



Konrad  
-Adenauer-  
Stiftung

CENTRO DE ESTUDOS

*"O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E  
DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO"*

© 1999 Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung  
Representação no Brasil  
Centro de Estudos  
Rua Eng.º Antônio Jovino, 220, 4º andar  
05727-220 São Paulo, SP  
Brasil  
Telefone: 0055-11-3743-1055  
Telefax: 0055-11-3743-9025  
e-mail: [konrad@adenauer.com.br](mailto:konrad@adenauer.com.br)  
home-page: <http://www.kas.de/Brasil>

Escritório em Fortaleza:  
Av. Dom Luís, 880, Sala 601/602  
60160-230 Fortaleza, CE  
Telefone: 0055-85-261-9293  
Telefax: 0055-85-261-2164  
e-mail: [kasfor@roadnet.com.br](mailto:kasfor@roadnet.com.br)

Matriz:  
Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.  
Rathausalle 12  
53757 Sankt Augustin  
República Federal da Alemanha  
Telefone: 0049-2241-2461  
Telefax: 0049-2241-246508  
e-mail: [zentrale@kas.de](mailto:zentrale@kas.de)  
home-page: <http://www.kas.de>

ISBN 85-85535-84-9

Capa: Ettore Bottini

Responsável: Winfried Jung

Pré-edição e revisão técnica: José Mario Brasilense Carneiro

Impresso no Brasil - Printed in Brazil

# A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA E O PODER JUDICIÁRIO

# DEBATES

ANO: 1999

Nº 20

Este é um momento importante para discutirmos a propósito da Constituição de 1988. Tenho recordado aos meus alunos dos cursos de pós-graduação que, em 1988, ganhámos uma Constituição que encontrou as faculdades de direito sem um instrumental teórico adequado para compreendê-la em sua complexidade. Daí a relativa estranheza que vemos nos escritos de alguns constitucionalistas a respeito da nova lei fundamental. Ganhámos uma nova Constituição e, lamentavelmente, não tínhamos, ainda, teoria constitucional adequada, salvo uma ou outra exceção.

Hoje, em 1998, quando podemos comemorar os dez anos da Constituição, temos uma teoria constitucional adequada. O Brasil dispõe de uma sofisticada teoria constitucional, como é o caso também dos nossos países vizinhos. E, dispondo de uma teoria constitucional sofisticada, corremos o risco de perdermos a Constituição. Pelo menos aquela Constituição de 1988 que dispunha de uma determinada identidade, inserindo-se num quadro paradigmático absolutamente renovado (concernente a um direito ancorado numa racionalidade material).

Esta Constituição, dotada de inequívoca identidade, de uma alma, uma essência, podendo até ser tomada por uma espécie de narrativa utópica - por vezes equivocada, é verdade - tem sido vulnerada pelas emendas constitucionais que ultimamente têm sido aprovadas.

Já são vinte emendas constitucionais, contando com a última da reforma previdenciária. São algumas outras emendas de revisão. Em dez anos, quase alcançamos o número de emendas constitucionais aprovadas na república norte-americana, em dois séculos de existência. Ou seja, vinte e seis emendas constitucionais no Brasil; vinte e sete emendas constitucionais aprovadas, até agora, nos Estados Unidos.

O mais grave, evidentemente, não é a aprovação de reformas constitucionais dessa natureza. Ora, uma lei fundamental é feita para permanecer e também para sofrer mudança. Justamente a tensão entre mudança e permanência firma a qualidade e a estabilidade de uma Constituição.

O que causa estranheza, lamentavelmente, é a banalização do discurso constitucional, com a promulgação de emendas constitucionais justificadas por um discurso fundado na lógica do terror: ou são aprovadas ou será o caos. O que causa estranheza, evidentemente, é a instrumentalização da Constituição, normativa inventada para impor limites. Afinal, uma normativa superior incapaz de impor limites, certamente, não é uma verdadeira Constituição.

Percebemos, hoje, o desejo de instrumentalizar a Constituição, exaltamente para a efetivação de uma determinada política económica por parte do Governo.

O que causa estranheza, mais do que isso, é o que podemos chamar de fragmentação da Constituição. A narrativa constitucional passa a sofrer sucessivas quebras em sua identidade, na consistência de sua racionalidade. Tais emendas - muitas vezes vazadas em péssima redação, porque decorrentes de instáveis soluções de compromisso - estão aí para vulnerar a Constituição Federal de 1988.

Não se está aqui para produzir a defesa intransigente da Constituição. Afinal a nossa Carta Maior também é prisioneira da conjuntura em que emerge. Como ninguém desconhece, a Constituição de 1988 nasceu na antevéspera de um momento histórico singular da história recente da humanidade: a queda do muro de Berlim (1989). Daí a desvantagem de carregar certos vícios (corporativismo, v.g.) e a virtude de transportar uma mensagem de esperança em relação ao futuro do povo que a elaborou.

Sendo prisioneira deste momento histórico, carrega um sonho utópico, libertário. Insiste na idéia de que pode converter-se em mecanismo de transformação da sociedade brasileira mediante a implementação de um princípio democrático quase radical.

Naquele instante, o povo brasileiro entendeu que, diante da eventualidade histórica, poderia ser responsável pela sua própria trajetória.

A Constituição, agora banalizada, criticada, instrumentalizada, fragmentada e vulnerada, em função da crítica impiedosa que se pratica contra os seus dispositivos, vai sofrendo permanente erosão no seu valor normativo. O discurso que encontramos todo o dia na mídia é expressão do *pensamento único* justificador da agressão constitucional.

É claro que não podemos compreender uma Constituição como mera descrição de dada conformação do poder. Não podemos compreender uma Constituição de maneira ideal, como uma espécie de ordenação da liberdade, nem como corpo normativo dessubstancializado ou apenas como regra matriz do ordenamento jurídico. Afinal, cremos que uma Constituição não pode comportar qualquer conteúdo. Uma Constituição só é Constituição quando estabelece regras de jogo, impõe limites e transporta certa mensagem de natureza libertária. A Constituição como compressão e princípio esperança.

Não podemos esquecer que, efetivamente, a Constituição nasce, enquanto documento ordenador com o sentido que a história contemporânea lhe atribui, quando o indivíduo descobre-se como homem e, portanto, como sujeito da sua própria história. Alguém capaz de arrebentar as amarras condcentes a um destino inexoravelmente traçado pela vontade de Deus ou pela natureza das coisas. Ou seja, a Constituição só faz sentido quando o homem descobre-se senhor de si e, portanto, de seu destino. Um homem que pretende ordenar a sua vida, a partir da realização de um pacto constituinte. Também a Constituição carrega essa significação. Sem ela não há Constituição, sendo

\* Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

certo que a Constituição só guarda significado em função e por conta de um sujeito livre: o cidadão.

Com essas observações preliminares, podemos discorrer a propósito da legitimidade das decisões do judiciário, envolvendo igualmente o direito constitucional. O discurso em questão poderá ser elaborado a partir da identificação de alguns momentos significativos pelos quais passamos no século XX. Referida estratégia parece guardar interesse quando nos aproximamos do terceiro milênio.

Nesta oportunidade, gostaria de me reportar à mudança paradigmática que o direito constitucional experimentou no século XX, capaz de constituir um novo tipo de Estado e um novo tipo de discurso constitucional.

Essa viragem paradigmática envolve a idéia de que a Constituição não existe apenas para limitar a atuação do Poder Público - através de um muro de *dos para e contra* o Estado - como a compreender o Estado enquanto o outro identificado com o leviatã. A viragem paradigmática envolve, portanto, uma renovação abordagem constitucional, elaborada a partir da perspectiva segundo a qual o Estado, sobre sofrer contenção pela norma constitucional, haverá, igualmente, de ter seu papel elástico para converter-se em aliado do cidadão. Se a Constituição foi feita para limitar e circunscrever a atuação do poder político e, por isso, é *limite*, também é *tarifa* e, nesta medida, deve regular as relações privadas e a sociedade civil. O perigo não reside apenas no Estado, mas também na sociedade. A violação do direito fundamental pode provir do Estado, é verdade, mas também da sociedade civil, do amigo, do patrão, do vizinho. Daí o papel da Constituição que impõe limite para o Estado, mas que faz do Estado, ao mesmo tempo, aliado do cidadão em defesa dos direitos fundamentais no contexto da própria sociedade civil.

A mudança paradigmática quebra a concepção segundo a qual a normativa reitora da sociedade política é a própria Constituição, enquanto a Constituição da sociedade civil seria o Código Civil.

Não! A reorientação paradigmática envolve a institucionalização do direito privado, que nada tem a ver com a residência de normas dotadas de conteúdo jusprivatístico no texto constitucional mas, antes, com o aproveitamento da carga valorativa e principiológica da Constituição para uma releitura do direito privado a partir de novas coordenadas.

Portanto, os direitos fundamentais existem não só para limitar a atuação do Poder Público, como também produzir eficácia horizontal, atingindo o âmbito das próprias relações privadas.

Se é verdade que as primeiras Constituições - oitocentistas e novecentistas - procuravam organizar a sociedade política, através do seu discurso, e a sociedade civil através do seu silêncio. Se é verdade que as normativas, primordialmente orgânicas, num segundo momento passam a incorporar direitos

individuais (e aqui está o muro de contenção a que se reportou anteriormente: não é dado ao Estado ultrapassar esse muro de contenção substanciado nos direitos individuais), tudo muda de configuração com a anunciada viragem paradigmática (utilizo aqui a expressão "paradigma", no velho sentido proposto por Thomas Khun: um modo de compreender do qual não podemos sair).

Esse trânsito paradigmático a envolver o direito constitucional renova o, mantém o que há de essencial na Constituição, narrativa tendencialmente utópica e libertária, comprometida com a idéia de homem, enquanto sujeito, de sua própria história. Todavia, incorpora-se, agora, ao discurso jurídico os aportes oferecidos pela racionalidade material. O Estado de Direito converte-se em Estado Democrático de Direito. O velho Estado liberal transmuta-se em Estado democrático e social.

A Constituição tendencialmente limitada, tolerante com o *status quo*, mera regra procedimental e orgânica, incorpora princípios, valores. A Constituição, que existia apenas para arbitrar os conflitos, agora interfere. A Constituição resignada é agora uma Carta inconstitucional. A Constituição neutra adquire as características de um documento compromissório, mas, ao mesmo tempo, nucleado por um consenso envolvendo determinados princípios.

Se a primeira Constituição exige a atuação do Estado árbitro ou pressupõe a existência de um Estado neutro, a segunda pressupõe um novo tipo de organização política, agora voltada para a prossecução de políticas públicas, direcionadas à efetivação dos direitos fundamentais de segunda ou de terceira gerações.

O Estado não é um fim em si mesmo. O Estado só tem sentido enquanto veículo de realização dos direitos fundamentais e, designadamente, dos novos direitos. Mesmo os direitos individuais - que, antes, importavam para o Estado em mero dever de abstenção - assumem renovada configuração. Afinal, aceita-se que também há necessidade de políticas públicas voltadas para a defesa dos direitos individuais. Os direitos individuais reclamam do Estado, agora, não apenas um dever de abstenção (como professava o pensamento liberal) mas, igualmente, uma tarefa (obrigação positiva).

No contexto dessas Constituições a que chamamos democráticas, que passamos a experimentar, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, podemos retomar algumas polémicas recorrentes no campo do direito constitucional.

A primeira dessas polémicas reporta-se ao velho problema da aplicabilidade das Constituições "programáticas"; prefiro chamar de Constituições democráticas. Algumas dessas Constituições democráticas, mais modestas, emergem logo no primeiro pós-guerra na Europa (não se está a referir às experiências anteriores à Segunda Guerra, como à Constituição de Weimar e a mexicana de 1917).

Vamos perceber que há um debate a respeito da normatividade de determinados dispositivos constitucionais que veiculam o que poderíamos chamar de programas de ação governamental.

Esse debate reaparece a partir da Constituição portuguesa de 1976, menos modesta do que as primeiras Constituições continentais européias aparecidas depois da segunda guerra mundial. O debate parte de uma questão: todos os dispositivos constitucionais são auto-aplicáveis? Há dispositivos constitucionais voltados unicamente para o legislador? O cidadão tem acesso direto à normativa constitucional, inclusive, à normativa constitucional que, eventualmente, esteja a impor um dever, uma obrigação positiva ao poder público? Ao mesmo tempo, quais os limites da atuação jurisdicional nesse campo em torno da efetividade dos direitos demandantes de atuação positiva do poder público?

O debate, certamente, conseguiu no campo doutrinário alcançar determinado consenso. Sim, só há lugar na Constituição para a norma jurídica. Sim, todas as normas constitucionais produzem uma eficácia, pelo menos uma eficácia negativa. Sim, os dispositivos constitucionais produtores da eficácia negativa certamente interferem na ordem jurídica e são capazes, inclusive, em determinadas circunstâncias, como demonstra com absoluta sabedoria nosso amigo, Luis Roberto Barroso, de favorecer a emergência de situações jurídicas negativas de vantagem. Sim, todos os dispositivos constitucionais produzem uma eficácia de vinculação e, no que concerne à eficácia positiva, certamente, haverá uma graduação. Esse é o consenso doutrinário.

Todos conhecem a matéria. Não há necessidade de discorrermos sobre ela nesta oportunidade.

A questão que podemos tratar, neste sítio, diz respeito aos limites da atuação jurisdicional na tarefa de censura da inércia inconstitucional do Poder Público. Contamos - ninguém desconhece - com eficientes remédios para censurar a atuação positiva do Poder Público. Quando ele atua, descumprindo o comando de natureza procedimental da Constituição, ou dispõe de maneira a quebrar o conteúdo da própria Constituição; ou quando veicula, proclama, edita atos normativos a infringir o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, para isso temos remédio.

O Poder Público dispõe, a jurisdição constitucional *revoga*, na célebre formulação da doutrina constitucional que vem desde Kelsen.

A questão mais grave, todavia, tange ao dever de agir do Estado quando, não obstante a existência de uma obrigação positiva, ele se mantém inerte. Essa questão é menor quando o serviço público necessário para a satisfação de direito fundamental exigente de obrigação positiva ou de prestação positiva esteja, desde logo, implantado. Aí o velho e bom mandado de segurança resolve o problema do descumprimento da lei pela Administração Pública.

O problema assume certa gravidade, porém, quando, devendo legislar ou implementar políticas públicas e organizar um serviço, o Poder Público mantém-se inerte. Aí iremos discutir se pode o juiz, eventualmente, substituir-se à tarefa governamental para providenciar a satisfação da obrigação positiva não adimplida ou deficientemente adimplida pelo Poder Público: omissão parcial ou omissão total.

Em relação ao primeiro dos problemas (está-se a referir à aplicabilidade dos dispositivos constitucionais), se é certo que um determinado entendimento é partilhado pela doutrina, lamentavelmente, ele não sensibilizou, ainda, o Supremo Tribunal Federal que, neste particular, insiste em trabalhar com a surrada e insuficiente dicotomia das normas constitucionais que as separa em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis. Neste caso, as não auto-aplicáveis seriam incapazes de produzir qualquer efeito: tratar-se-iam de normas que estão aí para desencadear, eventualmente, eficácia meramente diferida ou futura.

Em relação à segunda questão, o nosso Constituinte, já precavido diante da experiência judiciária brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal, procurou instituir dois mecanismos voltados à concretização dos comandos normativos exigentes de atuação normativa do Estado. O mecanismo abstrato pouca utilidade é capaz de proporcionar (ação direta de inconstitucionalidade por omissão). O mecanismo de natureza concreta (mandado de injunção), de outro lado, suscitou intensa polémica e nenhum resultado mereceu de surpreendente decisão do Supremo Tribunal Federal. É preciso ir adiante nesta matéria.

Esse é o primeiro momento. O segundo momento, o da emergência dos Tribunais Constitucionais, é o do apelo ao juiz contra o legislador.

Na teoria constitucional clássica, aprendemos que o legislador é o garante dos direitos individuais. A reserva de lei, demandante da atuação do legislativo implica a garantia dos direitos individuais, especialmente da liberdade e da propriedade, no caso do discurso liberal clássico.

Essa compreensão do papel do legislador era perfeitamente coerente no quadro do direito constitucional clássico. Sendo o legislador o representante do povo, como poderia o povo - feito legislador - decidir contra si mesmo? Resolvido estava o velho problema da distância e da identidade entre representação e povo. Além disso, se a lei é genérica e abstrata, se é impessoal, não haverá de fazer mal a ninguém; não haverá de ofender a esfera jurídica protegida de quem quer que seja.

A lei era compreendida como uma declaração. O legislador, fazendo uso da razão e através da disputabilidade intersubjetiva, resumida àqueles representantes do povo (representantes eleitos pelo voto censitário, na medida em que o povo ali era apenas uma classe social), descobriam o direito. A lei

disponha de natureza declaratória. Declarava o direito descoberto, no parlamento, pela razão.

Tudo muda com o sufrágio universal. Com a mudança do parlamento descobrimos que a lei substancia ato constitutivo. A lei nada declara, pois não passa de expressão de uma vontade majoritária. O ato legislativo, reitera-se, configura decisão decorrente de uma vontade majoritária (e não da vontade geral, conforme preconizava a teoria constitucional clássica).

O século XX descobriu, atônito, que o legislador - instituído para proteger os direitos individuais - poderia estar aí para maculá-los, violentá-los, ofendê-los, exatamente por meio da lei. E de outro ângulo, por vezes, não compreendíamos que o cidadão e o juiz pudessem ter acesso direto à Constituição. Em relação aos direitos fundamentais, a doutrina clássica, principalmente, de matriz francesa, tinha como certo que precisavam ser regulamentados pelo legislador. Cada liberdade pública teria o seu regime jurídico, sem a definição do qual não seria capaz de operar eficácia.

Pois bem, perplexos aprendemos que o legislador, eleito como garante dos direitos individuais, pode ser o seu agressor. Aprendemos que a lei pode carregar não o melhor conteúdo, mas, antes, aquele ofensivo à Constituição. Neste ponto emerge o apelo ao juiz contra o legislador de um modo que não pode ser confundido com aquele proveniente da experiência constitucional americana e que conhecemos, no Brasil, desde a proclamação da República e, especialmente, da primeira Constituição republicana brasileira (1891). Trata-se, aqui, de uma nova sorte de apelo inserido no perimetro de um novo paradigma constitucional: o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Portanto, na experiência constitucional europeia, assistimos à ressurreição dos Tribunais Constitucionais. A Europa, definitivamente, dá razão à Kelsen, naquele velho debate travado com Carl Schmitt. Enquanto Schmitt defendia a competência do Presidente do Reich para a defesa da Constituição, Kelsen preconizava a criação de um tribunal constitucional. A Europa continental assistiu o aperfeiçoamento da Corte Constitucional austríaca em 1929; o nascimento do Tribunal de Garantias Constitucionais na Espanha republicana na pré-franquista. Todavia, depois da Segunda Guerra Mundial, aparece um novo movimento, comprometido com uma nova racionalidade. Trata-se de um novo tribunal constitucional.

Há a primeira voga das cortes constitucionais, com os tribunais italiano, alemão, francês (embora o Conselho Constitucional francês não exerça propriamente jurisdição constitucional, sua importância é inequívoca) Há a segunda voga, decorrente da redemocratização da Grécia, Espanha, Portugal e mesmo com a criação da Corte de Arbitragem na Bélgica, na década de 80. E vemos agora uma nova voga, com o tribunais constitucionais erigidos nos estados europeus orientais.

O direito latino-americano, inclusive o brasileiro, não ficou de fora. Entre nós, é certo que a Constituição de 1988 não chegou ao ponto de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro Tribunal Constitucional, nos moldes europeus. Todavia, ninguém discordará que o constituinte conferiu ao Supremo competências suficientes para convertê-lo em guarda da Lei Fundamental, capaz, inclusive, se esse for o desejo de seus membros, de promover uma defesa da norma constitucional absolutamente compatível com as exigências do Estado Democrático de Direito (Constitucional ancorada na racionalidade material).

Neste ponto cumpre falar algo a propósito da legitimidade dos Tribunais Constitucionais, questão eventualmente superada, concordo com o nosso expositor colombiano. Cumpre, discorrer, ainda que brevemente, depois, sobre os limites da atuação jurisdicional, questão recorrente e jamais superada.

Ao falarmos do legislador operacionalizando a Constituição, tivemos ocasião de lembrar que a lei pode violar a Constituição. Nesta medida, devemos exigir do juiz que a Constituição seja aplicada contra ou a despeito da lei.

Os Tribunais erigem-se em defensores da Constituição, atuando contra, se necessário, o legislador. Aliás, Tribunais não legitimados por uma forma de investidura popular, como é o caso dos integrantes do legislativo, e mesmo do Chefe de Governo nos Estados presidencialistas. E como pode um tribunal composto por membros não investidos em virtude da vontade popular censurar a atuação do (em tese) legítimo detentor da representação popular?

Não residiria aqui uma espécie de agressão ao princípio democrático? Não se manifestaria aqui violação do princípio da separação dos poderes? Nesse lugar é oportuna a distinção entre princípio democrático e princípio majoritário.

É claro que o princípio democrático envolve o princípio majoritário. Porém, o princípio democrático não se resume ao princípio majoritário. Uma Constituição impõe limites. Encontramos na Constituição a manifestação do princípio majoritário permanente, manifestação de uma maioria permanente, que não pode ser quebrada pela vontade de uma maioria conjuntural, daí a justificativa da rigidez constitucional.

A maioria conjuntural não carrega, necessariamente, as virtudes da democracia, podendo ser, exatamente, um instrumento de agressão aos direitos fundamentais e à própria Constituição.

Então, a Constituição agasalha um princípio democrático mas, ao mesmo tempo, contempla um princípio anti-majoritário. E a manifestação desse princípio anti-majoritário - proteção das minorias - haverá de estar nas mãos de um tribunal constitucional. Uma corte constitucional exerce da jurisdição e da função de guarda de Constituição, capaz de não sucumbir às

determinações conjunturais e, ao mesmo tempo, capaz de satisfazer as exigências principiológicas plasmadas na Constituição, porque a Constituição tem a vocação de permanência, não estando vocacionada para sofrer perversa mutação em nome de meras necessidades postas pela conjuntura ou reclamações da maioria conjuntural. A defesa da minoria, portanto, reside no Tribunal Constitucional.

A questão da legitimidade, efetivamente, sob este prisma, está superada. Não está superada, todavia, a questão relativa aos limites da atuação jurisdicional nesta matéria. E aqui o debate é recorrente seja nos EUA, seja na Europa. O mesmo ocorre no Brasil.

Nos EUA, é conhecido o debate envolvendo os interpretativistas e não-interpretativistas, os originalistas e os não-originalistas, os adeptos da auto-restrição ou da elasticidade do controle jurisdicional. A literatura americana é vasta, sendo certo que o interesse pela questão não reside apenas na teoria, havendo debate inclusive na mídia, que presta esse relevante serviço à democracia americana.

A questão é discutida na mídia, especialmente, quando o Presidente da República indica novos juízes para a Corte Suprema. Recorde-se a polémica criada a propósito da tese de Nixon segundo a qual a Suprema Corte americana não poderia jamais censurar, de uma maneira expressiva (controle forte), atos votados pelo Congresso. Nixon defendia uma interpretação não criativa (literal) da Constituição, assim como uma específica concepção do princípio da separação dos poderes. Essa questão foi novamente debatida, mais tarde, quando Reagan tentou indicar Bork para a Suprema Corte, defendendo propósitos semelhantes. Reagan, nessa ocasião, criticava o ativismo judicial das Cortes de Warren e Burger.

E não foi Ronald Dworkin quem fez a crítica dessa posição dos republicanos? Não foi Dworkin quem afirmou que o papel da Corte Constitucional era esse? Que uma Constituição carrega não concepções, mas conceitos, fórmulas abertas? E que cumprirá ao Tribunal Constitucional atualizar esses conceitos, a partir de concepções - estas sim concretizações dos conceitos abertos postos na Constituição. Não foi Dworkin quem disse que através dos princípios a jurisdição constitucional buscará a melhor interpretação, aliás, a interpretação correta e com isso não estará a criar direito, mas, simplesmente, a aplicar um direito latente nos princípios constitucionais?

Esse debate manifesta-se, também, na Europa Continental, designadamente na Alemanha, com a discussão a respeito da compreensão da Constituição como ordem de valores ou como norma, e, ao mesmo tempo com a crítica, inclusive de esquerda, contra a dilatação dos poderes do Tribunal Constitucional alemão. Esta crítica vamos encontrar em Habermas (façamos a leitura do *'Direito e democracia - entre facticidade e validade'* -

presumo que foi este o texto citado pelo Dr. Tarsio Genro), e aí vamos ver que a proposta deste importante filósofo substancia espécie de regresso à compreensão conservadora do princípio da separação dos poderes. Diz Habermas, tentando contrariar Dworkin, que uma Constituição não é feita de valores e de normas, mas só de normas. As normas residentes no campo ontológico são aplicadas pelos juízes. Os valores, residentes no campo da axiologia, certamente, não estão à disposição dos juízes, porque se estivessem comportariam uma atuação não jurisdicional, e sim uma atuação de natureza legislativa.

Quero relembrar que o mandado de injunção foi destruído em virtude de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, invocando exatamente certa leitura do princípio da separação dos poderes. O que fez o STF, neste caso, órgão sabidamente composto por homens probos, corretos, preparados sob o ponto de vista constitucional, foi manter-se no quadro paradigmático das Constituições anteriores à Segunda Guerra Mundial. E o que ocorreu com o mandado de injunção, tem ocorrido com outras matérias. O Supremo Tribunal Federal ainda não compreendeu que precisa operar um deslocamento teórico, envolvendo, portanto, a inserção do Tribunal no quadro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

O terceiro ponto que devo tratar, diz respeito à mudança paradigmática não das Constituições, mas dos direitos fundamentais.

Entendemos que todos os poderes estão vinculados aos direitos fundamentais. Estes produzem eficácia (que tipo de eficácia, trata-se já de questão que deve ser vista em cada caso). Sabemos, igualmente, que a Constituição e os direitos fundamentais são norma e, ao mesmo tempo, tarefa. Teremos direitos negativos, com dimensões positivas e direitos positivos com dimensões negativas. A nova Constituição exige a implementação de políticas voltadas para a realização dos direitos fundamentais. Todos os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, configurando limite à atuação do legislador no quadro das restrições dos direitos fundamentais, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet.

Essa viragem paradigmática haverá de exigir um novo tipo de Poder Judiciário, um novo tipo de compreensão da norma constitucional. Podemos dizer que a Constituição Federal de 1988 - resposta para o passado e projeto para o futuro - reclama um judiciário vinculado às diretrizes e às diretrizes materiais da Constituição. Demanda um judiciário ativa, no melhor sentido da expressão (não no sentido de prisioneiro de um decisionismo subjetivista). E exige, ainda, uma atuação do Poder Judiciário voltada para a plena realização dos comandos constitucionais. Está-se a referir a um judiciário comprometido com a racionalidade material inscrita na Constituição e, mais do que isso, com uma atuação capaz de compensar, no quadro da pura atividade jurisdicional, as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana.

Não estou a dizer que haverá o judiciário de atuar como legislador, nem que deva se substituir à atividade do administrador, mas sim que a Constituição Federal exige um novo tipo de juiz, não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, simples guardião do *status quo*.

Começo a concluir. Hoje, no Brasil, quando nos imaginamos prisioneiros da lógica inexorável da globalização; quando tememos não contarmos com alternativas; quando nos vemos impotentes e incapazes de produzir a nossa própria história; quando desistimos de nos inserirmos no cenário internacional de maneira independente e altaneira; quando acreditamos estarmos amarrados ao trágico destino traçado pelo neoliberalismo, é plenamente explicável a paulatina transformação da nossa Constituição em mero instrumento de prossecução das políticas econômicas do governo.

É plenamente explicável a insistência do governo na aprovação de emendas que implicam a fragmentação (quebra da identidade) e a banalização da Constituição (a culpa de todos os males do país reside na Lei Fundamental!). A quebra da Constituição, enquanto narrativa utópica e libertária, para transformá-la em mera normativa vinculada, reflexo de uma realidade política trágica e circunstancial. Trata-se da vitória provisória do pensamento único expressado pela maioria eventual (princípio majoritário), que pouco respeito devota à idéia de Constituição (expressão da maioria permanente e, portanto, do princípio democrático).

É explicável, mas não é aceitável. Dá a necessidade do judiciário agir fortemente (controle forte) em defesa da Constituição, dos valores constitucionais, do princípio democrático, expressando, se for necessário o poder anti-majoritário que lhe foi conferido pela maioria permanente (Constituinte).

Termino a exposição, trazendo uma metáfora que tive a felicidade de encontrar num pequeno, mas saboroso, livro escrito por Leonardo Boff. Trata-se, na verdade, de uma história trazida de Gana, um país da África Ocidental.

É a história de um lenhador que vai à floresta buscar lenha e encontra um filhote de águia caído no caminho. Ele faz o seu feixe de lenha, transportando-o e levando a águia à sua casa. A águia fica entre as galinhas. Aquela águia - que nasceu para a liberdade, para as alturas, para os altos vôos, para a imaginação, para o céu infinito - passa a conviver com as galinhas, feitas para viver no galinheiro, para não voar, para o cativeiro. As galinhas resignam-se com o seu trágico destino. Ora, a águia no galinheiro viu-se como galinha, cresceu como galinha, ciscou como galinha, andou como galinha. E, portanto, era uma galinha.

Um naturalista passa pela casa do lenhador e diz: "meu Deus, mas isso é uma águia!". E o lenhador diz: "não, é uma galinha!". E ficaram discutindo: "é uma águia; não, é uma galinha; não, é uma águia..."

"Ela cisca como galinha, anda como galinha... é uma galinha; não é mais uma águia, mesmo se foi uma águia um dia", diz o lenhador.

E o naturalista discorda: "Não, mas uma águia é sempre uma águia, ainda que a sua trajetória tenha sido vulnerada, haverá a possibilidade de um retorno à sua natureza". E pede permissão ao lenhador para lembrar a águia de que ela é uma águia e não uma galinha.

Tenta a primeira vez e a águia aborrecida pula dos seus braços, voltando a ciscar. Tenta a segunda vez, e a águia também enfasiada faz a mesma coisa. Na terceira, o naturalista leva a águia ao alto de um morro e mostra o vôo de outras águias. Ele olha nos olhos da águia e diz: "Águia, você é uma águia, você não é uma galinha. Retorne, recupere o seu destino. Voe em direção ao céu e à liberdade".

E a águia, tendo compreendido que sua natureza era outra, recupera seu destino para o céu e alça o vôo em direção ao infinito. Redescobriu a liberdade.

Este povo, o povo brasileiro, nasceu para a liberdade. Este povo haverá de ser sempre sujeito de sua própria história. Querem nos transformar em galinha? Não aceitemos: sejamos águia.

