

# O DESAFIO DO JUIZ CONSTITUCIONAL\*

## DIE HERAUSFORDERUNGEN DES VERFASSUNGSRICHTERS

*Raffaele De Giorgi<sup>1</sup>*

**Resumo:** Partindo de um conto de Kafka, o presente texto apresenta uma problematização do Direito Constitucional contemporâneo à luz de um referencial teórico sistêmico. Nessa perspectiva, a Constituição é observada operando *como memória da unidade da diferença entre Política e Direito*. Com efeito, as atuais preocupações da justiça constitucional deixam entrever que também na observação da Constituição têm penetrado, hoje, incertezas do futuro que soterram o velho otimismo das premissas liberais de um Estado de Direito. Sistemicamente, a Constituição constitui uma realidade, ou melhor, aquilo que ela interpreta como realidade. Nesse cenário, a função do juiz constitucional consiste em reativar continuamente este processo de construção da realidade, interpretando interpretações, redescrivendo descrições, reabrindo começos e reencerrando circularidades. Este texto procura demonstrar, assim, os desafios do juiz constitucional no processo de construção do real.

**Palavras-chave:** Juiz Constitucional. Direito. Política. Paradoxos. Teoria dos Sistemas.

**Zusammenfassung:** Auf der Grundlage einer Kurzgeschichte von Kafka, zeigt dieser Text eine zeitgenössische Problematisierung des Verfassungsrechts – im Lichte einer systemischen theoretischen Rahmen. Aus dieser Perspektive, ist die Verfassung eingehalten als eine Speichereinheit des Unterschiedes zwischen Politik und Recht. In der Tat, die aktuellen Bedenken der Verfassungsgerichtsbarkeit zeigen uns heute, dass in der Beobachtung der Verfassung eindringen die Unsicherheiten der Zukunft, die das alten Optimismus der liberalen Voraussetzungen von einer

---

\*Texto traduzido por Ricardo Menna Barreto.

<sup>1</sup> Catedrático Titular de Teoria Geral do Direito (Università degli Studi del Salento – Itália).  
Endereço: Piazza Tancredi, n7 – 73100, Lecce (Itália).

Rechtsstaatlichkeit begraben. Systemisch, ist die Verfassung eine Realität, oder, besser gesagt, was sie als Realität interpretiert wird. In dieser Aussicht, die Funktion des Verfassungsrichters besteht aus kontinuierlich zu reaktivieren den Aufbau der Realität, als er die Interpretationen interpretiert, die Beschreibungen wiederbeschreibt, die Anfängen wiederöffnet und die Zirkularitäten wiederöffnet. Also, dieser Text versucht die Herausforderungen des Verfassungsrichters im Aufbau der Realität zu zeigen.

**Stichwörter:** Verfassungsrichter. Recht. Politik. Paradoxien. Systemtheorie.

**Sumário:** 1. 2. 3. 4. 5.

## 1

Diante da Porta da Lei há um guardião. Ante este guardião apresenta-se um camponês, que quer entrar na Lei. Porém, o guardião lhe diz que agora não pode permitir seu ingresso. O homem reflete e logo pergunta se então poderá entrar mais tarde. É possível, diz o guardião, “porém, não agora”.

É o início do famoso conto de Kafka. Escrito três ou quatro anos antes, o conto foi publicado em 1920. Um ano a partir do qual na Europa se discutiria extensamente sobre a questão: quem seria (ou deveria ser) o *guardião da Constituição*. A discussão, naturalmente, não se levanta a partir do esplêndido relato de Kafka. Aquele relato é uma história. Como história, ele é o mundo que fala e diz que não se pode ver aquilo que não se pode ver. As histórias não fazem disciplinas, não disciplinam discursos científicos, não são ciência. E, com efeito, a discussão se levanta através de um escrito – extremamente rude – de Carl Schmitt, em torno da refinada proposta e dos escritos de Kelsen.

A questão atravessa o pensamento constitucional do século passado. Muitos países recolhem em seus ordenamentos as ideias que estavam na base das argumentações e das propostas de Kelsen, desenvolve-se em uma, antes de tudo, moderna doutrina do Estado, identifica-se a guarda da Constituição, esquece-se de Kafka. O que torna o relato um problema de literatura. Não obstante fica, de todo modo, aberto um curioso aspecto daquele relato: o que é que cega, que coisa está atrás da porta da Lei e não pode ser vista? Em substância: quem defende o defensor? E quem guarda o guardião?

A resposta é autoevidente. Porém, é autoevidente também o fato que ela constitui somente uma reformulação do problema da origem. Exceto se o guardião guardar alguma coisa que não pode ser vista e então, neste caso, proteger, guardar, significa esconder, subtrair da visão. Mas, porque esconder a lei? Porque, como no relato de Kafka, a lei cega? E mais: escondê-la, ocultá-la em segredo, sacralizá-la; tudo isto, para salvar a lei ou para excluí-la da visão?

## 2

Em um interessante artigo de 1990, intitulado *Constituição como Aquisição Evolutiva*, Luhmann perguntava-se o que havia de novo na Constituição. Ele perguntava-se em que consistia a *novidade* que poderia ser expressada através de uma transformação semântica de velhos conteúdos de sentido presentes no conceito de constituição. Mais que uma transformação semântica, ao final do século XVIII, produz-se uma convergência de duas tradições de significado presentes no termo constituição. Uma referia o conceito à estrutura, à íntima conexão que mantinha unido e rendia como único um corpo físico, social, político, ao modo em que se conservava a unicidade de uma conexão orgânica. A constituição poderia ser boa ou ruim, ela dava forma ao ser que, na dimensão temporal de suas manifestações, se sabia expressada como direito vivente: uma concepção da temporalidade do direito, porém, amplamente difundida. Não obstante, havia também outra tradição que referia o conceito a textos escritos de direito positivo, uma tradição que emanava do direito romano. Eram os decretos, as ordenanças. Então, estes dois diferentes discursos semânticos encontram-se, confluem sobre um território que parece predisposto a acolher o fato de que neles se tem produzido a convergência e então a presença simultânea de exigências e disponibilidades diferentes: a exigência de um controle da vontade expressada pelo Parlamento, ao menos na forma de ativações de garantias de respeito à autonomia das ações dos indivíduos; a exigência de obter um reconhecimento jurídico da comunidade política organizada; a disponibilidade de uma grande tradição semântica que descrevia a sociedade a partir do ponto de vista de um instituto jurídico: o contrato. Uma tradição que, sobre a figura do contrato, fundava a legitimidade do poder político, o exercício da força, as formas de suas delimitações. A ideia do contrato social, uma ideia que continua sendo largamente difundida e presente na maior parte das teorias constitucionais moder-

nas, tem sua força e sua resistência derivada do fato que oculta o paradoxo da força vinculante do contrato, que se funda sobre o pressuposto da força vinculante do contrato. Ocultado o paradoxo, a construção funciona: a vontade expressada no contrato não pode ser retirada, não se pode renunciar as condições postas e as condições aceitas; já os exercícios, o atuar, já a vida nua, são manifestações que materializam a aceitação do contrato. Este, por sua vez, justifica a pretensão do reconhecimento dos indivíduos como titulares da vontade contratual e então a pretensão de uma reformulação das condições quando os eventos, ou os homens, ou a velha estabilidade têm consumido os requisitos de sua própria aceitação.

Conteúdos de sentido diferentes reativam velhos conceitos, renovam o portal semântico e condensam nas novas artificialidades soluções para emergências próprias do presente. Estas emergências tem nome, voltas, rostos, histórias, lugares diferentes. Elas tomam corpo na Europa, na América; são emergências que requerem novas estruturas de ordem. A tradição semântica, os conteúdos de sentido que se tornam disponíveis, dão a voz, dão a palavra àquelas emergências. Trata-se do enfrentamento entre nobreza, clero e burguesia, trata-se das exclusões sociais do quarto estado; trata-se da corrupção e da barbárie administrativa do poder; trata-se da necessidade de buscar a legitimidade pelo poder político e da impossibilidade de conservar à política ou à propriedade o monopólio da administração da justiça. Trata-se disto ou da ruptura da velha estratificação social, da exigência de reconhecimento de novos direitos de propriedade ou da liberdade de movimento dos indivíduos e, conseqüentemente, de comércio e de cidadania, inclusive também da legitimidade das imposições fiscais e da liberdade de religião. Todas estas emergências semanticamente incluídas encontram reconhecimento, sendo absorvidas, reunificadas, na nova, híbrida, unidade de sentido que se chama *constituição*. Esta unidade encerra em si o sentido do *ser* e do *dever ser*. Ela é um fato histórico, um texto escrito, é um documento que testemunha a forma manifesta da conexão íntima de uma sociedade, mais precisamente de um povo, e junto é um documento jurídico, texto que prescreve os modos de exercício da vontade que tem sido aceita no contrato social em virtude de qual comunidade se organiza e se conserva como a unidade jurídica de reconhecidas diferenças. A constituição é um vínculo que a comunidade se dá a si mesma, através do qual determina o presente e se abre ao futuro, dá voz a suas expectativas de futuro, tornando-as normativas. O texto constitucional está atravessado em

cada uma de suas formulações pela duplicidade de *ser* e *dever ser*. Isso é a duplicidade fixada em um presente que começa de si mesmo. Como a razão para Kant, assim a constituição começa de si, assim como o tempo político, o tempo jurídico da comunidade tem seu próprio início naquele início que é a constituição, a qual constitui seu povo como povo da constituição. Não obstante, trata-se de uma circularidade que funciona.

Todavia, há necessidade de um elemento ulterior, um elemento que, sobre o plano semântico, torne possível a clausura da circularidade e que permita ao início encontrar-se consigo mesmo. Um ponto este que pode ser qualquer ponto da circularidade, porque é o ponto no qual aquilo que não está vinculado se vincula, ligando-se a si mesmo. Também aqui vem em auxílio a tradição semântica de um conceito político disponível há muito tempo, um conceito que originariamente tinha como referência material uma diferença, logo, a exclusividade do poder, logo, a exclusividade do poder querer. Trata-se do conceito de soberania. Também aqui uma revisão semântica torna acessível um conceito provido de grande potencial operativo. A soberania é uma fórmula resolutiva que expressa a ideia de um poder privado de vínculos que, por isso mesmo, pode vincular-se. A soberania é a instância extrema, última, suprema, que confere ao poder o direito de ser poder. Ela muda de posição, passa do monarca ao parlamento, ao povo. Quando ela, porém, se concentra no povo, o poder já se diferenciou em poder legislativo e poder executivo e a jurisdição tem sido especificada como aplicação do direito que agora é plenamente direito positivo. E, com efeito, estas distinções, as diferenças que elas justificam, imunizam o poder político em relação ao povo, o qual é titular da soberania justamente porque está privado de poder. A soberania começa de si e conclui-se a si mesma. Ela abre e fecha a circularidade da constituição. Abre-a porque se funda sobre si mesma e então pode ser tratada como fundamento de suas manifestações; fecha-a, porque na dimensão temporal a constituição tem a função de impedir que se verifiquem e se legitimem outros atos fundantes como aqueles dos quais ela mesma tem surgido.

### 3

O texto que se fixa como constituição apresenta a característica que Douglas Hofstadter atribui às *hierarquias intrincadas*. Trata-se de sistemas nos quais estão presentes estranhos círculos. Com esta fórmula, Hofstadter defi-

ne aquele fenômeno que consiste no fato de se reencontrar inesperadamente com o ponto de partida, seja subindo ou descendo ao longo dos graus de qualquer sistema hierárquico. Um fenômeno representado maravilhosamente por Escher em muitos de seus quadros: pensa-se na *Cascata*, ou também nas *Mãos que desenham*. Imagens esplêndidas de estruturas que retornam a si mesmas. Como a linguagem, como cada estrutura autorreferente. Como cada estrutura que está incompleta e é indescritível, justamente porque estas são suas características. O texto constitucional é um texto jurídico. Porém, é um texto que fala de si, que se escreve a partir de si. Isso parece algo que se programa por si próprio. A mão esquerda desenha a mão direita que desenha a mão esquerda. Observando o quadro esquecemos a existência de Escher, daquele que o desenhou. Assim como observando a constituição esquecemos seu caráter autológico, esquecemos o tempo, esquecemos o paradoxo constitutivo daquele que se vincula para ficar privado de vínculo. Cometemos o erro topológico que nos leva a não ver o paradoxo da soberania como um estranho círculo e então a não ver que “qualquer coisa que estava dentro do sistema sai do sistema e atua sobre o sistema, como se estivesse fora do sistema”, como diz Hofstadter. O sistema é aqui, naturalmente, a constituição. Aquilo que está dentro e sai é a soberania, porém, poderia também ser a razão, a linguagem. Aqui interessa a soberania, uma ideia, um conceito-chave, como dizem os constitucionalistas, um conceito que conclui de modo pouco glorioso uma longa carreira semântica. *Termina como tautologia*, a soberania diz de si que é soberana; ou talvez *termine como paradoxo*: uma construção que funciona somente se é ocultada, se não se vê, se se oculta. Ao chegar a este ponto, então, impõe-se com insistência uma suspeita: não é que o defensor da lei, o guardião que está diante da lei, quer esconder propriamente isto, o paradoxo da soberania e a autologia da constituição? E os defensores da lei, então, comportam-se sempre assim, todos do mesmo modo?

Temos visto que, quando a ideia constitucional se afirma, a descrição da sociedade, a representação da ordem social e da ordem política, assim como a legitimação do poder, tudo isso, vem realizado com o recurso a construções jurídicas. Aquilo que se chamava “problema hobbesiano da ordem”, um problema social e especificamente político, vinha tratado com conceitos e representações jurídicas. Também a soberania, que é uma questão política, encontra colocação e determinação de si mesma em um texto jurídico. A constituição, então, é um texto jurídico que fixa e textualiza

questões políticas: ela trata juridicamente de problemas políticos, determina a ordem política como ordem jurídica. Na constituição, então, em sua estrutura autológica, opera-se uma referência externa em relação a qual, não obstante, a constituição como texto jurídico se considera imunizada em relação ao direito, justo porque a constituição determina os limites e fixa as barreiras ao tratamento jurídico dos problemas políticos que não são relativos às mesmas condições do atuar político como atuar diferenciado comparado ao atuar jurídico.

A constituição, logo, opera *como memória da unidade da diferença entre política e direito*. Memória que não significa recordação. Memória é uma função sempre presente em todas as vezes que se reatualiza o sentido através do texto. Memória não é reatualização do passado, operação impossível; ela é a função que permite construir sentido no presente e atribuir este sentido à presença do texto.

Neste modo, a memória transforma-se por cada uma de suas reatualizações, por cada operação que ela mesma torna possível. O texto tem um sentido; o sentido não é o texto; o texto é um texto jurídico que fixa uma ordem política que se legitima baseada no direito que a produz e ao qual se declara disposta a submeter-se. Esta circularidade chama-se *democracia*.

É possível que o defensor da lei queira esconder justamente isto da vida do camponês? E o que o deixa ver no lugar desta cegante luminosidade? Ele deixa ver somente aquilo que pode ver: diferenças, hierarquias, contingências, necessidades.

A primeira diferença usa a distinção entre um direito imutável e um direito mutável, entre uma lei superior e uma lei ordinária. Esta distinção de nível no interior do direito expõe cada operação jurídica à possibilidade de violar o direito. Todo o direito pode sempre ser ilícito. Assim pode ser sempre lícito. A distinção se aplica ao direito das expectativas de ter direito, ao direito da competência para sancionar as violações do direito e ao direito das competências para produzir direito. A autologia do texto constitucional libera-se assim dos estranhos círculos que a caracterizam. Corta-os, interrompe-os. Neste modo, o sistema do direito torna-se acessível para si mesmo, como dizia Luhmann. O sistema pode observar-se, pode usar a si mesmo para reconhecer suas próprias operações, pode assimetizar-se, pode imunizar-se. Porém, em particular, pode legitimar-se desde si como sistema de imunização da sociedade. Nesta função, o direito torna possível um atuar político da política, assim como um atuar econômico da economia. Parti-

cularmente, através do uso da distinção de poder legítimo e de poder ilegítimo torna operativo o paradoxo da soberania do qual agora, como se diz, o direito torna legítimo o exercício.

Outra distinção que se torna possível, em virtude da separação entre *poder político*, como lugar de materialização da soberania e *jurisdição*, é a distinção entre legislação e administração da justiça. Em outros termos, o direito é agora plenamente direito positivo. Através de sua positivação o direito alcança um alto nível de complexidade, porém ao mesmo tempo alcança um alto nível de trivialização. Ele torna-se mais complexo porque começa a absorver sempre uma maior variedade de casos e então a tratar uma, cada vez maior, variedade de eventos. Isso aumenta assim sua capacidade de aprender consigo mesmo, a capacidade de ativação seletiva de sua própria memória, de produzir alternativas. O direito pode tornar-se sempre mais trivial porque qualquer evento pode ser tema do direito. Isso reforça o trabalho de interpretação e a possibilidade de incongruência entre as operações de decisão. Em outros termos, diminui o nível de justiça do sistema. Esta é uma condição interna do sistema jurídico que é consequência do fato de que o sistema político pratica sua competência universal para tratar politicamente de todos os temas que ele constrói como relevantes, conferindo caráter jurídico às suas decisões. Tanto que a memória do sistema político opera de modo absolutamente distinto do modo como opera a memória do sistema jurídico, e a primeira não está exposta ao problema de congruência entre as decisões, como em troca está a segunda, a qual, por sua vez, não é sensível ao ambiente do mesmo modo que a primeira. Ocorre que ambas fazem tela, encontram reparo naquele substrato inviolável que está constituído pelas representações de valores depositados na constituição. São os níveis invioláveis que Hofstadter demonstra que existem atrás de uma intrincada hierarquia. São as seguranças últimas, na denominação Luhmann, as *intocabilidades*. São os conteúdos de sentido do velho direito natural apresentados como razão universal, são as raízes de velhos direitos de propriedade reformulados como direitos individuais. São os requisitos da universal inclusão de todos no sistema jurídico e no sistema político. Isto é, são os requisitos que universalizam o acesso à comunicação social. Em outros termos, são pré-condições da modernidade da sociedade moderna, como veremos.

São aqueles constructos de sentido que têm sua inviolabilidade derivada da internalização de referências externas: *a natureza, a razão, a comuni-*

*dade perfeita, a humanidade, a dignidade, a igualdade, a equidade.* Enredado nas conexões de sentido que constituem a trama do texto constitucional, aquelas inviolabilidades perdem o caráter originário de referências externas e conquistam o caráter de descrições do ser, de nomes para os conteúdos de sentido que são próprios daquela conexão orgânica que é a constituição de uma sociedade, de uma comunidade política. Agora, chamam-se *direitos universais, direitos humanos, direitos fundamentais*. Eles vêm declarados como seguranças invioláveis, porém, na economia lógica das constituições, têm a função de hierarquizar o sistema jurídico, de ativar a diferença universal entre constitucional e inconstitucional, como código de valoração da conformidade ou não conformidade do direito ao direito, porque a constituição é um texto jurídico, naturalmente. Assim, nota-se que não há um direito superior ou externo referente à constituição – a qual, neste sentido, funciona ela mesma como um “estranho círculo”: “qualquer coisa que esteja dentro do sistema, sai do sistema e atua sobre o sistema, como se estivesse fora do sistema”. Tal como a soberania. Desde que o uso da distinção constitucional/inconstitucional é lícito somente no âmbito daqueles procedimentos que determinam a manutenção, isto é, a conservação, dizemos também o espaço cognitivo da constituição, isto é, no âmbito daqueles procedimentos que determinam as violações da constituição, pode-se, sim, reconhecer que a soberania exercitada pelo poder constituinte produz a constituição, mudando de posição e, no ininterrupto presente da conservação da constituição, passando das mãos do soberano (portador do poder constituinte) às mãos de seu defensor, o guardião, o juiz constitucional. Finalmente, então, poderemos ver quem defende o defensor.

#### 4

*We are under constitution, but the constitution is what the judges say it is<sup>2</sup>.* Assim se lê em um texto do início do século passado. Falta ver o que significa o fato de nós vivermos sob uma constituição e depois o que dizem os juízes que é uma constituição. A constituição é, sem mais, um texto normativo. Ela não contém descrições de situações, de condições, de estados de coisas, como se diz. Como a linguagem, ela fala, seja diretamente, seja indi-

---

<sup>2</sup> Esta expressão é atribuída a Charles Evan Hughes que trabalhou como “Associate Justice” da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos e a presidiu entre 1930 e 1941.

retamente, de si mesma. Por isto constrói estranhos círculos, para retomar novamente a fórmula que temos citado. Ela, então, é um texto autológico: fala de si. Neste sentido, refletindo-se como autológica, a constituição apresenta-se como o início: o início do tempo do direito e o início do tempo da política. A constituição é a memória desta temporalidade. Não certamente no sentido de recordação, da conservação, porém, sim, no preciso sentido da memória, isto é, da contínua invenção, no presente, do próprio início, da contínua reativação, no presente, do próprio início, da contínua presença da própria função seletiva. Porém, o início está antes do tempo, é aquela coisa da qual o tempo começa. Como a razão, também o início está antes do tempo. Por isto, para a constituição, não vale o princípio segundo o qual o direito posterior cancela o direito precedente. Dessa forma, aquilo que a constituição reativa, constitui e reconstitui, é ao mesmo tempo a diferença de direito e política e a modalidade de seu acoplamento, o grau de recíproca irritação, o umbral da interrupção de sua interdependência. A constituição, justamente quanto ao início, cada vez que vem citada, reinsere o tempo no tempo. Ela delimita, canaliza, orienta as diferentes temporalidades através da construção de sentido, isto é, através da imputação de um sentido do início. A autologia reflete, presente em si, em cada reatualização, operando como descrição e como interpretação ao mesmo tempo. Ela descreve um mundo que ela interpreta. Ela é a observação de observações. O intérprete da constituição é um observador de nível superior. Ele descreve descrições e interpretações e as usa como um projeto para o futuro, como núcleo semântico no qual se tem sedimentado o início. Mas este início, para o intérprete, é seu presente. A constituição, como se diz, é sempre o resultado de um ato fundador. Um texto que é um instrumento para abrir o futuro. Ela, com efeito, é um instrumento jurídico para o disciplinamento da política e ao mesmo tempo é um instrumento político para a construção de formas de realidade, de comportamentos, de eventos. Na constituição, conserva-se, esconde-se, subtrai-se do olhar a unidade da diferença de direito e política. Oculta-se o fato de que o direito se funda sobre si mesmo, isto é, privado de fundamento, e que a política da sociedade moderna produz o consenso que a legitima. A autologia reflexa da constituição interrompe a circularidade do fechamento dos dois sistemas e cada vez que seu texto é citado determina-se a modalidade e o umbral de seu acoplamento. O texto constitucional, em outros termos, transforma circularidades em assimetrias, fechamentos em espaços cognitivos, círculos em linearidades.

A realidade da constituição, logo, não é, como também se diz, a constituição material, ou talvez o povo, a nação, a justiça social ou qualquer outro elemento que a tradição tenha usado como conteúdo de sentido. A realidade da constituição é a diferenciação social, a forma daquela diferenciação. Isto no duplo significado: que a constituição descreve aquela forma, que aquela forma se condensa na específica unidade da diferença que é a constituição. Em outras palavras, no sentido que a constituição *descreve* aquela forma. Então, no sentido em que a constituição *interpreta* aquela forma, usando como realidade sua interpretação e as interpretações da constituição como redescrições, isto é, reativações no presente, e logo representações da constituição justamente nesta função. A constituição, desse modo, constitui realidade neste preciso sentido. Ela constitui aquilo que interpreta como realidade, e esta sua interpretação transforma o espaço de realidade no qual atua a diferenciação social. A função do juiz constitucional consiste em reativar continuamente este processo de construção da realidade. O juiz interpreta interpretações, redescreve descrições, reabre começos, reencontra circularidades. Veremos como.

A constituição, temos dito, é a unidade de uma diferença. Agora, no texto, a diferença não é vista. A distinção de direito e política é inobservável. Em cada diferença há uma inobservabilidade, há uma latência que é a mesma diferença. Para observar uma distinção é necessário distingui-la de qualquer outra coisa, é necessário usar outra distinção. Esta, naturalmente, será inacessível a si mesma. Porém, é justamente isto que faz o intérprete da constituição. Ele observa com o uso de outras distinções. Algumas vezes ele condensa sentido através da produção de sentido. Ele observa latência através da produção de latência. É claro que o juiz aplica direito ao direito, que ele usa as distinções constitucional/inconstitucional, igual/diferente, racional/arbitrário. É claro que ele afirma que com seu trabalho concretiza princípios, ainda que os princípios não se concretizem e inclusive não se apliquem. Porém, é claro que *na realidade ele redescreve a inobservável latência reativando latência que ele mesmo não pode observar*. Através da interpretação, o juiz não diz que coisa é a constituição, ele não indica uma tautologia; assim como ele não guarda uma luz inesgotável e não conserva tampouco valores imutáveis. Através da interpretação, o juiz constrói sentido com base no texto, isto é, transforma o próprio texto, porque em cada intervenção sua ele se implica a si próprio sem poder se ver. Portanto, somente a interpretação da constituição distingue-se cada vez entre interpretação cons-

titucional e interpretação inconstitucional: a autologia repete-se, reflete-se sobre si mesma, e nós continuamos pensando que deste modo se produz justiça, igualdade, liberdade.

Podem-se utilizar diferentes técnicas de redescrição, podem-se nominar diferentes cânones de interpretação, podem-se dar diversas imagens da razão: na redescrição da latência o intérprete implica-se a si mesmo sem poder observar-se. Porém, é justamente assim que se produz a evolução. Afirmam-se imprevisíveis condensações de sentido, pratica-se seletividade não calculável, produzem-se reestabilizações que desenham novos horizontes para a atuação. Assim, este específico trabalho da construção da realidade pode ser representado como investigação do direito que não se identifica com a totalidade das leis e que seria, em troca, imanente à totalidade de sentido do ordenamento constitucional. Um “plus de direito”, como diz a Corte Constitucional alemã, ou também, “aquilo que não está expresso nas normas”, como diz a literatura italiana que usa a expressão: *jura contra leges*. Desse modo, está o recurso a uma geografia linguístico-conceitual que justifica o recurso à cautela com a qual se praticam as construções da realidade. Há um espaço do possível, do razoável, do aceitável, do proporcional, porém, também, um espaço do irracional e do arbitrário. Há um espaço para conceitos-chave, como são chamados aqueles termos aos quais se confia a função de indicar vínculos universais e de modificar a níveis mais aceitáveis de orientações jurisprudências não mais plausíveis. Sempre e, de qualquer modo, o intérprete da constituição opera como a instância sobre a qual é transferida a soberania que autoriza a redescrever a latência, em outros termos, a observar aquilo que não pode ser observado.

## 5

O fato de que o intérprete da Constituição construa aquilo que usa como realidade e que, deste modo, redescreva continuamente a realidade da constituição e então redesenhe os espaços da forma da diferenciação social, pode ser considerado aquilo que geralmente vem se chamando *mudança na orientação da justiça constitucional*. Fica claro que esta perspectiva de observação é a perspectiva, isto é, a distinção, de um observador externo e que tal observador pode ser não somente a literatura, senão também uma Corte, um Tribunal Constitucional, como ocorre na realidade.

As primeiras manifestações de uma justiça constitucional podem ser observadas em uma sociedade que tem deixado a suas colunas à estratificação social e, ao mesmo tempo, em sociedades nas quais a estratificação resiste como duro obstáculo às novas formas de diferenciação social, a qual se afirma em condições que todos alcancem a obter acesso aos sistemas sociais singulares. Trata-se, em outros termos, da universal inclusão de todos contra a intolerável exclusão que resistia como velho parasita da estratificação e da centralidade invasiva de rústicos aparatos burocrático-estatais. Eram condições diferentes, segundo as quais, no arco de poucos decênios, encontraram-se soluções político-jurídicas correspondentes, as quais logo se afirmaram no curso do século XIX na maior parte dos estados. Na América e na Europa, as constituições e logo a justiça constitucional começariam a ser praticadas, levaram a afirmação generalizada do reconhecimento da liberdade dos indivíduos no sentido da atribuição de espaços generalizados de autonomia do trabalho. Afirmaram-se catálogos de direitos superiores que se chamaram, justamente, direitos de liberdade, direitos de defesa da ingerência do estado, direitos de proteção dos indivíduos como pressuposto da livre expressão de sua personalidade. Diz-se que eram direitos da sociedade burguesa ou da sociedade capitalista; em realidade, tratava-se do reconhecimento tardio dos requisitos da nova forma de diferenciação social, já largamente afirmada e que reclamava a universalização de suas condições: somente indivíduos que fossem tratados como livres poderiam prover legitimação a um poder político já não ligado à natureza das pessoas; somente indivíduos que fossem tratados como iguais poderiam ser, por sua vez, tratados como sujeitos capazes de querer e, logo, de serem destinatários de imputações. Naturalmente, estas semânticas dos assim chamados direitos fundamentais contêm os limites que de vez em quando vêm reativados: limites que se manifestam como exceções, exclusões, imaturidade dos tempos. Depende das situações e, ainda mais, do grau de universalização alcançado pelos sistemas sociais individuais e de suas delimitações regionais.

Depois, quando as consequências da universal inclusão, isto é, as consequências da nova forma da diferenciação social começam a manifestar-se e os indivíduos, inventados como livres, são na verdade expostos à exclusão justamente porque são incluídos, e as desigualdades, as diferenças, as ameaças e as violências emergem do próprio e normal funcionamento dos sistemas sociais, então a justiça constitucional se orienta não

somente à proteção dos direitos, senão também ao bem-estar dos cidadãos, à sua própria segurança, às situações de minoridade.

Estas preocupações da justiça constitucional deixam entrever que também na observação da constituição penetram hoje incertezas do futuro que têm soterrado o velho otimismo das premissas liberais de um Estado de Direito. A política tenta compensar sua incompetência para compensar os riscos de suas decisões através de uma hipertrófica ocupação dos espaços da ação social. Esta incompetência rende piedosos esforços de revitalizar velhos instrumentos como a soberania, a razão, os valores, os fundamentos. Estes velhos paradoxos são ineficazes em relação aos novos paradoxos, aqueles que emergem das consequências da diferenciação moderna da sociedade. Nós sabemos que não é possível redistribuir recursos, reduzir pobreza, aumentar riqueza, reduzir desigualdade. Em nossa sociedade somos mais pobres porque somos mais ricos, somos mais desiguais por sermos mais iguais, corremos mais riscos porque dispomos de tecnologias mais seguras, temos estendido o espaço do não-saber justamente porque temos estendido o espaço do saber. *O único recurso que pode ser distribuído é o risco.* Este recurso pode ser distribuído de modo racional: com racionalidade entendemos o caráter das decisões que incrementam a possibilidade de atuar e que frente ao risco estão em grau reversivo, a si mesmas.

Pode o juiz constitucional, com os instrumentos de que dispõe, afrontar o desafio desta racionalidade? Ou, talvez, também nosso juiz constitucional, ante a ruptura das velhas construções, frente à consumação da velha ordem da política, da soberania e dos estados, dará mais uma volta, como o guardião da lei no conto de Kafka: o camponês que, esperando entrar na lei, tem consumido seus dias e suas forças e que, ao final, pergunta como pode que muitos queiram alcançar a lei, porém, nenhum, em todos esses anos, fora ele, tenha pedido ingresso; àquele camponês moribundo o guardião responde: *“Nenhum outro poderia obter a permissão de entrar aqui, porque este ingresso estava destinado somente a ti. Agora fecho e vou”*.

**Recebido em:** 7 de abril de 2015.

**Aceito em:** 14 de junho de 2015.