Número 16 – outubro/novembro/dezembro de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

PERFIS DEMOCRÁTICO-PROCEDIMENTAIS DA JURISDIÇÃO COMUNITÁRIA: uma possibilidade para o Brasil.

Prof. Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires.

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS:

Este ensaio pretende abordar o tema dos perfis democrático-procedimentais da jurisdição sob uma perspectiva comunitária. Para tanto: (1) vou tratar de enfrentar, de forma genérica, como se delimitam as referências alienígenas do chamado comunitarismo filosófico e político do século XX; (2) num segundo momento, vou indicar algumas matrizes doutrinárias destes modelos para a experiência jurídica norte-americana, notadamente o chamado grupo ativista, passando a, (3) num terceiro momento, traçar um paralelo daquela experiência com algumas características mais ativistas da jurisdição brasileira. A partir daqui, (4) vou perquirir que perspectiva comunistarista de jurisdição pode servir à nossa realidade.

II – ASPECTOS CONCEITUAIS PRELIMINARES DO COMUNITARISMO FILOSÓFICO E POLÍTICO:

Sob o ponto de vista filosófico, penso que uma das perspectivas mais fundacionais do comunitarismo contemporâneo é a que se vincula a um certo

neoaristotelismo ético[1], preocupado em demarcar uma ética normativa substantiva enquanto reação frente aos procedimentalismos vazios das estratégias racionalista e congnitivista kantianas[2], que dão um relevo de tal monta universalista à razão humana que afasta a possibilidade da contingência, restringindo a percepção do mundo à sua dimensão ideal.[3]

Nesta direção, este neoaristotelismo opõe à modernidade três tipos de objeções: (a) a proeminência das formas da sensibilidade moral frente ao cognitivismo; (b) a imprescindibilidade do juízo moral e seu destacado caráter contextual; (c) o caráter histórico-cultural e material dos valores, bem como dos critérios de valoração moral.

> *Todo ello supone que somos capaces de contemplar las disposiciones morales desde fuera y reivindicar una perspectiva ética más compleja que desborda la subjetividade encerrada. La cuestión es describir adecuadamente el entramado de la moral y mostrar hasta qué grado incluye en ella pretensiones de universalidad: en la vida moral hay elementos universalistas ligados a nuestras nociones de autonomia y justicia*.[4]

A crítica que se faz aqui ao universalismo radical da metafísica kantiana e de sua ética conformativa é no sentido de que estão fundadas em princípios e pressupostos abstratos demais, conduzindo a compreensão e a ação humana para um certo tipo de irracionalismo emotivista em face de problemas concretos do cotidiano das pessoas. Para estes neoaristotelistas, é

---

[1] Lembremos que, para Aristóteles, a dimensão ética da vida do homem ateniense diz respeito ao conjunto de virtudes (intelectivas e morais) que possui para identificar-se no seio de sua comunidade, com as tradições e tipos de racionalidades específicas que a constituem. Contemporaneamente, MacIntyre vai dizer que os conceitos de homem médio, o médio justo, etc., só adquirem sentido aristotélico no marco da polis de cada tempo, em cuja prática cotidiana o homem aprende a comportar-se segundo estes padrões estabelecidos, os quais lhe permitem viver virtuosamente, logrando o reconhecimento dos seus pares (teoria da amizade, fundamento maior da ética aristotélica). Neste sentido ver o texto ARISTOTÉLES. *De la moral a Nicómaco.* Madrid: Espasa-Calape, 1999, principalmente a partir da p.63 e ss.

[2] Neste ponto, MACINTYRE, Alisdair. *After Virtue.* Notre Dame: Notre Dame University Press, 1982, p. 83 e ss., adverte para o fato de que a filosofia moral kantiana operou em erro quando sustentou que as regras morais são universais, e que a vontade do sujeito racional impõe automaticamente o cumprimento destes regras, razão pela qual os princípios gerados destas regras podem ser assumidos independemente de circunstâncias e condições concretas, espacial e temporalmente falando. Desta forma, estar-se-ia provendo a moral de validade universal, sem qualquer necessidade de justificação.

[3] Este neoaristotelismo ético é uma construção categorial que pode ser explorada nos trabalhos de QUINTANA, Oscar Mejía. *Justicia y Democracia Consensual.* Madrid: Siglo del Hombre Editores, 2005, especialmente a partir da p.116 e ss.; THIEBAUT, Carlos. *Neoaristotelismos contemporâneos.* In Concepciones de la ética. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p.37 e ss.; MACINTYRE, Alisdair. *After Virtue.* Op.cit.; MACINTYRE, Alisdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: Notre Dame University Press, 1988.

[4] QUINTANA, Oscar Mejía. *Justicia y Democracia Consensual*. Op.cit., p.122.

a partir também de nossa própria tradição e história que podemos compreender e interagir com a identidade moral de nossas culturas. Por tais razões, as noções de justiça e de moral se vinculam à comunidade em que elas são operantes.[5]

Não se pode, assim, realizar uma apropriação dos discursos morais do passado sem levar em conta a contextualização de seus elementos constitutivos, sob pena disto gerar um uso indevido e de infindável discordância das categorias e das interlocuções nas quais elas são manejadas pelos sujeitos sociais, o que gera, por conseqüência, crises sintática, semântica e pragmática da própria moral no cotidiano.

> *El juicio moral y práctico de toda cultura es una conjunción de elementos universales y invariables, y locales y variables, simultáneamente. El proyecto de lograr fundamentar un orden social desde donde desligarse de la contingencia y la particularidad de una tradición es imposible. Tal proyecto ingenuamente universalista, con la pretensión de ser independiente de toda tradición, no es más que un absurdo proyecto de filósofos que intentam vanamente emanciparse de la tiranía de la tradición, de la que, sin embargo, nunca pueden escapar.*[6]

A tradição liberal, ao tentar impor, pela via do mercado, um espectro de necessidades artificiais e pautadas por demandas de consumo de produtos, operou o que se pode nominar de transmutação político-morfológica do sujeito social, eis que transferiu sua condição de ser no mundo do espaço da cidadania aristotélica (mesmo que formal), para um outro que é o espaço sem identidade, coletiva e comunitária, do ser abstrato e universal, definido por juízos e pautas de ação pré-ordenadas por algo que lhe esvazia a condição de *homus politicus* localizado no tempo e no espaço, e lhe joga para o limbo do pensamento único e da estereotipação alienante de consumidor global – excluindo, por esta lógica, todos aqueles que não têm condições de consumir. Surge aqui a figura do individuo como indivíduo, sem inserção contingencial, auto-suficientemente capaz de ser livre e feliz.

Assim é que esta racionalidade liberal faz uma verdadeira abstração das particularidades históricas da tradição de cada qual, ocultando tais diferenças no fórum do debate público, ignorando e mesmo negando tudo o

---

[5] THIEBAUT, Carlos. *Neoaristotelismos contemporâneos*. Op.cit., p.139. Ernest Barker, no texto *The Politics of Aristotle.* London: Oxford University Press, 1993, p.282, lembra que o estagirita referira: *Before we can define people's rights or investigate the nature of the ideal constitution, it is necessary for us first to determine the nature of the most desiderable way of life.*

[6] FAFIAN, Manoel Maceiras. *La hermenéutica contemporánea.* Bogotá: Editorial Presencia, 2001, p.119.

que não seja expressão daquela universalidade que ostenta em sua percepção reducionista do mundo.[7]

Como lembra MacIntyre, revela-se absurda mas ao mesmo tempo eficaz esta pretensão da cultura liberal de impor uma perspectiva (de matriz nietzscheana) sobre todas as demais outras visões de mundo existentes, através de argumentos e justificativas de caráter universal, apresentadas como melhores em face de suas fundamentações racionais e neutras, mas que, todavia, jamais conseguiram superar ou mesmo anular as incongruências do discurso e da ação moral do homem moderno.[8]

Na via da institucionalidade deste modelo liberal de ordenação social, tem-se mecanismos formais de veiculação dos desejos e projetos de vidas singulares de indivíduos atomizados em suas perspectivas de mundo autoritárias e imunes a qualquer problematização coletiva, tais como a representação política e o sufrágio, que podem perfeitamente existir sem qualquer refração comunitária; tais como os Poderes de Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo), que, insulados em instâncias burocráticas de gestão, ou tomados por camarilhas ideológicas e criminosas, ocupam-se de metas e políticas desenraizadas da matriz societária que deveriam representar, negando e violando de forma explícita, pela via do assalto ideológico, ilícito e utilitário da máquina pública (privatização possessiva do espaço público), as demandas majoritárias da cidadania.

Esta matriz liberal vai radicalizar a dimensão pragmática do princípio da separação de poderes que informa o constitucionalismo moderno, a ponto de criar verdadeiros feudos e ilhas incomunicáveis de administração e competências reservadas e exclusivas, indicadas pelo viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional vigente, ao mesmo tempo em que consegue impingir um certo esvaziamento político destas questões, atribuindo-lhes tão somente feições tecno-burocráticas.

Decorrência lógica deste cenário é o isolamento, em face da Sociedade Civil, dos poderes instituídos do Estado, enquanto instâncias meramente executoras de atribuições predeterminadas pelo sistema jurídico, sem qualquer conexão/interlocução cotidiana com os cidadãos, a não ser pelas fórmulas administrativas instituídas (petições, reivindicações, reclamações,

---

[7] *La universidad liberal há propiciado un enorme grado de uniformidad del pensamiento en la medida en que la presentación de sus hipótesis por los profesores en el salón de clases requiere um proceso previo de homogenización de los estándares de racionalidad y la reducción de las diversas tradiciones a un solo discurso argumentativo, el de la cultural liberal.* QUINTANA, Oscar Mejía. *Justicia y Democracia Consensual.* Op.cit., p.149.

[8] MACINTYRE, Alisdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Op.cit., p.61. Na mesma direção ver os textos de (a) FITZPATRICK, Paul. *Constellations of the Law: Jurisprudence and the Constitution of Deliberative Politics*. In Ratio Juris, vol. 1, n. 3. New York: Pertness. 2001, p. 286; (b) BENHABIB, Seyla (ed.). *Democratic Moment and the Problem of Difference*. In Democracy and Difference – Contesting the Boundaries of the Political. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

etc), todas focadas em aspectos curativos e não preventivos/participativos da gestão dos interesses comunitários.[9]

Tais fatos, ao fim e ao cabo, revelam inexoráveis, ao longo da história da civilização ocidental, a existência de conflitos de caráter axiológico e deontológico no tecido social, haja vista a pluralidade de manifestações e perspectivas diferidas sobre questões centrais à vida humana, como o conceito de justo, bem, felicidade, etc.[10] Estas tensões não residem, pois, tão somente no âmbito da especulação filosófico-metafísica, mas alcançam dimensões políticas demasiadamente amplas, haja vista que implicam ânimos beligerantes e litigiosos entre os sujeitos sociais[11].

Neste sentido, há certa síntese histórica do pensamento político ocidental contemporâneo na direção de reconhecer que, se o liberalismo político e filosófico dos séculos XVII e XVIII contribuiu definitivamente à consolidação do capitalismo e da lógica de mercado como hegemônica no âmbito da organização das relações sociais, afigurando-se decisivo para o processo de exclusão e marginalização social de milhões de indivíduos, isto se mostrou deveras paradoxal, eis que tais movimentos fundavam-se sobre uma filosofia de emancipação do indivíduo – como mônada –, pela via de sua capacidade racional de ser livre e promover, com seu trabalho, o desenvolvimento de todos.[12]

Tal paradoxalidade somente viu-se aguçada no evolver dos tempos, eis que não conseguiram os liberais equalizar o problema da liberdade com o da igualdade, dando preferência sempre ao primeiro valor constitutivo da

---

[9] Abordo de forma mais exaustiva esta questão no livro LEAL, Rogério Gesta. *Sociedade, Estado e Administração Pública no Brasil: novos paradigmas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Vai nesta direção a crítica de WEBER, Max. *Estado y Sociedad.* México: Fondo de Cultura Economica, 1969, p.239, quando adverte que o pessoal especializado encarregado da aplicação das normas jurídicas, da burocracia estatal, é o que melhor caracteriza o direito das sociedades capitalistas e o distingue do direito das sociedades anteriores, eis que seu objeto central era o de construir um monopólio estatal administrado por funcionários segundo critérios dotados de racionalidade formal, assente em normas gerais e abstratas aplicadas a casos concretos por via de processos lógicos controláveis.

[10] É de se lembrar que a teoria de bem e de felicidade, da virtude, da justiça e do direito, já estavam presentes, de forma concatenada, desde Aristóteles, em especial no texto *De la moral a Nicómaco* (op.cit., p.64 e ss.).

[11] Refletindo-se em termos institucionais (como os conflitos partidários, entre os poderes do Estado, no próprio mercado), e intersubjetivos (coletivos e individuais, formais e informais, lícitos e ilícitos, como os de categorias sociais organizadas, movimentos sociais, organizações não governamentais, organizações criminosas – nacionais e internacionais -, associações civis, e mesmo os conflitos atomizados entre sujeitos de direito que litigam à proteção de interesses legítimos envolvendo crença religiosa, opção sexual, etc.). Ver meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[12] Neste sentido, ver o texto de HABERMAS, Jürgen & RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político.* Barcelona: Paidós, 2000. Talvez em face deste paradoxo é que pensadores como John Stuar Mill vão preconizar a tolerância da intervenção do Estado para corrigir determinados rumos do mercado e das relações de poder, sob pena de se inviabilizar o próprio sistema capitalista e de mercado. Neste sentido a reflexão igualmente importante de OFFE, Claus. *Estado e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

natureza humana na perspectiva da modernidade, e deixando a descoberto a necessária igualdade substancial e procedimental dos atores sociais.[13]

As críticas que decorrem dos erros e falácias dos diversos liberalismos que foram se constituindo no tempo, vão desde o marxismo mais hortodoxo da experiência soviética – com Lênin, Trotski, Rosa Luxemburg, o próprio Stálin e Kerensky -, até a social democracia oriunda do pós-guerra da metade do século XX, com Cornelius Castoriadis, Claude Lefort, Perez Luño, Peces Barba, Norberto Bobbio, Michelangelo Bovero, Gustav Bünz, Theodor Wass, por exemplo. Tais críticas são unânimes em tensionar, dentre outras coisas, a base fundacional da perspectiva liberal que é o indivíduo e o individualismo – mais ou menos sempre presente em suas considerações e teses sociais, políticas, econômicas e jurídicas.[14]

Como contrapartida daquela matriz individualista, os críticos do liberalismo (respeitadas as variações e ideologias que defendem, como visto acima) foram apresentando proposições que elegeram como centro neural da constituição do social não o indivíduo em si, mas as relações entre indivíduos num determinado contexto espacial e temporal delimitado, marcado por variáveis culturais, econômicas e políticas bem específicas. O que é valorado aqui é a natureza social do ser humano, em suas interações coletivas com a comunidade a que pertence, respeitadas suas diferenças étnicas, religiosas, de preferências sexuais e culturais, etc.. Em outras palavras, o que importa no processo de delimitação das possibilidades de desenvolvimento do homem como ser social é a sua inserção comunitária em termos de participação política efetiva à construção de identidades e valores compartilhados que, por sua vez, possibilitem um entendimento sobre o que seja o bem comum deste ser coletivo.

Estou falando de uma alternativa à concepção liberal de sociedade que está fundada numa concepção mais pluralista de mundo e de homem, por óbvio que não calcada, por exemplo, na idéia de *pluralismo razoável* de Jonh Ralws[15] e Joshua Cohen[16], ou seja, sociedades democráticas que se

[13] No campo jurídico, as abordagens de RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1994, são um exemplo disto, eis que o autor trabalha com a lógica de que, por serem os indivíduos racionais, eles podem estabelecer padrões de condutas e comportamentos que visem ao desenvolvimento justo e equilibrado de seus interesses, isto independente de quaisquer variáveis contingenciais atinentes às particularidades espaciais e temporais do espaço que ocupam, como as políticas, econômicas e culturais. Tais padrões figuram como verdadeiros princípios universais a serem observados incondicionadamente, o que se demonstrou absolutamente inverossímil em termos de contemporaneidade, haja vista os níveis de desentendimento em termos do conceito de bem e em face dos radicalmente distintos e inconciliáveis interesses individuais em jogo.

[14] Há uma excelente crítica destes movimentos em direção a novas alternativas no texto de ELSTER, John; HYLLAND, Anaund. *The market and the forum: three varieties of political theory.* New York: Cambridge University Press, 1990. De igual sorte, ver o texto de BESSETTE, Joseph. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government.* Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

[15] RAWLS, Jonh. *A Theory of Justice.* Op.cit., p.82 e ss.

[16] COHEN, Joshua. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In Alan Hamlin e Philip Pettit (org.) The Good Polity – Normative analysis of the State. Oxford: Blackwell, 1989.

caracterizam pela existência de uma diversidade de concepções sobre a vida digna, muitas vezes incompatíveis e irreconciliáveis entre si, mas que, mesmo assim, observam critérios de razoabilidade no exercício de suas convicções, haja vista que o pressuposto natural desta razoabilidade é deveras metafísica, eis que a experiência histórica tem demonstrado exatamente o contrário, ou seja, que a racionalidade humana ocidental (estratégica e instrumental) está muito mais marcada por padrões mercadológicos de concorrência individualista e de exclusão social do que de entendimento, igualdade e solidariedade.

O pluralismo de que estou falando aqui, e o que interessa para o debate proposto, tem a ver com o reconhecimento de que a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Reconhecer isto significa compreendê-la como uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos, afigurando-se um desafio permanente o de construir o equilíbrio entre as tenções múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irredutíveis.[17]

Vão nestas direções, ao que interessa este ensaio, as reflexões filosóficas e políticas de autores como Michael Sandel, Michael Walzer[18], Charles Taylor[19] e Alasdair MacIntyre, os quais se identificam como bases mais recorrentes do objeto deste tópico que é o comunitarismo.

No caso específico de Sandel, há um argumento interessante no sentido de que, quando o tema é o comunitarismo, há múltiplas e diferentes – as vezes contraditórias – perspectivas de vida e mundo, eis que

> *The debate is sometimes cast as an argument between those who prize individual liberty and those who think the values of the community or the will of the majority should always prevail, or between those who believe in universal human rights and those who insist there is no way to criticize or judge the values that inform different cultures and traditions.*[20]

[17] Neste sentido, ver os textos de BAUMAN, Zygmunt. *A globalização: as conseqüências humanas*. São Paulo: Lumaré, 1999; RAMONET, Ignácio. *O pensamento único e os regimes globalitários*. In Globalização: o fato e o mito. São Paulo: Paz e Terra, 1998; ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999.

[18] WALZER, Michael. *Spheres of Justice: a defense of pluralism and equality.* New York: Basic Books, 1998.

[19] TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: the making of modern identity.* Cambridge: Harvard University Press, 1993.

[20] SANDEL, Michael J. *Liberalism an the limits of justice.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p.XI. A partir de tal perspectiva, o autor afirma que: *Insofar as communitarianism is another name for majoritarianism, or for the idea that rights should rest on the values that predominate in any given community at any given time, it is not a view I would defend.* Isto porque sua concepção de comunidade é muito mais ampla do que maiorias, estas circunstanciais demasiadamente.

O ponto central para Sandel, com o que concordo, é que se garantam numa sociedade marcada pela complexidade e pela diferença, direitos e prerrogativas sociais reconhecendo as distintas visões e projetos de mundo como legítimas (observados tão somente alguns pressupostos e fundamentos historicamente constituídos no tempo e na história de cada qual – atinente aos direitos humanos e fundamentais, por exemplo), sem impor consensos majoritários atinentes a uma perspectiva de boa vida (*good life*), gerando um pensamento único ou hegemônico em torno do que é melhor para os cidadãos em nível de competências morais e convicções religiosas.

Mesmo em termos de decisões políticas institucionais (como as parlamentares e do Poder Executivo no exercício operacional das políticas públicas), não se pode perder de vista aquela conformação multiculturalista do tecido social, pois ela deve ser respeitada e mantida pela ordem normativa de convívio intersubjetivo e coletivo.

Com esta proposição teórica, Sandel considera, dentre outras coisas, o papel nodal, historicamente constituído no tempo e no espaço, dos direitos humanos e fundamentais como elementos axiológico-normativos parametrizantes do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, e suas funções de demarcar, em termos genéricos, os limites positivos e negativos da ação dos sujeitos de direito (públicos e privados), opondo-se à tese de que *the princeples of justice that specify our rights do not depend for their justification on any particular conception of the good life or, as Rawls has put it more recently, on any comprehensive moral or religious conception. It is the claim for the priority of right that "Liberalism and limits of justice" seeks to challenge.*[21]

Por tais razões é que o autor supra insiste com a tese de que tanto liberais, quando asseveram que os direitos devem ser neutros em face de questões morais, como os comunitaristas, quando afirmam que os direitos devem estar fundamentados em valores sociais estabelecidos, estão equivocados, propondo Sandel uma terceira perspectiva, no sentido de que *rights depend for their justification on the moral importance of the ends they serve.* [22]

Aqui, pois, já se pode vislumbrar uma proposição mais procedimental de formatação dos direitos e de suas exeqüibilidades pragmáticas, tendo ainda como suporte categorial tanto o universo normativo de caráter valorativo, como o regratório dos sistemas jurídicos vigentes, ancorado, a partir do constitucionalismo do século XX – notadamente -, na base da soberania popular e suas manifestações (institucionais ou não, pacíficas e revolucionárias), perfeitamente sintonizado com a noção de comunidade de sujeitos de direitos.

[21] Idem, p.X.
[22] Idem, p.XII.

É o que dizem Chandran e Pettit, ao sustentarem que é ficcional a tese dos liberais, notadamente falando de Rawls, no sentido de que a comunidade se apresenta como produto da associação de indivíduos independentes e de que seu valor deve ser aferido em face da forma justa com que os indivíduos se associam, pois a própria existência de indivíduos capazes de estabelecerem acordos para formarem associações pressupõe a existência de algum tipo de sociabilidade pré-constituída racionalmente, capazes de deliberar, refletir e escolher. [23]

E como esta perspectiva filosófica e política do comunitarismo vai se projetar sobre a questão da jurisdição constitucional? Para tentar esboçar uma das possibilidades de resposta a esta pergunta – que é a que me interessa -, vou trazer à colação a experiência de algumas reflexões jurídicas norte-americanas, eis que elas apresentam uma trajetória mais longa neste debate e podem se postar como contraponto às novas experimentações jurisdicionais brasileiras nascedouras a partir de nossa Constituição de 1988, em especial.

III. APONTAMENTOS TEÓRICO-CONSTITUTIVOS DOS MODELOS PRAGMÁTICO-INTERPRETATIVOS E OPERATIVOS DA JURISDIÇÃO NORTE-AMERICANA: UM ESCORÇO ESTRUTURANTE.

De uma forma mais pontual, a experiência norte-americana em termos de jurisdição é bastante anterior à brasileira sob uma perspectiva comunitarista, até em face de sua estrutura sistêmico-constitucional de origem estar formatada de maneira diferente da romana-germânica, isto tanto em termos de concepção de sistema, ordenamento e norma jurídicos, como no que tange às suas interpretações e aplicações. [24]

Pode-se dizer, a título exemplificativo, que os métodos norte-americanos de interpretação e aplicação da lei constituem-se a partir da ponderação entre o princípio da supremacia legislativa e o papel dos juízes como garantes dos valores públicos vigentes e plasmados notadamente na ordem constitucional. Em face disto, a doutrina especializada tem referido que são quatro as matrizes centrais do pensamento jurídico norte-americano, a saber:

(1) Originalistas (ou textualistas, ou fundamentalistas), que pregam a reconstrução do *original intent* dos legisladores - principalmente dos *Framers of the Constitution*, aqueles que promulgaram a Constituição -, utilizando como parâmetro a situação histórica e cultural da época da edição da norma. Para tal

[23] KUKATHAS, Chandran &PETIT, Philip. *Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos.* Lisboa: Gradiva, 1995, p.125.
[24] Tratei disto no livro LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos.* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

perspectiva, os juízes não podem aperfeiçoar o texto da Carta Política a partir de suas próprias convicções, eis que eles estão obrigados (presos) com o entendimento original da Constituição (dos seus fundadores), razão pela qual o Judiciário não pode interpretar este documento para favorecer os valores e liberdades que ele entende como corretos e adequados.[25] De igual forma, tampouco a sociedade civil ou os demais poderes do Estado podem alterar o Texto Constitucional, eis que lhes faltariam legitimidade para tanto. O processo de adequação dos ditames constitucionais só poderiam ser dados de forma cautelosa pelo Judiciário, sempre atento à mudança comportamental da comunidade que é constituída pela norma maior (e nunca a constitui)[26]. Aqui se encontram Justices como Scalia, Thomas e Douglas Ginsburg, por exemplo;

(2) Majoritaristas, que pretendem *to reduce the role of Supreme Court in American government by allowing the democratic process to work its will, like a judgments of elected representatives. To this majoritarianism, measures like affirmative action or to forbid sex-sodomy are the competence of Parliament*. De tal sorte, reconhecendo que há temas de tal envergadura que dizem respeito e mesmo reclamam amplo processo de maturação política e social, é imperioso que o Judiciário respeite as regras de competência institucional e permita o funcionamento da democracia representativa. Em termos de referência da Suprema Corte dos EUA, pode-se identificar em tal posição o Justice Oliver Wendell Holmes.[27]

(3) Minimalistas, ora considerados como os juristas que não crêem em nenhuma teoria da constituição ou da jurisdição salvífica ou mesmo emancipatória, eis que não concebem nenhum tipo de compromisso social do Poder Judiciário, mas tão somente concentram-se na solução do caso concreto de acordo com a lógica do *stare decisis*. Sunstein indica como tal, a título de exemplificação, a Justice O'Connor, asseverando que estes juristas são *skeptical about general theories of interpretation; they want to precede one step at a time. They refuse to promote a broad agenda, and they are skeptical of movement judges of any kind. They are nervous about the exercise of judicial power, and they disagree with those who want the Supreme Court to elaborate new rights and liberties lacking a clear foundation in our traditions and practices.*[28]

---

[25] Nas palavras de SUNSTEIN, Cass R. *Radical in Robles: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Chicago: Basic books, 2005, p.41: *If judges are bound by the original understanding of the Constitution, than they cannot interpret the document to favor the values and liberties that they prefer. Hence fundamentalism can claim the virtues associated with the rule of law.*

[26] Ver o instigante texto de SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice.* Cambridge: Cambridge University Press, 1998, especialmente a partir da p.104 e seguintes, quando o autor trata do tema que envolve a teoria do contrato social e sua justificação.

[27] Neste sentido, os textos de: ESKRIDGE, Paul. *Public values in statutory interpretation*. In University of Pennsylvania Law Review. Vol.137. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1989. v. 137, p.39 e seguintes; TARUFFO, Michele. *Ley y juez en el "rule of law" inglés y en el constitucionalismo americano*. In: La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho. Madrid: Mateu Cromo, 2003.

[28] SUNSTEIN, Cass R. *Radical in Robles: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Chicago: Basic books, 2005, p.04. Sendo esta a opção metodológica do próprio Sunstein, conforme relata neste texto, na p.35.

(4) Perfeccionistas, aqui entendidos aqueles movimentos que dão relevo destacado para a dimensão subjetiva das atribuições de sentido que o Poder Judiciário tem feito ao longo do tempo – notadamente com os precedentes -, passíveis de sofrerem mutação judicial em face das crenças e convicções filosóficas e existenciais perpassadas pelos magistrados em suas decisões judicialiformes. Eles acreditam que o judiciário deve utilizar como parâmetros para a interpretação da lei os princípios da divisão dos poderes e da soberania legislativa, buscando sempre propiciar o desenvolvimento e a garantia dos valores públicos[29]. Afirmam que os tribunais são os órgãos mais confiáveis e mais bem equipados para garantir determinados valores essenciais a um Estado constitucional, e, por esta razão, os preceitos legais são tão flexíveis quanto as regras de *common law*, devendo o judiciário adaptá-los conforme os padrões morais e os valores públicos referidos, valendo-se inclusive e principalmente o processo histórico de formatação do plexo axiológico impresso no Texto Político, os seus princípios substantivos e os precedentes consagrados no tempo e no espaço de cada experiência societal. Na dicção de Sunstein, tais juristas

> *want to make the Constitution the best that it can be, however, in direction of their own deepest beliefs about freedom of speech, equal protection of the laws, the power of President, required a rule of one person, one vote; prohibited compulsory school prayer; provided broad protection to political dissident, and other fundamental questions*.[30]

Por certo que, a despeito das inúmeras declinações destes verdadeiros movimentos doutrinários – e alguns ideológicos[31] – ao longo da

---

[29] Na doutrina italiana, tal preocupação está igualmente presente, em especial na dicção de BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma: Laterza, 2005, p.37, ao dizer que: *Il tema della atività del giudice davanti i principi costituzionali mette in evidenza aspeti fondamentali dei sistemi contemporanei: in particolare fa emergere il problema dei vincoli del giudice nella applicazione dei principi e nelle operazzioni di bilanciamento. Quest'ultimo aspetto assume nei sistemi democratico-costituzionali anche la dimensione relativa a **chi** decide cose è il diritto: se cioè il giudice o il legislatore. L'interpretazione dei principi pone perciò sia il problema relativo agli spazi di intervento e ai vincoli del giudice nella applicazione dei principi, sia quello del suo ruolo, rispetto a quello del legislatore, nei sistemi democratico-costituzionali.* Esta mesma abordagem já tive oportunidade de fazer no texto LEAL, Rogério Gesta. *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva.* In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, nº4. Porto Alegre: IHJ, 2006, pp.353/410.

[30] Idem, p.07 e também p.36. Para o autor, *is possible frame in that mean, for instance, the major role in the liberal decisions of the Supreme Court under Chief Justice Earl Warren*. Um pouco mais adiante, revelando sua perspectiva mais conservadora, Sunstein defende que *a big problem with perfectionism is that it gives the judges enourms power to pick and choose – to select the values they deem crucial to democracy, or dignity, and to understand the Constitution so as to promote those values.* Op.cit.,p.42.

[31] Estou me referindo às formas de organização de vários segmentos de magistrados defendendo ora uma maior intervenção do Judiciário no âmbito das relações sociais e de poder, ora menos, dentre os quais podemos destacar: *dynamic approach, evolutive approach,*

história dos EUA, o fato é que este debate está longe de chegar ao fim, pois enquanto fundamentalistas estão comprometidos com o pluralismo político, afirmando que os juízes, agentes não eleitos popularmente, não podem substituir com os seus valores aqueles postos pelo legislador regularmente eleito, restando ao Congresso a competência privilegiada de resolver os conflitos de interesses sociais, devendo a magistratura seguir a lei, e não sua própria visão da justiça, há posições doutrinárias e jurisprudenciais mais ousadas, preconizando uma maior intervenção do Poder Judiciário no cotidiano das pessoas e das instituições[32].

Estas diferenças e identidades dos movimentos jurídicos e hermenêuticos sob comento estão vinculados, direta ou indiretamente – como não poderia deixar de ser – ao fenômeno político (partidário fundamentalmente), que se desenvolve no contexto americano, retratado pelas macro-posições de Republicanos e Democratas, o que igualmente é histórico nos EUA, haja vista o debate entre federalistas e antifederalistas, no final do século XIX, envolvendo a forma mais racional de exercício do poder político e do governo (e o seu controle), apta a gerar a aceitação da representação institucional fundada no entendimento e não mais na força.[33]

> Este debate político foi se agudizando notadamente entre liberais – como Dworkin e Rawls[34] -, e republicanos[35], sendo que estes, diferentes daqueles, têm sustentado a dificuldade de se reconhecer a existência de direitos preexistentes à sociedade e suas manifestações político-representativas, através da qual se constroem os direitos – pela via do debate público -, imponde-se, no particular, a soberania popular em face

---

critical legal studies. Ver o texto de BERGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. Massachustts: Harvard University Press, 2004.

[32] No Brasil, ver o trabalho de CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.* Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2000, quando assevera que para os interpretativistas uma sociedade democrática e liberal caracteriza-se pelo pluralismo, sendo integrada por indivíduos e grupos que possuem diversas e distintas concepções de bem. Conseqüentemente, o pluralismo e o relativismo de valores que dele 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.

[33] Como se pode ver no texto de HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist.* New York: Hackett Publishing Company, 2005.

[34] Ver especialmente os textos de DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1977; --- *Justice in Robes.* Cambridge: Harvard&Belknap, 2006. Em tais textos, Dworkin sustenta a necessidade de uma certa primazia dos direitos humanos sobre as decisões públicas, cabendo ao Poder Judiciário controlar as deliberações do Poder Executivo e Legislativo, protegendo os direitos alienáveis dos indivíduos, mesmo que seja em defesa de uma minoria, conferindo-se valor positivo ao caráter contramajoritário do Poder Judiciário, ao menos neste particular.

[35] Podemos agrupar aqui, respeitadas suas diferenças, autores como BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics.* Indianapolis: Bobbs-Merril, 1992; ELY, John Hart. *Democracy and Distrust.* Cambridge: Massuchets: Harvard University Press, 1994; SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court.* Cambridge: Harvard University Press, 2003; AEKERMAN, Bruce. *We the people: foundations.* Cambridge: Harvard University Press, 2002.

dos direitos humanos (não que sejam incompatíveis entre si tais elementos constitutivos do ser social). Em face disto, dentre outras coisas, destaca-se o aspecto negativo do caráter contramajoritário do Poder Judiciário, pois revelar-se-ia demasiadamente antidemocrática a posição de uma instituição não eleita e sem densidade social intervir em temas ou debates envolvendo questões de interesse societário destacado, cujo foro de discussão e deliberação encontrar-se-ia em outros espaços públicos de tensão (como o Parlamento e o Poder Executivo, por exemplo) [36].

Neste ponto, afigura-se importante desenhar como tais posições políticas e jurídicas se projetam no âmbito do pensamento jurídico-doutrinário norte-americano, ao menos em caráter exemplificativo, a partir daquilo que, anteriormente, definimos como perfil comunitário no âmbito da compreensão das relações sociais e políticas, destacando em particular o tema do chamado ativismo judicial, eis que ponto de convergências das hodiernas preocupações norte-americanas e brasileiras.

IV – ALGUMAS MATRIZES COMUNITÁRIAS DA JURISDIÇÃO AMERICANA E A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL:

Hodiernamente, alguns juristas norte-americanos têm debatido de forma destacada os temas que estou propondo neste ensaio, fundamentalmente para tensionar as possibilidades do Poder Judiciário em face dos demais Poderes de Estado e mesmo da Sociedade Civil e do Mercado, haja vista que, numa democracia contemporânea tomada como sistema de governo descentralizado e popular (o que marca de forma bem destacada uma das concepções comunitárias de mundo e relações sociais), a gestão do cotidiano das pessoas e dos pactos civilizatórios que constituem a comunidade (e o comunitarismo) estão sob os encargos compartilhados de todos e não somente centrados no âmbito dos lugares institucionais da representação política oficial, ou de grupos hegemônicos circunstanciais (uma nova morfologia do individualismo liberal) [37].

A despeito de variações substanciais envolvendo a compreensão e mesmo a natureza do sistema jurídico como um todo, os autores de que vou tratar têm em comum o foco nos limites (maiores ou menores) da Jurisdição em

[36] A despeito disto já vir previsto nos umbrais da história do constitucionalismo norte-americano, como se pode ver no artigo LXXVIII, do Federalista, quando assevera que *the power of the people is superior...; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ougth to be governed by the latter, rather than by those which are not fundamental.* In HAMILTON, Alexander, MADISON, James and JAY, John. *The Federalist.* New York: Hackett Publishing Company, Inc., 2005, p.415.

[37] Já abordei este conceito de democracia procedimental em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

face de sua representação social e institucional que se insere dentre outras no âmbito da comunidade.

Bruce Ackerman, por exemplo, é conhecido pelo fato de insistir com a tese de que a Constituição Americana tem como premissa uma cidadania que compreende e exercita os ideais inspiradores de sua prática política, eis que é a história dos EUA que indica duas formas diferenciadas de se eleger as finalidades, objetivos e princípios a serem perseguidos pela comunidade e suas representações, a saber, aquelas formuladas pelo povo norte-americano em seu cotidiano, através de pressões (ordeiras ou não) e reivindicações (*we the people*), e aquelas formuladas por seus representantes.[38]

Em outras palavras, o autor sustenta que o conteúdo constitucional pode ser objeto de mudança legislativa própria (Parlamento/representantes sociais), bem como sem alteração de texto normativo (*higher decision making*), através das tensões sociais que chegam de forma eficaz até o Estado (juiz ou mesmo administrador). Daqui advém a conhecida *Teoria dos Momentos Constitucionais*, asseverando que a Constituição real não é o único texto que se denomina de Constituição, tampouco o que os *Judices* da Suprema Corte dizem que é, mas é um conjunto de finalidades, objetivos e princípios adotados pelo *We the people* em momentos extraordinários de intensa participação e deliberação social sobre a ordem constitucional, com ou sem mudança do texto político. Tais momentos resultam em transformações constitucionais que são e devem ser honradas pelos tribunais e outros atores políticos.[39]

Em termos de história do constitucionalismo norte-americano, para o autor, há 03 momentos marcantes: (a) o momento da fundação (*Father Foundations*); (b) a reconstrução após a Guerra Civil ou de Secessão; e (c) o *New Deal*[40], gerando um *modelo dualista* de fundação e controle constitucional, que possui, por sua vez, dois tipos de criação, interpretação e aplicação da norma, um de natureza política e social (*higher*), e outro normal (pela via legislativa ordinária e constitucional). Reconhecendo este espectro histórico, Ackerman quer, em verdade, mostrar como não pode somente residir no Estado a competência fundacional da ordem constitucional. Por tais razões, os juízes estão vinculados a um tal sistema normativo-constitucional, compromissado com a força normativa dos objetivos, finalidades e princípios constitucionais oriundos da vontade popular representada, deslocando os

[38] AEKERMAN, Bruce. *We the people: foundations.* Op.cit., p.12.
[39] Idem, p.18.
[40] Talvez este seja um divisor de águas na jurisdição americana, notadamente no âmbito dos direitos civis e políticos, eis que os avanços e recuos da Suprema Corte foram sentidos de maneira mais forte. Veja-se, por exemplo, a decisão da Corte, no caso GRISWOLD v. CONNECTICUT, lá em 1965, julgando inconstitucional uma lei do Estado de Conecticut do final do século XIX, vedando aos casais a adoção de métodos contraceptivos. Neste caso, a Suprema Corte deliberou no sentido de que as pessoas deveriam ter resguardados os seus direitos de privacidade na eleição de métodos anticonceptivos, o que bem caracterizava o período do ativismo judicial do New Deal, consubstanciado nas Cortes Warren e Burger. Neste sentido, ver o texto de BARRET JR., Edward L.; COHEN, Wiliam e VARAT, Johnathan D. *Constitutional Law Cases and Materials.* New York: The Foudation Press Inc., 1989, especialmente a partir da p.38 e seguintes.

momentos de criação da norma dos direitos humanos e do direito natural à deliberação da vontade social – o que apresenta algumas dificuldades no que tange à ausência de parâmetros normativos (axiológico e éticos) para fazê-lo, tema que vou tratar mais tarde.[41]

Já se pode vislumbrar nos argumentos de Ackerman uma certa postura de restrição comportamental da jurisdição diante da natureza política e representativa da Constituição, esboçando-se desde já as reservas contra-majoritárias que vão se acirrar nos demais autores (exatamente por não ser constituído pela via direta da soberania popular).

Outro autor de igual importância é Stephen Griffin, professor da faculdade de direito de Tulane, cuja tese, dentre outras, é a de que o *judicial review* atual não se equipara ao do tempo da era Marshall, eis que os temas de natureza política e social ali não eram aceitos como de competência da Corte Suprema[42], a despeito de reconhecer que houve uma evolução significativa dos compromissos e desafios do Estado contemporâneo e das instituições representativas sociais.

Neste ponto, penso que vale destacar a percepção de Griffin sobre o aspecto de que o que importa na gestação da mutação constitucional não são tanto os processos decisórios (Ackerman), mas as relações entre a constituição (compreendida como as instituições que dão forma ao Estado, as regras e práticas fundamentais que estruturam a política) e os desafios contemporâneos que se oferecem aos EUA, razão pela qual o processo de interpretação e aplicação da Constituição vêm delimitados por estas particularidades e condicionamentos institucionais desenvolvidos na história. Daqui advém a tese de que não é o Judiciário o espaço privilegiado – de forma quase absoluta – para atribuir sentido ao Sistema Jurídico do pais, pois as demais instituições sociais têm igual ou maior legitimidade comunitária para fazê-lo.[43]

Já na ótica de Mark Tushnet, professor de Direito Constitucional da Georgetown University, o Sistema Jurídico Constitucional se afigura de igual forma como conjunto racional de instituições através das quais as finalidades, objetivos e princípios fundamentais da sociedade são constituídos, observando-se, por certo, as tradições que contribuíram para tanto – notadamente as deliberações dos poderes instituídos (dentre eles o

[41] Há outros dois textos de Ackerman que ratificam tal posicionamento, a saber: (1) ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the founding fathers.* Cambridge: Harvard University Press, 2005; (2) ----*Social Justice in the Liberal State.* New Haven: P. Bestly, 1980.

[42] GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from theory to politics.* Princeton: Princeton University Press, 1996, p.20. No mesmo sentido ver o seu texto: *The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights.* In New York Law Revue, vol.87. New York: New York University Press, 2004.

[43] GRIFFIN, Stephen. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights.* In University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, vol.281. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2002, p.39/45.

Judiciário).[44] A partir de tais perspectivas, Tushnet não acolhe de forma absoluta a tese dos momentos constitucionais de Aekerman, insistindo com a idéia de que há sempre um processo de constituição e alteração dos sentidos da Constituição se desenvolvendo na história, demarcado por variáveis múltiplas, algumas inclusive não institucionais, mas todas institucionalizadas para dentro do sistema jurídico vigente.

Cass Sustein, professor da Chicago University, por sua vez, fazendo uma crítica mordaz ao ativismo judicial americano – acirrado notadamente a partir do governo Roosevelt e seu *New Deal*, até a década de 1990[45] -, diz que ele tem sido responsável por uma profunda crise de identidade dos poderes instituídos do Estado naquele pais, insistindo na tese de que a democracia contemporânea continua sendo moldada pela sua natureza representativa e procedimental, haja vista que fundada sobre a soberania popular e dela é originária. Neste sentido, não pode o Judiciário simplesmente substituir as demais instâncias formais e políticas de deliberação pública sobre temas que envolvem a maturação social e a reflexão coletiva dos seus demais representantes.

Ademais disto, para Sunstein, os Tribunais, além de estarem legitimados para tomarem decisões que digam respeito aos interesses de natureza política da comunidade, não estariam habilitados para tomar tais decisões, pelo simples fato de que há variáveis orçamentárias, econômicas e de viabilidade fática de determinadas demandas e ações que precisam ser aferidas em face de considerações técnicas e políticas por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, por exemplo. Nas palavras do autor: *Courts are not well positioned to oversee the tricky process of efficient resource allocation conducted, with more or less skill, by executive agencies, nor are they readily able to rectify past misallocations. Judges do not have the proper training to perform such functions and they necessarily operate with inadequate and biased sources of information*.[46]

---

[44] Ver em especial os textos de TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts.* Princeton: Princeton University Press, 1999; -----*The new constitutional order.* Princeton: Princeton University Press, 2003.

[45] Em especial nos seus textos: SUNSTEIN, Cass R. *Disigning Democracy: what constitutions do.* Oxford: Oxford University Press, 2001; ----*One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court.* Cambridge: Harvard University Press, 1999; ----*The Costs of Rights.* Cambridge: Basic Books, 2003; ----*Radicals in Robes*. Cambridge: Basic Books, 2005; ---*Legal Reasoning and Political Conflict.* Oxford: Oxford University Press, 1996.

[46] SUNSTEIN, Cass R. *The Costs of Rights.* Op.cit., p.89. O autor tem uma posição demasiadamente conservadora no que tange à função do Estado em face dos direitos sociais, por exemplo, haja vista que sustenta ser sua função tão somente garantir um mínimo existencial atinente às liberdades básicas para os cidadãos, permitindo que eles, por suas próprias pernas, possam progredir inseridos no mercado. Op.cit., p.118. Ao contrário de Sunstein – que, não se esqueça, está falando à realidade norte-americana, em que os direitos sociais estão significativamente assegurados -, já defendemos que deve o Estado conceber aqueles direitos fundamentais sociais como atinentes a uma necessária igualdade material, constituindo-se em verdadeiros direitos prestacionais de distribuição da riqueza social, ou mesmo compensações inclusivas, com igual ou maior importância inclusive que os direitos civis e políticos, não se configurando, pois, como meros direitos a prestações mínimas. Ver o texto LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade.* Op.cit. .

Na verdade, um certo ativismo judicial norte-americano – desde o New Deal - tem levado ao surgimento de determinados comportamentos bastante criticáveis por parte destes constitucionalistas, eis que se tem percebido que, por vezes: (a) os demais agentes políticos e sociais têm orientado suas funções e ações pautados nos entendimentos da Suprema Corte sobre as matérias respectivas decididas jurisdicionalmente, evitando assim a produção de leis e a edição ou prática de atos administrativos que, já de antemão, sabem inconstitucionais; (b) a última palavra sobre a constitucionalidade e a legalidade de um ato ou lei está nas mãos da Suprema Corte, esvaziando e desestimulando a própria atividade de mobilização política da sociedade organizada, além do que também atingindo o ânimo da iniciativa legiferante, seja do Legislativo, seja do Executivo.[47]

Seria tal quadro a demonstração de que se está assistindo a uma desarticulação da democracia representativa em face da substituição do Estado de Direito por um certo Estado dos Juízes, como quer Robert H. Bork[48]? Este é um dos temas centrais do debate americano contemporâneo (e brasileiro também[49]), mais acirrado durante o *New Deal* e até a década de 1990, em face do ativismo judicial implementador de direitos sociais, e agora, paradoxalmente, em face da direção direitista e conservadora que assume a composição da Suprema Corte nos dias atuais[50].

No mesmo sentido vão os questionamentos de Ely, quando perquire sobre qual o objeto efetivo e democrático da deliberação judicial, seus limites e âmbitos procedimentais, em face da posição que as Cortes de Justiça ocupam nos regimes republicanos atuais.[51] Aduz o autor que, considerando os limitados mecanismos de controle das decisões judiciais e mesmo sua natureza destacadamente institucional, não oriunda diretamente da manifestação da vontade popular, ainda em face do poder de deliberar sobre a vida e as ações individuais e sociais, públicas e privadas, não raro os magistrados costumam projetar seus valores e visões (ideológicas) de mundo na tomada de decisões,

---

[47] Neste sentido, os trabalhos de: (1) JACKSON, Robert H. *The Struggle for Judicial Supremacy: a study of a crisis in American Power Politics*. Cambridge: Free Press, 2001, p.119 e seguintes; (2) DUARTE, Fernanda. *Teoria da Mudança Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.59 e seguintes.

[48] BORK, Robert H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges.* Washington: AEI Press, 2003. Vai nesta mesma direção BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, op.cit., p.20 e seguintes, analisando os déficits democráticos do *judicial review*. Em um outro texto seu (BICKEL, Alexander. *The morality of consent.* New York: New Haven, 1995), o autor já destacava o que está até hoje presente no debate sobre a jurisdição constitucional é o que republicanos e federalistas discutiam nos idos de 1800, isto é, se deveria a Constituição, como desejavam os federalistas, ser um instrumento de governo popular no qual a vontade do povo deveria controlar até mesmo o significado da Carta Política; ou seria, como desejavam os federalistas, um instrumento do Estado de Direito, a ser realizada por juízes independentes, mesmo diante da oposição popular.

[49] Já tive oportunidade de abordar esta matéria no texto: LEAL, Rogério Gesta. *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva.* Op.cit.

[50] Conforme insiste ALEINIKOFF, Alexander. *Semblances of sovereignty.* Cambridge: Harvard University Press, 2006, p.39 e seguintes.

[51] Em especial no seu texto ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review.* Cambridge: Harvard University Press, 1980.

o que não pode suplantar as demais instâncias democráticas de debate público sobre questões de interesse social.

Por tais razões, o Judiciário deve cumprir uma função institucional e social mais restrita, deixando de interferir nas deliberações substantivamente políticas da sociedade, assegurando com isto a ampliação dos espaços públicos e legítimos de decisão e suas regras de participação e procedimentos (*due process of lawmaking*).[52]

Gisele Cittadino, por exemplo, destaca que os comunitaristas - que entendo se afeiçoar mais aos republicanos do que liberais[53] (referindo-se aos autores anteriormente mencionados), ao invés de privilegiar a autonomia privada, optam pela defesa da autonomia pública, ancoradas nas idéias de atuação e participação. *E mais uma vez é a concepção de pluralismo que vai configurar este compromisso. Se o pluralismo liberal assegura a autonomia privada e os direitos individuais, como garantia da subjetividade das concepções individuais sobre o bem, o pluralismo comunitário defende a autonomia pública e a soberania popular, compatíveis com a existência de diversos centros de influência social e poder político*. [54]

---

[52] Idem, p.72. O autor ainda vai identificar no constitucionalismo americano dois tipos de intérpretes normativos, a saber: ***Interpretivists*** *believe that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution, while* ***Noninterpretivists*** *think that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document. Interpretivists will overturn the work of the political branches only if a law is inconsistent with an inference whose starting point is the text of the Constitution*. A despeito desta preferência pelos interpretativistas, Ely também faz crítica a eles, notadamente no capítulo segundo do livro citado (The Impossibility of Clause-Bound Interpretivism).

[53] Digo isto porque a autora ora referida coloca em um mesmo enquadramento comunitário Dworkin e Ackerman (p.161), enquanto comunitaristas liberais, o que não concordo, eis que o segundo, com sua tese de momentos constitucionais, vai além de Dworkin para reconhecer a importância da soberania popular, capaz, inclusive, em determinadas situações e contextos, de promover a revolução de costumes e hábitos que impingem reflexão modificativa ao legislador e ao Executivo. Isto o torna, em meu sentir, mais republicano do que liberal. Aliás, a própria Cittadino refere, de uma certa forma, isto, ao dizer que: *Referindo-se ao trabalhos de Rawls e Dworkin, Ackerman assinala que eles "revertem esta prioridade: a Constituição, para eles, protege direitos em primeiro lugar; apenas após assegurá-los autoriza o povo a exercitar sua vontade sobre outras questões".* (op.cit.,p.168). Neste sentido ver o texto de ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal.* Madrid: Gedisa, 2000, especialmente o capítulo sobre o argumento político em favor dos tribunais constitucionais (pp.145/164). Ver também o texto de SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Por fim, há um texto que mostra bem esta posição de ACKERMAN, Bruce. *La justicia social em el Estado Liberal.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

[54] CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.* Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2000, p.131. Por óbvio que, como adverte a autora, a prioridade conferida pelos nominados comunitários à soberania popular não se traduz em qualquer postura contrária aos direitos individuais. Segundo eles, insiste Cittadino, o grande equívoco dos liberais é supor que estes direitos são necessidades comuns compartilhadas por todos os indivíduos. Em outras palavras, os direitos fundamentais – direito à saúde, à educação, liberdade religiosa, de associação, devido processo legal, etc. – não são necessidades universais.

O problema é que se pode encontrar dentre os comunitaristas norte-americanos, uns mais e outros menos radicais, liberais e republicanos, perfeccionistas, minimalistas e majoritaristas, afastando-se, talvez, tão somente os originalistas, haja vista o seu apego à interpretação gramatical do texto da lei e da Constituição, bem como às funções restritivas do Poder Judiciário no processo de interpretação e aplicação do Texto Político[55].

Mas afinal, como se pode definir então uma corrente ou perspectiva jurisdicional comunitarista? Ela deve estar marcada por um certo ativismo judicial? Tal modelo serve ao caso brasileiro? Em que medida? Passo a tratar destas questões agora.

V – QUE COMUNITARISMO JURISDICIONAL NÓS PRECISAMOS?

Desde a segunda metade do século XX pode-se identificar em termos de Teoria do Direito, do Estado e da Sociedade, a tendência de se visualizar uma nova Teoria da Constituição, fundada em valores emancipatórios e de caráter social mais que individual, com profundo tônus democrático-participativo, o que Bercovici chama de uma Teoria Material da Constituição, que leva em consideração *o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a sua realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação.*[56]

Em tal perspectiva de matiz smendiana[57], a ordem constitucional contemporânea fixa valores fundamentais da comunidade, formando um sistema de valores ou de bens, um sistema cultural através do qual os indivíduos alcançam um *status* material; aqui, os direitos fundamentais têm caráter de normas objetivas e não de pretensões subjetivas, recebendo seu conteúdo objetivo como emanação do fundamento axiológico da comunidade estatal e como expressão de uma decisão que a comunidade toma para si. Isso repercute no próprio conteúdo da liberdade, por exemplo, eis que passa a ter

[55] Neste ponto e sobre a perspectiva de uma nova ordem constitucional, ver o trabalho do TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

[56] BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 77. Na mesma senda vai Böckenförde, quando sublinha a ultrapassagem do conceito de *constituição* como *ordem quadro (Rahmenordnung*) para uma *ordem fundamental da comunidade* (que compreende o Estado e a sociedade com os seus fundamentos básicos). De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais deixariam de ser percebidos, fundamentalmente, numa relação meramente vertical Estado/cidadãos, para se conceberem a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações sociais e intersubjetivas. Ver o texto BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik,*. In: E.-W. Böckenförde, "Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht". Frankfurt: F. s/Meno, 1991, p. 174.

[57] Estou me referindo às reflexões de SMEND, Rudolf. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Civitas, 1990.

suas possibilidades demarcadas tão somente à realização dos valores expressos nos direitos fundamentais.

Nesta direção, Bongiovanni tem sustentado que estes novos rumos do constitucionalismo têm se pautado pela discussão envolvendo a importância da sociedade/comunidade no processo de constituição das regras de conduta e comportamento social, notadamente a constitucional, a despeito das formas e matizes ideologicas distintas que alimentam este debate.[58]

De outro lado, tais novos movimentos constitucionais e internacionais também problematizam o tema dos níveis de racionalidade da dimensão interpretativa e pragmática do sistema juridico fundado na norma constitucional, propondo novas formas mais justificadas e públicas desta racionalidade, o que amplia a discussão sobre uma possível hermenêutica constitucional, pois

> *Questi aspetti si sono tradotti soprattutto nela riflessione sul concetto di diritto, sul suoi rapporti con la dimensione morale e nel problema conseguente della razionalita e legittimazione dell'attivita interpretativo-applicativa del diritto, specialmente da parte delle Corti costituzionali.*[59]

Esta nova hermenêutica, em linhas absolutamente gerais, tem com marca fundante a preocupação de outorgar aos direitos humanos e fundamentais construídos pela história ocidental e projetados em várias constituições de paises democráticos do século XX, bem como à pessoa humana e sua dignidade existencial, o centro neural de todo o sistema jurídico e da própria ordenação comunitária, notadamente no que tange à aplicabilidade horizontal e vertical daqueles verdadeiros plexos normativo-axiológicos[60]. Em tal direção, sem sombras de dúvidas que tais

---

[58] BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Op.cit., p.05. Destaca o autor neste texto que: *All'interno di questi nuovi approcci, tre in particolare appaiono le direzioni di ricerca piu importante: si trata dell'ordinamento che e possibile designare come neocostituzionalismo (rappresentato dalle teorie di Alexy, Dworkin e Nino), della teoria discorsiva del diritto di Habermas, e delle correnti di revisione del positivismo (quello "inclusivo", sotenuto, tra gli altri, da Coleman e Waluchow, e, in ambito italiano, il "giuspositivismo critico" di Ferrajoli).* Tratam-se de abordagens novas porque, na perspectiva do positivismo jurídico de cunho estritamente liberal, a Constituição é tomada como *semplice strumento di organizzazione delle competenze. A partir da una determinata interpretazione di Kelsen, e fino ad Hart, la costituzione non assume una dimensione sostanziale, ma solo formale: essa viene vista nell'ambito delle norme secondarie (di riconoscimento e di mutamento), cioè quale norma che conferisce poteri, che possono essere limitati o illimitati, a persone autorizate in uno dato momento a legiferare seguendo un certo procedimento*. Op.cit.,p.47.

[59] VILLA, Giordano. *I confini del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p.49.

[60] Ver neste sentido, apenas exemplificativamente, os textos de: (a) SARLET. Ingo W. *A Eficacia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; (b)----. *Dignidade da pessoa humana e Dreitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; (c) STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise.*

constitucionalistas dão relevo destacado à natureza social do sistema jurídico e seus compromissos concretizadores para com as finalidades e objetivos estabelecidos às suas democracias de direito, o que implica reconhecer uma função dirigente e de garante dos valores e princípios constitucionais à ordem constitucional reguladora das possibilidades civilizatórias de cada comunidade.

Com tal postura e concepção filosófica, política e jurídica, o próprio Estado, enquanto espaço público institucional, teve seu perfil e competências redesenhados, pois agente objetificante destacado daqueles compromissos, ao lado da sociedade civil e do mercado (estou falando do festejado Estado Democrático de Direito), decorrendo daqui a profusão de questionamentos sobre os limites de ação e omissão estatal em face de tudo isto.

Diante de tantos e tamanhos desafios e atribuições constitucionais (de múltiplas naturezas – políticas, culturais, econômicas, sociais, etc.), todos os atores que interagem no cenário público são chamados à responsabilidade à persecução de um projeto de sociedade previamente demarcado normativamente, ao menos em termos substanciais e de mínimo existencial, haja vista que tais delimitações normativas não podem desconhecer ou mesmo violar as legítimas diferenças dentre os sujeitos de direitos que compõe o mesmo tecido societário.[61]

Penso que tal percepção representa um processo de maturação dos operadores do direito e da própria teoria do direito em geral, imprimindo níveis de eficácia social maior à ciência jurídica e sua dimensão pragmática, todavia, não se afigura suficiente – e não há muitos dissensos neste aspecto – este estágio da arte, pois, ao meu sentir, se ele tem, de um lado, propulsionado os atores sociais a níveis maiores de participação na constituição dos seus cotidianos, de forma crítica e emancipada; de outro lado, tem provocado algumas fissuras na morfologia institucional da democracia representativa contemporânea, quando faz migrar o centro de poder e decisão política da soberania popular para instâncias não tão representativas de ação, como o Judiciário, por exemplo.

Por certo que a experiência brasileira, neste particular, infelizmente, é caótica, eis que vem marcada, historicamente, pelo insulamento da gestão dos interesses comunitários em circuitos de poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), como únicos espaços legítimos de deliberação e execução do interesse público, afastando-se a sociedade, radicalmente, deste

---

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; (d) ----*Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; (e) MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional.* Porto Alegre: Síntese, 1999; (f) MORAES, José Luis Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; (g) LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional.* Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002; (h) FERAJOLLI, Luigi. *El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su diferencia con la realidad.* In: IBAÑEZ, Andrés. Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción. Madrid: Civitas, 1996.

[61] Estou falando das diferenças religiosas, étnicas, sexuais, raciais, etc., constitutivas do mundo contemporâneo.

mister, redundando na falência do modelo endógeno de representação política tradicional dominante[62]. Ao lado disto, hodiernamente, temos presenciado o aumento quantitativo e qualitativo das demandas sociais, cada vez mais multifacetadas, envolvendo grupos e interesses os mais diversos (não necessariamente opostos), em nome do pluralismo de idéias, crenças e modos de vida não mais atendidos ou gestados por aquelas formas tradicionais e frágeis de comportamentos estatais e institucionais, com os quais o Estado vinha agindo (ou deixando de agir)[63].

Ocorre que a dicção da Carta Política de 1988 no pais opera com outra lógica, que é a de uma cidadania orgânica e não letárgica, uma cidadania que, antes de consumidora de serviços prontos e acabados, constitui a condição e possibilidade do espaço público[64], e, por isto, apresenta-se como co-responsável (solidariamente) pela definição de que Estado, serviços e políticas públicas são necessários, visando o atendimento não de interesses moleculares e subjetivos dos atores societais, mas daquilo que interessa à maior parte quantitativa dos que são ou não alcançados por tais comportamentos.

Daí que não se pode imaginar que pode o espaço público estatal (seja Executivo, Legislativo ou Judiciário), por mais democrático de direito que seja, e por sê-lo, substituir ou minimizar as instâncias outras de manifestação da soberania popular (sociedade civil organizada e o próprio mercado, nacional e internacional).[65]

Vai nesta direção a assertiva de Boaventura de Souza Santos:

---

[62] Este modelo passa, inexoravelmente, por uma crise de representatividade, legitimidade e eficácia, haja vista ter perdido sua vocação e identidade nacionais, atendendo muito mais interesses corporativos e internacionais do que os da comunidade que o constituiu. Veja-se que a idéia de Estado Democrático de Direito, a partir do referido, está associada, necessariamente, à existência de uma Sociedade Democrática de Direito, o que de uma certa forma resgata a tese de que o conteúdo do conceito de democracia aqui, se assenta na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, tanto na sua forma direta como indireta, configurando o que podemos chamar de princípio participativo, ou, em outras palavras: *democratizar a democracia através da participação significa em termos gerais, intensificar a optimização das participações dos homens no processo de decisão*. Ver o texto de SOARES, Fabiana de Menezes. *Participação Popular no Estado: fundamentos da democracia participativa..* In: Direito administrativo de Participação. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997, pg. 34 e seguintes.

[63] Ver o texto de MARTINS, Lúcio. *Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral.* Brasília: Enap, 1997.

[64] Na dicção de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito.* Lisboa: Gradiva, 1999, p.49: *Só o princípio da soberania popular, segundo o qual "todo poder vem do povo", assegura e garante direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de "charneira" entre o "Estado de direito" e o "Estado democrático", possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático*.

[65] Tratei deste assunto no livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

> *A construção de um novo contrato social, trata-se de um contrato bastante diferente do da modernidade. É antes de mais nada um contrato muito mais inclusivo porque deve abranger não apenas o homem e os grupos sociais, mas também a natureza. Em segundo lugar, é mais conflitual porque a inclusão se dá tanto por critérios de igualdade como por critérios de diferença. Em terceiro lugar, sendo certo que o objetivo último do contrato é reconstruir o espaço-tempo da deliberação democrática, este, ao contrário do que sucedeu no contrato social moderno, não pode confinar-se ao espaço-tempo nacional estatal e deve incluir igualmente os espaços-tempos local, regional e global. Por último, o novo contrato não está assente em distinções rígidas entre Estado e sociedade civil, entre economia, política e cultura, entre o público e privado. A deliberação democrática, enquanto exigência cosmopolita, não tem sede própria, nem uma materialidade institucional específica.*[66]

Assim é que se afigura um Estado articulador que, não tendo o monopólio da governação, retém o monopólio da meta-governação[67], ou seja, o monopólio da articulação – fundadas nos princípios constitucionais que o informam, notadamente os atinentes aos direitos e garantias, não podendo ocupar um lugar que afasta/minimiza o papel da sociedade pela gestão de seu cotidiano, pois forjaria um novo autoritarismo institucional (seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário).

Em termos de efetivação dos direitos e garantias constitucionais, não se trata, pois, de escolher entre um Governo de Juízes, de Legisladores ou do Poder Executivo, eis que nenhum detém legitimidade exclusiva ou diferida para tanto, mas de resgatar a dimensão filosófica e política da soberania popular que está na base de tudo isto, aqui entendida sob um enfoque comunitarista, que a todos inclui e a todos garante a oportunidade de existência, manifestação e decisão[68].

---

[66] SANTOS, Boaventura de Souza. *Reivindicar a democracia: Entre o pré-contratualismo e o pós-contratrualismo*. In OLIVEIRA,Francisco de & PAOLI,Maria Célia.*Os sentidos da democracia.* Petrópolis,RJ: Vozes,1999, pg.112. O autor aqui faz uma advertência importante, a saber: *Neste novo marco, o Estado, mais que uma materialidade institucional e burocrática, é um campo de luta política muito menos codificada e regulada que a luta política convencional. É neste novo marco que várias formas de fascismo societal buscam articulações que amplificam e consolidam as suas regulações despóticas, transformando o Estado em componente do espaço público não estatal. É esta última transformação do Estado que eu designo por Estado como novíssimo movimento social*. Significa dizer que estas mudanças que atingem o Estado Nacional não são suficientes, por si só, para garantirem maior inclusão e bem-estar social, porque elas podem beneficiar tão-somente as corporações que já estão organizadas e que têm condições de tomar de assalto este espaço político de disputa de governo.

[67] Ver o texto de BENHABID, Seyla. *Democracy and Difference – contesting the Boundaries of the Politics*. New Jersey: Princeton University Press, 1996, p.46 e ss.

[68] É Bercovici novamente que lembra que *ao reduzir a importância da Teoria do Estado e da política, a Teoria da constituição dirigente, aliada à globalização, facilitou a dessubstancialização da Constituição. Até Canotilho reviu suas posições sobre Constituição Dirigente, alguns autores chegaram a considerá-la morta. Canotilho considera que a*

No que toca ao Poder Judiciário brasileiro, talvez se possa questionar qual o seu papel neste tipo de Estado e Sociedade que acabo de delimitar (por certo que tomando por base a correição das assertivas forjadas acima). Para tanto, parto do pressuposto canotilhano de que o Estado Constitucional Democrático de Direito é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. *Como ponto de partida, constitui uma tecnologia jurídico-política razoável para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas. Mas os esquemas político-organizatórios, ou seja, as formas de organização política, não chegaram ao "fim da história"*. [69]

Tenho, assim, que o Judiciário é mais um interlocutor no espaço público da política, *lócus* adequado (e não exclusivo) para a formulação, deliberação, execução, avaliação e controle das ações públicas e privadas que se ocupam do desenvolvimento da comunidade, pelo simples fato de que possui legitimidade constitutiva para fazê-lo, oportunizando, pela observância de regras e procedimentos que visem efetivamente à participação do maior número possível de interessados, garantir níveis de igualdade e liberdade inclusivos aos diferentes segmentos e atores sociais, assegurando as regras do jogo para que os demais interlocutores possam com eficácia ocupar igualmente seus lugares no cenário societal.

Infelizmente não temos visto esta conformação de forças e posições dos poderes estatais brasileiros nos últimos tempos, eis que o Legislativo pouco legisla e se vê tomado por níveis de corrupção endêmica e estrutural que comprometem sua própria legitimidade representativa; o Executivo, por sua vez, com os mesmos déficits de legitimidade, ainda constituiu-se num voraz legislador de ocasião, tanto por medidas que deveriam ser de exceção (Medida Provisória), como propulsionando o processo legislativo com iniciativas próprias, além do que tem falhado em demasia no atendimento de demandas sociais de base (saúde, segurança, transporte, educação, energia, etc.); o Judiciário, em face de tais configurações, tem sofrido diretamente tudo isto, eis que deságuam às suas portas todas as insatisfações sociais decorrentes da falência dos demais poderes e competências públicas referidas. A questão é como ele, Judiciário, tem e deve responder a estes apelos.

Em meu sentir, muitas demandas de natureza social que chegam ao Judiciário hoje – solicitação de medicamentos, água, luz, transporte, vagas escolares, transplante de órgãos, etc. -, dizem respeito diretamente com a ausência ou insuficiência de políticas públicas adequadas que envolvam estas

---

Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como capaz de, por si só, realizar as transformações sociais. Op. cit., p. 82.

[69] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Op.cit., p.52. Mais adiante (p.75) ainda lembra o autor que *Dizer que o Estado de direito é um Estado de direitos significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de dimensão essencial da comunidade política. Não admira, por isso, a sua constitucionalização. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que se beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis*.

necessidades, o que, direta ou indiretamente, implicam previsões e recursos orçamentários afetos às deliberações políticas de outras ambiências institucionais, tais como o Legislativo e o próprio Executivo.

Em face disto, afloram problemas endógenos ao próprio Estado que precisam igualmente de solução ponderada, como a questão afeta as competências constitucionais e infraconstitucionais de cada entidade federativa envolvendo serviços públicos básicos e essenciais, além daquelas atinentes às responsabilidades normativas de cada função estatal (legislativa, executiva e judiciária), previamente demarcada pela dicção constitucional vigente. Quando qualquer das funções estatais ou das entidades federativas se desviam de suas atribuições, está-se diante de ações marcadas, em tese, por vícios de legalidade ou constitucionalidade, passíveis de controles internos e externos.

A partir destas reflexões, um problema de cumprimento ou não de normas de condutas sociais cogentes (públicas ou privadas) não é um problema exclusivamente jurídico, mas político, cultural, econômico, etc., estando em jogo aqui *the conditions which (would) make possible rational discussion of public affairs and democratic decision-making* [70].

Quero dizer, com Bercovici, que, se o Brasil hoje possui uma Teoria da Constituição de nível elevado, preocupada com as questões da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, ela não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional no Brasil, isto porque, por vezes, ela opera com a lógica e a crença num Poder Judiciário como *salvador da República.* [71]

Ao ter de decidir questões complexas como as referidas acima, não tendo noções mínimas de orçamento público e dos impactos que eventuais decisões podem gerar, o Judiciário poderá estar prestando um desserviço social deveras intenso e quiçá fomentando a fragilização ainda maior dos laços institucionais e representativos que orientam as pautas de interlocução política da sociedade.

Por estas razões que tenho insistido no fato de que tem-se urgentemente que restaurar, de forma racional e republicana, nossa Democracia Representativa (por óbvio que não nos moldes tradicionais de separação radical de poderes, ou centrada na dimensão meramente institucional do poder), a partir da imposição de respeito, a todos os atores sociais, às regras do jogo democrático postas pela própria ordem constitucional, que é fomentadora da participação social[72].

---

[70] Cf. OUTHWAITE, William. *Habermas: a critical introduction*. New York: Polity Press, 2004, p. 137.

[71] BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. Op.cit., p.84.

[72] *Da compreensão republicana resulta, finalmente, uma clarificação das condições processuais que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. São precisamente estas as condições sob as quais o processo político tem a seu*

Não estou dizendo aqui que o Judiciário deva submergir na arena social, até pelo fato de que ele tem um papel de garante das regras do jogo (às vezes de forma promovedora de direitos e garantias que são substanciais para viabilizar a participação democrática), mas tão somente que ele deve buscar utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para fomentar e permitir que o processo da normatização jurídica se realize sob *condições de política deliberativa*, que se fundem legitimamente, provocando a manifestação dos demais sujeitos de direitos responsáveis pela constituição da história comunitária que se constrói. [73]

Mas afinal, qual seria então a função pragmática do Judiciário neste contexto comunitarista? Como já referi em oportunidade anterior, penso que quando qualquer ator político (público ou privado) viola as regras do jogo democrático substancialmente estabelecidos pelo plexo axiológico constitucional, o próprio sistema jurídico nacional tem mecanismos de *check and balances*, autorizando que as instituições oficiais realizem auto-correções ou correções externas nos atos violadores das normas que os vinculam[74].

A medida e a intensidade desta falha capaz de chamar o controle externo corretivo vai ser dada pelo caso concreto, observando a real necessidade da intervenção perquirida de um no outro, da sua intensidade em face do caso, e da proporcionalidade empírica do seu resultado atinente ao todo envolvido, visando sempre garantir o mínimo existencial consubstanciador da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo que visualizando o impacto da decisão em face do universo de direitos e garantias alcançados por ela (direta e indiretamente), atingindo o menos possível as estruturas republicanas democráticas e representativas, eis que veiculadoras de institutos igualmente constitucionais.[75]

---

favor a suposição de que produz resultados racionais. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 339.

[73] Neste ponto, SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution.* Cambridge: Mass, 1999, p. 172, sustenta que *Courts should develop interpretative strategies to promote deliberation in government –by, for example, remanding issues involving constitutionally sensitive interests or groups for reconsideration by the legislature or by regulatory agencies when deliberation appears to have been absent.* Ainda Habermas, aqui – o que concordo -, adverte para o fato de que a Jurisdição não pode avocar o papel de crítico ou revisor ideológico do plexo normativo e dos comportamentos legislativos e administrativos do Estado, pelo simples fato dele mesmo estar exposto à mesma suspeita ideológica, já que não se pode admitir que se encontre em um lugar neutro ou fora do processo político. In HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op.cit., p.343.

[74] LEAL, Rogério Gesta. *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva*. Op.cit., p.378.

[75] Numa perspectiva integrada do sistema jurídico, estou a dizer, ainda com Hesse, que, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política que visa o sistema como um todo, porquanto essas são as finalidades precípuas da Norma Fundamental. Ver o texto de HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Porto Alegre: Fabris, 2001.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS:

ACKERMAN, Bruce. *La justicia social em el Estado Liberal.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

-----. *La política del diálogo liberal.* Madrid: Gedisa, 2000.

-----. *Social Justice in the Liberal State.* New Haven: P. Bestly, 1980.

-----. *The Failure of the founding fathers.* Cambridge: Harvard University Press, 2005.

-----. *We the people: foundations.* Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ALEINIKOFF, Alexander. *Semblances of sovereignty.* Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ARISTOTÉLES. *De la moral a Nicómaco.* Madrid: Espasa-Calape, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999.

BARKER, Ernest. *The Politics of Aristotle.* London: Oxford University Press, 1993.

BARRET JR., Edward L.; COHEN, Wiliam e VARAT, Johnathan D. *Constitutional Law Cases and Materials.* New York: The Foudation Press Inc., 1989.

BAUMAN, Zygmunt. *A globalização: as conseqüências humanas*. São Paulo: Lumaré, 1999.

BENHABIB, Seyla (ed.). *Democratic Moment and the Problem of Difference*. In Democracy and Difference – Contesting the Boundaries of the Political. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

-----. *Democracy and Difference – contesting the Boundaries of the Politics*. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. Massachustts: Harvard University Press, 2004.

BESSETTE, Joseph. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government.* Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

BICKEL, Alexander. *The morality of consent.* New York: New Haven, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik,*. In: E.-W. Böckenförde, "Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht". Frankfurt: F. s/Meno, 1991, p. 174.

BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma: Laterza, 2005.

BORK, Robert H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges.* Washington: AEI Press, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito.* Lisboa: Gradiva, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.* Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2000.

COHEN, Joshua. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In Alan Hamlin e Philip Pettit (org.) The Good Polity – Normative analysis of the State. Oxford: Blackwell, 1989.

DUARTE, Fernanda. *Teoria da Mudança Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes.* Cambridge: Harvard&Belknap, 2006. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics.* Indianapolis: Bobbs-Merril, 1992.

------. *Taking rights seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELSTER, John; HYLLAND, Anaund. *The market and the forum: three varieties of political theory.* New York: Cambridge University Press, 1990.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust.* Cambridge: Massuchets: Harvard University Press, 1994.

ESKRIDGE, Paul. *Public values in statutory interpretation*. In University of Pennsylvania Law Review. Vol.137. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1989.

FAFIAN, Manoel Maceiras. *La hermenéutica contemporánea.* Bogotá: Editorial Presencia, 2001.

FERAJOLLI, Luigi. *El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su diferencia con la realidad.* In: IBAÑEZ, Andrés. Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción. Madrid: Civitas, 1996.

FITZPATRICK, Paul. *Constellations of the Law: Jurisprudence and the Constitution of Deliberative Politics*. In Ratio Juris, vol. 1, n. 3. New York: Pertness. 2001.

GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from theory to politics.* Princeton: Princeton University Press, 1996.

-----. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights.* In University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, vol.281. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2002.

-----. *The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights.* In New York Law Revue, vol.87. New York: New York University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen & RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político.* Barcelona: Paidós, 2000.

-----. *Direito e Democracia*. Vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist.* New York: Hackett Publishing Company, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Porto Alegre: Fabris, 2001.

JACKSON, Robert H. *The Struggle for Judicial Supremacy: a study of a crisis in American Power Politics*. Cambridge: Free Press, 2001.

KUKATHAS, Chandran &PETIT, Philip. *Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos.* Lisboa: Gradiva, 1995.

LEAL, Rogério Gesta. *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva.* In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, nº4. Porto Alegre: IHJ, 2006, pp.353/410.

------. *Estado, Administração Pública e Sociedade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

------. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos.* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

------. *Sociedade, Estado e Administração Pública no Brasil: novos paradigmas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

------. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional.* Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MACINTYRE, Alisdair. *After Virtue.* Notre Dame: Notre Dame University Press, 1982.

------. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: Notre Dame University Press, 1988.

MARTINS, Lúcio. *Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral.* Brasília: Enap, 1997.

MORAES, José Luis Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional.* Porto Alegre: Síntese, 1999.

OFFE, Claus. *Estado e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

OUTHWAITE, William. *Habermas: a critical introduction*. New York: Polity Press, 2004.

QUINTANA, Oscar Mejía. *Justicia y Democracia Consensual.* Madrid: Siglo del Hombre Editores, 2005.

RAMONET, Ignácio. *O pensamento único e os regimes globalitários*. In Globalização: o fato e o mito. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

SANDEL, Michael J. *Liberalism an the limits of justice.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reivindicar a democracia: Entre o pré-contratualismo e o pós-contratrualismo*. In OLIVEIRA,Francisco de & PAOLI,Maria Célia.*Os sentidos da democracia.* Petrópolis,RJ: Vozes,1999.

SARLET. Ingo W. *A Eficacia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

-----. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SMEND, Rudolf. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Civitas, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

-----. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. *Disigning Democracy: what constitutions do.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

-----. *Legal Reasoning and Political Conflict.* Oxford: Oxford University Press, 1996.

-----. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court.* Cambridge: Harvard University Press, 2003.

------. *Radical in Robles: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Chicago: Basic books, 2005.

------. *The Costs of Rights.* Cambridge: Basic Books, 2003.

TARUFFO, Michele. *Ley y juez en el "rule of law" inglés y en el constitucionalismo americano*. In: La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho. Madrid: Mateu Cromo, 2003.

TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: the making of modern identity.* Cambridge: Harvard University Press, 1993.

THIEBAUT, Carlos. *Neoaristotelismos contemporâneos.* In Concepciones de la ética. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts.* Princeton: Princeton University Press, 1999.

-------. *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

VILLA, Giordano. *I confini del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice: a defense of pluralism and equality.* New York: Basic Books, 1998.

WEBER, Max. *Estado y Sociedad.* México: Fondo de Cultura Economica, 1969.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LEAL, Rogério Gesta. PERFIS DEMOCRÁTICO-PROCEDIMENTAIS DA JURISDIÇÃO COMUNITÁRIA: uma possibilidade para o Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, outubro/novembro/dezembro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.