

A efetivação da legitimidade do Estado segundo a perspectiva jurídico-democrática de Paulo Bonavides

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira
Rocha

Paulo Bonavides¹, em sua mais recente publicação, *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade* (2001), produz uma profunda revisão crítica sobre as vicissitudes da democracia em face das contradições do desenvolvimento capitalista globalizado que desafiam estruturas sociais e superestruturas ideológicas.

Compõe e finaliza a presente obra uma trilogia “volvida para a liberdade, igualdade e justiça”, nas palavras do autor (2001, p. 7), que se iniciou com a publicação do *Curso de direito constitucional* e teve continuidade na Coletânea intitulada *Do país constitucional ao país neocolonial*. Os três livros, tomados conjugadamente, encerram reflexão sofisticada acerca da despolitização da legitimidade, tragédia jurídica que atinge diretamente os povos do Terceiro Mundo por não terem conseguido explicitar os meios técnicos de realização e sustentação do aparato democrático considerando-se sequer haverem os direitos fundamentais se concretizado na prática.

À evidência, tal fenômeno – a neutralização do político – esteriliza igualmente as relações de países não periféricos, debilitados pela empostação tecnocrática e pelo gradativo desligamento do cidadão do processo decisório.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é Mestra em Ciências Jurídico-Política pela Universidade Católica de Lisboa e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Habermas referir-se-ia a esse enfraquecimento da capacidade de integração da sociedade às estruturas de poder como “déficits de legitimação e regulação” (1977).

Com efeito, segundo Paulo Bonavides, “a legitimidade tem-se apresentado, de último, nas reflexões jurídicas sobre a matéria, despolitizada, neutralizada e subsumida, por uma suposta evidência de sua identidade conceitual e axiológica com a legalidade, enquanto expressão formal e acabada do triunfo das ideologias liberais” (2001, p. 17).

Isso porque o positivismo, alargando as expansões dogmáticas, proscreeu a juridicidade dos princípios constitucionais, conservando-a, tão-somente, nas disposições normativas da Lei Maior (p. 18).

Esse desvirtuamento exegético levou a inaplicabilidade do conceito de legitimidade à *práxis* institucional, pois o tornou indiferente aos valores, vazio e, conseqüentemente, inócuo².

Insurgindo-se contra essa compreensão estática da Ciência Constitucional, fórmulas teóricas renovadoras buscam reconstituir os princípios e valores – *norma norma* de todo Ordenamento Jurídico – repolitizando-os³.

Tal reconstituição é empreendida por Paulo Bonavides ao propor uma transformação substantiva do papel do magistrado.

Identifica o autor a existência de três legisladores no Estado, responsáveis pelas tarefas normativas do regime; o legislador de primeiro grau, criador da Lei Fundamental, cuja autoridade remanesce no corpo representativo para introduzir alterações na Carta, aprimorando-a; o legislador de segundo grau, a quem é atribuído o *munus* de editar as normas infraconstitucionais, assistido nessa função pelo Chefe do Poder Executivo; e o legislador de terceiro grau, “a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto, legislando entre as partes” (BONAVIDES, 2001, p. 21).

“Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser,

com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo” (BONAVIDES, 2001, p. 21).

Infere-se daí transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido para alcançar o legitimismo principiológico e material (BONAVIDES, 2001, p. 22). Nesse sentido, o fortalecimento do processo democrático passa, necessariamente, pelo Poder Judiciário⁴ – garante da supremacia constitucional – em sua função de interpretação, construção e integração do Direito⁵.

Com efeito, o processo de invalidação da norma inconstitucional, bem como o de complementação e explicitação da lei insuficiente ou de defeituosa individualização, há de harmonizar-se com o conjunto sistemático da ordem jurídico-normativa superior, de forma a valorizar “a coesão, a congruência e a identidade do sistema”⁶, sem olvidar o que Lassalle chamaria de “os fatores reais do poder”⁷.

Posto dessa forma, a função metodológica da interpretação criada em âmbito jurisprudencial demanda perquirição, não apenas, da lógica que advém da racionalidade jurídica, mas também dos conteúdos históricos, políticos e sociais dissolvidos na normatividade das Constituições⁸.

Nesse contexto, a *judicial review of legislation*, para além de constituir-se num sistema de medidas técnicas assecuratórias do controle da constitucionalidade, atua eficazmente na concretização e desenvolvimento do Direito Constitucional, objeto da tensão permanente entre a dogmática legalista e o *factum social*⁹.

No Brasil, a prática do controle jurisdicional ganha amplitude nas discussões que estendem a aferição da constitucionalidade

às questões políticas ofensivas à Lei Fundamental no campo das garantias constitucionais.

Diante da complexidade em demarcar os limites do jurídico-político e em face da necessidade da intervenção judiciária para preservar o equilíbrio dos *checks and balances*, inadmite-se o retraimento do Poder Judiciário “na ordem constitucional das sociedades livres” (BONAVIDES, 2000, p. 292).

Nesses termos, a modalidade de controle por via de exceção ou defesa¹⁰ tornou-se instrumento legítimo para a reivindicação das garantias constitucionais amparadas pelo Título II, Capítulo I, da Lei Fundamental da República Federativa do Brasil; *vg*: aquelas concernentes aos direitos e deveres individuais, sociais, políticos e da nacionalidade, vez que excluir as questões políticas do controle jurisdicional, restringindo sua argüição à via direta, figurar-se-ia critério discriminativo de exercício da cidadania, sabido que a legitimidade *ad causam* ativa para interposição dessa ação é restritiva¹¹.

Diria Paulo Bonavides: “todos os atos legislativos passíveis de uma averiguação de constitucionalidade constituem matéria política” (2000, p. 287). A afirmação se reforça em se tratando de Medidas Provisórias, editadas e reeditadas à exaustão pelo Poder Executivo Federal, e que se tornaram objeto de permanente questionamento judicial, no tocante à sua adequação à Carta *Magna*¹². Daí a tese defendida pelo autor, no sentido de que a alçada judicial, ao conhecer atos legislativos incompatíveis com a Lei Maior em matéria de direitos individuais, traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o. “O direito que nos tribunais limita a ação política do legislador, em verdade tolhe os poderes absolutos do Estado” (2000, p. 291).

Amparar os direitos do cidadão, em nível individual e coletivo, revela-se como a principal conquista do constitucionalismo do Ocidente. Dessa forma, outra postura não poderia assumir o Estado de Direito, que, ao proclamar a autoridade do Poder Judici-

ário *to decide on the rights of individuals* na histórica decisão de John Marshall, fez-lhe o pilar de sustentação do sistema democrático.

Se a separação dos poderes descortina-se como a melhor forma de governar, na lição de Montesquieu, o fortalecimento do judicialismo impõe-se como “a primeira salvaguarda da democracia” (BONAVIDES, 2001, p. 75).

Rui Barbosa, eminente constitucionalista do passado, afirmaria a propósito: “Quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende” (BONAVIDES, 2001, p. 84).

A preeminência da Judicatura projeta o “futuro da democracia enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção, nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa, do aparelho judiciário” (BONAVIDES, 2001, p. 74).

Tais reflexões, por certo, não conduzem ao que Eduard Lambert denominaria de o “governo dos juízes”, no qual as decisões dos Tribunais Constitucionais, adotadas por motivos de conveniência e oportunidade política, ocasionariam, entre outras conseqüências, o fim da jurisdição constitucional, conforme adverte Francisco Fernandez Segado (1992, p. 1053).

A busca é pelo permanente comprometimento do Poder Judiciário com a legitimidade do Estado de Direito, “no caminho da honra que a ética da democracia lhe traça, honra depositada nos valores constitucionais, cuja defesa cabe à magistratura” (BONAVIDES, 2001, p. 85).

A afirmação do Estado como *ethos*, ideal da cultura cívica e política (CANOTILHO, 1999, p. 496), converge para uma compreensão orientada por princípios e diretrizes políticas, resultado da dialética construtiva¹³.

Nesse universo, a prática jurídica, argumentativa por excelência, deve formular pre-

tensões cognitivas que explicitem uma norma legítima¹⁴.

As proposições teóricas de Paulo Bonavides sugerem, precisamente, o rearranjo institucional do sistema político democrático, renovado pela “transformação substantiva e axiológica do papel do magistrado” que não se furta aos imperativos morais da República¹⁵.

Obra de grande densidade analítica, reflexão erudita sobre a desfiguração do Estado de Direito, ela inquieta o leitor ao contemplá-lo com “uma crítica ética da dominação”¹⁶.

Notas

¹ O Professor Paulo Bonavides, brilhante constitucionalista brasileiro, é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa; Professor Visitante nas Universidades de Colônia, Tennessee e Coimbra; Membro Correspondente da Academia de Ciência da Renânia do Norte-Westfália na Alemanha; do Instituto de Derecho Constitucional y Político da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata na Argentina; do Grande Colégio de Doutores da Catalunha; Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional em Belgrado; Membro da “Association Internationale de Science Politique” na França; da “Internationale Vereinigung fuer Rechts-und Sozialphilosophie” em Wiesbaden, Alemanha; da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Instituto dos Advogados Brasileiros e “Nieman Fellow Associate” da Universidade de Harvard. Prêmio Carlos de Laet da Academia Brasileira de Letras; Prêmio Medalha Rui Barbosa da Ordem dos Advogados do Brasil e Prêmio Teixeira de Freitas do Instituto dos Advogados Brasileiros.

² Paulo Bonavides (1993, v. I-II, p. 61).

A pacificação do Estado Social neutraliza a cidadania, substituindo-a por uma relação de clientela. O Estado é apresentado como uma empresa, que tem por acionistas cidadãos com dividendos desiguais a receber, mas todos interessados numa boa gestão, dependentes que são da quali-

dade e dos serviços sociais por ele prestados. “Teoricamente, portanto, o exercício do poder relevará mais da técnica do que da ideologia” (PINTO, 1999, p. 188). Do ponto de vista da ação política, a consequência é nefasta. A democracia, erigida à medida supra-ordinatória e institucionalizada na norma racional, é reduzida a mito por não guardar correspondência com a realidade.

³ Buscando o aperfeiçoamento da ordem social e jurídica, novas correntes doutrinárias teorizam sobre o Poder, propondo modelos que legitimam o Estado como comunidade política moral, fundadas na premissa de revitalização e cumprimento dos direitos individuais. Autores como John Rawls, Robert Nozick e Ronald Dworkin buscam reinterpretar o contratualismo e o próprio liberalismo a partir da dimensão de conflitualidade que a democracia, como processo, oferece. Nas palavras de Habermas, “o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo” (1997, p. 118).

⁴ A eficácia da garantia jurisdicional na fiscalização da constitucionalidade é sustentada por Jorge Miranda: “Se é verdade que qualquer meio, em princípio, pode ser elevado a jurídico e se uma garantia política ou uma garantia privada da Constituição se perfilam entre as garantias jurídicas, havemos de reconhecer que o meio jurisdicional se revela o meio de garantia de conteúdo jurídico mais rico” (1988, p. 305).

⁵ Francisco Fernandez Segado (1984, p. 54) destaca a relevância da atuação do Tribunal Constitucional, a quem corresponde desempenhar importantíssima função integradora: “*Es misión del mismo afirmar la primacía de la Constitución y ésta – y ello no puede ser olvidado – tiene una decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador, así como por el establecimiento de unas normas por referencia a las cuales la pluralidad de los preceptos se integra en la unidad fundamental del orden jurídico*” (1984, p. 54).

⁶ (BONAVIDES, 2001, p. 237).

Desse teor a doutrina de Jorge Miranda, onde se lê: “A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e tentar defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa (...)” (1998, p. 228).

⁷ Ferdinand Lassalle, em 1863, formularia estudos precusores a respeito dos fundamentos não formais, mas essenciais, de uma Constituição, ao criticar a autoritária *Lex Magna* Prussiana de 1850 no texto *Über die Verfassung*, cujo título em português é *A essência da Constituição*, (1985): “Sua teoria diferenciadora entre a Constituição real e a Constituição escrita (formal), assim como o seu reducionismo sociológico, circunscrevendo a tradicional figura imperativa do Direito – a lei fundamental – aos fatores reais de poder, põe definitivamente em questão a lógica da racionalidade jurídico-formal e abre a discussão sobre a teoria da eficácia das leis” (p. XXII). Veementemente refutado pela “norma pura” kelseniana, o determinismo lassalista, em contrapartida, projetar-se-ia aprimorado pela filosofia analítica contemporânea, em suas análises reflexivas acerca da ética teórica e da ética normativa. A propósito do tema, consultar: George Nakhnikian (1993).

⁸ Na lição de Francisco Fernandez Segado: “*Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad ... , no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto. Partiendo de esta premisa, pensamos con Lucas Verdú que la Justicia Constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado que es dinamismo político; de ser así, el logro de 'a living constitution', una constitución viva, vigente, acorde con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la 'judicial review', sería mera utopía*” (1992, p. 1053).

⁹ Este é o entendimento de Manuel García-Pelayo: “*La efectividad del Derecho constitucional radica precisamente en la relación dialéctica entre norma y poder, en el hecho de que, si no hay norma jurídica sin poder, no es menos verdad que ningún poder, sobre todo un poder colectivamente ejercido, puede desarrollarse y tener efectividad al margen de las normas, de modo que sin una normativización de los órganos e instituciones supremas del Estado carecería de estructura y se disolvería en el caos*” (1984, p. 115).

¹⁰ Forma de controle da constitucionalidade exercitável à vista de um caso concreto, posto em Juízo, e cujos efeitos declaratórios da sentença só fazem coisa julgada entre as partes litigantes. Sobre o tema, consultar: José Afonso da Silva (1990, p. 45). Ver, ainda, D. Garcia Belaunde, F. Fernandez Segado e R. Hernandez Valle (1992, p. 129-210).

¹¹ Podem propô-la, somente, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa dos estados-membros da Federação; o

Governador de estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do disposto no artigo 103 da Constituição Federal, promulgada em 1988.

¹² Prevê o processo legislativo brasileiro a edição de Medidas Provisórias, com força de lei, pelo Presidente da República, em casos de urgência e relevância. Uma vez editadas, deverão ser submetidas, de imediato, ao Congresso Nacional, a fim de serem convertidas em lei no prazo de trinta dias: Artigo 62 e seu parágrafo único da Constituição Federal. Ocorre, contudo, que tal procedimento não se verifica na prática. As Medidas Provisórias não apreciadas pelo Poder Legislativo são sucessivamente reeditadas, possibilitando-se, dessa maneira, que o Poder Executivo Federal atue como verdadeiro legislador, e o que é pior, amparado por decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional essa manifesta invasão de competência. Basta considerar existir Medida Provisória reeditada mais de quarenta vezes, e todas já somam, desde a sua instituição em 1988, mais de duas mil.

¹³ Ao contrário do sustentado pelos positivistas, na *ius dictio*, inexistente distinção entre Moral e Direito, posto estar aquela integrada na principiológica do Ordenamento Jurídico. Por conseguinte, as decisões judiciais encontram-se circunscritas às tradições morais historicamente construídas porque exprimem a cultura, os valores e princípios de “uma comunidade de intérpretes”, na melhor acepção do pensamento dworkiano. Mais, a Justiça como equidade edifica-se a partir do juízo social dos indivíduos, num contexto de racionalidade, que perspectiva procedimentos moralmente justificados. Gomes Canotilho identifica na estrutura funcional das decisões do Tribunal Constitucional complexidade tridimensional, a saber: dimensão processual; dimensão interpretativa, criadora e integradora do Direito Constitucional e dimensão político-constitucional; dimensões que se fundem na dinâmica do Estado de Direito (CANOTILHO, 1999, p. 496).

¹⁴ John Rawls, em célebre livro (1981), busca uma definição racional do princípio universal de justiça, a justiça distributiva, entendida como equidade. Recorrendo ao racionalismo kantiano, a idéia de justiça em Rawls está relacionada à metodologia construtivista que busca definir uma idéia determinada de pessoa (racional, autônoma e livre), envolvida num determinado procedimento (o contrato), com uma determinada finalidade (a escolha dos princípios básicos de justiça equitativa). Sob outra perspectiva, trata-se de negociação cujos re-

presentantes são cidadãos livres e iguais, que buscam um acordo – a Constituição – em que os princípios de justiça e a elaboração de um processo político justo constem naturalmente do Pacto. Nas suas palavras: “O sistema político que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não corporificasse tais liberdades” (1981, p. 160-161). Nos moldes do contratualismo pufendorfiano, firmada a Constituição ideal, os negociadores avançariam para uma nova etapa tornando-se legisladores. Ora, se nesse segundo contrato os legisladores falharem ao tentar maximizar as condições de justa igualdade de oportunidade, não a estendendo a todos os atores sociais, o construcionismo judicial se afigura como a resposta correta para alcançar-se a justiça distributiva. Por óbvio não se quer atribuir ao Poder Judiciário papel legiferante, em manifesta contrariedade à autonomia e à separação dos Poderes consagrada na grande maioria dos Textos Constitucionais do Ocidente. O que se quer é reconhecer a importância da sua atuação no sentido de suprir, aperfeiçoar e atualizar a norma legislativa para atender as transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado (BARACHO, 1979, p. 93-94).

¹⁵ “Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primacialmente ao redor da norma-texto da terminologia de Müller, o juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Müller, já citado, é seu mais insigne formulador e jusfilósofo” (2001, p. 23).

¹⁶ A expressão pertence a Otfried Höffe.

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. *O Direito*, Portugal, v. I-II, p. 61, 1993.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.

_____. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984.

GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F; FERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: introdução à teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t. 2.

NAKHNIKIAN, George. *El derecho y las teorías éticas contemporâneas*. Tradução de Eugênio Bulygin e Genaro R. Carrió. México: Fontamara, 1993.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1999.

RAWALS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.