

# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O RESGATE DAS PROMESSAS DA MODERNIDADE: A PERMANENCIA DO CARÁTER COMPROMISSÁRIO (E DIRIGENTE) DA CONSTITUIÇÃO

Lenio Luiz Streck <sup>1</sup>

## 1. O constitucionalismo contemporâneo e a tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação: o (novo) papel do direito no Estado Democrático de Direito

A discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo é tarefa que (ainda) se impõe. O constitucionalismo não morreu. As noções de força normativa da Constituição e de Constituição dirigente e compromissária não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um países em que as promessas da modernidade, contempladas nos textos constitucionais, carecem de uma maior efetividade.

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<sup>2</sup> a partir desse novo paradigma de Direito e de Estado. Mais do que isto,

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado; Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica; Procurador de Justiça-RS; Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS. Professor convidado de diversas Universidades do Brasil (UNESA-RJ e UNISC-RS) e do exterior (Universidade de Valladolid e Universidade de Lisboa). Autor de Hermenêutica Jurídica E(m) Crise (4<sup>a</sup> ed) As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais (2<sup>a</sup> ed), Ciência Política e Teoria Geral do Estado (3<sup>a</sup> ed), Tribunal do Júri - Símbolos e Rituais (4<sup>a</sup> ed), entre outras, todas da Editora Livraria do Advogado, RS, e Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito, 2<sup>a</sup> ed., Editora Forense,RJ..

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

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 nesse novo paradigma.

Há que ter claro que o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito traz implícita a problemática da tensão entre jurisdição e legislação. Isto porque, como assevera Bachof,

“as normas constitucionais em muitos casos *não podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas*: tais valorações, porém, são sempre, até em determinado ponto, subjetivas. Assim, verificar-se-á sempre inevitavelmente uma certa relação tensionante entre o direito e a política. O juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas.”<sup>3</sup>

A evolução da Teoria do Estado implica o surgimento da “politização” da Constituição. Do normativismo constitucional saltamos para a Teoria Material da Constituição. *Este é o momento da imbricação entre Constituição e política*. E o Estado Democrático de

---

<sup>2</sup> Utilizo a expressão “direitos fundamentais-sociais” porque os direitos sociais são direitos fundamentais prestacionais. Nesse sentido, a preocupação primordial é com a esfera dos direitos fundamentais a prestações, que tem por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. Assim, enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo) têm por objeto precípua uma conduta positiva do Estado ou particulares destinatários da norma, conforme muito bem assinala Ingo Sarlet (Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pp. 272 e segs). Relativamente à vinculação dos particulares (eficácia inter privados) aos direitos fundamentais, consultar Bilbao Ubillos, Juan Maria. Los derechos fundamentales en la frontera entre público y lo privado. Madrid, Estudios Ciências Jurídicas, 1997.

<sup>3</sup> Cfe. Bachof, Otto. Estado de Direito e Poder Político. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LVI. Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 10.

Direito é o locus privilegiado deste acontecimento. A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofó em que convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), a *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal) e a *social* (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de “essência” do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente. É exatamente por isto que Hans Peter Schneider vai dizer que *a Constituição é direito político: do, sobre e para o político*.<sup>4</sup>

Por isso, a importância que deve ser dada à discussão acerca do tipo de justiça constitucional encarregada de realizar o controle da constitucionalidade do ordenamento jurídico de cada país. O deslocamento do pólo de tensão relacionado à clássica questão da divisão-separação de Poderes recebe, destarte, uma nova concepção a partir do estabelecimento de tribunais que não fazem parte – *stricto sensu* – da cúpula do Poder Judiciário,<sup>5</sup> trazendo consigo, em sua estruturação, a efetiva participação do Poder Legislativo.

Não há dúvidas, pois, que esse novo modelo de justiça constitucional – o modelo de tribunais *ad hoc* introduzido *stricto sensu* a partir da Áustria e reafirmado nas Constituições da Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, para falar apenas nas principais –, deixa marcas indeléveis no constitucionalismo contemporâneo. A doutrina alemã, especialmente ela, em grande medida baseada no estudo da Lei Fundamental e da atuação do *Bundesverfassungsgericht*, influenciou todo o pensamento constitucional, mormente no que se

---

<sup>4</sup> As três dimensões das funções da Constituição podem ser encontradas em Schneider, Hans Peter. *La Constitución – Función y Estructura*. In: *Democracia y Constitución*. Madrid, CEC, 1991, pp. 35-52.

<sup>5</sup> Registre-se que o Brasil, durante o processo constituinte de 1986-88, optou por permanecer com o modelo do judicial review de inspiração norte-americana, rejeitando a fórmula dos tribunais constitucionais, de tanto êxito na Europa continental.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

relaciona ao estudo da eficácia dos direitos fundamentais e dos mecanismos interpretativos que sustenta(va)m as teses advindas da idéia de força normativa do texto constitucional e seu caráter dirigente.

É razoável afirmar, desse modo, que a força normativa da Constituição - e, se assim se quiser, 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*. Para uma tal constatação, basta um exame na jurisprudência dos tribunais constitucionais - mormente a dos primeiros anos - de países como Alemanha, Espanha e Portugal, sem olvidar, aqui, a importância do assim denominado “ativismo judicial” da *Supreme Court* dos Estados Unidos, por exemplo, do “Tribunal Warren”.

Claro que sempre há temores em relação a esse “intervencionismo” da justiça constitucional, questão que aparece nitidamente nas posturas de autores de nítido perfil procedimentalista como Jürgen Habermas e John Hart Ely, para citar apenas estes, como será detalhado mais adiante. Fazendo um contraponto de cariz substancialista, vale lembrar o dizer de Garcia Herrera,<sup>6</sup> para quem *cuando se defiendem los principios constitucionales no se hace política sino defensa jurisdiccional de la Constitución*.<sup>7</sup> E, ademais,

“(...) a quem disser que a Constituição assim cai na utopia sempre se poderá replicar com P. Lucas Verdú que `todas as

---

<sup>6</sup> Cfe. Garcia Herrera, Miguel Angel. Prólogo a la segunda edición del Manual de Derecho Constitucional. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heide. Madrid, Marcial Pons, 2001.

<sup>7</sup> Talvez por isto alguns autores aduzem ser el Tribunal Constitucional el protector último de los derechos fundamentales. Nesse sentido, Juan Antonio Doncel Luengo, in: El modelo español de justicia constitucional. Las decisiones más importantes del tribunal constitucional. Sub judge, janeiro/junho, 20/21. Coimbra, Docjuris, 2001, pp. 79 e segs.

realidades de hoje foram utopias de ontem.' A 'Constituição justa' pode ser utópica, mas, como muito bem observa Muguerza, *quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser.* Por nosso lado, não hesitaremos em subscrever a 'profecia' de Macpherson: 'Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana'.<sup>8</sup>

Nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a *democracia* e os *direitos fundamentais*. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. *Há, assim, uma co-pertença entre ambos.* O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos previstos nas Constituições.

Entrementes, parece inexorável que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado a partir da seguinte equação: *de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.* Ao lado dessa problemática, há a questão da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) desconstituir atos normativos do Poder Executivo e/ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo.

---

<sup>8</sup> Cfe. Cabral Pinto, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 218 e 219.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

Esse tensionamento assume contornos mais graves quando o sistema se depara com decisões do Poder Judiciário tidas como “invasoras de sub-sistemas” ou epitetadas como típicas decisões que “judicializam a política”, como é o caso de sentenças emanadas dos juízes e tribunais brasileiros determinando a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, fornecimento de remédios com fundamento no art. 196 da Constituição, a extensão, com base no princípio da isonomia, de benefícios a categorias de trabalhadores não contempladas em ato normativo, o problema das ocupações de terras improdutivas por movimentos sociais que clamam pelo cumprimento do dispositivo constitucional que estabelece a função social da propriedade, só para citar alguns exemplos.

Esse debate parece interminável. Afinal, ainda é possível falar em Constituição compromissária? Pode um texto constitucional determinar o agir político-estatal? A vontade geral popular, representada por maiorias eventuais, pode alterar substancialmente o conteúdo da Constituição, naquilo que é o seu núcleo político? Ainda é possível falar em soberania dos Estados? Quais os limites do “constituir” da Constituição? Muito embora a notória complexidade do problema, parece possível estabelecer as bases mínimas para a sua compreensão. Com efeito, há que se entender, antes de mais nada, que a Constituição além de ser *o elo conteudístico que une “política e direito”* em um determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra maiorias. *E ao se constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz insito um núcleo político que somente pode ser extirpado/solapado a partir de uma ruptura institucional.*

Esta é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito. E é dessa intrincada engenharia política que exsurge um *novo papel para o Direito* e, por consequência, para a Constituição.

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 da função da jurisdição constitucional na concretização de direitos sociais-fundamentais, é porque se está a admitir que, primeiro, *há um grau de 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 Constituição, 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,<sup>9</sup> que está ligado 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 (constitucionais) aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais.

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 à justiça constitucional nesse (novo) panorama estabelecido pelo

---

<sup>9</sup> Para uma explicação mais detalhada, ver Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

constitucionalismo do segundo pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte de 1986-88 assumiu uma postura que Cittadino<sup>10</sup> muito apropriadamente denomina de “comunitarista”.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É desse liame indissolúvel que surge 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,<sup>11</sup> 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.*

Desse modo, na medida em que a Constituição assume um caráter primordial nessa arena política, a partir de uma verdadeira *revolução copernicana* 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

<sup>10</sup> Cfe. Cittadino, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1999, p. 226 e segs.

<sup>11</sup> Sobre as assim denominadas “promessas da modernidade”, ver Streck, Jurisdição, op.cit., cap 1 a 5.



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?

### 2.1. O procedimentalismo e a crítica ao “ativismo judicial”

Muito embora procedimentalistas e substancialistas<sup>12</sup> reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do segundo pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e Ely, apresenta consideráveis divergências<sup>13</sup> com a corrente substancialista, sustentada por autores como Mauro Cappelletti, Bruce Ackerman, L.H. Tribe, M.J. Perry,<sup>14</sup> H.H. Wellington,<sup>15</sup> em alguma medida por Dworkin, pelo menos na leitura que dele faz Robert Alexy, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau, entre outros.

Sustentando a tese procedimentalista, Habermas<sup>16</sup> 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,

---

<sup>12</sup> A divisão entre dois eixos analíticos (procedimentalismo e substancialismo) é proposto por Vianna, op.cit..

<sup>13</sup> Para uma crítica aos valores substantivos e ao ativismo judicial, ver Starck, Christian. *La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra, Coimbra Editores, 1995, p. 59 e segs.

<sup>14</sup> Deste 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.

<sup>15</sup> A posição de Wellington está em *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*. *The Yale Law Journal*, vol. 83, n. 2, dezembro de 1973.

<sup>16</sup> Consultar, para tanto, Habermas, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade, I e II*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, especialmente p. 297 e segs. (I) e 170 e segs. (II)

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 segundo pós-guerra.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Mais ainda, Habermas faz uma crítica a juridificação

<sup>17</sup> Cfe. Habermas, *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. I, op.cit., em especial, p. 245 e segs..

<sup>18</sup> *Idem*, *ibidem*.

própria do modelo do Estado Social, chamando-a de “colonização do mundo da vida”.<sup>19</sup>

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),<sup>20</sup> parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas.<sup>21</sup> 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

---

<sup>19</sup> Ver, nesse sentido, a percuente análise de Neves, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo, USP, 1997, p. 142, 275 e 276.

<sup>20</sup> Cfe. Habermas, Direito e Democracia I, op. cit.

<sup>21</sup> Cfe. Habermas, Jürgen. Direito e Democracia II, op. cit., p. 170 e segs.; idem, Más Allá del Estado Nacional. Madrid, Ed. Trotta, 1997, p. 99 e segs.; tb. Ciudadino, op. cit., p.212; Vianna *et al*, op. cit.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

## 2.2. O substancialismo e as necessárias críticas às teses procedimentalistas

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, Dworkin<sup>25</sup> se aproxima, em alguns pontos, dessa

---

<sup>22</sup> Cfe. Habermas, *Direito e Democracia* I, p. 297 e segs. e II, p. 170 e segs.; tb. *Más Allá Del Estado Nacional*, op. cit., p. 99 e segs.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*; tb. Garapón, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris, Odile Jacob, 1996; especialmente Vianna, *et al*, op. cit.

<sup>24</sup> Cfe. Habermas, *Direito e Democracia*, op. cit., p. 328. Tb. Ely, J. H. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Cambridge/Mass, 1980, p.133.

<sup>25</sup> 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.

posição, entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição.<sup>26</sup> 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 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*.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Consultar Cappelletti, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre, Fabris, 1988; Dworkin, Ronald. *L'empire du Droit*. Paris, PUF, 1994; idem *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1977; Vianna *et al*, op. cit.

<sup>27</sup> 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*. The Foundation Press, Mineola, New York, 2a. ed., 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, Díaz Revorio, Francisco Javier. *La constitución como orden abierto*. Madrid, Estudios Ciencias Jurídicas, 1997.op. cit., p. 161 e segs.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

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 juizes, porém não aos cidadãos nem aos representantes, em face de sua incapacidade para informar no conteúdo do debate, discussão e decisão política.<sup>28</sup>

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 evidencia, 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.<sup>29</sup> 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,<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>29</sup> Cfe. Vianna, *op. cit.*

<sup>30</sup> 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, onde procuro 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

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) *passa 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,<sup>31</sup> 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*.

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).<sup>32</sup>

---

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.

<sup>31</sup> Cfe. Korineck. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. VVDStRL, Berlin, 1981, p. 45 e 46.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

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 Social estabelecido nas Constituições de perfil transformador. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional - ou do que dele ainda resta - 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 monárquico-autárquico* (ou, utilizando a expressão cunhada por Gomes 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. *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!

Por outro lado, defender a força normativa da Constituição não significa alçar a Constituição à condição de texto sagrado. 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..* Numa palavra, se os direitos sociais-fundamentais constituem a “essência” da

---

<sup>32</sup> Cfe. Bercovici, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides, op. cit, p. 96.



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 que lhe dá Hans-Georg Gadamer) 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 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 compromissória 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, por exemplo, no Brasil, 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.*

Em razão do que foi exposto, entendo que o órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *cheks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência*

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

*mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias<sup>33</sup> parlamentares (que, a toda evidência, também devem obediência à Constituição) . Assim, é absolutamente correta a tese de Freeman,<sup>34</sup> 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 Bonavides<sup>35</sup> justifica a tese substancialista, admitindo, por motivos pragmáticos, a judicialização da política - se assim se quiser denominar o fenômeno da concretização de direitos fundamentais-sociais pela via judicial - em países em que haja um acentuado grau de inefetividade da Constituição (é o típico caso do Brasil). 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.

Assim, 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,*<sup>36</sup> onde a função da Corte Constitucional, originária ou

---

<sup>33</sup> Ver, nesse sentido, Tribe, Laurence. The puzzling persistence of process-based theories. Yale Law Journal, 1980, p. 896.

<sup>34</sup> Cfe. Freeman, Samuel. Original Meaning, Democratic Interpretation and the Constitution, In Philosophy & Public Affairs, vol. 21, n. 1, 1992, p. 13.

<sup>35</sup> Cfe. Bonavides, Paulo. A Constituição Aberta. Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1993, p. 9-10; também ver Siqueira Castro, Carlos Roberto de. A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem. Rio de Janeiro, UERJ, mimeo, 1995, p. 20-21, além de Vianna, op. cit., p.40-41.

<sup>36</sup> Cfe. Habermas, Más Allá, op. cit., p.99.

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*,<sup>37</sup> 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’”,<sup>38</sup> a realidade de países de modernidade tardia - como é o caso específico do Brasil - aponta exatamente na direção contrária.

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 mais de 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.

### **3. A permanência da capacidade compromissária-dirigente do texto constitucional e a necessidade de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia**

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. Não tenho dúvida de que a tese da Constituição dirigente não está morta, questão, aliás,

---

<sup>37</sup> Idem, ibidem.

<sup>38</sup> Idem, ibidem.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

já debatida à sociedade.<sup>39</sup> Repita-se, aqui, o dizer de Canotilho: “a Constituição dirigente está morta *se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias*”. Ou seja, 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

---

<sup>39</sup> Por todos, o texto produzido a partir do colóquio realizado na Fazenda Cainã, no Paraná, intitulado Canotilho e a Constituição Dirigente, organizado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, editora Renovar, 2002; ver, também Canotilho, J.J. Gomes. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitución y Coinstitucionalismo Hoy*. Carcas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 217-225; *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 4ª. ed.Coimbra, ed. Coimbra, 2001 (prefácio); *O Estado Adjetivo e a Teoria da Constituição*. In: *Revista da PGE-RS*, n. 56, dez/2002.

(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.<sup>40</sup> 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

---

<sup>40</sup> Ver, para tanto, Morais, José Luis Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada<sup>41</sup> 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.

---

<sup>41</sup> 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).

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*.

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 jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

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*”.<sup>42</sup>

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”

---

<sup>42</sup> Cfe. Bercovici, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides, op. cit, p. 96.



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 monárquico-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. *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.

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

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

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.*

#### **4. O papel da hermenêutica nesse (necessário) rompimento paradigmático e o (novo) papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais-sociais**

Em Cem Anos de Solidão, Gabriel Garcia Marques conta que, em Macondo, o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las precisava-se apontar com o dedo. O Estado Democrático de Direito – e as Constituições que o institucionalizaram – também são muito recentes. Olhando a imensidão dos textos constitucionais, colhe-se a nítida impressão que algumas coisas ainda não têm nome; os juristas limitam-se – quando o fazem – a apontá-las com o dedo... A falta de uma pré-compreensão impede o acontecer do sentido. Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos. Desse modo, o intérprete do Direito falará o Direito e do Direito a partir dos seus pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão.<sup>43</sup> Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que o intérprete tem no mundo. O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto. Estará, sim, sempre inserido em uma situação hermenêutica.

É preciso ter claro, desde logo, que diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade, que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo – que sempre ex-surgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da

---

<sup>43</sup> Cfe. Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Method*, I, II. Tübingen, Mohr, 1990.

Constituição, que, mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, *é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social*. A tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

Destarte, uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição - naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito - inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais-sociais. As condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Desse belvedere compreensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento. E sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico - e essa é a especificidade maior da ciência jurídica - , de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurgirá a sua (in)efetividade.

Calham, pois, aqui, as palavras de Konrad Hesse, para quem resulta de fundamental importância para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, a qual se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional. Trata-se, pois, de problema fundamentalmente hermenêutico.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

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.<sup>44</sup>

Não é difícil constatar, assim, que a análise da jurisdição constitucional deve estar atravessada por essa perspectiva hermenêutica. Numa palavra: a inserção da justiça constitucional no contexto da realização dos direitos fundamentais-sociais – compreendida essa realização/concretização de forma subsidiária, na omissão dos poderes encarregados para tal – deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Daí a necessidade de se admitir um certo grau de deslocamento da esfera de tensão em direção à justiça constitucional. Afinal de contas, como muito bem assevera Ferrajoli, 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 podem ser violados; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.*<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> No plano da hermenêutica, a isto se chama de “entificação do ser”.

<sup>45</sup> Cfe. Ferrajoli, Luigi. Jueces y política. Derechos y Libertades. In: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año IV. Janeiro de 1999, n. 7. Madrid,

### À guisa de conclusão

1. Já no longínquo ano de 1945, o jurista Werner Käge<sup>46</sup> clamava: *Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast*. A assertiva de Käge, que condicionava o sentido de Constituição ao que pensamos sobre o papel da jurisdição constitucional, ainda hoje encontra ressonância quando se pretende discutir a problemática referente à (in)efetividade da Constituição.

2. O segundo pós-guerra foi sobremodo generoso para com o direito constitucional. Com efeito, enquanto o constitucionalismo é atravessado por uma verdadeira revolução copernicana, inaugurando uma fase que pode ser denominada de pós-positivismo (como bem diz o jurista brasileiro Paulo Bonavides, “antes triunfaram os códigos; hoje, triunfam as Constituições”), os textos constitucionais – mais do que fundamento de validade (superior) do ordenamento – passam a consubstanciar a própria atividade político-estatal, a partir do estabelecimento dos direitos fundamentais-sociais e dos mecanismos para a sua concretização.

3. Esta revolução copernicana não estaria completa sem um novo olhar sobre a jurisdição constitucional, que passa a cumprir um papel de extrema relevância nesta quadra da história. Portanto, as possibilidades de efetivação dos direitos previstos nos textos constitucionais passam a depender do processo de compreensão do significado desse novo paradigma jurídico-político.

---

Universidad Carlos III.

<sup>46</sup> Cfe. KÄGI, Werner. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht*. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945, p. 147. - (Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição).

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

4. Nesse contexto, os conceitos de soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentares vão dar lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Isto é, 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.

5. Esse paradigma toma forma quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, começa a ser contestada de dois modos: de um lado, os textos constitucionais dirigentes e compromissários, apontando para um dever de concretizar os 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 também acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição.*

6. Há, assim, a prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria, *o que significa entender a Constituição como um remédio contra maiorias.* Portanto, a noção de um terceiro modelo de direito, o Estado Democrático de Direito, leva em conta a noção de Constituição como valores a serem realizados, exurgentes do contrato social. *A Constituição surge, nesse terceiro modelo/paradigma, não somente como a explicitação do contrato social, mas, mais do que isso, com a sua força normativa de constituir-ação do Estado.*

7. Em face do que foi exposto, entendo que há um novo papel reservado à jurisdição constitucional no interior deste novo paradigma, reservando-se-lhe uma nova forma de 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 eventuais.*

8. Sempre se poderá dizer – e este é um dos pontos preponderantes da discussão entre defensores das teses procedimentalistas e substancialistas – que falta aos tribunais a legitimidade política e os instrumentos básicos necessários para a implementação das políticas do bem-estar social.

9. A toda evidência, quando estou falando de uma função “intervencionista” da justiça constitucional,<sup>47</sup> não estou propondo

---

<sup>47</sup> Juristas importantes como Ingeborg Maus têm feito agudas críticas ao intervencionismo dos tribunais constitucionais, na esteira das correntes de cariz procedimentalista. A jurista alemã faz uma crítica à leitura moral da Constituição feita por autores como Dworkin, que, segundo ela, oculta moralmente um decisionismo judicial. Mais ainda, assevera que “quando a justiça escede ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social: controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.” Na verdade, Maus faz um retorno à Rousseau, em uma espécie de “recuperação do político” obnubilado pelo crescente deslocamento da esfera de tensão dos poderes executivo e legislativo em direção à justiça constitucional. Por isto vai dizer que nos “estímulos à expansão do âmbito de ação da justiça encerra-se o círculo da delegação coletiva do superego da sociedade.” Embora não assuma a radicalidade procedimentalista de autores como Habermas e Ely, é possível afirmar que Maus, em parte, aproxima-se do primeiro, quando sustenta que os Tribunais Constitucionais não devem ser alçados à categoria de protetores de uma ordem suprapositiva de valores. A onipotência dos Tribunais Constitucionais – e sua maior crítica é dirigida ao *Bundesverfassungsgericht* – faz com que a Constituição passe a não ser mais compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de processos e de garantias fundamentais das esferas de liberdades capazes de garantir todos esses processos políticos e sociais, mas como um texto fundamental do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. Assim, conclui, o Tribunal Federal Constitucional (alemão) realiza em muito de seus votos de maioria “teologia constitucional”. Cfe. Maus, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Trad. de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife n. 11. Recife, UFPE, 2000, pp. 125 e segs. Essa posição é endossada, no Brasil, por Gilberto Bercovici (A Constituição Dirigente

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política).<sup>48</sup> Tampouco se defende, como bem assinala Garcia Herrera, la transformación de la magistratura en sujeto político, ni se propugna recuperar la pugna entre Constitución y Ley, marginando al Parlamento y transformando al juez en protagonista principal del desarrollo constitucional; antes bien, la apelación a jurisdicción (constitucional) no se confronta con la relación Ley-Constitución, sino que se asienta en la fase del desarrollo constitucional en el que

a Crise da Teoria da Constituição, op.cit., e Martonio Mont’Álverne Barreto Lima (Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário. Revista da Procuradoria-Geral da República n. 8. São Paulo, RT, jan/jun de 1996). Levando em conta as especificidades do caso brasileiro, onde, passados quinze anos da promulgação da Constituição, grande parte dos dispositivos continuam inefetivos, não é possível concordar com as críticas de Maus ao “intervencionismo” ou “ativismo” dos Tribunais (justiça constitucional). Com efeito, no Brasil a justiça constitucional historicamente tem assumido uma postura de *self restraint*, longe, portanto, do ativismo próprio de alguns tribunais constitucionais europeus, principalmente o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. Exemplo paradigmático neste sentido é o esvaziamento do Mandado de Injunção. Ou seja, as hipóteses de ativismo judicial *stricto sensu* se resumem a um “ativismo às avessas”, o que parece ser exatamente o caso do julgamento do Mandado de Injunção n. 107 pelo STF ou a “proibição” da progressividade do IPTU do município de São Paulo, fruto da Reclamação n. 383. Na verdade, as posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação a várias situações envolvendo hipóteses que reclamavam um certo “ativismo judicial” apontam para um “ativismo negativo”, que nada mais é do que a assunção de uma estratégica posição de *self restraint*. Esta postura da justiça constitucional brasileira, que denomino de “baixa constitucionalidade”, pode ser debitada a vários fatores, como: os curtos períodos de democracia vividos pelo País e a conseqüente falta de autonomia do Supremo Tribunal Federal; as primeiras décadas de controle difuso sem mecanismos de extensão dos efeitos das decisões; a tardia inserção do controle concentrado de constitucionalidade (apenas em 1965); o tardio ingresso do Brasil na era do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, isto é, o estabelecimento de um texto constitucional dirigente e compromissário ocorreu somente em 1988, acumulando a etapa do *welfare state* que não houve com o Estado Democrático de Direito. A isto se deve somar a grave crise de cunho paradigmático que atravessa o Direito. É evidente que a defesa de um certo grau de intervencionismo da justiça constitucional – que venho sustentando sem a menor ilusão de que existam apenas “bons ativismos e bons ativistas” - implica o



nos encontramos caracterizada por la contradicción entre los valores constitucionales y las propuestas alternativas con motivo de la crisis del Estado social, y por la pérdida de sustantividad de la Ley que deja unos márgenes de decisión que deben ser llenados con y desde la Constitución, desde sus derechos y decisiones fundamentales: “Enlazando con las premisas antes enunciadas, el significado de la jurisdicción no puede desligarse de las características de una Constitución asentada en un pacto contradictorio, basada en

---

risco, e esta aguda crítica é feita por Bercovici, de o STF decidir “*contra a Constituição*”, considerando-se “*o dono da Constituição, interpretando-a em desacordo com seus princípios fundamentais*”, usurpando, assim, “*poderes constituintes*”. (Cfe. Bercovici, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo, Max Limonad, 2002, pp. 309-310) Contra argumentando, tenho que o Tribunal Constitucional sempre faz política. E isto é inexorável. O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo na consecução de políticas públicas (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), *não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões*. O risco de o Poder Judiciário solapar o sentido da Constituição (de forma omissiva ou comissiva) efetivamente é considerável. Basta ver, para tanto, a crise de paradigmas que atravessa a operacionalidade do Direito. Entretanto, sendo a Constituição o elo conteudístico que liga a Política ao Direito, o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição dependerá - mormente em países como o Brasil, onde maiorias de quatro em quatro anos tentam reformar a Constituição, como se a sua existência fosse um empecilho para os “bons projetos salvacionistas” dos governantes - não somente, mas também, da atuação da sociedade civil, instando as instâncias judiciárias ao cumprimento da Constituição, mediante o uso dos diversos mecanismos institucionais (ações constitucionais, controle difuso e concentrado de constitucionalidade). *E isto também implica lutas políticas* (basta ver o considerável número de ações constitucionais tentadas por partidos políticos)

<sup>48</sup> 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

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

contenidos materiales, traspasada por valores contrapuestos pero finalizada hacia la consecución de objetivos de igualdad sustancial, aunque haya unos principios de consenso universal (dignidad, democracia).<sup>49</sup>

10. Ou seja, quando defendo um certo grau de “intervencionismo de cunho substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais-Sociais e ao núcleo político do Estado Social imanente ao paradigma do Estado Democrático de Direito estabelecido nos textos constitucionais do segundo pós-guerra. Isto implica assumir a tese – e Andreas Krell<sup>50</sup> aponta corretamente nessa direção -, de que, ali onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, *cabem a justiça constitucional tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais da correição de prestações dos serviços sociais básicos.*

11. Não se pode ignorar 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 Queiroz<sup>51</sup>, para quem *quando existe um direito, este se*

---

fazendo o esforço político requerido para redefinir, como cidadãos privados, nossa identidade coletiva. Cfe. Ackerman, op. cit., p.203.

<sup>49</sup> Cfe. García Herrera, Miguel Angel. Poder judicial e Estado social. In: Corrupción y Estado de Derecho – el papel de la jurisdicción. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid, Trotta, 1999, p. 83.

<sup>50</sup> Cfe. Krell, Andréas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. n. 10. Recife: UFPE, 2000, p. 56-57.

<sup>51</sup> Cfe. Queiroz, Cristina. Interpretação e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra, Coimbra Editora, 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

*mostra sempre como justificável.* 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’.

12. Por isto, ainda com García Herrera, propugno una resistencia constitucional en cuanto política del Derecho encaminada a salvaguardar la vigencia y la eficacia del proyecto constitucional. Con la resistencia constitucional se intenta conseguir un doble objetivo: por una parte, suplir las carencias materiales de la Ley, ya sea en su vertiente de indefinición programática o en su aspecto de esquema procedimental, apelando, en última instancia, a los contenidos consagrados constitucionalmente y, por otra parte, salvaguardar la vocación transformadora consustancial a la Constitución que, sin merma de los espacios de desarrollo político consentidos al legislador, establece una estructura de proyecto ideal que debe presidir la resolución del conflicto, sobre todo en aquellos temas referidos a los derechos sociales, apertura del sistema y integración de nuevas demandas.<sup>52</sup>

13. Propugnar por uma resistência constitucional significa “detectar el conflicto entre principios constitucionales y la inspiración neoliberal que promueve la implantación de nuevos valores que entran en contradicción con aquéllos: solidaridad frente al

---

‘realização da democracia econômica, social e cultural’, as tarefas fundamentais do Estado de promover ‘a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais’ e assegurar ‘o ensino e a valorização permanente’”. Ac. TC 148/94 (deixar sem tradução)

<sup>52</sup> Cfe. García Herrera, op.cit.

A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição

individualismo, programación frente a competitividad, igualdad sustancial frente a mercado, dirección pública frente a procedimientos pluralistas.<sup>53</sup>

14. Este processo de *resistência constitucional* – que, para mim, passa a ser um compromisso ético dos juristas – *supera o esquema de igualdade formal rumo à igualdade material*, implicando, entre outras tarefas, a utilização, de forma ampla, dos mecanismos de acesso à justiça, através da jurisdição constitucional, nas suas mais variadas formas (controle de constitucionalidade, writs constitucionais (mandado de segurança, mandado de injunção, ação de descumprimento de preceito fundamental, etc), filtragem hermenêutico constitucional, com a utilização de decisões de *verfassungskonforme Auslegung*, *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*, o apelo ao legislador, etc), buscando o cumprimento não só do respeito aos direitos fundamentais de defesa, como a efetiva implantação dos direitos sociais prestacionais. 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*.

15. Afinal, somos juristas para que? Fazemos Direito para quem? Qual a função da justiça constitucional (enfim, do Poder Judiciário)? Parece que Andréas Krell possui uma resposta absolutamente adequada a essas questões, quando assevera que é obrigação de um Estado Social (fórmula constante nos principais textos constitucionais do segundo pós-guerra) controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a

---

<sup>53</sup> Consultar García Herrera, Miguel Angel. Poder Judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional. In: Corrupción y Estado de Derecho - El papel de la jurisdicción. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid, Editorial Trotta, 1996, p.83.

pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade (Helmut Willke). Dessa maneira, os Direitos Fundamentais da primeira geração foram tomados como fontes de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado. Por isso, conclui, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Democrático (e Social) de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas têm seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.<sup>54</sup>

16. Numa palavra: há que se construir (novos) caminhos na busca da concretização das promessas da modernidade plasmadas no texto constitucional. Como na Macondo de Gabriel Garcia Marquez, algumas “coisas” dos direitos fundamentais sociais e dos textos constitucionais ainda estão sendo apontadas com o dedo, porque ainda não têm a “nomação constitucionalizante”. Velhos pré-juízos continuam a nos causar prejuízos. Talvez **na imbricação entre jurisdição constitucional e participação da sociedade esteja o caminho para o novo**, para a superação da crise, que, como se sabe, existe exatamente quando o novo não nasce e o velho não morre; enfim, quando o velho obscurece o novo. Por isto igualmente devemos superar a dicotomia judicialização da política-politização do jurídico, isto porque, como bem assinala Gisele Cittadino,<sup>55</sup> *a tarefa de concretizar os direitos fundamentais-sociais é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais e da jurisdição constitucional, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer!*

---

<sup>54</sup> Cfe. Krell, op. cit., p. 41 e 55.

<sup>55</sup> Cfe. Cittadino, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: Vianna, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, p.39.