiano parece olvidar que, naquilo que a tradição tem entendido como Direito, a coerção é o elemento fundamental do processo que submete os indivíduos no interior de cada Estado. O mandato para o exercício da coerção é próprio do Estado, que o exerce a partir de suas instituições. Como consequência, ocorre inexoravelmente um processo de supressão da autonomia dos indivíduos em sociedade, porque a salvaguarda é introduzida coercitivamente. Habermas, ao seu turno, pretende uma salvaguarda que não é de ordem jurídica, mas, sim, de ordem social; uma salvaguarda instaurada pela própria sociedade, o que implica em uma autonomia da sociedade diante do Direito, onde a legitimação é produzida desde um espaço de índole social-comunicativa, e não social-coercitiva. Por isso, o papel do Direito (e dos Tribunais) fica relegado à tarefa de abrir (e garantir) um espaço público, onde, em síntese, é a sociedade civil que funda o Direito.

5. O substancialismo e a Constituição-que-constitui ●●●●●●

Como contraponto às teses procedimentalistas, Cappelletti já de há muito sustentava que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial. Embora classificável como defensor de uma posição liberal-contratualista, Dworkin²⁹ se aproxima, em alguns pontos, dessa posição, entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu funda-

mento na primazia da Constituição.³⁰ Veja-se, para tanto, a tese de L.H. Tribe, um dos mais ferrenhos defensores dos valores substantivos constitucionais e destes enquanto guia do processo hermenêutico-constitucional. Faz, para tanto, uma profunda crítica aos fundamentos das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas, para as quais a Constituição somente garante o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Nesse sentido, afirma que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos. Parte do caráter tenazmente substantivo (*stubbornly substantive character*) da maioria dos mandatos constitucionais mais importantes: a primeira emenda, a décima terceira (abolição da escravidão) ou a cláusula do devido processo legal são bons exemplos disso. Por outro lado, também são substantivos o significado e o propósito das normas que regulam os procedimentos de participação. Certamente, diz Tribe, decidir que classe de participação demanda a Constituição requer uma teoria dos valores e dos direitos plenamente substantiva. Assim, os direitos ao procedimento do devido processo têm em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de “quem vota” ou a regra “um homem, um voto” possuem caráter substantivo. As teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.³¹

Mais ainda, Tribe vai dizer que a proteção das minorias isoladas e sem voz, excluídas do processo de participação política, possuem também um fundamento substantivo: a legislação que discrimina a qualquer categoria de pessoas deve ser rechaçada com base em uma idéia sobre o que significa ser pessoa, e a própria idéia de segregação dos negros ou mulheres somente pode ser rechaçada encontrando um base constitucional para afirmar que, em nossa sociedade, tais idéias estão substantivamente fora do lugar. Em síntese, para Tribe, circunscrever a interpretação constitucional à idéia de abertura política supõe um círculo fechado. Por isso, as teorias defensoras da Constituição como processo (como garantia de abertura e de participação) supõem um empobrecimento do papel da teoria constitucional: a Constituição pareceria estar dirigida somente aos juízes, porém não aos cidadãos nem aos representantes, em face de sua incapacidade para informar no conteúdo do debate, discussão e decisão política.³²

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.³³ Coloca em xeque, pois, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.

O modelo substancialista – que, em parte, aqui subscrevo, ressaltando sempre o problema do “fundamento” da Constituição,³⁴ que não pode ser entendida como uma categoria ou hipótese, mas, antes disso, como um paradoxo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico e não como um ponto de partida congelado). É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o poder judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional.

As posturas que, de um modo ou de outro, trabalham com essa perspectiva, partem da perspectiva de que a função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais. Calha sublinhar, aqui, o dizer de Korineck,³⁵ para quem “a vinculação do legislador às determinações constitucionais é ao mesmo tempo a vinculação do legislador democraticamente legitimado a um ato de mais elevada legitimação democrática”.

6. Direito Constitucional: De disciplina dirigente à disciplina dirigida? A Constituição Dirigente-Compromissária morreu?

Antes corifeo das teses que sustentaram a noção de Constituição Dirigente, o jurista português JJ Gomes Canotilho tem procedido profundas reformulações no seu pensamento. Com efeito, em texto recente assevera que o direito constitucional “deixou de ser uma disciplina dirigente para se volver em disciplina dirigida. Em vez de

gravitar sobre si próprio, ganhando neste movimento de rotação os seus campos de atração autônomos, passou a fazer figura de satélite artificial dirigido. (...) O que se nos afigura, porém, característico finisecular é a sua inquestionável perda da centralidade jurídico-política”. Mais ainda, afirma que

o risco de a Constituição não estar em condições de continuar a ser compreendida como estatuto jurídico do político torna-se agora indisfarçável. Mesmo que haja uma Legal Transplant da idéia constitucional a nível global, nem por isso a Constituição poderá aspirar a ser mais do que é: um texto útil para direitos e políticas simbólicas.³⁶

No prefácio à nova edição do seu Constituição Dirigente, Canotilho deixa assentado que, subjacente à noção de Constituição programática está

[...] toda uma filosofia do sujeito e uma teoria da sociedade cujo voluntarismo desmedido e o holismo planetário conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas. A Constituição será, desta forma, o caminho de ferro social e espiritual através da qual vai peregrinar a subjetividade projetante. A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se transmutava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns – entre os quais me incluo – só vieram a reconhecer isto tarde e lentamente demais. Como se irá ver, a idéia de diretividade constitucional terá ainda hoje sentido quando inserida numa compreensão crítica próxima do chamado constitucionalismo moralmente reflexivo.

Diz, ainda, que as constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais não padecem apenas de um pecado original – o da má utopia do sujeito projetante. Tais constituições ergueram o Estado a “homem de direção” exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o Direito em instrumento funcional dessa direção. Outra das fragilidades epistêmicas das constituições programático-dirigentes consiste no seu autismo nacionalista e patriótico. Ou seja, o constitucionalismo dirigente-programático não se deu conta da complexidade do mundo e das conseqüências das integrações entre as nações. De outro lado, tece críticas a incompreensão teórica relacionada com a Constituição dirigente, no que diz respeito à noção de direitos diretamente aplicáveis, fazendo alusão, inclusive, à “crítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no

art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no capítulo II”. Reconhece, de todo modo, que

[...] uma Constituição – desde logo pela sua gênese histórica e política – se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as exigências constitucionais mínimas (constitucional essencial, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias, pessoal, política e econômica e intocáveis pelas maiorias parlamentares.

Reconhece, ainda, – que “o dito constitucional é uma dimensão básica da legitimidade moral e material, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberações”.

Em face de tais considerações, assevera que as conhecidas fontes de Direito – a começar pela Constituição – revelam-se funcionalmente desadequadas para servirem de impulso e constituírem as bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada. A Constituição dirigente lidava com fins, tarefas, encargos, missões, valores. Ao contrário disso, hoje se argumenta racionalmente em termos de paradoxos, de dilemas e de teoremas. A idéia dirigente compatibiliza-se com uma lógica material de valores, mas coaduna-se pouco com a razão lógica dos discursos analíticos. Assim, acentua que a teoria constitucional deve levar em conta que as sociedades modernas pluralistas estruturam-se em termos de complexidade que, longe de assentar na intencionalidade construtivista da política, radica antes na auto-organização. Esta mesma complexidade gera sistemas diferenciados e códigos funcionais diferenciados, sendo irrealista tentar, através de um código unitarizante dos vários sistemas sociais, dirigir constitucionalmente a sociedade.

Canotilho conclui o aludido prefácio dizendo que

[...] a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito constitucional ao Direito internacional e os direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o

fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de 'linha Maginot' contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a 'linha de caminho de ferro' neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais.

Outro aspecto que leva Canotilho à rediscutir a tese do dirigismo constitucional é a nítida influência das teses advindas das teorias sistêmicas – de matriz luhmaniana (e seus seguidores, como Morlock, Wilke e Teubner, para citar apenas alguns) – e do debate que se trava entre as posturas procedimentalistas e substancialistas (e nas variações de suas denominações na doutrina constitucional e na ciência política).

7. A necessidade de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT): a permanência da capacidade compromissária-dirigente do texto constitucional – a Constituição que continua a constituir

Tais questões assumem extrema relevância na discussão do papel da Constituição em países de modernidade tardia como o Brasil e naquilo que até hoje se tem entendido como dirigismo constitucional, suas condições e suas possibilidades. Embora Canotilho reconheça, v.g., que o texto constitucional continue a constituir uma dimensão básica da legitimidade moral e material e, por isso, possa continuar sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, etc., por outro lado considera que esse texto básico (a Constituição) não mais pode servir de fonte jurídica única e nem tampouco pode ser o alfa e o ômega da constituição de um Estado.

É evidente que tais afirmações devem ser contextualizadas.³⁷ Com efeito, a afirmação de Canotilho vem acompanhada de uma explicação, no sentido de que “a Constituição dirigente está morta

se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Entendo, que a afirmação de Canotilho não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária. Observe-se, nesse ponto, e desde logo, que não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há “um constitucionalismo”, e, sim, vários constitucionalismos.

Não se pode olvidar que a tese da Constituição dirigente e compromissária, originariamente, dizia respeito à Constituição portuguesa, que tinha um texto de caráter revolucionário, na medida em que até mesmo especificava a transformação do modo de produção rumo ao socialismo. As sucessivas revisões constitucionais em Portugal acabaram por retirar esse caráter revolucionário do Texto Maior português, ocorrendo aquilo que foi chamado por Vital Moreira de “normalização constitucional”. Já a Constituição brasileira ficou distante dessa veia revolucionária que estava explícita na Constituição de Portugal. Com efeito, enquanto aquela claramente apontava para a transformação do modo de produção do Estado português, esta – embora isso significasse um expressivo avanço – limitou-se a apontar para a transformação do modelo de Estado (Estado Democrático de Direito), restringindo-se, no plano econômico, a estabelecer as bases (núcleo político) de um Estado Social (Welfare State). Em síntese, a Constituição brasileira não contém, ao contrário do que continha na sua origem a portuguesa, uma função normativo-revolucionária. Esse ponto é de fundamental importância para a compreensão e contextualização da tese exposta por Canotilho acerca dos novos contornos da noção de Constituição dirigente.

Mais ainda, para uma melhor compreensão da problemática relacionada à sobrevivência ou a morte da assim denominada Constituição dirigente, é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional. Desse modo, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos humanos-fundamentais. Esse núcleo derivado do Estado

Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.

Dito de outro modo, afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado. Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade. O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada³⁸ a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como uma teoria da Constituinte dirigente adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito.

A idéia de uma TCDAPMT implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição.

Parece evidente, assim, que, quando se fala em Constituição dirigente, não se está – e nem se poderia – sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da

noção de Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas.

Por isso, é possível afirmar a continuidade da validade da tese da Constituição dirigente (uma vez adequada a cada país, com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumpridas é extremamente elevado). É necessário levar em conta, assim, das novas teses de Canotilho, as especificidades decorrentes de uma teoria da Constituição, e não de uma teoria geral da Constituição ou do constitucionalismo. Veja-se que a própria questão relacionada ao papel dos tratados internacionais adquire foros diferenciados, se devidamente contextualizada, uma vez que, por exemplo, nem de longe é possível comparar o papel da União Européia, suas diretivas e a força normativa destas no seio de cada país componente, com o pífio e insipiente Mercosul. Aliás, quando Canotilho dá ênfase ao papel dos tratados, mostra exatamente sua preocupação com a questão européia, onde tal questão surge como um paradoxo: ao mesmo tempo em que, no velho continente, a tese da Constituição dirigente e o papel do Estado nacional perdem importância, o conjunto normativo comunitário da União Européia assume cada vez mais foros de “dirigismo jurídico-político”, como se fosse uma superconstituição. Afinal, é de se perguntar: os textos constitucionais vinculam menos que o “legislador” supranacional?

Desse modo, levando em conta as peculiaridades européias (locus da preocupação fundamental de Canotilho) e as diferenças entre o caráter revolucionário originário do texto constitucional português e o caráter social (não-revolucionário) da Constituição brasileira, é possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro. Neste ponto, veja-se a posição de autores como Paulo Bonavides, para quem a tese da Constituição dirigente não é arcaísmo do pensamento político, mas, sim, diretriz e argumento de conservação do pálido Estado de Direito que ainda resguarda na medida do possível a ordem e a liberdade nos Estados da periferia do mundo. Não se pode olvidar que a realidade brasileira difere – em muito – da realidade dos países europeus.

É evidente – e Canotilho deixa isso bem claro – que não é possível ignorar as especificidades que cercam hoje (e cada vez mais) a

noção de Estado-nacional-soberano. Não há dúvidas que o fator preponderante na mudança no conceito de soberania estatal é a globalização. Junto com ela, a formação de blocos regionais. Veja-se, por exemplo, a União Européia e as decorrências dos vários tratados que especificam, para além dos direitos estatais, as diretrizes econômicas que regem parte considerável dos interesses nacionais dos Estados-Membros. A globalização e suas conseqüências “pós-modernas” são, pois, uma realidade. Entretanto, isso não deve significar que Estados Nacionais como o Brasil, onde as promessas da modernidade continuam não cumpridas e onde o assim denominado Welfare State não passou de um simulacro, não possa ter autonomia para construir políticas públicas aptas a realizar a justiça social e os desígnios do pacto constituinte de 1986-1988.

Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de dirigente e compromissário, não significa defender a tese de um país autárquico. A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais-fundamentais previstos na Constituição brasileira. Dito de outro modo, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno. Esse, aliás, é o conceito-chave do Estado Social, cujo papel

é o de promover a integração da sociedade nacional, ou seja, ‘el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad en una unidad sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes’ (Manuel García-Pelayo). Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira.³⁹

Desse modo, a noção de Constituição que se pretende preservar nesta quadra da história é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se nos fins do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Quando, portanto – para estranheza e até surpresa de muitos constitucionalistas – continuo apostando em um “dirigismo” constitucional, não estou a falar de um conceito desvinculado da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional e tampouco pretendo um isolacionismo de cunho monádico-autárquico (ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico).

Na verdade, o que propugno é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição (hermeneuticamente, essa “disposição” nada mais é do que uma forma de “objetificação”). A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!

Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo conteudístico que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo. Não pode, pois, ser deslegitimado. Afinal, como bem assinala Friedrich Müller, a função do direito constitucional, da legislação e da concretização da Constituição é exatamente a de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal.

Por outro lado, defender o constitucionalismo compromissário-dirigente e a conseqüente força normativa da Constituição (em sua materialidade) não significa alçar a Constituição à condição de texto sagrado, ponto no qual concordo inteiramente com Canotilho. Acrescento, ademais, que o texto constitucional também não pode

ser compreendido “como” (als) categoria ou hipótese, o que igualmente seria resvalar em direção à metafísica. Hermeneuticamente, todo texto é um texto aberto, que não passa incólume pelo rio da história. Canotilho sustenta – e isso é absolutamente louvável – que as cláusulas de irreversibilidade protegem os direitos que têm relação/correspondência com o núcleo político, isto é, a essência da Constituição.⁴⁰ Ocorre que a “essência” da Constituição, embora a ambigüidade que essa noção possa assumir, aponta com firmeza e determinação – pelo menos no que pertine à Constituição brasileira, para a realização dos direitos sociais-fundamentais. Desse modo, se os direitos sociais-fundamentais constituem a “essência” da Constituição, parece razoável afirmar que a idéia da programaticidade da Constituição deve ser mantida, pela simples razão de que, sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição.

Não podemos esquecer, destarte, que a tradição (no sentido gadameriano) nos lega à noção de Estado Democrático de Direito, representada pela idéia de que este se assenta em dois pilares: direitos fundamentais-sociais e democracia. Dito de outro modo, a Constituição dirigente-programática-compromissória é condição de possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais-fundamentais previstos no texto constitucional. Sem a garantia da possibilidade do resgate desses direitos, através de mecanismos de justiça constitucional, como proteger o cidadão, o grupo, a sociedade, das maiorias eventuais que teimam em descumprir o texto constitucional?

É por isso que a noção de Constituição programático-dirigente-compromissária, adaptada ao que aqui denomino de TCDAPMT, ainda assume relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal. É, pois, o espaço de resistência a essa espécie de barbárie econômica que tem como lugar cimeiro a lex mercatoria. Afinal, nunca é demais repetir que, em terra brasilis, o assim denominado Estado Social foi um simulacro. A força interventora do Estado serviu para exacerbar ainda mais as discrepâncias sociais. Estou convicto de que ainda é possível sustentar que um texto constitucional que aponta em direção da correção de tais anomalias não pode ficar relegado a um plano secundário, mesmo em face das novas feições que assume a economia mundial em face do fenômeno da globalização.

8. As (novas) posturas do Poder Judiciário (e, portanto, da Justiça Constitucional) rumo a concretização da Constituição

Em razão do que foi exposto, não há dúvidas em afirmar que o Poder Judiciário não pode continuar com uma postura passiva diante da Sociedade. Nessa perspectiva aqui sustentada, entendo que o Poder Judiciário (entendido aqui como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, devem obediência à Constituição). Assim, é absolutamente correta a tese de Freeman,⁴¹ que entende a Constituição como um instrumento da soberania democrática que não se limita a definir procedimentos para elaborar e aplicar as leis, mas organiza e qualifica estes procedimentos ordinários por forma a evitar a usurpação da soberania popular por parte de instituições públicas ou privadas.

Para os objetivos desta abordagem, importa lembrar que, em termos de doutrina brasileira, Paulo Bonavides⁴² justifica a tese substancialista, admitindo, por motivos pragmáticos, a judicialização da política em países de terceiro mundo. A tese substancialista parte da premissa de que a justiça constitucional deve assumir uma postura que, no contexto da tese aqui exposta, pode ser entendida como intervencionista, longe, portanto, da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.

A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política).⁴³ Quando clamo por um “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais⁴⁴ e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, como bem salienta Krell, ali “onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos

objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição de prestações dos serviços sociais básicos”.

É evidente que tais questões podem esbarrar naquilo que se denomina de “financeiramente possível” e na (de)limitação do âmbito (político) de esfera de competência. Calha, nesse sentido, a lição de Cristina Queiroz⁴⁵, para quem,

[...] quando existe um direito, este mostra-se sempre como justiciável. Sucede é que, por vezes, no caso dos direitos de natureza econômica e social, estes necessitam ainda de uma configuração jurídica particular a levar a cabo pelo legislador. A ‘reserva do possível’, ‘no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ (BverfGE 33, 303, 333; 43, 291, 314), não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade da sua ponderação. Konrad Hesse fala, a esse propósito, de uma ‘obrigação positiva’ de ‘fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjectivo por parte dos cidadãos’.

De qualquer sorte, no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (eixos temáticos) é perceptível. Ou seja, se estamos longe da postura substancialista – e a prática nos tem demonstrado tal assertiva, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (desregulamentada pela Lei 9.882), além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores a Constituição –, por outro lado também não se pode afirmar que convivemos com uma prática procedimentalista do tipo proposto por Habermas. Ora, a submissão do Congresso Nacional à reiterada utilização indiscriminada de medidas provisórias por parte do Poder Executivo (o número já passa de 3500) deixam claro o quanto estamos distantes de promover o que Habermas denomina de “combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não institucionalizada”,⁴⁶ enfim, o quanto estamos longe da criação democrática de direitos e da garantia da preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos.

Dito de outro modo, enquanto o paradigma procedimental habermasiano “pretende apenas assegurar as condições necessárias, a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meios de prática comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição”,⁴⁷ onde “a função da Corte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político”,⁴⁸ não devendo, portanto, a Corte Constitucional transformar-se em “guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais”, reservando-se a intervenção do Judiciário apenas para facultar aos excluídos da participação o acesso direto aos ‘poderes políticos’”,⁴⁹ a realidade brasileira aponta exatamente na direção contrária, pelas seguintes razões:

a) o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, repita-se, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais;

b) parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não vem sendo cumprida;

c) o controle abstrato (e concreto) de normas aponta para um déficit de eficácia, decorrente de uma “baixa constitucionalidade”;

d) os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes (basta lembrar, exemplificadamente, afora a “crônica de uma morte anunciada” ocorrida com o mandado de injunção, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente foi regulamentada onze anos depois da promulgação da CF);

e) no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por voto de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federativa chega a valer dezesseis vezes o voto de um cidadão das unidades federativas maiores, fazendo com que a maioria se transforme em minoria, a partir de uma estranha matemática eleitoral;

f) a amplamente denunciada (e não investigada) prática parlamentar de “troca de favores”, como se pôde perceber na discussão sobre a emenda de reeleição do Presidente da República e da eleição do Presidente do Congresso Nacional para o biênio 2001-2002;

Tais fatores – entre tantos outros que poderiam ser aqui assinalados – denotam a fragilidade e um certo grau de utopia nas teses procedimentalistas, as quais, por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, onde a primazia (ainda) é a de proceder à inclusão social (afinal, existem trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade...) e o resgate das promessas da modernidade, exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988.

Por isto, levando em conta toda a problemática resultante das críticas ao problema exurgente da relação entre Estado e Direito, feitas por autores como Habermas, Ely, Luhmann, Dworkin, entre outros, proponho, com Garcia Herrera, uma resistência constitucional, entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas. Este novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.⁵⁰

Este processo de resistência constitucional implica, entre outras tarefas, a utilização, de forma ampla, dos mecanismos de acesso à justiça, mormente à jurisdição constitucional, através do controle difuso de constitucionalidade e do controle concentrado, sob suas várias formas, sem olvidar as ações constitucionais específicas, como o mandado de injunção, o mandado de segurança, a ação popular, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, etc. Por isso, torna-se relevante a discussão das condições de possibilidade que têm os juristas para a construção de um discurso (crítico) que aponte para a superação da crise paradigmática e a implementação dos valores constitucionais.

9. O papel da hermenêutica nesse (necessário) rompimento paradigmático

A compreensão do (novo) papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito implica uma ruptura paradigmática. Com efeito, a crise que fustiga o Direito – que, sem dúvida, causa (ou deveria causar) um mal-estar na comunidade jurídica preocupada com o Direito enquanto fator de transformação social – está obnubilada por um imaginário dogmático que continua refém de um sentido comum teórico, no interior do qual o ser da Constituição (compreendia no seu papel constituidor, dirigente e compromissário) se apaga. Daí que a ausência de função social do Direito e, portanto, a sua (não) inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, desse modo, a partir das possibilidades do intérprete ser-no-mundo e ser-com-os-outros, perde-se em meio a uma “baixa constitucionalidade”, composta por um discurso jurídico alienado da condição histórica da sociedade brasileira.

Em conseqüência, o jurista – refém do sentido comum teórico –, aplica (porque interpretar é sempre aplicar) o Direito repetindo-o (reproduzindo-o) a partir de pré-juízos não suspensos, sem pertinência ao mundo histórico, ficando, assim, impossibilitado de penetrar nesse mundo falado (pré-dito). É nesse contexto que uma análise do problema à luz da hermenêutica (aqui entendida como filosofia hermenêutica, adaptada ao Direito a partir do que venho denominando de Nova Crítica do Direito-NCD), procura estabelecer uma clareira (Lichtung) apta a iluminar a noite que se abateu sobre a operacionalidade do Direito em terra brasilis.

Nesse sentido, não é desarrazoado referir que no campo jurídico ocorre uma extração de mais-valia do ser do Direito, que pode facilmente ser detectada a partir do cotidiano enfraquecimento do sentido da Constituição. Há uma corrupção da atividade interpretativa, cujo resultado é uma cultura standartizada, reprodutiva e manualizada, no interior da qual o Direito não é mais pensado em seu acontecer. Na ausência de uma reflexão crítica, ocorre uma colonização do mundo jurídico, através de uma metodologia de cunho metafísico, como se a atividade interpretativa fosse o resultado de métodos, que assegurariam o devir da subje-

tividade. Nesse imaginário de crise, uma das conseqüências é que a doutrina não mais doutrina, sendo, na verdade, doutrinada pelos tribunais. As decisões, transformadas em resumidos *prêt-à-porters*, servem para o balizamento da doutrina produzida pelos manuais. Não é demais referir, neste contexto, que as críticas dirigidas ao ensino jurídico e a operacionalidade do Direito, feitas há mais de vinte anos, continuam atuais. Considerável parcela das decisões judiciais continuam a fundamentar-se em verbetes jurisprudenciais, retirados de manuais jurídicos e citados de forma descontextualizada, obstaculizando o aparecer da singularidade dos casos. É o que se denomina, a partir da filosofia hermenêutica, de objetificação do processo interpretativo, onde o verbete (doutrinário ou jurisprudencial) serve como “categoria” para o operador elaborar “deduções” ou “subsunções”, circunstância que faz do intérprete – sem que disto ele se dê conta – um refém da metafísica.

Ora, é preciso ter claro que o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos. Sempre interpretamos, pois. E para interpretar, necessitamos compreender. Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição, necessitamos de uma prévia teoria da Constituição), constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes (textos) do “sistema”.

É, pois, a condição-de-ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto (e não o método de interpretação, p.ex). O sentido não exsurge a partir da revelação da essência das coisas e nem tampouco é produto de um cogito privilegiado (a consciência de si do pensante pensante da filosofia da consciência inaugurada por Descartes). É impossível reproduzir sentidos. O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). A pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido. Por isto, hermenêutica é existência. É faticidade. É vida. O intérprete não é um outsider do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isto que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. É por isto que não se pode falar, de forma simplista,

em “textos jurídicos”. O texto não existe em si mesmo. O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada.⁵¹ Do texto sairá, sempre, uma norma. A norma será sempre o produto da interpretação do texto. O texto será sempre o “já normado” pelo intérprete. É por isto que um mesmo texto dará azo a várias normas. A norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido a um texto. Este texto, porém – repita-se –, não subsiste como “um ente disperso” no mundo. O texto só é na sua norma, quando o olhamos, o nosso olhar já atribuirá uma determinada norma a esse texto. É nesse sentido que – e isto pode parecer complexo aos olhos do jurista inserido no sentido comum teórico –, no plano da filosofia hermenêutica aqui trabalhada, o ser será sempre o ser de um ente.

A partir de tais considerações, é possível afirmar que, sendo um texto jurídico válido tão somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (pré-juízos) acerca do sentido de (e da) Constituição (que é o fundamento que será utilizado pelo intérprete para atribuir a norma àquele texto). Não se interpreta, assim, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc) desvinculada da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Se os pré-juízos do intérprete estiverem corrompidos por um sentido comum teórico no interior do qual a Constituição tem pouco valor e a jurisdição constitucional ainda é mal compreendida (não devemos esquecer que, por vezes, – e isto para dizer o mínimo – sequer os juízes e/ou demais operadores sabem que podem aplicar os mecanismos da interpretação conforme a Constituição, a nulidade parcial sem redução de texto, etc), inexoravelmente este intérprete terá seríssimos prejuízos na aplicação da norma. Dito de um modo mais simples: se o intérprete possui uma baixa pré-compreensão, isto é, se o intérprete pouco ou quase nada sabe a respeito da Constituição (e, portanto, da importância da jurisdição constitucional, da teoria do Estado, da função do Direito, etc), estará condenado à pobreza de raciocínio, ficando restrito ao manejo dos velhos métodos de interpretação e do cotejo de textos jurídicos no plano da (mera) infraconstitucionalidade (por isto, não raro juristas e tribunais continuam a interpretar a Constituição de acordo com os Códigos e não os Códigos em conformidade com a Constituição!). Numa palavra: para este tipo de jurista, vigência é igual a validade, isto é, para eles, texto e norma significam a mesma coisa.⁵²

Ora, é preciso ter claro que o intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro conhecendo, depois interpretando, para, finalmente, aplicar... Claro que não! No plano da hermenêutica aqui trabalhada – e Gadamer sempre foi sempre bem claro a esse respeito –, esses três momentos ocorrem em um só: a applicatio. Logo, quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão. Ou seja, como assinala Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior.

Isso significa poder afirmar que o próprio sentido da validade de um texto jurídico tem um caráter ontológico (no sentido da diferença ontológica de que fala Heidegger). Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, ontologicamente esse sentido exsurgerà da antecipação do sentido proporcionado pelo movimento da circularidade, onde o ser somente é ser-em, isto é, o ser é sempre o ser de um ente (ou, em palavras mais simples, a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto). Enfim, numa palavra: nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um “ser sem o ente”, ou uma categoria ou uma hipótese.

Não é difícil constatar, assim, que a análise da jurisdição constitucional deve estar atravessada por essa perspectiva hermenêutica. Esse viés se torna mais presente e mais forte quando do exame das questões atinentes aos efeitos das decisões de (in)constitucionalidade e dos mecanismos da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto, além da problemática que envolve a relação jurisdição-legislação, a partir da inexorável atribuição de sentido (Sinngabung) que se apresenta nas decisões interpretativas dos tribunais brasileiros e dos outros países que podem ser utilizados como parâmetros para o exame dessa problemática.⁵³ Por isso, insisto, a hermenêutica, mais do que contributo, transforma-se em condição de possibilidade para a construção das condições de possibilidade da elaboração de um discurso apto a desmi(s)tificar as teses que, historicamente, obscureceram/obstaculizaram as possibilidades transformadoras do Direito, que implicam um amplo

acesso à justiça e um autêntico processo de capilarização da jurisdição constitucional, onde assume especial relevância o controle difuso.

É necessário, pois, um novo olhar sobre o velho Direito, a partir do (novo) paradigma do Estado Democrático de Direito. O “véu do ser” que se abateu sobre o Direito necessita de uma “clareira” (Lichtung). A crise que se abate sobre a ciência jurídica, nos seus mais variados aspectos, que vão desde o ensino jurídico até a operacionalidade do Direito, longe está de ser superada, e, mais do que isto, carece de uma identificação mais precisa. As constantes tentativas de reforma que colonizam o mundo da vida dos juristas atinge apenas os “sintomas de superfície”. É possível constatar, sem muita dificuldade, que dia-a-dia encaminhamo-nos para um “hibridismo-sistêmico”, com a importação de mecanismos do sistema da common law (Súmulas vinculantes, mecanismos que de filtragem recursal, como os previstos nas Leis 8.038 e 9.756) e do Direito tedesco (mecanismos avocatórios constantes na EC n.3 e na Lei 9.882, que enfraquecem o controle difuso de constitucionalidade, a partir de um incidente de constitucionalidade disfarçado). Há uma busca desenfreada por instrumentos que engessam o processo interpretativo, reforçando o poder dos Tribunais Superiores. Há até mesmo um projeto de emenda constitucional ripristinando um mecanismo que funcionava no regime militar (a ação de interpretação de lei federal), com efeito vinculante, agora maquiado com o nome de “incidente de ilegalidade” (sic).

Todos esses mecanismos vinculatórios têm um nítido caráter metafísico, porque procuram estabelecer categorias fixas para servirem de premissas dedutivistas. São, pois, anti-hermenêuticos, que, a par de se apresentarem como mecanismos de resolução pragmática do problema da funcionalidade do sistema, colocam-se na contramão do acesso à justiça e da realização dos direitos fundamentais, porque escondem o aparecer da singularidade dos casos individuais. O efeito vinculante – sob os diversos matizes – provoca o seqüestro da faticidade e da historicidade do Direito.

Não se pode ignorar que várias tentativas têm sido feitas na busca de superar a crise que atravessa o Direito. O avanço da filosofia e a invasão da filosofia pela linguagem (viragem lingüística ou linguistic turn) proporcionaram sensíveis avanços nesse campo no decorrer do século XX. De registrar, sobretudo, que, com a superação dos projetos sistemáticos da modernidade, o pensamento humano ocidental teve a primeira chance de diversificar a sua

leitura do mundo. A filosofia do século XX, ainda que tenha retomado várias tradições através dos diversos neos (neokantismo, neopositivismo, etc), procurou também linhas de interpretação que significavam a superação dos movimentos terminais da metafísica. É assim que as diversas teorias da linguagem e do significado da primeira metade do século XX e o movimento fenomenológico se apresentaram como pensamentos que não queriam apenas repetir mas inovar.

Nesse sentido, ao analisar a problemática do Direito e do Estado, suas crises e as implicações da revolução copernicana provocada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, procuro inserir-me nesse paradigma fenomenológico-hermenêutico. É deste campo que emerge a capacidade a possibilidade de um questionar que se insere na tradição, mas que pensa nas próprias condições de possibilidade da tradição.

Há que se ter claro que isso nos é imposto pela historicidade do sentido. Qualquer tentativa formal explicitadora de uma área do Direito implica, tacitamente, na discussão das condições de historicidade do perfil dessa área. Nessa direção apontam as presentes análises. Elas não se voltam contra aquilo que é desenvolvido no quotidiano da racionalidade jurídica, mas apontam, fundamentalmente, para um lugar que essa racionalidade pode silenciar, mas do qual ela se alimenta.

Afinal, somos juristas para quê? Fazemos Direito para quem? Qual a função da justiça constitucional (enfim, do Poder Judiciário)? Parece que a resposta pode ser encontrada na materialidade constitucional, que tem como holding o núcleo essencial que aponta para a realização do Estado Social⁵⁴ (art. 3º. da CF), a partir do efetivo resgate das promessas da modernidade, historicamente songadas à imensa maioria da população, e que conformam a Constituição naquilo que o pacto constituinte, de cariz comunitarista, decidiu estabelecer como a condição de possibilidade para o exercício da democracia: de meras expectativas simbólico-sociais, os direitos fundamentais-sociais foram alçados à categoria de direitos subjetivos públicos. Nisso reside o plus normativo representado pelo Estado Democrático (e Social) de Direito: a função transformadora assumida pelo Direito, que exsurge do caráter dirigente e compromissário do Texto Constitucional. De disciplina dirigida, o Direito Constitucional foi alçado à disciplina dirigente. E enquanto esse novo paradigma não se realizar em terra brasilis,

não se pode admitir a morte da Constituição dirigente e compromissária.

Sempre se poderá dizer – e este é um dos pontos preponderantes da discussão entre procedimentalistas e substancialistas – que falta aos tribunais a legitimidade política e os instrumentos básicos necessários para – no limite, nas hipóteses de omissão do Executivo e do Legislativo – a implementação das políticas do bem-estar social. Este talvez seja o maior problema a ser enfrentado por aqueles que, como eu, advogam as teses substancialistas: de que maneira é possível compatibilizar o papel de garante da Constituição – em particular dos direitos sociais–fundamentais, com a necessidade, de outro lado, de não criar encargos desprovidos de uma adequada cobertura financeira (ou financeiramente possível) para o equilíbrio do Estado? O Tribunal Constitucional italiano pode contribuir na busca de algumas respostas. Com efeito,

[...] nos últimos anos o juiz constitucional desenvolveu técnicas de tomada de decisão inovadoras (...), em particular, as decisões cumulativas de princípios: decisões que voltaram a reconhecer os direitos, mas remetendo para o legislador a escolha dos instrumentos a utilizar e a cobertura dos respectivos cursos. É emblemático a este respeito o acórdão n. 243 de 1993: com esta decisão é declarada a ilegitimidade constitucional das normas que excluem os subsídios de integração especial do cálculo dos tratamentos, mas considera-se que esta declaração não pode traduzir-se numa decisão de mera caducidade, nem numa decisão cumulativa, cabendo ao legislador a determinação dos mecanismos necessários, 'tendo em vista a adoção de decisões em matéria de política econômica necessárias para a obtenção dos indispensáveis recursos financeiros'. Em terceiro lugar, a atual fase da jurisprudência constitucional desenvolve-se num contexto político-institucional instável, caracterizado, a partir de 1992, pela crise do equilíbrio consolidado, com o desmoronamento do velho sistema de partidos, a alteração do sistema eleitoral, o nascimento de movimentos e formações que não tinham ainda alcançado um grau suficiente de consolidação. Também estes elementos contribuem para acentuar o caráter político do papel desenvolvido pelo Tribunal: registrou-se, de fato, uma ampliação qualificativa e qualitativa, própria das competências do Tribunal Constitucional dotados de um mais alto grau de caráter político, como as relativas aos conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e a admissibilidade do referido revogatório. Conseqüentemen-

te, emergiu uma tendência para a acentuação do papel arbitral do Tribunal Constitucional, na conflitualidade política e constitucional, relativamente ao qual o Tribunal não se procurou afastar.⁵⁵

Numa palavra: a inserção da justiça constitucional no contexto da realização dos direitos fundamentais-sociais deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, a evolução da concepção de Estado exige uma ruptura com a clássica divisão de poderes. Há que se compreender que, ínsita ao novo papel assumido pelo Direito (transformador, a partir da idéia de força normativa e da perspectiva dirigente da Constituição), está a admissão de um (por vezes necessário) deslocamento da esfera de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário. Para que se possa compreender o estado da arte desse problema em terra brasilis, torna-se necessário superar a crise que atravessa o Direito e o Estado, que emerge a partir da contraposição de uma sociedade carente de direitos sociais-fundamentais (déficit decorrente de um Welfare State que não houve), com a materialidade do texto constitucional exurgente do pacto refundador de 1988. Buscar a superação dessa crise – que, insisto, é uma crise de paradigma⁵⁵ – é condição de possibilidade para a construção de um discurso jurídico apto a compreender as especificidades próprias da revolução copernicana ocorrida no plano do direito constitucional. Não há como discordar, assim, dos argumentos de Ferrajoli, quando afirma que, no Estado Democrático de Direito, houve uma alteração na relação entre a política e o Direito. Com efeito, o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse um mero instrumento, mas, sim, é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.⁵⁷

Enfim, nada melhor do que repetir, nesta quadra, a frase de W. Kāgi: “diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens de Constituição”. Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Portanto, o

significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, os conceitos de soberania popular, separação de poderes, maiorias parlamentares, cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de Constituição formal, no interior da qual o direito assumia um papel de ordenação, passa-se a revalorização do Direito, que passa a ter um papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social. É para este salto paradigmático que deve estar atento o jurista. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um “silêncio eloquente” acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de norma diretiva (dirigente) fundamental. Sob o manto de uma “baixa constitucionalidade” que obnubila o processo de compreensão do Direito, olvidou-se o constituir da Constituição; mas, muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele!

Referências

- ACKERMAN, B. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- BERCOVICI, G. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, op. Cit.
- BÖCKENFÖRD. *Los Metodos de la Interpretación Constitucional*. Inventario e Crítica. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BONAVIDES, P. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAPPELLETTI, M. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 217-225.
- CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- DÍAZ, E. El Estado Democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas. *Sistema*, n. 17-18.
- _____. *Estado de Derecho y Sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998.

_____. Socialismo democrático y Derechos humanos. In: *Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978.

DWORKIN, R. *L'empire du Droit*. Paris: PUF, 1994.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELY, J. H. *Democracy and Distrust*. A theory of Judicial Review. Cambridge/Mass, 1980.

FERRAJOLI, L. Jueces y política. Derechos y Libertades. In: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año IV, n. 7. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.

FREEMAN, S. Original Meaning, Democratic Interpretation and the Constitution. In: *Philosophy & Public Affairs*, vol. 21, n. 1, 1992, p. 13.

GARCIA HERRERA, M. A. Poder Judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional. In: IBÁÑEZ, P. A. (Ed.). *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

GARAPÓN, A. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. In: *Interpretação e Crítica*. 2.ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Barcelona: Editorial M.J. Bosch, 1998.

GROPPI, T. A justiça constitucional em Itália. In: *Sub judice 20/21*. Lisboa, 2002.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HABERMAS, J. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 1997.

KORINECK. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*. VVDStRL, Berlin, 1981.

MULLER, F. *Juristische Methodik, Fünfte Auflage*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1993.

NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: USP, 1997.

OLEA, M. A. Jurisdicción social, penal y contencioso-administrativa. In: *Division de poderes e Interpretacion*. Hacia una teoría de la praxis constitucional. Edicion e prólogo de Antonio Lopez Pina. Madrid: Tecnos, 1987.

QUEIROZ, C. *Interpretação e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

SALDANHA, N. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n.10. Recife, 2000.

SARLET, I. (Org.) *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*. Rio de Janeiro: UERJ, mimeo, 1995.

STARCK, C. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. Yale University Press, New Haven and London, 1982.

STEIN, E. *Seminário sobre a verdade*. Petrópolis: Vozes, 1983.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TRIBE, L. H. *American Constitutional Law*. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988.

_____. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1073, 1980.

_____. Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation. In: *Harvard Law Review*, vol. 108, n. 6, 1995.

URIARTE, E. *Introducción a la ciencia política: la política en las sociedades democráticas*. Madrid: Tecnos, sb.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; CUNHA MELO, M. P.; BURGOS, M. B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, s/d.

WELLINGTON, H. H. Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication. In: *The Yale Law Journal*, vol. 83, n. 2, 1973.

Notas

- 1 Texto que serviu de base para conferência proferida no Congresso Nacional da OAB-Salvador, em 13 de novembro de 2002.
- 2 Ver, nesse sentido, GRAU, E. R., na Apresentação de STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, obra para a qual, desde já, permito-me remeter o leitor, para um aprofundamento da problemática da hermenêutica.
- 3 O paradigma do Estado Democrático de Direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o Direito assume. Da idéia de Direito como ordenação e até mesmo de promoção, exsurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade

formal. Isto demandou um novo tipo de concepção acerca da jurisdição constitucional. Trata-se da instituição de tribunais aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais. Para uma explicação mais detalhada, ver STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- 4 Cfe. CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 226 e segs.
- 5 Sobre as assim denominadas “promessas da modernidade”, ver STRECK, Jurisdição, op.cit., cap 1 a 5.
- 6 Nesse sentido, consultar VIANNA, L.W.; CARVALHO, M. A. R. de. CUNHA MELO, M. P.; BURGOS, M. B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, p. 22 e 23.
- 7 A divisão entre dois eixos analíticos (procedimentalismo e substancialismo) é proposto por VIANNA, op.cit..
- 8 Para uma crítica aos valores substantivos e ao ativismo judicial, ver STARCK, C. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 59 e segs.
- 9 Desse autor, ver *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. Yale University Press, New Haven and London, 1982.
- 10 A posição de WELLINGTON, H. H. está em *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*. In: *The Yale Law Journal*, vol. 83, n. 2, 1973.
- 11 Consultar, para tanto, HABERMAS, J. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, especialmente p. 297 e segs. (I) e 170 e segs. (II)
- 12 Cfe. HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. vol. I, op.cit., em especial, p. 245 e segs..
- 13 Idem, ibidem.
- 14 Ver, nesse sentido, a percuciente análise de NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: USP, 1997, p. 142, 275 e 276.
- 15 Cfe. HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. vol. I, op.cit. É possível afirmar que há semelhanças entre o que CITTADINO (ibidem) chama de constitucionalismo comunitário com o que VIANNA (ibidem) chama de substancialismo. Cfe. VIANNA, op. cit, pp. 39 e 40. Ver, também, HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p.38; CITTADINO, op. cit, p. 16; BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 471 e segs.

- 16 Cfe. HABERMAS, J. *Direito e Democracia - entre facticidade e validade*. vol. II. op. cit., p. 170 e segs.; idem, *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid:Trotta, 1997, p. 99 e segs.; tb. CITADINO, op. cit., p.212; VIANNA, L. W. et al, op. cit.
- 17 Cfe. HABERMAS, J. *Direito e Democracia - entre facticidade e validade*. vol. I, p. 297 e segs. vol. II, p. 170 e segs.; tb. *Más Allá Del Estado Nacional*, op. cit., p. 99 e segs.
- 18 Idem, ibidem; tb. GARAPÓN, A. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996; especialmente VIANNA, L. W. et al, op. cit.
- 19 Cfe. HABERMAS, J. *Direito e Democracia - entre facticidade e validade*, op. cit., p. 328. Tb. ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Cambridge/Mass, 1980, p.133.
- 20 Ver nesse sentido, OLEA, M. A. Jurisdicción social, penal y contencioso-administrativa. In: *Division de poderes e Interpretacion*. Hacia uma teoria de la praxis constitucional. Edicion e prólogo de Antonio Lopez Pina. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 102, 103 e 117; com mais especificidade, DIAZ, E. Estado de Derecho y Sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1998; El Estado Democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas. *Sistema*, n. 17-18; Socialismo democrático y Derechos humanos. In: *Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978.
- 21 Para tanto, ver DIAZ, E. op.cit., Estado de Derecho y Sociedad democrática, op. cit., p.134.
- 22 Esse diagnostico é muito bem explicitado por Luciano de Oliveira e Alonso Pereira Apud GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Intrepretação e Crítica. 2.ed. São Paulo: RT, 1991, p. 148-149.
- 23 Cfe. ACKERMAN, B. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 148 e 149.
- 24 Essa crítica a HABERMAS tomo emprestado de STEIN, E. no seu *Seminário sobre a verdade* (Petrópolis: Vozes, 1983), parte final, devendo, naturalmente, ser contextualizada para os limites destas reflexões.
- 25 É razoável afirmar, desse modo, que a força normativa da Constituição – e o seu papel dirigente e compromissário – sempre teve, assim, uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos valores substanciais previstos na Lei Maior.
- 26 Para uma melhor compreensão acerca da dimensão hermenêutica do acontecer (Ereignen) da Constituição, remeto o leitor ao meu *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, em especial capítulo 12.
- 27 Idem, ibidem.
- 28 Idem, ibidem.
- 29 À evidência, as teses dworkianas, em determinados aspectos, não podem escapar às necessárias críticas. Assim, a delegação em favor do juiz para apoiar-se em si mesmo, a partir de uma espécie de privilégio cognitivo, enfim, a idéia

do juiz Hércules, bem como a tese de que sempre há uma única decisão correta não se coadunam com o pensamento pós-metafísico, isto é, com a viragem lingüística.

- 30 Consultar CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1988; DWORKIN, R. *L'empire du Droit*. Paris: PUF, 1994; idem *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977; VIANNA, L. W. et al, op. cit.
- 31 Consultar TRIBE, L. H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1073, 1980, p. 1065 e segs.; Ibidem, *American Constitutional Law*. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988; Ibidem Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation. In: *Harvard Law Review*, vol. 108, n. 6, 1995. Conferir, também, DIAZ, E., op. cit., p. 161 e segs.
- 32 Idem, ibidem.
- 33 Cfe. VIANNA, L. W. et al, op. cit.
- 34 Sobre a questão do fundamento, consultar *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit, cap. 5, onde estão explicitadas as bases do que denomino de uma Nova Crítica do Direito (NCD), de caráter anti-metafísico. A NCD constitui-se a partir da ontologia fundamental heideggeriana-gadameriana, tendo como uma das tarefas fundamentais a de superar o equívoco das teorias tradicionais acerca da interpretação, as quais, muito embora reconheçam que o Direito se caracteriza por um processo de aplicação (concretude), permanecem reféns do paradigma metafísico, na medida em que elaboram um processo de subsunção, a partir de significantes-primordiais-fundantes (nas suas variadas formas, seja a partir de um topos da tópica retórica, ou do sistema de normas proposto pela interpretação sistemática, ou ainda a (sub)divisão em sintaxe, semântica e pragmática da semiótica tradicional), que será “acoplado” a um caso. A Nova Crítica do Direito (NCD) procura também superar velhos dogmas que sustentam as teorias acerca da interpretação do Direito, como o de que o processo hermenêutico depende de um método ou de meta-critérios para aferição da verdade.
- 35 Cfe. KORINECK. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*. VVDStRL, Berlin, 1981, p. 45 e 46.
- 36 Cfe. CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 217-225.
- 37 Para uma crítica às novas posições de CANOTILHO, ver tb. KRELL. *Direitos Sociais*, op.cit., em especial pp. 67-70.
- 38 A idéia de um “constitucionalismo adequado” aparece, de certa maneira, em Böckenförd (Los Metodos de la Interpretación Constitucional. Inventario e Critica. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 13-14; 37-39).

- 39 Cfe. BERCOVICI, G. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, op. cit., p. 96.
- 40 Correta a tese de Canotilho acerca do alcance das cláusulas de intangibilidade. Hermeneuticamente, um texto não pode ficar imune à temporalidade e à historicidade. O que fica preservado é o núcleo político essencial da Constituição, que tem uma dimensão material. Não se pode esquecer, aqui, a idéia de “fundamento” desenvolvida no plano de uma Nova Crítica do Direito, explicitada no capítulo 5 do meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit.
- 41 Cfe. FREEMAN, S. Original Meaning, Democratic Interpretation and the Constitution. In: *Philosophy & Public Affairs*, vol. 21, n. 1, 1992, p. 13.
- 42 Cfe. BONAVIDES, P. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993, p. 9-10; também ver SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*. Rio de Janeiro: UERJ, mimeo, 1995, p. 20-21, além de VIANNA, L. W. et al. op. cit., p.40-41.
- 43 Como bem assinala Bruce Ackerman, ao tratar da problemática norte-americana, declarando inconstitucional um determinado dispositivo legal, o Tribunal está desempenhando uma função dualista crítica. Ele está indicando à massa de cidadãos privados que algo especial está ocorrendo nos corredores do poder; que seus pretendidos representantes estão tratando de legislar com pouca credibilidade; e que, uma vez mais, há chegado o momento de determinar se nossa geração responderá fazendo o esforço político requerido para redefinir, como cidadãos privados, nossa identidade coletiva. Cfe. ACKERMAN, B. op. cit., p.203.
- 44 Nesse sentido, Sarlet, por exemplo, entende que o art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição, impõe aos órgãos estatais a tarefa de “maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais”. Cfe. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, I. (Org.) *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 130.
- 45 Cfe. QUEIROZ, C. *Interpretação e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 65. Veja a esse propósito o seguinte acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal: “Todo este complexo normativo, que não é meramente programático e contém antes uma vinculação para o legislador ordinário, não pode desprender-se de princípios fundamentais consagrados na Constituição como seja o empenhamento da República ‘na construção de uma sociedade livre, justa e solidária’, o objectivo da ‘realização da democracia económica, social e cultural’, as tarefas fundamentais do Estado de promover ‘a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais’ e assegurar ‘o ensino e a valorização permanente.’” Ac. TC 148/94
- 46 Cfe. HABERMAS, J. *Direito e Democracia - entre facticidade e validade*. vol. II, p. 186.
- 47 Cfe. HABERMAS, J. *Más Allá del Estado Nacional*, op. cit., p.99.
- 48 Idem, ibidem.

49 Idem, ibidem.

50 Consultar GARCIA HERRERA, M. A. Poder Judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional. In: Andrés IBÁÑES, P. A. (Ed.) *Corrupción y Estado de Derecho* – El papel de la jurisdicción. Madrid: Trotta, 1996, p.83.

51 Conforme tenho referido à saciedade (v.g., Hermenêutica Jurídica E(m) Crise, 4.ed, op.cit e Jurisdição Cosntitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito, op.cit., não há equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma separação entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência-validade). Ou seja, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto (Ver, para tanto, Juristische Methodic, Fñfte Auflage. Berlin: Duncker & Humbolt, 1993; no mesmo sentido, GRAU, E. em *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Barcelona: Editorial M.J. Bosch, SL, 1998). Ocorre que o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na “sua” norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete (e, para isto, não há um processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido exsurgerà de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos). Por isto não há separação entre texto e norma; há, sim, uma diferença ontológica entre eles, questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente. A norma, assim, não é um capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”. Ela é a construção hermenêutica do sentido do texto. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da applicatio. Daí que, de algum modo, concordo com Nelson Saldanha em suas críticas a tese de Muller. Com efeito, Saldanha não concorda com a afirmação de que o texto da norma é apenas um “enunciado lingüístico”. “Todo texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto: o texto de um poema se distingue de seu ‘conteúdo’, como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. Os textos que integram o direito positivo contém a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se ‘chegaria’ à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico. A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas”. Cfe. SALDANHA, N. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n.10. Recife, 2000, pp. 203 e segs. Correto o professor pernambucano quando diz que os textos que integram o direito positivo contém já de pronto a norma cujo sentido aponta para o fato de que tais textos são jurídicos e não qualquer outra coisa. Ou seja, há um sentido que se antecipa e, portanto, é condição de possibilidade: antes de tudo, o texto é um texto jurídico! Em síntese, texto e norma são coisas distintas, mas não separadas,

no sentido de que possam subsistir um sem o outro. Também por isto um não contém o outro, assim como o ser não contém o ente. Por isto, o que existe é uma diferença entre ambos, que é ontológica.

- 52 No plano da hermenêutica, a isto se chama de "entificação do ser".
- 53 Ver, para tanto, STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit.
- 54 Es función básica del Estado del Bienestar la llamada procura existencial, es decir, la responsabilidad de garantizar condiciones dignas de existencia a los ciudadanos. Esto significa que los Estados tienen la obligación de asegurar unos niveles mínimos de alimentación, salud, alojamiento e instrucción, y que todos esos servicios del Estado se consideran parte de los derechos de los ciudadanos, y no como caridad. Cfe. URIARTE, E. *Introducción a la ciencia política: la política en las sociedades democráticas*. Madrid: Tecnos, sb, p. 100.
- 55 Ver, para tanto, GROPPi, T. A justiça constitucional em Itália. In: *Sub judice 20/21*. Lisboa, 2002, pp. 76 e 77.
- 56 Tenho insistido que a crise que atravessa o Direito é uma crise de paradigma de dupla face. A primeira, é uma crise de modelo, que se pode denominar de crise do paradigma do modelo liberal-individualista-normativista (espécie de crise do modo de produção do Direito); a segunda, que não existe sem a outra (são duas fazes da mesma moeda), é uma crise do processo de compreensão, que denomino de crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que torna a comunidade jurídica refém de uma relação sujeito-objeto, pela qual os juristas objetificam a realidade (trata-se, enfim, de uma crise hermenêutica). Na verdade, há uma crise da hermenêutica e uma dificuldade de elaborar uma hermenêutica da crise. Para mais, ver meu *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, op.cit.
- 57 Cfe. FERRAJOLI, L. Jueces y política. Derechos y Libertades. In: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año IV, n. 7. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.

Recebido em: maio de 2003.
Avaliado em: junho de 2003.
Aprovado em: junho de 2003.

