

**EDITORES**

João de Almeida  
João Luiz da Silva Almeida

**CONSELHO EDITORIAL**

Adriano Pilati	Felipe Borring Rocha	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Alexandre Freitas Câmara	Firly Nascimento Filho	Marcos Chut
Alexandre Moraes da Rosa	Frederico Price Grechi	Marcos Jurruena Villela Souto
Cezar Roberto Bioncourt	Gerardo L. M. Prado	Mônica Gusmão
Cristiano Chaves de Farias	Gustavo Senéchal de Goffredo	Nelson Rosenvald
Carlos Eduardo Adriano Japiassi	Helena Elias Pinto	Nilo Batista
Cláudio Carneiro	João Carlos Souto	Paulo de Bessa Antunes
Cristiano Rodrigues	José dos Santos Carvalho Filho	Paulo Rangel
Elpídio Donizetti	Lúcio Antônio Channon Junior	Rodrigo Kippel
Emerson Garcia	Manceol Messias Peixinho	Saló de Carvalho
Fauzi Hassan Choukr	Marcellus Polastri Lima	Sergio André Rocha
		Sidney Guerra

**CONSELHO CONSULTIVO**

Álvaro Mayrink da Costa	Cesar Flores	João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
Amílton Bueno de Carvalho	Firly Nascimento Filho	Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Andréya Mendes de Almeida	Flávia Lages de Castro	Sergio Demoro Hamilton
Scherer Navarro	Francisco de Assis M. Tavares	Táris Nameria Sarlo Jorge
Antonio Carlos Martins Soares	Gisele Cittadino	Victor Gamreiro Drummond
Artur de Brito Gueiros Souza	Humberto Dalla Bernardina de Pinho	
Caio de Oliveira Lima		

**Rio de Janeiro**

Centro – Rua da Assembleia, 10 Loja G/H  
CEP 20011-000 – Centro  
Rio de Janeiro - RJ  
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E  
Universidade Estácio de Sá  
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011  
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ  
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

**São Paulo**

Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010  
Vila Clementino - São Paulo - SP  
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

**Brasília**

SCUS quadra, 402 bloco B Loja 35  
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF  
Tel. (61)3225-8569

**Minas Gerais**

Rua Tenente Brito Mello, 1.233  
CEP 30180-070 – Barro Preto  
Belo Horizonte - MG  
Tel. (31) 3309-4937 / 4934-4931

**Bahia**

Rua Dr. José Peroba, 349 – Sis 505/506  
CEP 41770-235 - Costa Azul  
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

**Rio Grande do Sul**

Rua Riachuelo, 1335 - Centro  
CEP 90010-271 – Porto Alegre - RS  
Tel. (51) 3211-0700

**Espírito Santo**

Rua Constante Sodré, 322 – Térreo  
CEP: 29055-420 – Santa Lúcia  
Vitória - ES  
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

GISELE CITTADINO

**PLURALISMO,  
DIREITO E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA**

*Elementos da Filosofia  
Constitucional Contemporânea*

4ª edição

EDITORA LUMEN JURIS  
Rio de Janeiro  
2009

mnitos dos compromissos do pensamento comunitário e influencia decisivamente o constitucionalismo ibérico que, por sua vez, é a fonte de inspiração dos "constitucionalistas comunitários" brasileiros.

A dimensão comunitária do constitucionalismo brasileiro revela-se seja quando adota uma concepção de Constituição enquanto "ordem concreta de valores", seja quando estabelece um conjunto de instrumentos processuais adequados ao exercício da autonomia pública dos cidadãos; seja, enfim, quando atribui um papel preponderantemente político ao Supremo Tribunal Federal, que deve recorrer a "*procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais*"<sup>13</sup> e orientar a interpretação constitucional pelos valores éticos compartilhados. De outra parte, todos estes compromissos, em função da ativa participação dos constitucionalistas "comunitários" ao longo do processo constituinte, foram incorporados à Constituição Federal. O constitucionalismo "comunitário" brasileiro e a "*dimensão comunitária*" que caracteriza o nosso ordenamento constitucional são os temas que trataremos a seguir.

## CAPÍTULO I

### CONSTITUCIONALISMO "COMUNITÁRIO" NO BRASIL

A emergência, nos anos 70, dos movimentos de defesa dos direitos humanos, especialmente dos direitos relativos à vida e à integridade física daqueles que lutavam contra o regime autoritário que se abateu sobre o País, a luta, na primeira metade dos anos 80, pela reconquista dos direitos de participação política; a efetiva participação, na segunda metade dos anos 80, de diversos setores organizados da sociedade civil no processo constituinte do qual decorreu a Constituição de 1988; as frequentes denúncias, a partir dos anos 90, das violações dos direitos fundamentais das camadas populares, tanto aqueles relativos à vida e à integridade física, como os referentes aos benefícios econômicos e sociais assegurados notadamente pela nova Constituição — caracterizando a *cidadania de baixa intensidade*, de que fala O'Donnell,<sup>14</sup> tudo isso faz com que

<sup>14</sup> Guillermo O'Donnell utiliza o conceito de "*cidadania de baixa intensidade*" (*low intensity citizenship*) para se referir às democracias cujos Estados são incapazes de tornar efetivas as suas próprias regulações. Isto significa que se por um lado os direitos políticos são respeitados — ausência de coerção direta ao voto, livre capacidade de organização e manifestação da opinião — por outro lado, a cidadania é seriamente mutilada no que se refere à negação dos direitos liberais às camadas populares e outros setores estigmatizados — violência policial, impossibilidade de acesso aos tribunais etc. Ver Guillermo O'Donnell, "Sobre o Estado, a Democratização e Alguns Problemas Conceituais — Uma Visão Latino-Americana com uma Rápida Olfanda em Alguns Países Pós-Comunistas", in *Novos Estudos CEBRAP*, nº 36, julho de 1993.

<sup>13</sup> Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia Normativa* (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ríndha A. Stevenson Georgakias), São Paulo, Editora Atlas, 1989, p. 11.

a linguagem dos direitos seja definitivamente incorporada ao debate político e ao ordenamento jurídico brasileiros.

A Constituição Federal de 1988, que converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil<sup>15</sup> e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia, é certamente a principal referência da incorporação desta linguagem dos direitos. Já em seu preâmbulo, ela institui "um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social..."<sup>16</sup> Ao definir os fundamentos do Estado Brasileiro, caracterizando-o como Estado Democrático de Direito, a Constituição destaca a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1º, incisos II, III e V), como também fixa, em seu art. 3º, os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro: "construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." Parece não haver qualquer dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro. Ao estabelecer, no Título I — Dos Princípios Constitucionais —, os fundamentos (art. 1º) e os objetivos (art. 3º) do Estado Democrático de Direito, privilegiando, tanto num como noutra, a dignidade da pessoa humana, determinados princípios foram positivamente incorporados à Constituição. Como os princípios são considerados "mandamentos nucleares de um sistema"<sup>17</sup> ou "ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas",<sup>18</sup> e neles se expressam os "valores constitucionais", os

<sup>15</sup> Além de enumerar uma série de direitos, a Constituição Federal assinala, no parágrafo 2º do art. 5º, que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

<sup>16</sup> Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>17</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 230.

<sup>18</sup> Cf. José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 82.

nostros constituintes criarão as chamadas normas-princípios,<sup>19</sup> que constituem os preceitos básicos da organização constitucional. Pela primeira vez na história brasileira, uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto.

A promulgação da *Constituição Cidadã*,<sup>20</sup> cujo sistema de direitos fundamentais, como vimos, informa todo o ordenamento jurídico, é cer-

<sup>19</sup> Um dos principais temas do debate jurídico contemporâneo tem sido precisamente o papel que desempenham os princípios nos ordenamentos jurídicos atuais. Se para os positivistas a função dos princípios era meramente supletiva e subsidiária, nestes tempos pós-positivistas já se fala até em *concepção principal do direito*, de vez que muitas das constituições contemporâneas, ao incorporar os princípios em seus textos, os transformaram em normas-valores. Constitucionalizados, os princípios se tornam fundamento de toda a ordem jurídica e critério de interpretação do próprio texto constitucional. São claras, a respeito, as palavras de Paulo Bonavides: "... desde que a Constituição sendo, como é, (...) uma expressão do consenso social sobre os valores básicos, se torna (...) o alfa e ômega da ordem jurídica, fazendo, ao mesmo tempo, de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema." Cf. Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 261. Ver também o belo trabalho de Torosa Negreiros, "Princípios e Sistema — Elementos para uma releitura do Direito Civil", in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 12, PUC-Rio, no prelo. Esclareça-se ainda que, como veremos adiante, a chamada *jurisprudência de princípios* ou *jurisprudência de valores* atravessa toda a literatura constitucional alemã contemporânea. Ao longo deste capítulo serão diversas as referências a estes autores. Ressalte-se, desde logo, os trabalhos de Konrad Hesse (*A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991), Friedrich Müller (*Direito, Linguagem e Violência. Elementos de uma teoria constitucional*, tradução de Peter Naumann, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995) e Peter Häberle (*Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997).

<sup>20</sup> Em 05 de outubro de 1988, em discurso proferido no Congresso Nacional por ocasião da promulgação da Constituição Federal, o deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, assim qualificou a nova Constituição, buscando precisamente ressaltar o seu amplo sistema de direitos e garantias individuais e coletivas.

tamente a expressão definitiva do *movimento de retorno ao direito* no País. Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*.<sup>21</sup> E são os constitucionalistas "comunitários" os encarregados deste resgate.

### 1. O Constitucionalismo "Comunitário"

O pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos dos nossos publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*. Se tivéssemos que associá-la a uma determinada matriz política, certamente falaríamos mais de Hayek e Nozick do que de Rawls e Dworkin, muito embora as fontes talvez sejam outras.

São precisamente os representantes do pensamento constitucional brasileiro<sup>22</sup> — em sua maior parte — que estabelecem uma espécie de fra-

tura no seio desta cultura jurídica positivista e privatista, buscando, contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica e, contra o privatismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurado pela nova Constituição. Recusando o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, deve-se passar, segundo estes autores, para um *constitucionalismo societário e comunitário*,<sup>23</sup> que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas. A esse respeito, seria difícil encontrar algum constitucionalista brasileiro que não fizesse suas as palavras de José Afonso da Silva quando defende o caráter abrangente da Constituição Brasileira: "O constituinte (...) rejeitou a chamada *constituição sintética*, que é a constituição negativa, porque constrói apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à *autenticidade*, modelo de constituição que, às vezes, se chama de *constituição-garantia* (ou *constituição-quadro*). A função garantia não só foi preservada como até ampliada na nova Constituição, não como mera garantia existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limites. Assumiu o novo texto a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura..."<sup>24</sup>

É exatamente esta concepção de *constituição-dirigente* que entra em conflito com nossa cultura jurídica positivista e privatista, segundo a qual a constituição tem por objetivo preservar a esfera da ação individual, através do estabelecimento de um sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, do governo, o modo de exercício e aquisição do poder e, especialmente, os seus limites. Em outras palavras, apenas uma concepção de *constituição-quadro* ou *constituição-garantia* se coaduna com nossa cultura jurídica.

tanto pela Teoria do Direito, como pela Sociologia e Filosofia do Direito. O *Curso de Direito Constitucional Positivo* (José Afonso da Silva), *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem* (Carlos Roberto de Siqueira Castro) e o *Curso de Direito Constitucional* (Paulo Bonavides) — todos citados neste capítulo — enquanto trabalhos exaustivos sobre o direito constitucional, são os textos mais elucidativos do constitucionalismo "comunitário" brasileiro. Os demais autores revelam este compromisso "comunitário" através de diversos textos e artigos, alguns dos quais citados ao longo deste capítulo.

<sup>23</sup> Conceito utilizado por Carlos Roberto de Siqueira Castro em *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*, *op. cit.*

<sup>24</sup> Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>21</sup> Como vimos, a expressão *A Força do Direito* dá título ao livro organizado por Pierre Boureix (*La Force du Droit*, *op. cit.*).

<sup>22</sup> José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão Neto, dentre outros, são representantes do que designamos por constitucionalismo "comunitário". Importa ressaltar que, no âmbito da cultura jurídica, nem todos seriam qualificados como constitucionalistas, de vez que tratavam

O *constitucionalismo societário e comunitário*, de que fala Carlos Roberto S. Castro, toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um *conjunto de valores*. Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico, consequentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva. Nas palavras de José Afonso da Silva, "*certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituem intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição*".<sup>25</sup> Ou seja, o objetivo primordial da constituição é a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade.

Os representantes deste constitucionalismo "comunitário" se contra-põem, portanto, à ideia de que a tarefa primordial da constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, através da criação de um sistema fechado de garantias da vida privada. Não há como, contemporaneamente, defender, segundo estes autores, uma tal concepção, de vez que os direitos fundamentais possuem hoje uma dimensão objetiva em função da integração dos indivíduos no processo político comunitário e da ampliação do chamado espaço público. Ao *sistema fechado* de garantias da autonomia privada, eles opõem a ideia de *constituição aberta*,<sup>26</sup> que enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade. As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros con-

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>26</sup> As Constituições de Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988) são consideradas exemplos de *constituições abertas*, dada a extensão de seus respectivos textos e a diversidade das matérias incluídas, especialmente a inclusão na esfera constitucional dos direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural e a organização econômica. Segundo os constitucionalistas "comunitários", a ideia de constituição aberta põe fim ao debate sobre a adoção de constituições ideais ou reais, de vez que já não há por que discutir acerca da extensão do texto constitucional. Passou a ser irrelevante que ele seja sintético ou analítico, pois o que importa é a noção de *relevância constitucional*, ou seja, ter o sistema normativo assimilado suficientemente as questões consideradas relevantes pela comunidade ao tempo do processo constituinte. Ver, a respeito, Carlos Roberto de Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*, op. cit., pp. 80 e seguintes.

téudos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais).<sup>27</sup>

O constitucionalismo "comunitário", calcado no binômio dignidade humana-solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual. Em outras palavras, os direitos fundamentais não mais podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, "*antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir. Em cada um dos direitos fundamentais e entre eles, a Constituição delimita espaços normativos, preenchidos por valores que constituem bases de ordenação da vida social. É legítimo falar de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais como dimensão valorativa, visto que a medida ou o alcance de sua validade jurídica são em parte determinados pelo reconhecimento comunitário, e não simplesmente remediados para a opinião e a vontade de seus titulares*".<sup>28</sup>

Com efeito, recusando a concepção de direitos públicos subjetivos, que constituiriam um conceito técnico-jurídico do Estado liberal preso à concepção individualista do homem, os constitucionalistas "comunitários" preferem adotar a expressão *direitos fundamentais do homem*, que designa, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas. A expressão direitos fundamentais do homem não significa, portanto, esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado, mas restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. Nas palavras

<sup>27</sup> Ver, a respeito, Pablo Lucas Verdu, *La Constitución Abierta y sus Enemigos*, Madrid, Ediciones Beramar, 1990. A ideia de *constituição aberta* foi formulada pelo constitucionalista alemão Peter Häberle, a partir do conceito de sociedade aberta elaborado por Karl Popper. Daí a semelhança do título do livro de Verdu com o de Karl Popper (*A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, tradução de Milton Arnado, São Paulo, Editora da USP, 1974). Apresentaremos, mais adiante, a concepção de Häberle sobre constituição aberta, quando explicitarmos a influência do constitucionalismo alemão sobre o português e o espanhol.

<sup>28</sup> Cf. José Carlos Vieira Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, pp. 144-145.

de José Afonso da Silva, os direitos fundamentais do homem "são direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular".<sup>29</sup>

Os direitos fundamentais parecem ser analisados por estes autores a partir de dois momentos distintos. Em primeiro lugar, são considerados valores reconhecidos pela comunidade e, como tais, devem ingressar no texto constitucional que, como vimos, pressupõe uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. A partir do momento em que assumem o caráter concreto de normas constitucionais e nais positivas, passam a ser considerados direitos constitucionais e não valores supraconstitucionais ou supraestatais, como afirmam os autores comprometidos com a visão do direito natural. Desta forma, enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação. Enquanto direitos positivados, são metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito. Para os constitucionalistas "comunitários", isso se dá porque, se a aplicação das normas relativas ao sistema de direitos pressupõe a sua dimensão extracostitucional, isso não pode significar que a ordem constitucional esteja submetida a uma ordem de valores abstrata, ancorada em um direito natural que concebe uma natureza humana única e imutável. É exatamente aqui que se revela a dimensão "comunitária" do constitucionalismo brasileiro. Senão vejamos. Em primeiro lugar, quando falamos no valor da dignidade humana, não queremos se referir a nenhuma concepção dogmática da natureza humana, nem tampouco se referem a uma pura idealidade ou abstração. Ao contrário, os direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem uma espécie de *validação comunitária*, pois fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica. De outra parte, é exatamente a ausência de qualquer dogmatismo jusnaturalista que permite aos "comunitários" a utilização do conceito de *abertura constitucional*. Afinal, segundo eles, a dignidade humana não representa um valor abstrato, mas "*autonomia ética dos homens cor-*

retos".<sup>30</sup> É, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. Em outras palavras, a *abertura constitucional* permite que cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo — na medida em que ele se torna aberto e público — e, ao mesmo tempo, concretizando a constituição.

Resalte-se que quando o constitucionalismo "comunitário" se refere à concretização da constituição, através da ampliação do círculo de seus intérpretes, busca, especialmente, garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados. E não poderia ser diferente. Se, como vimos, a dignidade humana, aqui traduzida por autonomia ética de indivíduos históricos, integra os princípios constitucionais da nossa Constituição e se estes funcionam como critério de interpretação e interpretação de todo o ordenamento supremo, resulta daí que a concretização dos direitos fundamentais é certamente uma das valorizações políticas fundamentais acolhidas pelo legislador constituinte.

Ocorre, entretanto, que diferentemente das regras de direito privado, por exemplo, as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais revelam programas de ação ou afirmações de princípios e não possuem uma regulamentação perfeita e completa, sendo quase sempre pouco descritivas, vagas e esquemáticas.<sup>31</sup> Concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente. Neste sentido, é exatamente porque não se presume o regime da aplicabilidade imediata da maioria das normas relativas aos direitos fundamentais que se espera a decisão política da comunidade histórica no sentido de efetivamente participar do grupo de intérpretes da constituição. E não há outra forma de viabilizar esta participação

<sup>30</sup> Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., p. 162.

<sup>31</sup> A esse respeito, ver José Carlos Vieira de Andrade, capítulo IV — "A Interpretação dos Preceitos Constitucionais relativos aos direitos fundamentais", in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., p. 115. Ressalte-se que esta obra de José Carlos Vieira de Andrade é um marco do constitucionalismo "comunitário" português.

<sup>29</sup> Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 161.

jurídico-política senão através da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da constituição, possa vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.<sup>32</sup>

Importa esclarecer que ao definir uma série de institutos processuais asseguradores dos direitos fundamentais, os constitucionalistas "comunitários", de vez que comprometidos tanto com o ideal da igualdade-dignidade humanas, como com o processo de participação jurídico-política da comunidade, privilegiam menos os procedimentos que reclamam um comportamento negativo do poder público do que aqueles que exigem prestações positivas por parte do Estado. E, aqui também, não poderia ser diferente. Afinal, lutam exatamente contra uma concepção de direitos subjetivos enquanto esfera que demanda proteção contra invasões indevidas por parte da autoridade estatal. Ao invés, conferem prioridade ao *dever de ação* e não ao *dever de abstenção* por parte do Estado.

Este dever de ação por parte do poder público envolve todo o conjunto dos direitos fundamentais. Mesmo no caso dos direitos civis e políticos — direito à integridade física e direito ao voto, por exemplo — que à primeira vista parecem estar mais vinculados ao dever de abstenção, ainda nestes casos há dever de ação por parte do Estado — obrigação de manter força policial ou promulgar legislação eleitoral, por exemplo. No entanto, a ausência da intervenção legislativa não impede o gozo destes direitos, de vez que seus conteúdos são determinados constitucionalmente. Em outras palavras, estes direitos existem e valem

plenamente, mesmo na ausência de lei. O mesmo não ocorre, entretanto, com os chamados direitos econômicos e sociais. Sem a atuação do legislador ordinário, determinada por delegação constitucional, não há como garantir-lhes eficácia. São claras, neste sentido, as palavras de José Carlos Vieira de Andrade: "*Quanto aos direitos (sociais) a prestações (...) as normas que os prevêem contêm directivas ao legislador ou, talvez melhor, são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque apenas indicam ou impõem ao legislador que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos. Não significa isso que se tratem de normas meramente programáticas, no sentido de simplesmente declamatorias (proclamatorias), visto que têm força jurídica e vinculam efetivamente o legislador. O legislador não pode decidir se atua ou não. É-lhe proibido o non facere*".<sup>33</sup>

É precisamente contra este "não fazer" que o constitucionalismo "comunitário" erige determinados instrumentos processuais que possam dar efetividade às normas constitucionais asseguradoras de direitos, especialmente dos direitos sociais, ainda não regulamentadas de forma eficaz. O dever de ação por parte do Estado, portanto, se associa, neste momento, à necessidade de pôr fim à omissão. Ou, de outra forma, controlar as omissões do Poder Público, seja do Legislativo, seja do Executivo, é a maneira pela qual se garante o dever de prestação.

Para o constitucionalismo "comunitário", portanto, o processo de concretização da constituição, enquanto efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público. E são os institutos processuais destinados a controlar diretamente estas omissões — mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, como veremos mais adiante — que viabilizam a participação jurídico-política, garantindo o valor dignidade da pessoa humana.

De outra parte, essa dimensão objetiva do sistema de direitos constitucionais — que será tanto mais efetiva quanto maior for a eficácia normativa da constituição — também depende da operosidade das instituições encarregadas do seu cumprimento. E o Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Constituição — já que aqui prevalece o sistema juris-

<sup>32</sup> Importa esclarecer que a ideia de uma esfera aberta constitucional, através da criação de um amplo círculo de intérpretes, não significa a defesa de um extenso subjetivismo interpretativo. As normas escritas de uma constituição são sempre e necessariamente o ponto de partida de qualquer solução jurídica. A abertura constitucional busca apenas garantir a participação jurídico-política da comunidade, através de determinados institutos processuais, na efetivação do sistema de direitos constitucionais. Neste sentido, afirma José Carlos Vieira de Andrade que "*o conteúdo da Constituição, esteio de (quase) toda a ordenação jurídica da vida comunitária, deve estar o menos dependente possível da opinião dos intérpretes*". Mas acrescenta: "*Pensamos, porém, que o texto constitucional, sendo em princípio um inerte à interpretação, terá que ceder sempre que o sentido literal atente de forma inalterável contra princípios jurídicos fundamentais ou quando a prática social demonstrar claramente a convicção jurídica geral do carácter obsoleto ou ilegítimo do programa normativo escrito...*" Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 127-128.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 206.

dicional de controle da constitucionalidade, a seguir discutido -, tem um papel proeminente. Mais do que isso, não seria exagero afirmar que o constitucionalismo "comunitário" brasileiro defende a figura de um Estado-Juiz, acompanhando, também aqui, o pensamento comunitário na defesa da jurisdição constitucional enquanto regente republicano das liberdades positivas.

## a) A Influência do Constitucionalismo Europeu e Norte-Americano

O constitucionalismo "comunitário" brasileiro é, primordialmente, influenciado pelo pensamento constitucional português e espanhol, especialmente pelas discussões travadas por ocasião dos processos constituintes dos quais resultaram a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978.<sup>34</sup> À semelhança do processo brasileiro, estes países atravessaram longos períodos de autoritarismo político e elaboraram Constituições com vistas à implementação e consolidação de regimes democráticos. Os trabalhos de José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade, em Portugal, e Pablo Lucas Verdú e Antonio Enrique Pérez Luño, na Espanha,<sup>35</sup> influenciaram decisivamente o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo.

Parece não restar qualquer dúvida acerca de um "compromisso comunitário" dos constitucionalistas de Portugal e Espanha. Do ponto

<sup>34</sup> A influência das Constituições portuguesa e espanhola foi tão significativa no processo constituinte brasileiro que vários artigos da Constituição de 1988, especialmente os que se referem ao sistema de direitos, são cópias literais dos artigos daquelas Constituições. De resto, a história constitucional brasileira tem esta marca. A Constituição de 1891 tinha o texto da Constituição norte-americana completado com algumas disposições das Constituições suíça e argentina; a Constituição de 1934 foi fortemente influenciada pela Constituição alemã de Weimar; e a Constituição de 1946 reutilizou os textos das Constituições de 1891 e 1934. Sobre as normas e institutos estrangeiros recepcionados pela Constituição Brasileira de 1988, ver Ana Lucia de Lyra Tavares, "A Constituição Brasileira de 1988: Substâncias para os comparatistas", in *Revista de Informação Legislativa*, nº 109, janeiro/março de 1991. No âmbito do direito constitucional comparado, este texto é valioso, constituindo-se em uma das mais exaustivas análises sobre as fontes de direito estrangeiro na atual Constituição Brasileira.

<sup>35</sup> São os seguintes os principais trabalhos destes autores: *Direito Constitucional*, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1992 (José Joaquim Gomes Canotilho); *Manual de Direito Constitucional*, tomos I, II e III, Coimbra, Coimbra Editora Li-

de vista teórico-filosófico, é clara a vinculação destes autores com o relativismo ético comunitário, que aqui se revela, especialmente, na concepção de constituição como ordem jurídica fundamental que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta. Há, segundo eles, uma espécie de interpenetração entre aquilo que designam por realidade constitucional - realidade de fatos, mas também de compromissos éticos - e a constituição, que vem a ser "a sede dos valores jurídicos básicos acolhidos na comunidade política, a expressão mais imediata da ideia de Direito nela triunfante, o estatuto do poder político que se pretende ao ser-viço desta ideia, o quadro de referência recíproca da sociedade e do poder".<sup>36</sup> Não se imagine, contudo, que a constituição exprima a soma de todos os valores de uma comunidade histórica ou mesmo o seu valor supremo. A ideia de abertura constitucional - apenas factível em face do pluralismo e que aqui traduz o ideal comunitário da efetiva participação política dos membros de uma comunidade histórica - não seria compatível com tal concepção. Somente através da interpretação e da integração dos preceitos constitucionais, pela via da abertura constitucional, se torna possível o confronto "das forças políticas portadoras de projectos alternativos de realização dos fins constitucionais".<sup>37</sup>

Do ponto de vista pragmático, após anos de autoritarismo governamental, não se poderia esperar, da maior parte dos constitucionalistas portugueses e espanhóis, senão a luta, afinal vitoriosa, pela incorporação de um amplo sistema de direitos fundamentais em suas Constituições. O compromisso com a efetivação das normas constitucionais asseguradoras dos direitos fundamentais, enquanto parâmetros de valoração que orien-

miada, 1983 (Jorge Miranda); *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit. (José Carlos Vieira de Andrade); *La Constitución Abierta y sus Enemigos*, op. cit. (Pablo Lucas Verdú); e *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991 (Antonio Enrique Pérez Luño).

<sup>36</sup> Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., p. 56. Discorrendo sobre os valores, José Carlos Vieira de Andrade acrescenta que eles "descobrem-se na análise dos comandos constitucionais e na consciência que deles adquire a comunidade, no sentimento jurídico das pessoas em comunidade. Não se confundem com quaisquer subjetivismos. A ideia de Direito na qual assenta a Constituição material surge necessariamente como ideia comunitária, como representação que certa comunidade faz da sua ordenação e do seu destino à luz dos princípios jurídicos". *Ibidem*, p. 57.

<sup>37</sup> Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 85.



tam a interpretação de todo o ordenamento constitucional, se revela claramente nas palavras de Antonio Enrique Pérez Luño: "A jurisprudência do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha tem considerado, em inúmeras decisões, o sistema de direitos fundamentais consagrados pela Grundgesetz como a expressão de uma ordem de valores, que deve guiar a interpretação de todas as demais normas constitucionais do ordenamento jurídico em seu conjunto... Também na Espanha, o Tribunal Constitucional tem sustentado expressamente que os direitos fundamentais refletem um sistema de valores e princípios de alcance universal que não de informar todo o ordenamento jurídico".<sup>38</sup>

Para estes autores, se o constitucionalismo liberal tomava a lei como razão, o constitucionalismo "comunitário" a toma como vontade: vontade política de uma comunidade histórica. Faz-se necessário, portanto, concretizá-la. Essa concretização depende, por um lado, da participação jurídico-política de seus membros, mas, por outro lado, também depende — e fundamentalmente — da atuação efetiva dos órgãos jurisdicionais encarregados de lhe garantir eficácia. Apenas assim uma constituição se realiza. Conclui-se, portanto, que "cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contacto com a realidade. No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das suas manifestações mais relevantes. Em face do carácter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou de concretização (...), se aproxime a norma constitucional da realidade".<sup>39</sup> Em outras palavras, a tarefa de realização ou concretização constitucional, segundo estes autores, supõe necessariamente um trabalho de explicitação do sentido das normas da constituição, ou seja, uma tarefa interpretativa que, contra o positivismo, se caracteriza por sua dimensão criadora.

É precisamente através da discussão acerca da hermenêutica constitucional que se pode observar a incorporação, por parte do constitucionalismo português e espanhol, do debate constitucional travado nos Estados

Unidos e na Alemanha, ainda que seja maior a influência alemã, possivelmente porque se trata de sistemas semelhantes — sistema continental.<sup>40</sup> Ressalte-se, de outra parte, que, se não podemos claramente nos referir a um debate *entre* americanos e alemães,<sup>41</sup> não há dúvidas de que é a mesma a discussão que se processa *entre* americanos e *entre* alemães.

O debate constitucional que ocorre tanto nos Estados Unidos como na Alemanha, e que tanta influência causa no pensamento constitucional europeu e brasileiro, está basicamente centrado no tema da concretização da constituição, ou seja, em como tomar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Mais especificamente, a discussão refere-se à concretização do sistema de direitos assegurado pela constituição e à atuação da jurisdição constitucional em torná-lo eficaz.

No âmbito do pensamento norte-americano, duas posições se confrontam. A primeira, mais liberal, denominada interpretativista (*interpretivism*), parte do pressuposto de que uma sociedade democrática e liberal caracteriza-se pelo pluralismo, ou seja, é integrada por indivíduos e grupos que possuem diversas e distintas concepções de bem. Consequentemente, o pluralismo e o relativismo de valores que dele

<sup>38</sup> No mundo ocidental contemporâneo, são dois os principais sistemas de direito: o sistema continental e o da *common law*. O sistema continental tem por base o renascimento dos estudos do direito romano, nas Universidades italianas e alemãs dos séculos XI e XII, através da reintrodução do *Corpus Juris Civilis*, elaborado por determinação do imperador Justiniano (527 a 565 d.C.). No sistema continental, as regras de direito são vistas enquanto regras de conduta geral. A principal fonte do direito é a lei escrita; daí, os códigos de direito. No âmbito da *common law* — que comporta o direito inglês e aqueles que se organizaram a partir dele (Estados Unidos e Austrália, por exemplo) — o que se pretende é solucionar um caso concreto e a resolução deve, atendidos determinados requisitos, ser retomada na solução de outro caso análogo, obedecendo-se à regra do precedente. Como foram os juízes que formaram a *common law*, a sua principal fonte de direito é a jurisprudência (*case law*), tendo a lei escrita uma função secundária. Ver, a respeito, René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

<sup>41</sup> A razão da ausência deste debate *entre* americanos e alemães provavelmente pode ser explicada pela diferença entre os sistemas jurídicos destes países — *common law* e sistema continental, respectivamente. Ressalte-se, no entanto, que o trabalho de Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (*op. cit.*) — publicado na Alemanha em 1992 — contrapõe, ao ingressar no debate político-constitucional contemporâneo, autores americanos e alemães, como veremos mais adiante.

<sup>38</sup> Cf. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, p. 292.

<sup>39</sup> Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 160.

resultam não permitem que a constituição venha a fixar teleologicamente conteúdos substantivos ou objetivos a seguir. Ao contrário, limitada a um instrumento de governo, a constituição tem a exclusiva função de estabelecer procedimentos e determinar as competências dos órgãos politicamente responsáveis pela concretização das demandas de indivíduos e grupos. Em outras palavras, como os valores defendidos pela maioria democrática possuem um peso (relativo) maior do que qualquer posição assumida por minorias ou órgãos judiciais, resulta que a *law of judges* deve submeter-se ao *rule of law*.

Os constitucionalistas portugueses e espanhóis citam Robert Bork e W. Rehnquist como os atuais representantes do interpretativismo norte-americano. Os trabalhos destes autores, por sua vez, são, na verdade, uma espécie de releitura das ideias de Joseph Story, que nos seus *Commentaries on the Constitution of the United States*<sup>42</sup> defende aquilo que designa como *interpretação razoável* da Constituição Americana. Com-prometido com um constitucionalismo liberal, cujos valores primordiais são o Estado de Direito e os direitos individuais, Story afirma que as palavras de uma constituição devem ser tomadas em sua acepção natural e óbvia, evitando-se o indevido alargamento ou restrição de seu significado. Story defende a *teoria dos poderes implícitos*, segundo a qual na interpretação de um determinado poder não se consentirá coisa alguma que possa invalidar ou prejudicar os seus confessados objetivos. Exemplifica tal teoria interpretando o texto da Constituição Americana que autoriza o Congresso a declarar guerra. Declarar, segundo ele, só pode significar aqui o poder de fazer e empreender a guerra e não o mero poder de tornar conhecida uma coisa já existente.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4ª edição, 2 vols. Boston, Thomas M. Coolley, 1873, citado por Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 384.

<sup>43</sup> Citado por Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 430-431. No âmbito do constitucionalismo brasileiro, português ou espanhol, não há trabalhos consistentes sobre os autores que integram a chamada corrente interpretativista americana. E mesmo as raras referências são bastante esparsas. Tampouco há bibliografia à disposição. Nada disso é surpresa, de vez que tanto o constitucionalismo europeu como o brasileiro se contrapõem a esta corrente. A esse respeito, são claras as palavras de Paulo Bonavides: "Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volta para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao

A corrente interpretativista, admitindo a utilização de diversos elementos interpretativos, defende uma *interpretação jurídica* da constituição, de forma que o princípio da legalidade constitucional é "fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra..."<sup>44</sup>

A segunda posição, denominada não-interpretativista (*non interpretivism*), autoriza o Judiciário, na tarefa de interpretação da constituição, a recorrer aos valores substantivos da comunidade e não apenas ver o direito como um sistema fechado de regras concretas. Sem perder a objetividade, os juizes podem recorrer aos princípios jurídicos, como a justiça e a igualdade. Esta mediação judicial concretiza a constituição precisamente porque, ao contrário da corrente interpretativista, não leva em consideração apenas o texto constitucional, mas também invoca o processo histórico, os valores e princípios substantivos, os precedentes e outros conceitos ancorados num determinado *ethos* social, tudo isso com o objetivo de julgar em conformidade com o "projeto de constituição".

Os trabalhos de Bruce Ackerman, constitucionalista norte-americano integrante do chamado grupo republicano, são representativos desta segunda posição. Partindo da ideia de que o primeiro, e mais fundamental, é o direito de cada indivíduo ao reconhecimento dialógico como cidadão com iguais atribuições na conversação política,<sup>45</sup> Ackerman equipara a sociedade a uma comunidade dialógica e vê a Constituição como um ato de autodeterminação de uma comunidade política. Nesta perspectiva, a Suprema Corte, através do *judicial review*, deve impedir a violação das restrições constitucionais determinadas pelo povo. No entanto, por recorrer a uma concepção de "democracia dialética", Ackerman acredita que em determinados momentos históricos decisivos a Suprema Corte não pode declarar a inconstitucionalidade das conquistas revolucionárias obtidas por uma cidadania fortemente mobilizada. Em outras palavras, o

segundo, com o *Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição*". *Idem*, p. 435.

<sup>44</sup> Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 150.

<sup>45</sup> Cf. Bruce Ackerman, *La Justicia Social en el Estado Liberal*, tradução de Carlos Rosenkrantz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 104 e segs.

povo é capaz de engendrar "transformações no sistema" e a Suprema Corte deve atuar no sentido de acatá-las e, ao mesmo tempo, integrá-las à história constitucional da comunidade política.

Da mesma forma que Ackerman, Dworkin<sup>46</sup> também integra esta corrente. Ainda que se oponha ao grupo republicano, o liberalismo de Dworkin, paradoxalmente, não o impede de dar à Suprema Corte um papel proeminente na interpretação da Constituição. Partindo da crítica ao positivismo, que confere prioridade às normas em detrimento dos princípios, Dworkin ataca a defesa positivista do poder discricionário dos juízes no caso da ausência de normas: "No âmbito do positivismo jurídico encontramos uma teoria dos casos difíceis. Quando um determinado litígio não pode ser resolvido claramente por uma norma jurídica, esta belocida previamente por alguma instituição, o juiz — de acordo com esta teoria — tem poder discricionário para decidir o caso. Esta opinião de *supõe*, aparentemente, que uma das partes tinha o direito preexistente de ganhar o processo, mas tal ideia não é mais do que uma ficção. Na realidade, o juiz introduziu novos direitos jurídicos e os aplicou depois, retroativamente, ao caso que tinha em mãos".<sup>47</sup> Para ele, a moralidade política pode influenciar os juízes nos casos excepcionais, especialmente no que diz respeito à interpretação da Constituição. Ante os chamados "casos difíceis", os juízes devem recorrer aos princípios, adotando uma interpretação fundacional da Constituição como um todo.

No que diz respeito ao debate alemão, as posições são basicamente as mesmas. Também aqui duas posições se confrontam. De um lado, os que defendem uma metodologia estritamente jurídica da hermenêutica constitucional,<sup>48</sup> segundo a qual não há distinção entre a interpretação da Constituição e a interpretação de uma lei. Por conseguinte, as regras tradicionais da interpretação<sup>49</sup> também devem se aplicar à hermenêutica cons-

titucional. De outro lado, temos os defensores de uma metodologia bastante ampliada, denominada *científico-espiritual*, que torna a constituição como *ordem de valores* e que vê a interpretação constitucional como uma tarefa de articulação do texto constitucional com os valores reais de uma comunidade histórica.

Da mesma forma como ocorre em relação à corrente interpretativista norte-americana, são raras as referências ao método estritamente jurídico defendido por constitucionalistas alemães, seja na literatura constitucional portuguesa ou espanhola, seja na brasileira. Quanto ao método científico-espiritual, sua influência é decisiva. Senão vejamos. Esta metodologia foi inicialmente desenvolvida por Rudolf Smend, criador da concepção integrativa, segundo a qual a interpretação constitucional deve tomar a constituição como um todo, em uma análise global de seus aspectos teleológicos e materiais. Privilegiando a dimensão política do ordenamento constitucional, Smend recusa qualquer interpretação formalista da constituição, pois o fundamental é o estabelecimento de uma articulação entre o texto constitucional e a realidade *espiritual* de uma comunidade histórica. Apenas uma análise integrativa, que assim proceda, pode captar o sentido teleológico do ordenamento constitucional, adaptando-o aos tempos e às circunstâncias.<sup>50</sup>

É precisamente em torno da metodologia científico-espiritual desenvolvida por Smend que se estrutura o constitucionalismo alemão contemporâneo, excetuando-se, como é evidente, os poucos defensores dos métodos jurídicos clássicos. Ainda que algumas nomenclaturas apareçam — método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizante, método normativo-estruturante —, todos estes métodos<sup>51</sup> são variações

<sup>46</sup> As posições de Ackerman e Dworkin sobre a atuação do Judiciário serão objeto de análise no terceiro capítulo deste trabalho. Daí a brevidade das referências ora formuladas.

<sup>47</sup> Cf. Ronald Dworkin. *Los Derechos en Serio*, tradução de Marta Gustavino, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 146.

<sup>48</sup> A defesa estrita do método jurídico no plano da interpretação constitucional foi feita, na Alemanha, por Ernst Forsthoft.

<sup>49</sup> As regras tradicionais da interpretação estão associadas aos chamados métodos tradicionais da hermenêutica, a saber, a interpretação gramatical, a lógica e a analógica. A interpretação gramatical prioriza o sentido literal das palavras utilizadas na elabo-

ração da norma. A interpretação lógica é aquela que investiga as condições e os fundamentos da lei, procurando reconstruir a intenção do legislador. A interpretação analógica, pressupondo a unidade do sistema jurídico, supre as lacunas da norma recorrendo a matérias análogas. Sobre o tema, ver Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., Capítulo "A Interpretação da Constituição".

<sup>50</sup> As mais consistentes análises sobre a obra de R. Smend se encontram, no Brasil, em Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., e José Joaquim Gomes Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., em Portugal.

<sup>51</sup> Estas metodologias são todas complementares entre si. Variam apenas os instrumentos práticos e específicos de concretização das normas constitucionais e analisá-los ultrapassa os limites deste trabalho. Ainda que alguns autores tenham, por vezes, seus nomes associados a mais de uma corrente hermenêutica, a literatura constitucional associa os seguintes métodos aos seguintes autores: método científico-

em torno de um mesmo tema, qual seja, como concretizar a constituição enquanto consenso social sobre os valores básicos de uma comunidade concreta. Friedrich Müller, Konrad Hesse e Peter Häberle partilham desta perspectiva e integram o que alguns constitucionalistas designam por Nova Hermenêutica.

Os autores que integram a Nova Hermenêutica partem do pressuposto de que a diferenciação social e o pluralismo político são as principais características da sociedade contemporânea. Neste contexto de conflitividade política e social, mas que também inclui formas democráticas de participação nos assuntos públicos, não seria razoável tomar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado, caracterizado pela ordem e pela unidade. Frente ao processo de diferenciação e ao pluralismo, a constituição, segundo estes autores, se caracteriza por sua "estrutura aberta", incompatível com qualquer interpretação metodologicamente formalista. Quando a Nova Hermenêutica recusa as regras clássicas da interpretação constitucional — incompatível com a ideia de abertura constitucional —, isto significa o fim do primado da norma e a consequente primazia da constituição material sobre a constituição formal.

Com efeito, o conceito de "domínio normativo" formulado por Friedrich Müller<sup>52</sup> revela precisamente esta primazia: a concretização normativa apenas se dá pela via de uma interpretação que ultrapassa o texto da norma jurídica e atinge uma parte da realidade social enquanto práxis que inclui o processo legislativo, a atuação dos órgãos do governo, a administração da justiça etc. O "domínio normativo", portanto, além de incluir o texto da norma jurídica, incorpora ainda fatores normativos, de caráter material. Para Konrad Hesse, por seu turno, a concretização constitucional necessita de uma interpretação que preserve e consolide aquilo que ele designa por "força normativa da constituição". Partindo da análise

co-espiritual (Rudolf Smend); método tópico-problemático (Theodor Viehweg); método hermenêutico-concretizador (Konrad Hesse e Friedrich Müller); método normativo-estruturante (Friedrich Müller); método concretista da "constituição aberta" (Peter Häberle).

<sup>52</sup> Ver Friedrich Müller, *Direito, Linguagem e Violência — Elementos de uma teoria constitucional*, op. cit., e "Concepções Modernas e a Interpretação dos Direitos Humanos", tradução de Peter Naumann, in *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*.

se efetuada por Humboldt, em 1813, sobre a Constituição Alemã, Hesse resgata deste autor a ideia de que toda constituição deve encontrar um *germe material de sua força vital* no tempo e formula o *princípio da ótima concretização da norma*, ao qual toda interpretação constitucional deve estar submetida. Este princípio, incompatível com as regras clássicas do formalismo hermenêutico, vê a eficácia da constituição condicionada pelos fatos concretos da vida. Nas palavras de Hesse, "*a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação*".<sup>53</sup> São precisamente estas condições reais da sociedade contemporânea que levam Peter Häberle a formular o conceito de "constituição aberta". Comprometido com os ideais do Estado Providência e com a "força produtiva do pluralismo", Häberle defende o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, pela via de um processo aberto e público. Dos cidadãos aos partidos políticos, passando por sindicatos e órgãos estatais, todos tomam parte do processo de interpretação da constituição. Sem a participação de todas as forças da comunidade política, não há como concretizar a constituição.<sup>54</sup>

Parece não restar dúvidas de que a realidade social, para os integrantes da Nova Hermenêutica, não mais está confinada ao espaço jurídico. A concepção material da constituição, por todos priorizada, vem precisamente realçar o papel das diversas forças políticas — em sociedades plurais — na fixação dos princípios fundamentais do ordenamento constitucional. A constituição aqui é a força normativa da *vontade política* de uma comunidade histórica e, por consequência, a *fonte real* de validade de todo o sistema normativo.

É precisamente pela prioridade dada à *concepção formal da constituição* que podemos facilmente observar uma afinidade entre a corrente interpretativista americana e o chamado método jurídico de interpretação defendido por alguns constitucionalistas alemães — grupo 1. De outra parte, a opção pela *concepção material da constituição* é partilhada tanto pela corrente não-interpretativista americana como pelos constitucionais-

<sup>53</sup> Cf. Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, op. cit., p. 22.

<sup>54</sup> Ver, a respeito, Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, op. cit.

listas alemães que defendem metodologias ampliadas de interpretação constitucional — grupo 2. O fundamental aqui é que a opção por qualquer das alternativas acarreta consequências importantes tanto para o sistema de direitos fundamentais, como para o entendimento da própria constituição e da atuação da jurisdição constitucional. Senão vejamos. Ou a constituição é, na medida em que organiza a vida político-estatal e regula a relação Estado-cidadão, apenas um ordenamento-marco e, portanto, o entendimento dos direitos fundamentais se resume a direitos subjetivos de liberdade voltados para a defesa contra a ingerência indevida do Estado (grupo 1); ou a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade em seu conjunto e a isso corresponde uma concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio que atuam em todos os âmbitos do direito (grupo 2). No que diz respeito à jurisdição constitucional, duas são também as alternativas: ou os tribunais apenas garantem os direitos fixados no ordenamento-marco, sem qualquer capacidade de estabelecer posições jurídicas singulares (grupo 1) ou estão vinculados à eticidade substantiva da comunidade e podem, portanto, agir de forma a aproximar a norma da realidade (grupo 2).

A cultura jurídica brasileira, positivista e privatista, que defende uma concepção de constituição-quadro, enquanto marco que preserva a esfera da ação individual, se identifica com a posição adotada pelo grupo 1, precisamente porque prioriza a dimensão formal do ordenamento constitucional. Quanto aos constitucionalistas "comunitários" brasileiros, que recusam qualquer concepção de constituição que não a tome como uma estrutura normativa que revela o conjunto dos valores de uma comunidade histórica, é evidente a adoção da postura assumida pelo grupo 2 e, neste sentido, o compromisso com a concepção material da constituição.

#### b) O Constitucionalismo "Comunitário" no Processo Constituinte

Os representantes deste constitucionalismo "comunitário" integram a Comissão de Estudos Constitucionais, a quem coube elaborar estudos e anteprojeto de Constituição, a título de colaboração, enviado à Assembleia Constituinte, em 1987. Foi de Tancredo Neves a ideia de organizar a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta por representantes de diferentes setores econômicos e com distintos com-

promissos político-ideológicos. O Presidente José Sarney tornou efetiva esta ideia através do Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985.

A Comissão de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos,<sup>55</sup> era composta por quarenta e nove membros, assim distribuídos: trinta advogados, cinco empresários, quatro sociólogos, três jornalistas, três economistas, dois religiosos, um escritor e um médico. Jornalistas da *Folha de S. Paulo*<sup>56</sup> estabeleceram, a partir da análise de suas biografias, a seguinte caracterização político-ideológica: cinco de direita, seis de centro-direita, dezesseis de centro, quinze de centro-esquerda e sete de esquerda. Particularizando os advogados, tivemos: dois de direita, três de centro-direita, quatorze de centro, nove de centro-esquerda e dois de esquerda. As primeiras análises sobre a composição da Comissão Arinos insistiam em seu caráter conservador. Foram diversas as críticas dos partidos de esquerda que a definiam como um foro elitista e não-democrático. Por essa razão, os juristas Eduardo Seabra Fagundes e Fábio Konder Comparato, vinculados, respectivamente, ao PDT e ao PT, se recusaram a integrar a Comissão, apesar de insistentemente convidados.

As análises sobre a composição da Comissão Arinos não estavam equivocadas. Não há dúvidas de que era majoritário o grupo qualificado como "conservador" pela própria imprensa nacional.<sup>57</sup> O seu Anteprojeto de Constituição, no entanto, foi considerado um estudo sério e progressista e, sobre isso, tampouco há qualquer dúvida.

<sup>55</sup> Os professores Carlos Roberto de Siqueira Castro e Ana Lucia de Lyra Tavares assessoraram o Senador Afonso Arinos durante os trabalhos da Comissão de Estudos Constitucionais. Posteriormente, ao longo da Assembleia Constituinte, o professor Carlos Roberto de Siqueira Castro assessorou a liderança do PDT, enquanto a professora Ana Lucia de Lyra Tavares continuou a trabalhar ao lado do Senador.

<sup>56</sup> Perfil publicado na *Folha de S. Paulo*, 19/09/86.

<sup>57</sup> A imprensa identificou, logo no início dos trabalhos da Comissão Arinos, dois grupos em confronto: o primeiro, majoritário, denominado "conservador", era integrado por "ideólogos de direita" — qualificação também dada pela imprensa — e por empresários; o segundo, denominado "progressista", era composto por juristas, professores e jornalistas. Ney Prado, Miguel Real e Gilberto Uliãa Canto (ideólogos de direita), bem como Sergio Quintela e Luis Eulálio Bueno Vidigal (empresários) são nomes representativos do grupo "conservador". José Afonso da Silva, Barbosa Lima Sobrinho, Cândido Mendes, Evaristo de Moraes Filho, Joaquim de Arruda Falcão, dentre outros, integraram o grupo "progressista".

Uma das manchetes da *Folha de S. Paulo*, de 19/09/86, "No Final, Vitória dos Progressistas", revelava que algo saíra errado para a maioria conservadora na Comissão. Considerada, de início, elitista, ao final dos seus trabalhos, o anteprojeto elaborado pela Comissão passou a ser alvo da virulência dos "conservadores". Criticando o caráter detalhista do anteprojeto, assim se manifestou Sérgio Quintela, empresário e integrante da Comissão, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, de 22/06/86: "*Faço parte daquele grupo que imaginava ter sido criada a Comissão para fornecer subsídios à elaboração de um texto constitucional suficientemente plástico e flexível. (...) O texto em elaboração peca, a meu ver, por transportar para a Constituição a ideologia de seus mais brilhantes membros...*" Em 17/06/86, a *Revista Senhor*, em matéria que tinha por título "Entregando os Anéis", também constata a expressiva derrota dos "conservadores", grupo majoritário na Comissão Arinos. Resta, portanto, decifrar tal processo e são variadas as chaves desta interpretação.

Resalte-se, inicialmente, que não se concretizou qualquer pacto entre os ideólogos de direita e os empresários. As ataques de Antonio Ernânio de Moraes, empresário paulista, e Odilon Ribeiro Coutinho, usineiro nordestino, mas de velha e pessoal tradição democrática, ilustram bem a inexistência de alinhamentos automáticos. O primeiro, candidato ao governo de São Paulo pelo PTB, acompanhou o "grupo progressista" no debate sobre a ordem econômica. O segundo, por apoiar as propostas deste grupo referentes ao conceito de empresa nacional, foi qualificado, por Ney Prado, porta-voz do grupo "conservador",<sup>58</sup> de empresário-suicida.

<sup>58</sup> O afastamento do advogado Ney Prado, ex-chefe da Divisão de Política do Colégio Interamericano de Defesa, em Washington, membro do corpo permanente da Escola Superior de Guerra e secretário-geral da Comissão Arinos, foi um dos mais expressivos sinais da derrota dos "conservadores". Discordando do texto final votado pela Comissão, Prado foi responsável pela sua publicação, não-revisado e não-autorizado, na revista *Manchete*, caracterizando-o como "socializante", "esquerdistas" e "xenofobo". Escolhido para compor a Comissão por contar com a simpatia do Ministro do Exército, Leônidas Pires Gonçalves, Ney Prado, um civil que se apresentava como porta-voz dos militares na Comissão, dela se afastou, sugerindo, no artigo "Constituição de Araque" publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* (15/05/86), que o Presidente da República, José Sarney, rasgasse o anteprojeto apresentado pela Comissão. No mesmo artigo acrescentou: "*A donna comissão espelha a carência de recursos humanos do Brasil destes dias, onde juristas do porte de Miguel Reale se tornam cada vez mais escassos (...) São de esquerda os*

da, ao que retrucou: "*Suicida é você. Entrego os anéis para não entregar os dedos. No Brasil de hoje já não se concede excesso de privilégios para ninguém.*"<sup>59</sup>

De outra parte, foi efetiva a participação dos representantes do grupo "progressista" nos comitês temáticos<sup>60</sup> e nos debates gerais da Comissão Arinos, não tendo os "conservadores" a mesma assiduidade e o mesmo compromisso. Ney Prado, em entrevista ao jornal *Folha de S. Paulo* (19/09/86), assim se manifestou sobre a pouca disponibilidade dos membros do seu grupo: "*Os chamados conservadores são homens com múltiplas atividades e não podiam comparecer com assiduidade. E os progressistas, mais determinados, começaram a frequentar mais as reuniões. E ficou tão marcante a divisão que alguns conservadores até desistiram. Eles dizem: O que adianta ir se os nossos pontos de vista estão sendo triturados?*"

Acrescente-se ainda que a Comissão iniciou seus trabalhos e discussões tomando como base o anteprojeto de Constituição elaborado por José Afonso da Silva,<sup>61</sup> um dos mais respeitados "comunitários" brasilei-

*donos da cultura no Brasil (...) A Comissão de Estudos que (...) se vem reunindo no Rio encontra-se sob a influência perniciososa de tais donos da cultura (...) A conclusão não pode deixar de ser melancólica. É que, como em muita coisa mais, já não se fazem constitucionalistas como antigamente. Fazem-se, sim, em grande número, constitucionalistas de araque.*" No dia seguinte ao afastamento de Prado, durante a última sessão da Assembleia, 18 membros subscreveram um manifesto contrário à reunião da Comissão em Itaipava, Petrópolis, onde se pretendia, em um esforço concentrado, acelerar a conclusão dos trabalhos. Nova derrota. A Assembleia manteve a decisão já tomada anteriormente.

<sup>59</sup> Cf. *Revista Senhor*, 17/06/86, p. 29.

<sup>60</sup> A Comissão Arinos era integrada por dez comitês temáticos distintos, tendo cada um deles um coordenador, um secretário e um relator. Alguns membros integravam mais de um comitê ou desempenhavam mais de uma função no mesmo comitê. São os seguintes os comitês temáticos: 1º) Princípios Fundamentais da Ordem Constitucional; 2º) Organização Internacional; Declaração de Direitos; 3º) Federação e Organização Tributária; 4º) Poder Legislativo e Organização Paritária; 4º) Poder Executivo; 5º) Poder Judiciário e Ministério Público; 6º) Educação, Cultura e Comunicações; 7º) Condições Ambientais, Saúde, Ciência e Tecnologia; 8º) Ordem Econômica; 9º) Ordem Social; 10º) Defesa do Estado, da Sociedade Civil e das Instituições Democráticas.

<sup>61</sup> José Afonso da Silva, professor da Universidade de São Paulo, foi um dos dois representantes da esquerda dentre os advogados que integraram a Comissão Afonso Arinos.

ros. Ao mesmo tempo, ainda que fosse evidente a representatividade social dos integrantes da Comissão, tratava-se de tarefa — redigir anteprojeto de constituição — estranha à atividade empresarial — alguns empresários mencionavam isso — e próxima ao ofício dos advogados. Dentre os trinta advogados integrantes da Comissão, a maioria atuava na área do direito constitucional e estava comprometida com os ideais comunitários.

São três os temas fundamentais que definem o caráter “comunitário” tanto do anteprojeto de Constituição elaborado por José Afonso da Silva, como do anteprojeto apresentado pela Comissão Arinos. Em primeiro lugar, e na busca de um fundamento ético para a ordem jurídica, incorporam positivamente princípios constitucionais ao texto da constituição, definindo o Brasil como *Estado Democrático de Direito*, cujo objetivo é a “*dignidade dos brasileiros*” (art. 1º, Anteprojeto José Afonso) ou a “*promoção da pessoa*” (art. 1º, Anteprojeto da Comissão Arinos). Ao definir a dignidade humana como objetivo do Estado brasileiro, traduzindo-a como “valor constitucional” na medida em que integra os princípios fundamentais do Estado, ambos os anteprojetos buscam orientar a compreensão e a interpretação da Constituição pelo critério do sistema de direitos constitucionais.

É precisamente o exaustivo e completo sistema de direitos constitucionais<sup>62</sup> o segundo tema a associar estes anteprojetos aos ideais comunitários. Observa-se, tanto num como noutro, a fixação de um amplo sistema de direitos fundamentais compreendidos como liberdades positivas, onde sobressaem os direitos de participação política, ao lado de mecanismos processuais que possam torná-los eficazes. Neste tema, é clara a influência do anteprojeto José Afonso — que, por sua vez, se inspira em artigos das Constituições portuguesa e espanhola — sobre o anteprojeto da Comissão Arinos, de vez que muitos dos seus artigos nele se repetem. De outra parte, ambos os anteprojetos dão prioridade ao *dever de prestação* por parte do Estado, pois de nada valeria a constitucionalização de um amplo sistema de direitos fundamentais se, ao lado dele, não se fixassem determinados instrumentos procedimentais que pudessem dar efetividade

às normas asseguradoras de direitos ainda não regulamentadas de forma eficaz. Contra as omissões do poder público, tanto o anteprojeto José Afonso como o da Comissão Arinos buscavam assegurar a eficácia do sistema de direitos constitucionais.

O anteprojeto José Afonso, no Título III (Das Garantias Constitucionais), apresentava o artigo 40 (Eficácia dos direitos e garantias), com a seguinte redação:

1. “*As normas que definem os direitos, liberdades, garantias e prerrogativas têm eficácia imediata.*”

2. “*Incumbe aos Poderes Públicos promover as condições para que a igualdade e a liberdade sejam reais e efetivas, removendo os obstáculos de ordem econômica e social que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica, social e cultural do País.*”

3. “*Na falta de leis, decretos ou atos necessários à aplicação dessas normas, o juiz ou tribunal competente para o julgamento suprirá a lacuna, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos que o País seja signatário, recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, para o Tribunal Constitucional.*”

4. “*Os suprlmentos normativos deduzidos em última instância, na forma do parágrafo anterior, terão vigência de lei até que o órgão competente os revogue por substituição.*”

O artigo 10 e seu parágrafo 1º do anteprojeto da Comissão Arinos, 63 por sua vez, previam:

<sup>62</sup> No âmbito da Comissão Arinos, foi o professor Cândido Mendes, relator do Comitê Temático nº 1 (Princípios Fundamentais da Ordem Constitucional, Organização Internacional, Declaração de Direitos) quem apresentou à Assembleia da Comissão duas sugestões de artigos relativos à eficácia do sistema de direitos constitucionais. O primeiro, apresentado pelo professor Miguel Reale Jr., tinha a seguinte redação: “*Todos têm direito ao pleno exercício da cidadania e a exigir do Estado as condições materiais e formais para a sua vigência.*” *Parágrafo 1º.* — “*O direito ao reconhecimento desta cidadania é imediato cabendo ao Defensor do Povo, ex-officio, ou por solicitação da parte, prover o seu atendimento e as diligências necessárias à sua formulação pelos poderes públicos.*” O segundo, apresentado pela professora Rosah Russomano, tinha o seguinte conteúdo: “*As normas constitucionais relativas a direitos e garantias são auto-aplicáveis.*” Posteriormente, tomando como referência o artigo 1º, parágrafo 3º, da Constituição Alemã, o Professor José Paulo Sepúlveda Pertence encaminhou sugestão de emenda ao projeto do Comitê Temático nº 1, solicitando a inclusão do seguinte

<sup>63</sup> Seja no âmbito do anteprojeto José Afonso, seja no da Comissão Arinos, é completo o sistema de direitos individuais e coletivos. Estavam previstos, dentre outros, o direito à cultura, ao meio ambiente, à associação sindical, à proteção jurídica, à informação, à excusa de consciência, ao lazer, à integridade moral e imagem, de acesso aos registros informáticos, de greve etc.

Artigo 10. "Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

1º - Na falta ou omissão da lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.

Como podemos observar, além de garantir a autoaplicabilidade do sistema de direitos constitucionais, ambos os anteprojetos, ainda que não se refiram expressamente ao instituto do mandado de injunção, como o fez a Constituição Federal, o acolhem de igual forma. O parágrafo 3º do anteprojeto José Afonso define inclusive um procedimento mais eficaz do que aquele previsto no ordenamento constitucional brasileiro, como veremos mais adiante, de vez que autoriza o Poder Judiciário a suprir a lacuna, sem que haja efeito suspensivo do recurso interposto à instância superior.

Ambos os anteprojetos de constituição previam, ainda, um outro instituto que, de igual forma, visa controlar as omissões do poder público, procurando garantir o dever de prestação por parte do Estado. Trata-se da ação de inconstitucionalidade por omissão. Neste caso, entretanto, há diferenças significativas entre o anteprojeto José Afonso e o da Comissão Ayrinos.

O art. 139 do Anteprojeto José Afonso dispunha que "Compete ao Tribunal Constitucional: II - processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade: b) por omissão das medidas legislativas ou executivas requeridas para tornar plenamente aplicáveis normas desta Constituição. Parágrafo 5º - A sentença do Tribunal Constitucional que declarar a inconstitucionalidade por omissão regulará a matéria em forma normativa, para valer como lei, a partir de prazo nela assinalado, se nele o Legislativo ou o Executivo, conforme o caso, não adotar as providências necessárias ao pleno cumprimento da Constituição." O Anteprojeto José Afonso, como podemos observar, não apenas cria a figura do Tribunal Constitucional, como o autoriza a legislar, nos casos em que por omissão do Legislativo ou do Executivo, após a definição de um certo prazo, as normas constitucionais não sejam plenamente aplicáveis.

artigo: "Os direitos e garantias fundamentais assegurados nesta Constituição têm eficácia imediata, vinculando todos os poderes públicos. Na ausência ou omissão de lei que os complementem, o juiz construirá a solução mais adequada à plena realização dos fins da norma constitucional." Quando da discussão em plenário, com base nestas sugestões, os integrantes da Comissão formularam a redação do artigo 10.

Quanto ao Anteprojeto da Comissão Ayrinos, no parágrafo 2º do seu art. 10, dispunha: "Verificada a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude de eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a lacuna." Se o parágrafo 1º do art. 10 - cujo conteúdo, como vimos, tinha o mesmo objetivo do mandado de injunção - traduziu uma vitória da representação "progressista" na Comissão, o mesmo não ocorreu com o parágrafo 2º. Com efeito, o parágrafo 1º autorizava o juiz a resolver o caso concreto e concretizar o direito dos impetrantes, independentemente de regulação. Ou seja, ainda que não encontrasse no ordenamento jurídico norma aplicável ao caso concreto, o juiz deveria decidir o caso. Como aceitar que o Judiciário legisle abstratamente é inconstitucional, o que se garantia era a solução de casos concretos, sem efeitos gerais, *erga omnes*, prevalecendo a decisão individual *inter partes*. Quanto à previsão do parágrafo 2º de, nos casos de inconstitucionalidade por omissão, delegar ao Supremo Tribunal Federal o encargo de simplesmente apontar aos demais poderes a necessidade de regulamentação, isso poderia se constituir em razão para o descumprimento do próprio parágrafo 1º, pois dificilmente um juiz decidiria pela aplicação *ex tunc* e o Supremo Tribunal Federal dilatária, ainda mais, a vigência da norma.

O terceiro tema que revela o "compromisso comunitário" de ambos os anteprojetos - o de José Afonso e o da Comissão Ayrinos - é a caracterização da mais elevada corte de justiça brasileira - o Supremo Tribunal Federal - como órgão de caráter político, que atue no sentido de zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorra sob as condições legitimadoras de uma política deliberativa. Mais do que isso, dão à Corte Suprema a tarefa fundamental de concretizar as normas constitucionais, especialmente aquelas que se referem aos direitos fundamentais do homem. Também aqui são relevantes as diferenças entre o anteprojeto José Afonso e o da Comissão Ayrinos.

O anteprojeto de Constituição apresentado à Comissão por José Afonso, como assinalamos, previa explicitamente a figura do Tribunal Constitucional, nos moldes das cortes constitucionais europeias - Alemanha e Itália - de feito puramente político, dedicado às matérias constitucionais, composto por 15 juizes nomeados pelo Presidente da República, sendo 5 eleitos pelo Conselho Nacional da Magistratura, dentre magistrados dos Tribunais Superiores da União e dos Estados, 5 pelo



Congresso Nacional e 5 pelo Conselho de Ministros,<sup>64</sup> dentre juristas de renome e "*comprovada prática democrática*". Estes juízes seriam investidos no cargo por 9 anos, renováveis por terço de três em três anos, vedada a recondução. Além disso, não poderiam ser escolhidos aqueles que estivessem no exercício de mandato executivo ou legislativo, de cargo de Ministro ou Secretário de Estado, ou que tivesse exercido qualquer dessas funções até 4 anos antes da escolha.

A Comissão Afonso Arinos se encaminhava no sentido de incorporar a sugestão de criação do Tribunal Constitucional, como apresentada no anteprojeto José Afonso da Silva. No entanto, o *lobby* do Poder Judiciário, especialmente a posição do Supremo Tribunal Federal, que foi formalmente convidado a apresentar propostas à Comissão, impediu a criação da Corte Constitucional. Considerando "*injustificável*" sua transformação em Tribunal Constitucional, pois de "*competência limitada estritamente a temas constitucionais, sem o tratamento das relevantes questões de direito federal*" — que seriam transferidas para o Superior Tribunal de Justiça (como, em parte, o foram) — o STF, na verdade, se contrapunha aos mandatos eleivos, que "*fariam ao sabor das eventuais maiorias parlamentares*", com a consequente cessação da garantia de vitaliciedade para seus membros. Para o STF, "*o juiz de qualquer tribunal deveria ser vitalício, permanente, qualificado conhecedor do direito, neutro e desvinculado das partes*".<sup>65</sup>

A saída encontrada pela Comissão Afonso Arinos foi uma solução de compromisso.<sup>66</sup> Inicialmente, atenderam à reivindicação do Supremo

<sup>64</sup> O anteprojeto de Constituição apresentado por José Afonso da Silva definiu como parlamentarista a forma de governo.

<sup>65</sup> As sugestões encaminhadas pelo Supremo Tribunal Federal à Comissão Arinos foram publicadas no *Diário da Justiça*, de 14 de julho de 1986.

<sup>66</sup> No âmbito da Comissão Arinos, o Comité Temático sobre Poder Judiciário era coordenado por Miguel Reale e dele faziam parte José Paulo Sepúlveda Pertence, Evaristo de Moraes Filho, Claudio Lacombe, Clovis Ferró Costa, Laerte Vieira, Rosah Russomano, Gilberto de Ulhôa Canto e Fajardo José Pereira Faria. Miguel Reale e Gilberto de Ulhôa Canto, desde as primeiras reuniões do Comité, se posicionaram contra a criação do Tribunal Constitucional defendendo a vitaliciedade dos membros da Suprema Corte e recusando qualquer compromisso político-partidário de seus membros. Apesar de minoritários no âmbito do Comité, os "conservadores" tinham, a seu favor, a enorme pressão externa do próprio Poder Judiciário. Daí, a solução de compromisso mencionada.

de maior autonomia administrativa e orçamentária. De outra parte, abandonando a ideia de criação do Tribunal Constitucional, nos moldes europeus, a Comissão manteve o STF, mas modificou essencialmente suas atribuições, que passaram a ser predominantemente constitucionais, exatamente no feito da Suprema Corte Americana. Não concordaram, portanto, com a pretensão do Supremo de continuar acumulando a competência para declarar tanto o sentido da Constituição como o das leis federais.<sup>67</sup> Recorrendo ao chamado "*critério de relevância*" do constitucionalismo norte-americano, a Comissão conferiu ao STF as atribuições jurídico-políticas de uma Corte Constitucional, além da competência para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instâncias por outros tribunais, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição e quando considerar "relevante a questão federal" resolvida pelos demais tribunais superiores.

Foram vários, portanto, os "*compromissos comunitários*" do anteprojeto elaborado pelos integrantes da Comissão de Estudos Constitucionais. No que diz respeito à busca por um fundamento ético para o ordenamento jurídico do País, o Preâmbulo do texto é certamente o marco deste compromisso, na medida em que clama por um "*regime social justo, fraternal e participativo*", que propicie uma "*existência digna para todos os brasileiros*". Estava correta, portanto, a imprensa brasileira ao afirmar: "*no final, vitória dos progressistas*".

O Presidente José Sarney não contava com isso. Ainda que, em discurso proferido no dia 3 de setembro de 1985, por ocasião da instalação da Comissão Arinos, tenha dito que ela seria "*uma área de discussão livre e informal das razões nacionais, submetendo ao debate público teses básicas quanto ao Estado, à sociedade e à Nação*", Sarney decidiu por não enviar o anteprojeto da Comissão à Assembleia Nacional Constituinte, procurando impedir, precisamente, que ele fosse publicamente discutido. Para o Senador Afonso Arinos, a adoção do *parlamentarismo*

<sup>67</sup> Foi criado o Superior Tribunal de Justiça destinado, entre outros fins, ao julgamento, em "recurso especial", das causas decididas em única ou última instâncias pelos Tribunais Federais Regionais ou pelos Tribunais dos Estados quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; se julgar válida lei ou ato do governo local, contestado em face da lei federal; ou der à lei federal interpretação divergente da que haja dado outro Tribunal, o próprio Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal.

presidencial, ponto central da proposta da Comissão relativa ao regime de poderes, foi o motivo pelo qual Sarney optou por não enviar o anteprojeto à A.N.C. É verdade que sempre foi pública a discordância de Sarney em relação ao parlamentarismo, mas a sua decisão de não enviar o anteprojeto da Comissão ao Congresso Constituinte parece estar ancorada em mais de uma razão. A declaração do deputado José Genóino, do PT de São Paulo, ao jornal *Correio Brasileiro*, em 10/6/88, resume bem estes motivos: "*Para falar a verdade, o anteprojeto dos Notáveis é bem melhor do que o texto aprovado pela Comissão de Sistematização, de uma maneira geral. O Presidente Sarney o engavetou justamente porque era avançado demais.*"

Ainda que não tenha sido formalmente encaminhado à Constituinte, para servir de subsídio, como inicialmente previsto por Tancredo Neves, o anteprojeto da Comissão não foi esquecido. Das mais variadas formas, ele circulava nos bastidores do Congresso. Informalmente, partes significativas do seu texto foram copiadas por constituintes, o que levou o deputado Manoel Moreira, do PMDB paulista, a observar: "*No lugar de plagiar vamos examinar logo o original.*"<sup>68</sup> Alguns tempo depois, ainda que dividido em partes, o anteprojeto foi apresentado como sugestão à Mesa da Constituinte. O Senador Afonso Arinos, eleito para a presidência da Comissão de Sistematização, tinha dúvidas acerca da oportunidade de apresentar formalmente o anteprojeto, pois temia que seu gesto fosse interpretado como uma limitação à soberania dos constituintes. Entretanto, no dia 24 de abril de 1987, o Senador recebeu um telefonema do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Constituinte, solicitando que apresentasse a proposta dos notáveis à Mesa da Assembleia.<sup>69</sup> A partir daí, deputados e senadores passaram a contar com o texto do anteprojeto da Comissão Arinos.

De resto, e certamente decisiva neste processo, foi a atuação dos constitucionalistas "comunitários". Ressalte-se que o professor José

Afonso da Silva era não apenas amigo pessoal do deputado Ulysses Guimarães, como o principal assessor, durante todo o processo constituinte, do Senador Mário Covas (PMDB-SP), líder da maioria na Assembleia. O professor Carlos Roberto de Siqueira Castro assessorou o Senador Afonso Arinos na Comissão de Estudos Constitucionais e a liderança do PDT na Assembleia Constituinte, além de ter destacada participação, conforme revelam suas atas, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Ressalte-se, ainda, que ambos os constitucionalistas integraram a Comissão de Redação, responsável pelo texto final da Constituição. Não menos importantes foram as atuações de Eduardo Seabra Fagundes, vinculado ao PDT, e de Fábio Konder Comparato, do PT de São Paulo.

Parece não restar dúvida de que todo este processo pode nos ajudar a explicar especialmente o uso de uma "*linguagem comunitária*" na Constituição Federal, como também a incorporação de novas e variadas formas de garantia do ideal comunitário da participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos.<sup>70</sup>

## 2. A Dimensão Comunitária da Constituição de 1988

Os três grandes temas que definem a *dimensão comunitária* tanto do anteprojeto José Afonso da Silva como o da Comissão Arinos — definição do fundamento ético da ordem jurídica, amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhado dos institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público e Corte Suprema como órgão de caráter político — são adotados pela Constituição Federal. A denominada Constituição Cidadã passa, por um lado, como no constitucionalismo europeu, a adotar um completo e exaustivo sistema de direitos, prevendo também os instrumentos processuais elaborados para garantir a sua efetividade, como ver-

<sup>68</sup> Declaração dada ao jornal *O Globo*, em 18/4/87.

<sup>69</sup> Tanto o *Jornal de Brasília*, de 25/04/87, quanto o *Jornal do Brasil*, do mesmo dia, publicaram reportagens intituladas, respectivamente: "Congresso terá como base Anteprojeto de Notáveis" (p. 4) e "Arinos apresenta proposta" (p. 2), informando não apenas sobre o telefonema de Ulysses Guimarães, como da decisão do Senador Arinos de distribuir os capítulos do Anteprojeto dos Notáveis às subcomissões da Constituinte.

<sup>70</sup> Esclareço que a intensa participação dos mais diversos setores organizados da sociedade civil no processo constituinte foi certamente a razão primordial e prioritária da incorporação, no texto constitucional, do amplo sistema de direitos nela assegurados. O meu objetivo aqui, no entanto, é estabelecer as conexões entre o chamado *discurso* "comunitário" e a incorporação na Constituição de determinados tipos jurídicos que garantem a participação popular no processo político-jurídico nacional.

mos mais adiante. Por outro lado, e seguindo aqui o modelo norte-americano, atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel de *guardião da Constituição*, ainda que não o transforme em Tribunal Constitucional, como desejava José Afonso da Silva, com seu anteprojeto. Neste sentido, a Constituição Federal explicita, ainda mais claramente que o anteprojeto da Comissão Arinos, o caráter político da ação do STF, afirmando que a ele compete, "*precipualemente, a guarda da Constituição*" (art. 102, CF).

#### a) Valores Constitucionais, Direitos Fundamentais e Participação

A marca da "linguagem comunitária" atravessa todo o texto constitucional. Como vimos, ela já se evidencia no preâmbulo da Constituição Federal, que identifica "*os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...*"<sup>71</sup> Se o preâmbulo da Constituição define os "*valores supremos*" da Nação, o Título I (Dos Princípios Fundamentais) se encarrega de positivá-los, na medida em que o artigo 1º, III, fixa a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado brasileiro, enquanto Estado Democrático de Direito. Como assinalamos no início deste capítulo, a *dignidade humana*, que se revela no sistema de direitos constitucionais, é vista como um valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal.

Desde o início do processo constituinte, a intenção — presente nos anteprojetos de José Afonso e da Comissão Arinos — de caracterizar a Constituição como um ordenamento comprometido com determinados valores, definidos no Preâmbulo e no âmbito do próprio texto, já se revelava. O Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher<sup>72</sup> incorporou redação aprovada pelo Relatório da

Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, cujo Relator foi João Hermann Neto, do PMDB, e dispunha: Art. 1º — *O Brasil é uma nação fundada na comunhão dos brasileiros, imantados num povo independente que visa a construir uma sociedade livre, justa e solidária, segundo sua índole e a determinação de sua vontade.* Art. 2º — *O fundamento da comunhão nacional é a dignidade da pessoa humana, cujos direitos fundamentais são intocáveis.*

Ao longo das diversas fases da Constituinte, esta intenção inicial não se alterou, ainda que alguns deslocamentos e alterações redacionais tenham se verificado. A atuação dos constitucionais "comunitários" neste processo foi decisiva, pois através das assessorias que prestavam, conforme se pode verificar nas atas das Comissões Temáticas, informavam aos constituintes como as contemporâneas constituições europeias definiam compromissos valorativos e estabeleciam os princípios e os fundamentos dos seus Estados. Convidado a fazer comentários críticos aos relatórios parciais elaborados pelos constituintes no âmbito da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, na sua 13ª Reunião, Carlos Roberto de Siqueira Castro assim se manifestou: "*A ideia de um Estado Social e Democrático de Direito é, sem sombra de dúvida, o que há de mais moderno em termos de predicção dos Estados no mundo contemporâneo. A Constituição espanhola faz essa menção, imitando, neste ponto, a Constituição portuguesa. E, de um modo geral, as constituições europeias sublinham o aspecto social e democrático do Estado de Direito... A locução Estado de Direito pura e simplesmente já soa um tanto conservadora, um tanto obsoleta, quicá reacionária... Sinto falta também, neste título relativo à soberania, da enunciação de princípios de organização nacional. É muito comum os textos constitucionais contemporâneos aludirem aos princípios fundamentais da comunidade política... Nesta minha proposta, esses princípios seriam... a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, o pluralismo político.*"<sup>73</sup>

<sup>71</sup> É evidente a semelhança — quase literal — entre os preâmbulos dos anteprojetos de José Afonso da Silva, da Comissão Arinos e da Constituição de 1988.

<sup>72</sup> Da mesma forma que a Comissão Arinos, a Constituinte foi organizada através de comissões e subcomissões. O seu Regimento Interno definiu que, inicialmente, seriam constituídas 24 subcomissões temáticas. Os produtos do trabalho de cada uma destas comissões seriam agrupados, em um segundo momento, em oito anteprojetos, produto das 8 comissões temáticas que reuniriam, cada uma, 3 das 24 subcomis-

sões. Finalmente, a Comissão de Sistematização teria a tarefa, a partir das propostas anteriores, de oferecer um Projeto de Constituição ao Plenário da Assembleia. O Regimento previa ainda que as comissões e subcomissões observariam em sua composição a proporcionalidade da representação partidária.

<sup>73</sup> Cf. Ata da 13ª Reunião da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, em 13/05/87.

Não houve qualquer resistência à incorporação deste compromisso valorativo no texto constitucional. A apresentação conservadora na Constituinte atribua ao tema uma função exclusivamente retórica, definindo-o como "filosofias". Tanto é assim que as emendas substitutivas oferecidas, na segunda fase da Constituinte, pelo grupo conservador denominado *Centrão*<sup>74</sup> não propugnaram nem pela rejeição, nem mesmo pela alteração<sup>75</sup> deste compromisso valorativo.

O fundamento ético do ordenamento jurídico se revela, precisamente, no momento em que a Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores. Por conseguinte, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, se torna uma realização de valores. Em outras palavras, "o procedimento hermenêutico de captação do sentido do conteúdo das normas torna-se compreensão valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores".<sup>76</sup>

Desta forma, e na linha do constitucionalismo "comunitário", o cumprimento dos princípios fundamentais equivale a uma realização de valores. A dimensão axiológica supera, portanto, a dimensão deontológica, pois o conceito de *bonum* tem primazia sobre o de *dever ser*, na medida em que os princípios expressam os "valores fundamentais" da comunidade. Não se trata, como pareceu ao *Centrão*, de tema cuja função seja meramente retórica. Se analisarmos o sistema de direitos fundamentais à luz desta dimensão axiológica dos princípios fundamentais, evidencia-se a intenção dos nossos constituintes. Com efeito, o ordenamento constitucional assegura aos indivíduos uma esfera de liberdade frente às intervenções do poder público, da mesma forma como garante que a personalidade humana, na busca por sua dignidade, se desenvolva livremente dentro

<sup>74</sup> Na segunda fase do processo constituinte, a maioria conservadora cria o *Centrão*, integrado pelos conservadores do PMDB, PFL, PDS, PDC, PTB e PL, com apoio do empresariado e do Palácio do Planalto.

<sup>75</sup> O Projeto de Constituição apresentado pelo *Centrão* previa este mesmo compromisso valorativo. No âmbito dos Princípios Fundamentais, a única diferença verificada entre o Projeto do *Centrão* e o Projeto Final da Comissão de Sistematização é que este último, ao contrário do primeiro, assegura, no parágrafo único do art. 1º, o exercício direto do poder pelo povo. O *Centrão*, neste tema, foi derrotado, e a Constituição Federal dispõe que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

<sup>76</sup> Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia Normativa*, op. cit., p. 11.

da comunidade social. Ao não se definir como um ordenamento valorativamente neutro, a Constituição permite que, frente a um conflito entre direitos fundamentais, juízes e tribunais possam recorrer aos "valores supremos" que se expressam nos princípios fundamentais para dar solução ao caso. Não é por outra razão que, no transcurso da fundamentação das decisões, juízes e tribunais, na tarefa de interpretação do texto constitucional, se referam a uma *hierarquia valorativa*, em função da qual faz-se necessário uma *ponderação*.<sup>77</sup>

Outro tema a revelar a presença do ideário "comunitário" no texto constitucional é a adoção de um regime que assume uma forma de *demonstrativa participativa*, seja a participação pela via representativa, seja a participação por via direta do cidadão. A ideia de participação, não tanto a individual, mas a coletiva organizada, que caracteriza a participação direta da cidadania na formação dos atos de governo, foi incorporada na

<sup>77</sup> Em novembro de 1994, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em processo (*Hidreus Carpus* nº 71374-4) em que se verificava conflito entre direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Em ação de investigação de paternidade, em que se exigia realização de exame de DNA, uma das partes invocava o direito de conhecer a sua identidade biológica, condição para o livre desenvolvimento da personalidade. A parte contrária alegava que ninguém pode ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei — e não há lei que obrigue alguém a realizar exame de DNA — e que o exame violava sua integridade física, pois implicava prática invasiva sobre o próprio corpo. As instâncias inferiores, recorrendo a um ordenamento valorativo objetivo, decidiram pela obrigatoriedade da realização do exame, fundamentando a decisão no seguinte raciocínio: o direito ao conhecimento da sua própria origem, enquanto uma das dimensões da dignidade humana, é um *bem jurídico* que tem prioridade em relação ao direito de não ser obrigado a fazer o exame, que, por sua vez, não significa violação da integridade física, já que se resolve na retirada de um fio de cabelo ou de uma gotícula de sangue. O STF não manteve as decisões. Recorrendo a uma concepção de direito fundamental enquanto esfera de liberdade privada que deve ser protegida das intervenções do Poder Público, a Corte Suprema, por 5 votos contra 4, modificou as decisões das instâncias inferiores. Ver, sobre o tema, o valioso trabalho da professora Maria Celina Bodin de Moraes, "Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação da Paternidade e Direitos da Personalidade", in *Direito, Estado e Sociedade*. Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, nº 9, agosto-dezembro de 1996. A autora recorre ao princípio da proibição do abuso do direito para sustentar uma posição contrária à decisão do STF e, neste sentido, adota, como vemos no terceiro capítulo deste trabalho, o modelo de interpretação constitucional proposto por Dworkin.

Constituição através dos institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta. Neste sentido, os institutos da iniciativa popular – pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao Legislativo – do referendo popular – que se caracteriza pelo fato de que projetos de lei aprovados pelo Legislativo possam ser submetidos à vontade popular – e do plebiscito – que visa a decidir previamente uma questão política antes de sua formulação legislativa – foram incluídos na Constituição Brasileira.

Se tais institutos – que evidenciam a incorporação no texto constitucional dos mecanismos de um regime de democracia participativa – podem revelar uma certa “*dimensão comunitária*” que caracteriza a Constituição Federal, sabemos, no entanto, que o debate sobre a democracia participativa antecede os discursos que se caracterizam como comunitários, ainda que o caráter deliberativo dos institutos adotados esteja de acordo com eles.

De qualquer forma, não há dúvida de que a principal característica “comunitária” do texto constitucional se encontra precisamente na ideia de “*comunidade de intérpretes*”, que pressupõe, por um lado, uma concepção de “*Constituição aberta*” e, por outro, a adoção de diversos e novos institutos que asseguram a determinados intérpretes informais da Constituição a capacidade para deflagrar processos de controle, especialmente judiciais. Assim ocorre:

a) no mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, em defesa dos interesses de seus membros e associados (art. 5º, LXX, b);

b) na ação popular, em que qualquer cidadão é parte legítima para postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII);

c) na denúncia de irregularidades ou ilegalidades formulada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato ao Tribunal de Contas da União (art. 74, parágrafo 2º);

d) no mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXD);

e) na ação de inconstitucionalidade por omissão, que pode ser proposta, dentre outros, por partidos políticos, por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, parágrafo 2º).

Resalte-se, entretanto, que o mandado de segurança, a ação popular e os instrumentos que denunciam irregularidades, ainda que viabilizem a existência de uma comunidade de intérpretes do texto constitucional, pois podem ser impetrados por cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, conforme o caso, são institutos próprios de um *constitucionalismo liberal*, de vez que em princípio associados ao *dever de abstenção* por parte do Estado.

Quando o constitucionalismo “comunitário” brasileiro observa, na Constituição Federal, o alargamento da positvação constitucional das aspirações por mais *ignatidade*, não se refere, obviamente, aos direitos dos cidadãos a ações negativas por parte do Estado e, portanto, ao *dever de abstenção*, mas sim aos seus direitos a ações positivas por parte do poder público, ou seja, *dever de ação*. Ao dever de ação corresponde, portanto, o direito a prestações. Os direitos dos cidadãos a ações positivas do Estado podem ter por objeto ou uma ação fática ou uma ação normativa. Como assinala Robert Alexy, os direitos a ações positivas fáticas são “*direitos a prestações em sentido estrito*”, enquanto “*os direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de imposição de norma*” e, neste sentido, são “*direitos a prestações em sentido amplo*”.<sup>78</sup>

Os direitos sociais, cujo enorme elenco integra o sistema de direitos constitucionais na Constituição Federal, são considerados típicos direitos a prestações e apontam para ações fáticas ou ações normativas por parte do Estado. É precisamente por isso que os constitucionalistas “comunitários” tanto festejaram o acolhimento, pelo ordenamento constitucional, do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, formas de superar a distância entre o sistema de direitos assegurados pela Constituição e a realidade existente.

<sup>78</sup> Ver, a respeito, Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, tradução Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 195-196.

**b) Concretização da Constituição e Omissão do Poder Público: o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão**

A preocupação com a concretização da Constituição, e especialmente com a efetividade do sistema de direitos nela assegurados, estava presente desde o início do processo constituinte. O temor de que a nova Constituição viesse a padecer, como as anteriores, de uma espécie de inoperância crônica, era evidente em matérias veiculadas na imprensa e nos próprios debates no interior da A.N.C. Esta inoperância crônica era atribuída, por um lado, às omissões do poder público relativas à obrigatoriedade de ações normativas e, por outro, à ausência, nas Constituições do passado, de instrumentos processuais que pudessem concretizar a ideia de comunidade de intérpretes, proposta pelo constitucionalismo "comunitário".

O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são os institutos acolhidos na Constituição Federal<sup>79</sup> que melhor viabilizam, na prática, esta ideia de *comunidade de intérpretes*. A efetividade das normas constitucionais protetoras dos direitos sociais depende do grau, maior ou menor, da participação e da adesão da cidadania em torno do ideário constitucional e da vigilância dos seus destinatários; por outro lado, são os intérpretes informais do texto constitucional que podem evitar que as políticas públicas destinadas a atender demandas sociais não

sejam destruídas por interpretações judiciais da Constituição pressas ao velho paradigma liberal defensor da autonomia privada.

Como assinalamos, os direitos sociais fundamentais, que integram o sistema de direitos constitucionais, são direitos a prestações cujo objeto pode ser uma ação fática ou uma ação normativa por parte do Estado. O mandado de injunção<sup>80</sup> e a ação de inconstitucionalidade por omissão são institutos associados, exatamente, à obrigatoriedade de ações normativas por parte do Poder Público, pois visam exatamente "garantir o cumprimento de preceitos constitucionais ainda não integrados por normas regulamentadoras que devem ser produzidas através de atuação direta do Poder Legislativo e/ou Executivo".<sup>81</sup>

O mandado de injunção encontrou inspiração no *writ of injunction* do Direito inglês, que foi posteriormente incorporado ao Direito norte-americano. Com base no mandado de injunção, a justiça dos EUA, por exemplo, reprimiu, através de uma política judicial coibidora, a segregação racial nas escolas norte-americanas.

Com o instituto do mandado de injunção, o que se pretende é a aplicabilidade da justiça por equidade, a decisão do juiz como o instrumento de integração entre a omissão pública e o cidadão no caso concreto. Em outras palavras, "o mandado de injunção é a única ação constitucional que autoriza o juiz a romper com a tradicional aplicação rígida da lei ao caso concreto para, de acordo com o pedido e o ordenamento jurídico, construir uma solução satisfatória, de modo a concretizar o Direito Constitucional do imperante. Esta nos parece ser a finalidade do mandado de injunção brasileiro e igualmente foi a finalidade do seu ancestral inglês e norte-americano".<sup>82</sup>

Não há dúvidas de que o mandado de injunção foi concebido pelos constituintes brasileiros com o objetivo de conferir proteção à aplicabilidade dos direitos e liberdades constitucionais de toda espécie, procurando superar, em favor da efetivação do sistema de direitos constitucionais, a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

<sup>79</sup> A intensa participação popular foi uma das marcas do processo constituinte. Foram apresentadas 122 emendas populares, que reuniram um total de mais de 10 milhões de assinaturas. Não seria nenhum exagero afirmar que o amplo sistema de direitos fundamentais assegurado na Constituição Federal é, em boa parte, resultado desse processo de participação política. No entanto, a inclusão no texto constitucional das garantias de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade, é tarefa atribuída aos "juristas". São claras, a respeito, as palavras de Adriano Piliatti: "Em princípio e como regra, no meu entender, os movimentos populares acabaram seduzidos pela ilusão partidista da consagração retórica de direitos substantivos, deixando em segundo plano a previsão de instrumentos de efetivação. Segundo me parece, a batalha real não se esgotou na consagração de direitos e princípios, mas começa realmente com eles, passando necessariamente pela estruturação de uma instrumentalidade tal que permita a cobrança de sua implementação". Cf. Adriano Piliatti, *A Educação nas Constituintes Brasileiras* (Org. Osmar Fávoro), Campinas, SP, Editora Autores Associados, 1996, p. 299.

<sup>80</sup> O mandado de injunção pode ser individual ou coletivo.

<sup>81</sup> Cf. Regina Quaresima, *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Teoria e Prática*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 1.

<sup>82</sup> Cf. Marcelo Figueiredo, *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 32.

Durante o processo constituinte, foram propostos inúmeros projetos e emendas que tinham esse objetivo e, neste sentido, também compartilhavam das intenções do artigo 40 do Anteprojeto José Afonso e do parágrafo 1º do artigo 10 do Anteprojeto da Comissão Arinos. Assim, as emendas nº 96 da fase B de 17/05/87, da deputada Anna Maria Rattes (PDT - RJ), e a nº 297 da fase B de 20/05/87, do deputado Michel Temer (PMDB-São Paulo), previam a aplicação imediata das garantias da Constituição, elegendo o mandato de injunção para garantir os direitos nela assegurados e não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora. Estas emendas não chegaram a ser informadas para discussão em plenário.

Foi o Senador Virgílio Távora (PDS-CE), alertado pela Assessoria Legislativa do Senado Federal, preocupada com a não efetividade das normas programáticas referentes à educação, quem apresentou, no início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, as sugestões de Normas Constitucionais de nº 155-4 e 156-2, datadas de 27/03/87, tratando dos institutos do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão. A sugestão de Norma Constitucional nº 155-4 pedia que se incluisse no capítulo dos Direitos e Garantias Constitucionais o seguinte artigo: "*Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.*" Quanto à sugestão de Norma Constitucional nº 156-2, foi oferecida a seguinte redação: "*A não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão.*" Estas propostas do Senador Virgílio Távora foram rejeitadas.

Posteriormente, o Senador Ruy Barcelar (PMDB-BA) propôs à A.N.C. a sugestão de Norma Constitucional nº 367-1, de 03/04/87, na qual, utilizando a mesma nomenclatura, pedia que incluisse, *onde coubesse*, a criação de idêntico instrumento processual. A sugestão de Norma Constitucional nº 367-1 obteve a seguinte redação: *Artigo - "Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependem de lei ou providências do Estado serão assegurados por mandado de injunção, no caso de omissão do Poder Público. Parágrafo Único - O mandado de injunção terá o mesmo rito processual estabelecido para o mandado de segurança."* Esta sugestão de Norma Constitucional vinha acompanhada da seguinte justificativa: "*Não basta a mera enunciação de direitos na carta*

*constitucional. De que, na realidade, adianta ao cidadão que a lei suprema do País declare, expressamente, o direito, por exemplo, à educação ou à saúde, se o Estado não é compelido a pôr em prática o mandamento constitucional?"*

O constituinte Gastone Righi (PTB-RS), no dia 22/04/87, na 3ª reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, pede a criação de um *mandamus*, uma forma de processo pela qual alguém possa exercer um direito social, como a educação. O deputado Lysâneas Maciel (PDT-RJ) propõe dois mecanismos: um na forma solicitada por Righi, no art. 3º do seu Anteprojeto, segundo o qual o povo exerceria a soberania: VII - *pelo mandado de garantia social por inexistência ou omissão de normas, atos jurisdicionais ou administrativos*; o outro no art. 40: "*Na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá requerer ao Judiciário a aplicação do direito assegurado.*"

No anteprojeto da subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, cujo relator foi o Deputado Darcy Pozza (PDS), foi acolhida a sugestão do Senador Ruy Barcelar e estabeleceu-se a seguinte redação: *Artigo - "Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requeridos em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual."*

No âmbito da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, passou a constar o mandado de injunção, no substitutivo do Relator da Comissão Senador José Paulo Bisol (PMDB-RS),<sup>83</sup> nos seguintes termos: *Artigo 34 - "Conceder-se-á mandado de injunção,*

<sup>83</sup> O Senador José Paulo Bisol, do PMDB-RS, foi o Relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher durante a Constituinte. A sua atuação foi decisiva para a aprovação do mandado de injunção, tal como finalmente acolhido no ordenamento constitucional. Em entrevista concedida ao Professor Adriano Pilatti, em 25/06/87, ao ser indagado sobre qual estratégia tinha adotado para ultrapassar as barreiras conservadoras, respondeu: "*Um dos aspectos que nos levou ao êxito talvez tenha sido uma certa presunção dos conservadores, no sentido de que eles tinham maioria e que bastava, portanto, argumentar não contra o raciocínio, mas contra a pessoa que raciocinava. Eles achavam que esse método serviria porque geraria confusões e debates muito grandes. Como eu não respondi*

observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania." Artigo 48, parágrafo 1º — "A lacuna permanecerá depois de seis meses da promulgação da Constituição, qualquer cidadão, associação, partido político, sindicato ou entidade civil poderá promover mandado de injunção para o efeito de obrigar o Congresso a legislar sobre o assunto no prazo que a sentença consignar".

A Comissão de Sistematização, na fase do Projeto de Constituição, adotou o instituto com a seguinte redação: Artigo 32, Parágrafo Único — "Qualquer juízo ou tribunal, observadas as normas da lei processual, é competente para conhecer, processar e julgar as garantias constitucionais."

Já na fase de emendas ao Primeiro Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização, o Senador Fernando Henrique Cardoso (PSDB-SP) ofereceu a Emenda nº 34.970 de 05/09/87, que foi acatada pelo Relator quanto à supressão da referência ao rito processual do mandado de segurança, influinto decisivamente para a redação final do instituto.

O Segundo Substitutivo da Comissão de Sistematização contemplou o mandado de injunção com a seguinte redação: Artigo 5º, inciso 57 — "Conceder-se-á mandado de injunção, observando o rito processual previsto em lei complementar, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania."

O Projeto de Constituição 4 (Terceiro Substitutivo do Relator da Constituinte) inovou apenas quanto à norma regulamentadora do instituto, subtraindo a referência à lei complementar e prevendo a lei ordinária. O Relator da Constituinte, Deputado Bernardo Cabral, acatou aqui a

*a nenhuma agressão, houve uma espécie de perda de substância moral na posição dos adversários. Falhava-lhes fundamento ético para continuar na luta. E alguns, mais humanizados, mais compreensivos, acabaram se ajustando. Daí o nosso êxito. Além disso tudo, os conservadores políticos achavam que os conservadores religiosos brigam apoiá-los. A verdade é que alguns religiosos sentiram que o compromisso deles era com suas próprias convicções religiosas. E por mal-estar entre eles, não foi criada a aliança que os conservadores políticos tentaram fazer."*

emenda oferecida pelo *Centrão*, que, por um lado, tornava o mandado de injunção dependente de lei posterior que viria regulamentá-lo,<sup>84</sup> e, por outro, suprimia a palavra "direitos", ficando a proteção do instituto apenas para as liberdades e prerrogativas. Buscava-se, na verdade, excluir os direitos econômico-sociais do âmbito de proteção do mandado de injunção, esvaziando-o.

Finalmente, com o Projeto de Constituição B, originário do segundo turno de discussão e votação no Plenário, o *Centrão* foi, neste tema, derrotado e o mandado de injunção sofreu a sua última alteração, sendo definido nos termos do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."<sup>85</sup>

A Constituição Federal foi, portanto, mais precisa do que o Anteprojeto José Afonso e o da Comissão de Estudos Constitucionais, pois

<sup>84</sup> A estratégia de agregar a expressão "na forma da lei" ao instituto do mandado de injunção teve, como é evidente, o objetivo de, ao não torná-lo autoaplicável, proteger no tempo a sua utilização, bastando, para tanto, não regulamentá-lo. Estaríamos obrigados, nesta hipótese, a recorrer à ação de inconstitucionalidade por omissão, para que o instituto fosse regulamentado. Ainda que esta estratégia não tenha, neste caso, tido sucesso, importa ressaltar que, em outros casos, ela foi utilizada, com êxito, pelo *Centrão*. Foi de iniciativa do Deputado Jovanni Masini (PMDB-PR) a emenda que suprimiu a expressão "na forma da lei" utilizada na redação formulada pelo *Centrão*.

<sup>85</sup> Quanto à competência para julgar e processar o mandado de injunção, a C.F. define: Art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I — processar e julgar, originariamente: g) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuída ao Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. II — julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão." Artigo 105: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I — processar e julgar, originariamente: h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuída ao órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuadas os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal."



decidiu expressamente pela adoção do instituto do mandado de injunção. No entanto, ao contrário dos dois anteprojetos mencionados, não conferiu, de forma expressa, poder aos membros do Judiciário para suprir a lacuna legislativa. É exatamente com base na ausência desta previsão expressa que o Poder Judiciário tem inviabilizado o instituto do mandado de injunção, como veremos mais adiante.

Se o mandado de injunção tem a finalidade de garantir o pronto exercício do direito, a despeito e em função da falta de regulamentação adequada, a ação de inconstitucionalidade por omissão tem por finalidade advertir o poder competente para que pratique ato legislativo ou executivo, requerido para dar plena eficácia a uma norma constitucional, tornando-a imediatamente aplicável. É o art. 103, parágrafo 2º, da C.F., que a prevê, nos seguintes termos: "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.*"

A ação de inconstitucionalidade por omissão, outra novidade acolhida pelo ordenamento constitucional brasileiro, foi diretamente recebida do art. 283 da Constituição Portuguesa de 1976, que, no item 2, dispõe: "*Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão Legislativo competente.*" O Anteprojeto José Afonso da Silva, como vimos, também se inspirou no ordenamento português, mas, ao contrário deste, autorizava a Corte Suprema — no caso, o Tribunal Constitucional — a regular a matéria de forma normativa, se após um certo prazo o Legislativo ou o Executivo não tomassem as providências necessárias ao cumprimento da Constituição.

Os nossos constituintes, da mesma forma como os integrantes da Comissão Artinos, optaram pela adoção do instituto tal como previsto na Constituição de Portugal, ou seja, tanto lá como aqui a sentença judicial limita-se a dar ciência ao poder competente omissivo, sem que se defina qualquer meio eficaz que obrigue à adoção das medidas que se fazem necessárias ao cumprimento da Constituição.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, como o mandado de injunção, também foi proposta e aprovada, durante o processo constituinte, no âmbito da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, cujo relator, como vimos, era o Senador José Paulo Bisol, do PMDB-RS, que recebeu a sugestão através do Deputado

Lyséneas Maciel (PDT-RJ), Relator da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. No entanto, ao contrário do mandado de injunção, objeto das mais variadas propostas e emendas, foi relativamente pacífica e pouco polêmica a tramitação da ação de inconstitucionalidade por omissão. Acolhendo a sugestão da Comissão, o projeto A da Constituinte, no parágrafo 55 do art. 6º, previa no Capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos a seguinte redação: "*Cabe ação de inconstitucionalidade contra ato que, por ação ou omissão, fura preceito desta Constituição.*" No art. 127, parágrafo 2º, era fixada a competência do STF para sua apreciação: "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.*" Os objetivos do instituto não foram alterados no Projeto B da Constituinte, previsto aqui no art. 5º, LXXV, havendo, apenas, a seguinte alteração redacional: "*Cabe ação de inconstitucionalidade contra ato ou omissão que fura preceito desta Constituição.*" A mesma redação foi mantida no Projeto C e na redação final — Projeto D — da Constituição.<sup>86</sup>

A ação de inconstitucionalidade por omissão, inicialmente prevista, juntamente com o mandado de injunção e outras garantias constitucionais, no Título II da C.F., deveria, portanto, integrar um dos incisos do art. 5º. A Comissão de Redação Final, entretanto, não a incluiu no rol dos direitos e garantias fundamentais, e ela foi agrupada como espécie do gênero de ação de inconstitucionalidade, sendo prevista, como vimos, no parágrafo 2º do art. 103. Para alguns, questões meramente técnicas determinaram esta retirada da ação de inconstitucionalidade por omissão do rol das garantias constitucionais, de vez que não houve qualquer altera-

<sup>86</sup>Foram muitos, como vimos, os constituintes que lutaram pela adoção do instituto do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, como forma de dar eficácia ao sistema de direitos constitucionalmente assegurados. Entretanto, foram numerosas as emendas que buscaram suprimir ambos os institutos, ou seja, os dois instrumentos processuais mais significativos adotados pela Constituição de 1988, no sentido de evitar a omissão do poder público. Dentre outros, apresentaram emendas com vistas à supressão destes institutos os seguintes constituintes: Octávio Elísio (PMDB-MG), emenda nº 23.352, de 02/09/87; Basílio Villani (PMDB-PR), emenda nº 15.698, de 13/08/87; Afif Domingos (PL-SP), emenda nº 01.024, de 11/07/88; Arnibal Barcellos (PFL), emenda nº 01.250, de 11/07/88.

ção na redação do instituto. Outros atribuem este "deslocamento" às pressões conservadoras sobre o Deputado Bernardo Cabral, Relator da Comissão de Redação Final. Como o *Projeto do Centro*, além de não alterar a redação do dispositivo relativo à ação de inconstitucionalidade por omissão, o manteve ao lado das demais garantias constitucionais, a primeira hipótese parece ser a mais razoável. De qualquer forma, ainda que prevista no parágrafo 2º do art. 103, a ação de inconstitucionalidade por omissão pode ser considerada análoga aos "remédios constitucionais", conforme a doutrina constitucional.<sup>87</sup>

Enquanto garantia constitucional, a ação de inconstitucionalidade por omissão pode ser proposta pelos órgãos e entidades enumerados no artigo 103,<sup>88</sup> sendo de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, ao contrário do mandato de injunção, cujo efeito da sentença se processa *inter partes*, são *erga omnes* os efeitos do julgamento da ação de inconstitucionalidade por omissão. São claras, a esse respeito, as palavras de Carlos Mário da Silva Velloso: "*A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias... No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.*"<sup>89</sup>

São, como podemos observar, várias as diferenças entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Em comum, e

<sup>87</sup> Ver, a respeito, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 47.

<sup>88</sup> O art. 103, da CF, autoriza o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado, o Conselho Federal da OAB, Partido Político com representação no Congresso, Confederação Sindical, Entidade de Classe de âmbito nacional, dentre outros, a propor ação de inconstitucionalidade, seja direta, seja por omissão.

<sup>89</sup> Cf. Carlos Mário da Silva Velloso, *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1994, p. 171.

por um lado, ambos os institutos buscam constatar a inexistência de providências por parte do Poder Público; de outra parte, tanto um como outro efetivam a ideia comunitária de comunidade de intérpretes. Isto se torna mais evidente no caso do mandado de injunção porque qualquer pessoa (indivíduo, grupos, associações, partido político, sindicatos etc.) tem legitimidade para dele dispor; no entanto, ainda que não seja tão amplo o leque daqueles que podem propor a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ideia de comunidade de intérpretes também se realiza, na medida em que partidos políticos, confederações sindicais, entidades de classe etc. têm legitimidade para propô-la.<sup>90</sup>

Com esses institutos,<sup>91</sup> portanto, pretendem-se concretizar uma comunidade de intérpretes do texto constitucional, já que os cidadãos

<sup>90</sup> A Constituição anterior não previa a ação de inconstitucionalidade por omissão, referindo-se apenas à ação direta de inconstitucionalidade. Dispunha, ainda, que somente o Procurador-Geral da República (em nível federal) e os Procuradores-Gerais dos Estados (em nível estadual) tinham competência para suscitá-la. Ressalte-se, de outra parte, que a ampliação da legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade significou, não apenas uma vitória dos setores progressistas, mas uma das grandes derrotas dos membros do Supremo Tribunal Federal que, em suas propostas sobre o Poder Judiciário, sublinhavam: "*Quanto à pretendida onor-ga de legitimidade para representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual a órgãos do Poder Público (Executivo, Legislativo, Judiciário) ou, mesmo, a entidades de direito público ou privado, entenda a Corte que ela deve continuar a cargo, exclusivamente, da Procuradoria-Geral da República*". Cf. *Diário da Justiça*, 14/07/86.

<sup>91</sup> A professora Regina Quaresma, em texto valioso sobre os institutos do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, buscando auxiliar os seus leitores quanto à utilização destes institutos, oferece modelos de petições iniciais onde "idealiza" exemplos esclarecedores. Como sabemos, o parágrafo 2º, do art. 227, da C.F., afirma que "*a lei disporá sobre normas de construção dos legados, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*". Caso nenhuma norma regulamentadora seja editada para implementar esta garantia constitucional, portador (mandado de injunção individual) ou portadores (mandado de injunção coletivo) de deficiência física podem ingressar em juízo, alegando, por exemplo, que todos os logradouros públicos do bairro onde reside (ou residem) não dispõem de qualquer aparato que propicie o seu livre acesso. Espora-se, neste caso, que o Judiciário soluciono o caso concreto, emitindo decisão que obrigue o órgão omissivo a tomar as providências cabíveis. Ver, a respeito, Regina Quaresma, *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Teoria e Prática*, op. cit., pp. 119-129.

e as associações possuem legitimidade, assegurada pela própria Constituição, para deflagrar processos judiciais perante juízes e tribunais, especialmente no sentido de tornar efetivas as normas constitucionais protetoras dos direitos sociais fundamentais, combatendo as omissões dos poderes públicos. E, neste contexto de Constituição aberta e de abertura constitucional, não se poderia destinar outro papel aos tribunais, senão o de regente republicano das liberdades positivas. Chegamos, portanto, ao terceiro tema que define a "dimensão comunitária" da Constituição Federal: a Corte Suprema como órgão de caráter político.

### c) A Interpretação Constitucional Orientada por Valores: o Supremo Tribunal Federal como Órgão de Caráter Político

Nos meses que antecederam a Constituinte, foram inúmeros os juristas que, através da imprensa, clamavam pela necessidade de conferir ao Supremo Tribunal Federal atribuições jurídico-políticas de uma Corte Constitucional. Em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, de 6/10/85, Sidney Sanches afirmava que o STF "*deveria cuidar de temas constitucionais (...) e de questões de alto interesse público, no plano da ordem jurídica, moral, política, econômica e social*". Clóvis Ramalheira, também na *Folha de S. Paulo* (6/10/85), atribua ao STF a função de "*intérprete, defensor e elasteceador da Constituição*". O *Jornal da Tarde*, de 27/5/85, veiculava a opinião de Celso Ribeiro Bastos, para quem ao Supremo "*compete também reinterpretar a Constituição à luz dos reclamos e anseios da sociedade da época, contribuindo assim para a sua maior longevidade*". "*As atribuições do STF deveriam ser predominantemente constitucionais, como nos Estados Unidos da América*", sentenciava Miguel Reale Jr. (*Folha de S. Paulo*, 9/10/86).

Foi no âmbito da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, que teve como relator o Deputado Plínio de Arruda Sampaio, do PT-SP, que se iniciou o debate sobre o papel e a competência da Corte Suprema na nova Constituição do País.

O primeiro Relatório apresentado por Plínio de Arruda Sampaio, que incorporava, inclusive, a posição do Partido dos Trabalhadores quanto ao

tema, instituiu a Corte Constitucional<sup>92</sup> — dedicada às questões constitucionais — e o Superior Tribunal de Justiça, que incorporaria as demais atribuições do STF. Este primeiro relatório seguiu, neste sentido, as orientações dos Anteprojetos de José Afonso e da Comissão Arinos.<sup>93</sup> A reação contrária da maioria conservadora no âmbito da Subcomissão foi imediata. O Deputado Adolfo Oliveira, do PL-RJ, registrou "*o desassossego na magistratura brasileira em todos os seus escalões, em face do simples anúncio destas propostas*". Invocando a "*tradição positivista do nosso direito*" e lamentando o fim da "*garantia sagrada do princípio da vitalidade no direito brasileiro*", o Deputado Paes Landim, do PFL-PI, manifestou veementemente sua discordância.<sup>94</sup> A estratégia adotada pelo relator, em face das reações contrárias, foi incorporar as sugestões apresentadas pelo Senador Maurício Corrêa, do PDT-DF, e pelo Deputado Michel Tenner, do PMDB-SP, no sentido de reduzir as atribuições do Supremo Tribunal Federal, que seriam transferidas, como desejava Plínio de Arruda Sampaio, para o novo Superior Tribunal de Justiça, mantendo-se o Supremo Tribunal Federal, mas com atribuições de Corte Constitucional. Esta proposta foi aprovada<sup>95</sup> e passou a integrar o Relatório da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo,<sup>96</sup> cujo relator foi o Deputado Egídio Ferreira Lima, do PMDB-PE.

<sup>92</sup> Ressalte-se que o Senador Mário Covas, líder da maioria na Constituinte, apresentou sugestão de norma constitucional que institua a figura do Tribunal Constitucional. O projeto do Senador reproduzia, neste tema, os artigos do Anteprojeto José Afonso da Silva, seu principal assessor na Constituinte. Esta sugestão de norma constitucional não foi discutida.

<sup>93</sup> O Anteprojeto da Comissão Arinos também previa a criação do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Relatório de Plínio de Arruda Sampaio. No que diz respeito ao Anteprojeto José Afonso da Silva, a orientação foi idêntica, havendo apenas diferença quanto à designação: mantinha o Supremo Tribunal Federal, mas com as atribuições do novo Superior Tribunal de Justiça.

<sup>94</sup> Cf. Atas das 8ª e 9ª Reuniões da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizadas em 15/05/87 e 19/05/87, respectivamente.

<sup>95</sup> Em entrevista concedida ao professor Adriano Piliati, em 22/05/87, Plínio de Arruda Sampaio afirmou: "*eu acho que nós encontramos uma solução feliz, como sempre brasileira, porque no Brasil nós temos a convivência de dois sistemas jurídicos: no direito constitucional, a nossa tradição é copiada dos Estados Unidos; na lei federal, da Europa. Esta fórmula é híbrida porque este é um país híbrido*".

<sup>96</sup> O Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo distinguia que o STF seria integrado por 16 ministros, sendo 5 indicados pelo Presidente da República, 6 indicados pela Câmara dos Deputados e 5 indicados pelo Presidente da República, dentre integrantes de listas triplíces, organizadas para cada vaga, pelo STF.

Da mesma forma como ocorreu em relação à Comissão de Estudos Constitucionais, a pressão do Judiciário e a ação coordenada dos membros do Supremo logo se fizeram sentir no âmbito da Assembleia Constituinte. O segundo substitutivo do Relator, apresentado em setembro de 1987, revelava, ainda que parcialmente, o resultado desta pressão: como na Constituição anterior, o STF continuaria a ser integrado por onze ministros, todos indicados pelo Presidente da República, ouvido o Senado Federal. A vitória, no entanto, foi apenas parcial. Ainda que não tenha convertido o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, foi-lhe atribuída a função de guarda da Constituição e parte de suas antigas atribuições foram transferidas para o novo Superior Tribunal de Justiça.<sup>97</sup> Esta configuração inicial não mais foi alterada ao longo do processo constituinte, nem mesmo pelo Projeto do *Centrão*, sendo assim incorporada à Constituição Federal.

O ordenamento constitucional brasileiro, portanto, não converteu, como desejavam os "comunitários", o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional,<sup>98</sup> mas reduziu sua competência à matéria constitucional, afirmando que a ele compete, "*precipualemente a guarda da Constituição*" (art. 102, C.F.). Não há dúvidas de que a função de guarda da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política. Se a própria

<sup>97</sup> A criação do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, C.F.) traduziu nova derrota dos membros do Supremo Tribunal. Sobre o tema, assim se manifestaram: "Desaprova (...) a Corte a ideia de se criar um Tribunal Superior de Justiça (*Arquivo do Supremo Tribunal Federal*), com competência para julgar recursos extraordinários oriundos de todos os Tribunais Estaduais do País". E ainda acrescentam: "Pela proposta, o Supremo Tribunal Federal conserva sua competência para julgar recurso extraordinário nos moldes atuais". A Constituição de 1988 também reduziu esta competência, transferindo para o Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário. Cf. *Diário da Justiça*, 14/07/86.

<sup>98</sup> O livro *Jurisdição Constitucional* (São Paulo, Editora Saraiva, 1996), de Gilmar Ferreira Mendes, é um dos mais importantes e exaustivos trabalhos publicados no Brasil que realiza um estudo comparado entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e o Tribunal Constitucional alemão.

Constituição, como vimos, não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos. É precisamente por isso que a Corte Suprema deve recorrer a *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais* à luz da Constituição e não a *procedimentos interpretativos de bloqueio*,<sup>99</sup> pretensamente neutros, vinculados a uma concepção de Estado mínimo e adequados a uma legalidade estritamente positivista.

Com a definição do caráter político do Supremo Tribunal Federal, fecha-se o círculo que caracteriza a *dimensão comunitária* do ordenamento constitucional brasileiro.<sup>100</sup> A realização dos valores constitucio-

<sup>99</sup> Conceitos apresentados por Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia Normativa*, op. cit.

<sup>100</sup> A dimensão "comunitária" e progressista da Constituição Federal de 1988 não se coaduna com a composição majoritariamente conservadora do Congresso Constituinte responsável por sua promulgação. Como vimos, o Anteprojeto da Comissão Arinos tampouco era compatível com o conservadorismo da maioria dos seus membros. No caso da Constituição Federal, também são variadas as chaves de interpretação deste processo, ainda que seja possível enumerá-las de forma um tanto quanto aleatória: a) houve uma enorme renovação pessoal nas eleições de 1986, com muitos constituintes exercendo seus primeiros mandatos federais; b) o descontentamento destes "novos" com as decisões centralizadoras do Presidente Ulysses Guimarães foi a causa da eleição do Senador Mário Covas para a liderança da maioria (PMDB) na Constituinte; c) o Senador Mário Covas indicou para as relatorias estratégicas das Subcomissões constituintes comprometidos com as teses progressistas e que, por força do Regimento, integrariam a Comissão de Sistematização; d) o Regimento Interno, aprovado pelos "novos" - que desejavam participar ativamente dos trabalhos constituintes - definiu um itinerário que, partindo do zero, descentralizava a confecção do texto constitucional em comissões e subcomissões e permitia a intensa participação da sociedade civil no processo; e) finalmente, ainda que a maioria conservadora, o *Centrão*, tenha regido na segunda fase da Constituinte e alterado o Regimento Interno, para descartar a influência da minoria progressista, a modificação regimental foi mal realizada. A alteração do Regimento Interno abriu a possibilidade de apresentação de novas emendas e de substitutivos que pudessem ser apreciados inclusive antes do texto aprovado pela Comissão de Sistematização. Para tanto, estes substitutivos deveriam reunir 280 assinaturas. Alcançado este número, o texto devia ser submetido a votação, e só seria aprovado se obtivesse 280 votos favoráveis. Se isto não ocorresse, colocava-se então em votação o texto da Comissão de Sistematização, cuja aprovação dependia da obtenção do mesmo número de votos. Se nenhum dos textos alcançasse tal número, ocorreria, então, o chamado "puraco negro" (nenhum texto aprovado), o que colocava a necessidade de oferecimento de novo texto pelo Relator. Este processo terminou por obrigar a maioria conservadora a estabelecer acordos, que garantiram as conquistas obtidas pelos progressistas na primeira fase. Ver, a

nais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais vai depender, por um lado, da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes, dotada de instrumentos processuais inibidores das omissões do Poder Público, e, por outro, de uma hermenêutica constitucional que, ultrapassando o formalismo positivista, introduza uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição.

### 3. A Interpretação "Comunitária" do Ordenamento Constitucional

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal declara que "a lei não exclui a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou coletivo.

O constitucionalismo "comunitário" brasileiro, ao conferir prioridade aos mecanismos jurídicos de participação que buscam efetivar o sistema de direitos assegurados pela Constituição, especialmente contra as omissões dos poderes públicos, não tem qualquer dificuldade em fazer uma leitura ampliada deste dispositivo constitucional, defendendo a preeminência do Poder Judiciário, que deve desempenhar papel político relevante no sistema constitucional, podendo inclusive sobrepor-se ao Legislativo. Invocando o "judiciário" das décadas de 50 e 60 nos Estados Unidos, quando lançaram mão do princípio da igualdade e da cláusula do devido processo legal (*due process of law*) para questionar a fundo a racionalidade e a razoabilidade das regras jurídicas que garantiam a discriminação dos negros, os "comunitários" brasileiros afirmam que é indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade das regras jurídicas sempre que for questionada lesão ou

ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.<sup>101</sup>

Para o constitucionalismo "comunitário", portanto, a atividade jurisdicional não pode ficar adstrita a uma legalidade positivista e abstrata, destituída, assim, de qualquer dimensão política. A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política.<sup>102</sup> É precisamente no âmbito desta função jurisdicional de tutela da constituição que o direito e a política se encontram.<sup>103</sup> E não poderia ser diferente. Como a constituição é, para o constitucionalismo "comunitário", um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de *realização política*.

Esta função jurisdicional de tutela da constituição — a jurisdição constitucional — se traduz no controle da constitucionalidade das leis, que pode se processar através de dois critérios: o *diffuso*, que reconhece o seu

<sup>101</sup> Ver, a respeito, Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989, pp. 212 e segs.

<sup>102</sup> Criticando o "dogma da separação dos poderes", instituído por uma cultura jurídica positivista e privatista, Carlos Roberto de Siqueira Castro vê uma nítida preeminência do Poder Judiciário como árbitro da validade das normas jurídicas, com relevante papel político no sistema constitucional. Sobre a preocupação positivista com um eventual excesso da magistratura em sua atividade de interpretação das normas constitucionais, afirma que "resta sempre a solução política final, de insuspeita índole democrática, qual seja a possibilidade de o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte revisor, emendar o texto da Constituição, seja para lhe conferir interpretação autêntica e corretiva da que lhe deva o órgão jurisdicional, seja para suprir lacuna inadvertidamente suprida pela interpretação pretoriana. Assim é que, nos Estados Unidos da América, em quatro histórias oportunistas, o Congresso americano exerceu tal prerrogativa para afastar decisões da Suprema Corte acerca do sentido e do alcance da Constituição (...)" Cf. Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O Devido Processo e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, op. cit., p. 216.

<sup>103</sup> Importa ressaltar que, se a interpretação judicial da Constituição é vista pelo constitucionalismo "comunitário" como uma ação política, isso não significa obviamente que os juízes estejam autorizados a agir sem independência, sem imparcialidade e a partir de compromissos partidários. O que os constitucionalistas "comunitários" não admitem são os argumentos que buscam assegurar um caráter não-político à função judicial, especialmente a de declaração do alcance e do sentido de normas constitucionais.

respeito, Adriano Piliati, "Marchas de uma Contramarcha: Transição, UDR e Constituinte", Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da PUC-Rio, 1988, pp. 171 e segs. Do mesmo autor, ver também *A Educação nas Constituintes Brasileiras* (org. Osmar Fávero), op. cit., pp. 293-302.

exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o *concentrado*, deferido a um Tribunal Supremo ou a uma Corte Especial.

O critério de controle difuso, adotado nos EUA, não é considerado pelos constitucionalistas "comunitários" brasileiros como uma verdadeira forma de jurisdição constitucional, não tanto por também ter entregue o controle da constitucionalidade à jurisdição ordinária, mas pelo fato de que o objetivo desta jurisdição é a decisão do caso concreto, e não a função de guarda dos valores que integram o *sentimento constitucional* da comunidade. Preferem o sistema concentrado, adotado nos países europeus, que, através dos Tribunais Constitucionais, evidencia a *natureza política* do sistema de defesa da Constituição.

A Constituição Federal, entretanto, a despeito de ter mantido mecanismos do sistema norte-americano,<sup>104</sup> consolidou um sistema misto que combina o critério de controle difuso por via incidental ou de exceção com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, como vimos, a ação de inconstitucionalidade por omissão. Apesar de não ter convertido o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, a C.F., como assinalamos, reduziu sua competência à matéria constitucional, afirmando que a ele compete, *precipualemente, a guarda da Constituição*. O constitucionalismo "comunitário" brasileiro, no entanto, afirma que não é fácil conciliar uma função típica de guarda dos valores constitucionais com a função de proferir julgamentos para casos concretos, que sempre conduz à preferência pela decisão do conflito, e não pelos valores constitucionais. Daí sua preferência pelo Tribunal Constitucional, cujos pronunciamentos a propósito da constitucionalidade das leis obrigam não apenas todos os órgãos do Poder Judiciário, como os demais poderes do Estado.

De qualquer forma, ainda que os constituintes não tenham seguido a orientação do Anteprojecto José Afonso da Silva no sentido de adotar a figura do Tribunal Constitucional, para o constitucionalismo "comunitário", o Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Consti-

tução — já que aqui prevalece o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade<sup>105</sup> — tem um papel proeminente.

No que diz respeito a este tema, é interessante observar a trajetória dos discursos elaborados pelos constitucionalistas "comunitários". Durante todo o processo constituinte, defenderam a adoção de um exaustivo sistema de direitos e garantias e a criação de uma Corte Constitucional, de caráter preponderantemente político, responsável pela concretização das normas constitucionais, especialmente aquelas asseguradoras dos direitos fundamentais. Defendiam, portanto, uma Constituição nos moldes europeus, pelo menos no que se refere a estes temas. Após a promulgação da Constituição Federal, que incorporou, de uma parte, o modelo constitucional europeu do exaustivo sistema de direitos fundamentais, mas, de outra parte, adotou a forma mista de jurisdição constitucional — se bem que acrescida, como vimos, de critério de controle concentrado de constitucionalidade —, os constitucionalistas "comunitários", nem por isso, deixam de admitir a possibilidade e a necessidade de uma ação política por parte do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem os contornos de uma Corte Constitucional. São claras, a respeito, as palavras de Miguel Seabra Fagundes: "*Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o que é óbvio. Porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do Poder Público... Com relação ao STF, o exercício de função política não se dá na rotina das suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade das leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares... Ao*

<sup>104</sup> Nos EUA, a adoção do sistema difuso não causa prejuízo aos valores constitucionais, segundo os constitucionalistas "comunitários", pelo fato de que o sistema do *common law* tem a equidade, e não a lei, como primordial fonte do direito. Neste sentido, as decisões relativas à declaração de inconstitucionalidade, pela via do precedente judicial, rapidamente se generalizam.

<sup>105</sup> A doutrina constitucional identifica três sistemas de controle da constitucionalidade. O primeiro, denominado *político*, encarece órgãos de natureza política do controle da constitucionalidade das leis (o Conselho Constitucional francês, por exemplo); o segundo, o *jurisdicional*, confere a tarefa ao próprio Poder Judiciário (o *judicial review*, do direito norte-americano); finalmente, o sistema *misto* autoriza o controle político para as leis federais e controle jurisdicional para as leis locais, como ocorre na Suíça). Ver, a respeito, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 48; Mauro Cappeletti, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, tradução de Aroldo Pinho Gonçalves, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, Capítulo III; e Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1990.

*manifestar-se (...), como árbitro que é da Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus aresos declararem que é.*<sup>106</sup>

Como "*fiel depositário do sentimento constitucional nacional*",<sup>107</sup> o Supremo Tribunal Federal deve atuar, enquanto guardião da Constituição, de forma a atualizar o sistema de valores constitucionais, sob pena de suas decisões "*se converterem em meros instrumentos de falsificação da realidade política*".<sup>108</sup>

Parece não restar dúvida de que o constitucionalismo "comunitário" brasileiro, especialmente no que diz respeito ao tema da jurisdição constitucional, luta por um Poder Judiciário cujo papel fundamental seja o de ajustar o ideal "comunitário" dos valores compartilhados à realidade constitucional. Esperam do Judiciário uma ação de inclusão dos excluídos, "*concretizando a Constituição*", como advoga Canotilho, ou, nas palavras de José Afonso da Silva, "*realizando o sistema de direitos constitucionais*", para eliminar as perversas divisões sociais que caracterizam a sociedade brasileira. Citando Pablo Lucas Verdú, para quem a Constituição é a "*autêntica carta de identidade nacional de um país*", Carlos Roberto de Siqueira Castro espera que a reverência ao raciocínio e à lógica jurídicas não seja "*impeditiva do exercício da ampla criatividade pelos julgadores em sua indeclinável missão de construir um direito socialmente justo, o que lhes permite, inclusive, ir além da lei para, com isso, (...) satisfazer as aspirações coletivas emergentes*".<sup>109</sup>

A consequência deste compromisso "comunitário" com uma atuação jurisdicional criativa, que atenda às expectativas judiciais da sociedade brasileira, se revela precisamente na exigência de apreciação judicial das questões que envolvam lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo. Em outras palavras, quando se trate de interpretação do ordenamento constitucional e do sistema normativo por ele presidido com

vistas ao exame de violação ou ameaça aos direitos fundamentais, não pode deixar de haver apreciação judiciária, sob pena de violação do preceito constitucional segundo o qual "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Desta forma, mesmo nos casos de ausência, no ordenamento jurídico, de norma aplicável a um caso, cabe ao juiz solucioná-lo, concretizando o direito dos impetrantes, independentemente da inexistência de regulação. O mandado de injunção, como vimos, é exatamente a garantia constitucional a ser utilizada todas as vezes em que a ausência de norma regulamentadora inviabilize o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas. Espera-se, portanto, que o juiz, frente à inexistência normativa, resolva o caso concreto, garantindo o direito daquele que o invoca.

Esta posição, denominada *tese resolutiva*, é defendida, com vigor, pelo constitucionalismo "comunitário" brasileiro. Ressalte-se, a respeito, que, como aceitar que o Judiciário legisle abstratamente é inconstitucional, a tese resolutiva garante que sejam solucionados os casos concretos, sem efeitos gerais, *erga omnes*, prevalecendo a decisão individual *inter partes*, até que a norma regulamentadora faltante seja editada. Essa posição foi a adotada no parágrafo 1º do artigo 10 do Anteprojeto de Constituição da Comissão Arinos, quando autorizava o juiz, na falta ou omissão da lei, a decidir o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.

Foi com profundo desgasto e desesperança que o constitucionalismo "comunitário" viu o Supremo Tribunal Federal adotar a chamada *tese da subsidiariedade*,<sup>110</sup> segundo a qual o Poder Judiciário deve apenas recomendar ao Poder omissivo que elabore legislação reguladora, não tendo qualquer competência para concretizar o direito do impetrante. Esta posição foi adotada no julgamento do mandado de injunção nº 107/90, notório desde então, relatado pelo mais antigo e talvez mais con-

<sup>106</sup> Cf. Miguel Seabra Fagundes, "A Função Política do Supremo Tribunal Federal", in *Revista dos Tribunais*, vols. 49 e 50, p. 8.

<sup>107</sup> Cf. Carlos Roberto de Siqueira Castro, "Pela Criação do Tribunal Constitucional", in *Revista Contextos*, nº 2, julho/desembro de 1987, PUC-Rio, p. 95.

<sup>108</sup> Cf. José Afonso da Silva, "Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional", in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 60/61, janeiro/julho de 1985, UFMG, p. 495.

<sup>109</sup> Cf. Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O Devito Processo Legal e a Razabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, op. cit., p. 225.

<sup>110</sup> O parágrafo 2º, do artigo 10, do Anteprojeto da Comissão Arinos, afirma que o STF, quando da inexistência ou omissão da lei, recomendará ao Poder competente a edição de norma que venha a suprir a falta. Não se pode aqui, entretanto, demonstrar o compromisso da Comissão Arinos com a tese da subsidiariedade, de vez que o parágrafo 1º, do mesmo artigo, adotou a tese resolutiva ao autorizar o juiz a decidir o caso na falta ou omissão da lei. É importante ressaltar que tanto a "tese da subsidiariedade" quanto a "tese resolutiva" são designações estabelecidas por Regina Quaresima, em *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Teoria e Prática*, op. cit.

servador dos membros do STF, o Ministro José Carlos Moreira Alves,<sup>111</sup> que equiparou o mandato de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão.<sup>112</sup>

A reação do constitucionalismo "comunitário" logo se fez sentir. Em artigo publicado no *Jornal do Brasil*, em 11/09/90, que tinha por título "S.O.S. para o Mandado de Injunção", José Carlos Barbosa Moreira<sup>113</sup> afirmava: "Conceber o mandato de injunção como simples meio de apurar a inexistência de norma regulamentadora e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia — e ainda serve — a boa e velha notificação... A prevalecer este entendimento — como há motivos para temer que aconteça — mais valerá que, na primeira reforma constitucional, se suprima pura e simplesmente o inciso LXXI do art. 5º. O mandato de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e ingloria. Não será tempo, ainda, de salvá-lo?"

Joaquim de Arruda Falcão, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*,<sup>114</sup> de igual forma manifestou sua indignação, ao dizer que o Supremo Tribunal Federal "hesita em tomar as decisões que o País espe-

<sup>111</sup> O Ministro José Carlos Moreira Alves foi nomeado Ministro do STF em 1975, pelo Presidente Ernesto Geisel.

<sup>112</sup> A indignação de José Afonso da Silva com esta equiparação logo se fez sentir: "É equivocada... a tese daqueles que acham que o julgamento do mandato de injunção visa a expedição da norma regulamentadora..., dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão... A tese é equivocada e absurda: 1º) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito dividido, porque o legislador não fica obrigado a legislar; 2º) o constituinte... negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade, porque teria ele que fazê-lo por via transversal?; 3º) absurda mormente porque o impetrante... pretenderia percorrer duas vias: uma, a do mandato de injunção...; admitindo que obtenha a regulamentação que servirá... abstrata...; teria ainda que reivindicar sua aplicação em seu favor." Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 389.

<sup>113</sup> Alguns meses depois, o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em julgamento no qual foi relator do processo, adotou posição contrária à do STF, e concedeu mandado de injunção que garantia, aos servidores públicos civis eleitos para cargo de direção em sindicato da categoria, o direito ao gozo de licença não-remunerada, até a entrada em vigor da lei regulamentadora.

<sup>114</sup> "O Supremo e a Greve", *Folha de S. Paulo*, 17/06/94.

ra que tome. Hesita em assumir responsabilidades de verdadeira Corte Constitucional. Opta por procedimentos de adiar, em vez dos de decidir conflitos (...). Acredita que se estabelecer mesmo por analogia, limites legais para a greve dos servidores, invade a área do Congresso. Um poder não pode invadir o outro. Com o que todo mundo concorda. Mas todo mundo concorda também que inexistir invasão quando a própria Constituição manda que, se um Poder não cumpre a obrigação de decidir, outro o faça, para assegurar a liberdade dos cidadãos... O Supremo é apenas o locutor do Congresso. Quando não tem teleprompter, o locutor nada lê! Cala-se... E se o Congresso nada decidir? Quem vai garantir nossos direitos? O Supremo lava as mãos? Para que serve então a separação dos Poderes se não viabiliza as liberdades?"

Ressalte-se, finalmente, a posição de Carlos Roberto Siqueira Castro: "As posições que têm sido até o presente assumidas pela maioria dos integrantes do STF infelizmente fulminam as esperanças de quantos consideramos consistir o mandato de injunção uma super e multifuncional garantia integradora da ordem jurídica, destinada a tornar-se, especialmente no campo dos direitos econômicos e sociais, uma ferramenta guardiã da efetividade do sistema constitucional democrático restaurado e ampliado em 1988. A bem dizer, a Suprema Corte brasileira, fazendo ouvidos moucos ao clamor das demandas emancipatórias da cidadania e exercitando uma visão estreita..., apequenou a significação do instituto recém-criado. O apego a tecnicidades de toda ordem... acabou reduzindo os encônios às expectativas das forças conservadoras, temerosas quanto ao papel a ser desempenhado por essa inovação introduzida pela Constituição Cidadã."<sup>115</sup>

Apesar das reações adversas à atuação do STF por parte do constitucionalismo "comunitário", pouca coisa mudou desde então. Importa sublinhar, no entanto, o julgamento do mandato de injunção nº 283/91, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, que deferiu a garantia e fixou um prazo de 60 dias para que fosse suprida a omissão legal, após o qual, persistindo a inexistência da regulamentação, o juiz competente de 1º grau poderia satisfazer o direito requerido. O próprio Ministro Moreira Alves, relator no julgamento do mandato de injunção nº 232/92, fixando

<sup>115</sup> Cf. Carlos Roberto de Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem*, op. cit., p. 596.



o mesmo prazo de 180 dias para que o Congresso editasse norma regulamentadora, autorizou o impetrante a gozar o direito que invocava, se, após o prazo, persistisse a omissão legal. Para o constitucionalismo "comunitário", entretanto, ainda que tais decisões possam ter sido, como parece que foram, provocadas pela forte resistência à interpretação dada pelo STF ao inciso LXXI do art. 5º, muito pouco se fez, no âmbito do Judiciário brasileiro, para garantir a efetividade das normas asseguradoras de direitos, liberdades e prerrogativas.

Se o Judiciário não tem correspondido às expectativas "comunitárias", o mesmo não se pode dizer acerca da ampla comunidade de intérpretes criada pela Constituição. A sociedade brasileira se encontra, do ponto de vista jurídico, inteiramente aparelhada de instrumentos processuais constitucionais para a defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos. E disso tem feito uso. A revista *Veja*,<sup>116</sup> de 26/03/97, em reportagem intitulada "Exaustos Meritíssimos", ao se referir aos 28.000 processos julgados pelo STF em 1996, assinala que os brasileiros, como nunca no passado, estão lutando na Justiça por seus direitos constitucionais e, sobre o tema, cita a acertada opinião do advogado José Guilherme Villela: "*Uma leitura otimista e correta mostra que cresce no país a consciência da cidadania...*"

Foi por acreditar nesta cidadania juridicamente participativa que os constitucionalistas "comunitários" lutaram pela incorporação no texto constitucional das garantias processuais que pudessem viabilizá-la. Ao conferir prioridade aos temas da igualdade e da dignidade humanas, eles rompem com a tradicional cultura jurídica brasileira, positivista e privatista, voltada mais para o universo microjurídico dos interesses individuais do que para conflitos de projeções globais, que envolvem interesses públicos ou coletivos. Frente a autonomia privada dos cidadãos, garantida pelos direitos liberais fundamentais, o constitucionalismo "comunitário"

opta pela autonomia pública, assegurada pelos direitos de participação política.

Este compromisso com a defesa da autonomia pública dos cidadãos determinou a atuação dos constitucionalistas "comunitários" ao longo de todo o processo constituinte, caracterizado, como vimos, por uma intensa participação de movimentos sociais organizados, que com eles partilhavam os mesmos objetivos. Ao mesmo tempo, esta prioridade conferida aos interesses públicos ou coletivos revelou que a pretensão não era, após a ditadura militar, apenas configurar um Estado liberal, comprometido com a defesa dos velhos direitos subjetivos individuais. Pretendeu-se, ao contrário, conformar um Estado de bem-estar social, nos moldes europeus, através da previsão constitucional — dentre outras normas e mecanismos — de um amplo sistema de direitos constitucionais, mecanismos jurídicos relativos ao controle das omissões do Poder Público e uma atuação política do Poder Judiciário. Implementar justiça distributiva, em resumo, é o objetivo fundamental do constitucionalismo "comunitário" brasileiro.

Como veremos mais adiante, o tema da justiça distributiva está presente em boa parte do debate constitucional contemporâneo. Constitucionalistas e filósofos discutem as formas de sua implementação e estabelecem os temas a partir dos quais é possível, do ponto de vista do direito, configurar uma sociedade justa. O debate, neste sentido, se organiza em torno de algumas questões centrais: Que papel desempenha a Constituição nas sociedades democráticas contemporâneas? Qual a função do sistema de direitos constitucionalmente assegurados no que diz respeito a um justo processo distributivo? Quais os limites do Poder Judiciário no processo de interpretação constitucional?

Ressalte-se, no entanto, que, se a justiça distributiva é o tema central do debate constitucional contemporâneo, não foi no âmbito do direito, como assinalamos, que esta discussão teve início. Com efeito, a justiça distributiva é o núcleo em torno do qual se organiza a filosofia política contemporânea, e a discussão constitucional tem sido um dos resultados deste processo. Neste sentido, é necessário, antes de ingressarmos no mundo do Direito, observar como a filosofia política contemporânea, em face do pluralismo que caracteriza as democracias atuais, analisa as relações entre ética, moral e justiça distributiva.

<sup>116</sup> Outras razões, para além do crescimento da consciência da cidadania, também explicam a enorme quantidade de processos que chegam ao STF. Ressalte-se, de um lado, a resistência do Poder Executivo em cumprir a legislação em vigor e, por outro, a quantidade infindável de recursos previstos no direito processual brasileiro. A revista *Veja* menciona ambos os motivos. Esquece, entretanto, de se referir à própria resistência do Supremo em transferir, por ocasião da Constituinte, parte de suas atribuições para outros tribunais. E se equivooca inteiramente, a revista, ao criticar o caráter minucioso da Constituição brasileira, elogiando, nas entrelinhas, a Constituição Americana que "*cabete em dez folhas de papel*".