

# A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ENFOCADO DA ÓTICA DO ADMINISTRADO PARA UMA REFLEXÃO ACERCA DOS FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: UM PEQUENO EXERCÍCIO DE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Menelick de Carvalho Netto\*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O estatuto de filosofia da ciência do direito público da teoria da constituição; 3 A contribuição da teoria da constituição para o conceito da democracia; 4 O conceito de paradigma; 5 Os paradigmas constitucionais; 6 O paradigma do estado democrático de direito e os supostos do controle de constitucionalidade no Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

**A** radical transformação por que passa a doutrina do Direito Administrativo, ao denunciar e, a um só tempo, abandonar a reduzida perspectiva, exclusivamente estatal, que até poucas décadas configurava circularmente esse domínio prático e teórico, como um quintal privado, reservado com exclusividade ao administrador em nome de um suposto interesse público, que somente esse mesmo administrador poderia determinar na vida concreta, deve ser capaz de requerer e de, assim, servir de mote para um rápido exercício mais profundo de reflexão, no nível da Teoria da Constituição, acerca dos fundamentos do controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil.

Hoje nos é dado ver claramente que o público não se reduz ao estatal, pelo contrário, sabemos que sempre que essa redução ocorre, estaremos diante de uma privatização do público, passível de ser objeto do controle de constitucionalidade. Os denominados conceitos abertos ou indeterminados levaram-nos, com Garcia de Enterría, por exemplo, a ver que o poder discricionário da Administração não é sinônimo de uma autorização em branco dos administrados dada à mesma, mas que, ao contrário, tratam-se de conceitos determináveis, que sempre são aplicados em uma certa situação concreta dada, e que as especificidades da situação de aplicação exigem, a cada caso, uma única e determinada postura ou ação jurídica e constitucionalmente vinculada da

---

\* Doutor em Filosofia do Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Administração. Daí fomos capazes de ver sob o foco da luz do melhor Direito, com Ronald Dworkin, a tessitura aberta ou indeterminada, principiológica, de todo o ordenamento que, como demonstra Friedrich Müller, só se dá a conhecer pela mediação dos textos normativos, requerendo de modo inafastável a concretude e a singularidade das situações de aplicação.

Esse hercúleo esforço de reconstrução jurídico-doutrinária permite-nos, hoje, buscar assegurar a imparcialidade na aplicação do Direito de modo muito mais complexo e, portanto, muito mais capaz de lidar com o risco de arbitrariedade sempre presente nesta atividade. É claro que *imparcialidade*, nesse novo contexto, cobra o sentido oposto daquele que era anteriormente atribuído ao vocábulo. Imparcialidade não mais pode ser compreendida como a cegueira do aplicador às especificidades das situações concretas de aplicação do Direito como se a tarefa constitucionalmente a ele encomendada fosse a mesma do legislador. Essa postura era muito bem sintetizada na idéia de que o administrador e o juiz deveriam aplicar a lei *doesse em quem doesse*, ou ainda, na recorrente frase autopiedosa: apenas aplico a lei, se ela é injusta o legislador que a altere. Sabemos agora que a obra genérica e abstrata do legislador jamais o fará defrontar-se com as situações concretas únicas em sua singularidade, por definição. É somente mediante a visualização do embate das normas gerais e abstratas, concorrendo entre si em toda a amplitude normativa do ordenamento para regerem situações, que poderemos encontrar a norma adequada àquela situação específica. A imparcialidade do aplicador cobra agora o sentido oposto de que este esteja aberto e sensível às pretensões jurídicas levantadas por todos e cada um dos envolvidos, buscando, no ordenamento, a norma capaz de reger aquela dada situação, de modo a não produzir resíduos de injustiça. A tessitura aberta do Direito não é mais um problema, mas um ponto de partida.

A ótica do administrado, do cidadão, requer que enfoquemos a esfera pública como algo bem mais amplo do que o mero Estado que se encontra, sem dúvida, em seu centro, mas que inequivocamente não a esgota e que é passível, a todo momento, de ser privatizado pela própria Administração. A periferia da esfera pública, a cidadania e a sua parcela organizada e às vezes denominada terceiro setor, constitucionalmente dotada de instrumentos processuais de controle dessa esfera, têm necessariamente que ser levada em conta, para que a doutrina do Direito Administrativo revele, em toda a sua força, sua natureza efetivamente pública. Para melhor compreendermos a dimensão das alterações em curso, é necessário recorrermos à Teoria da Constituição. Mas o que seria esse campo de reflexão, em que ele nos poderá ser útil?

## 2 O ESTATUTO DE FILOSOFIA DA CIÊNCIA DO DIREITO PÚBLICO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

A Teoria da Constituição é uma disciplina criada por Carl Schmitt para rever totalmente os pontos de partida da doutrina constitucional clássica, o seu formalismo e os seus conceitos básicos. A sua obra *Verfassungslehre* é publicada na Alemanha em 1928, período em que, como veremos, o Direito Constitucional, aliás todo o Direito, passa por profunda transformação. Ao proceder à adequação da doutrina constituio-

nal às crenças de sua época, Schmitt cria, assim, uma disciplina de cunho teórico, problematizante, zetético, que termina por se constituir como um campo próprio para a reflexão acerca da ciência, da doutrina, da teoria, do Direito Constitucional sobre si mesmo. Karl Loewenstein, Peter Häberle, Pablo Lucas Verdú e José Alfredo de O. Baracho, dentre outros, ao trabalharem a Teoria da Constituição como essa reflexão de terceiro nível sobre o saber do Direito Constitucional acerca de si mesmo, ainda que a partir de supostos e marcos teóricos distintos dos de Schmitt, consolidam a Teoria da Constituição como um domínio privilegiado para o exercício da filosofia da ciência do Direito Constitucional. E aqui se coloca a indagação central que esperamos que a Teoria da Constituição responda: qual seria o marco geral da doutrina constitucionalmente adequada às exigências que hoje postulamos ao Direito Constitucional?

Para responder a essa questão, buscaremos demonstrar que a doutrina do Direito Constitucional já apresenta uma história passível de ser apreendida em períodos, em distintos paradigmas. Essa mesma história revela, no entanto, a um só tempo, também um esforço que pode ser compreendido como um processo de aprendizado e que, hoje, nos permite reconhecer uma certa linha de continuidade subjacente às grandes rupturas, denominada constitucionalismo. Constitucionalismo que, em último termo, se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível da organização de sua sociedade complexa a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: a crença de que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, co-autores das leis que regem o nosso viver em comum.

A liberdade, tal como a entendemos, requer o respeito às diferenças e assim se assenta, pois supõe o reconhecimento da igualdade de todos, embora diferentes. Esses princípios (igualdade e liberdade), de início formais, reclamaram a sua materialização em um segundo momento. Essa materialização foi buscada, no entanto, ao preço da formalidade. E hoje vivemos um momento em que sabemos que forma e matéria são eqüiprimordiais, que a materialização, conquanto importante, deve resultar do próprio processo de afirmação dos sujeitos constitucionais e contar com garantias processuais (formais) de participação e de controle por parte dos afetados das medidas adotadas em seu nome, e, pelo menos retoricamente, visando o seu bem-estar, sob pena de se institucionalizar o oposto do que se pretendia ou se afirmara pretender. Em outros termos, essa exigência idealizante é uma exigência de democracia e sabemos que a democracia é um regime improvável, pois sempre requer que se corra o risco ínsito às suas práticas, ou, do contrário, instauramos a ditadura. Nada pode prepará-la, pode-se apenas buscar praticá-la e sempre de modo tendencial, a construir instituições que possam lidar com a possibilidade inafastável da burocratização, da corrupção, das tentativas de golpe, etc.

Dentre o universo infundável de tópicos que poderiam ser aqui abordados, selecionamos aqueles que nos pareceram essenciais à apreensão dessas rupturas e da linha de permanência na mudança que podemos localizar na história constitucional como relevantes para compreendermos os marcos da autocompreensão do alto grau de complexidade que alcança o constitucionalismo de nossa época. Em primeiro lugar, gostá-

ria de ressaltar que essa nossa questão central é um tema que requer uma determinada contextualização e, como explicado, é imperativo que busquemos enfocá-la a partir de uma ótica democrática.

Neste país, falarmos de Constituição, de constitucionalismo ou de constitucionalidade nos remete muito mais, é claro, às idéias de constante alteração da Constituição, de excesso de medidas provisórias, de fraqueza institucional e inoperância do Legislativo e do Judiciário, de abusos do Executivo, de apatia e descrença populares, enfim, de um processo de acentuada anomia no mais alto nível normativo de nosso ordenamento, do que à idéia de uma ordem constitucional consolidada, firmemente assegurada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Judiciário como um todo, na qual inclusive o processo e o labor legislativos fossem controlados visando institucionalmente garantir a possibilidade de acreditarmos que somos uma comunidade de homens livres e iguais que ordena em co-autoria seu viver em comum, sem a exclusão de nenhum afetado, ou seja, uma comunidade de homens que se respeitam mutuamente em suas diferenças.

Se buscamos adotar um enfoque democrático, cumpre, no entanto, que, de início, nos questionemos acerca daquilo que, para nós, caracterizaria especificamente esse enfoque como democrático; ou, em outros termos, o que afinal entendemos por democracia?

### 3 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO PARA O CONCEITO DE DEMOCRACIA

Democracia é uma dessas palavras que em nosso cotidiano consideramos óbvias e, exatamente porque óbvia, terminamos por não problematizá-la, supondo que todos atribuímos naturalmente a esse vocábulo o mesmo conteúdo semântico. Quando tematizada, no entanto, como ocorre com todos os termos pragmaticamente considerados óbvios sem que reflitamos sobre eles, ela se revela um imenso problema uma vez que, no nível discursivo da linguagem, não há qualquer acordo acerca de sua significação, de seu conteúdo de sentido. Enquanto integrante do pano de fundo compartilhado de silêncio que torna a comunicação possível, o termo é, na verdade, empregado plausivelmente com sentidos diversos e, mesmo antagônicos, sem que disso nos demos conta. Basta que recordemos que, na modernidade, todos os regimes ditatoriais sempre se afirmaram e se afirmam ou diretamente democráticos, ou como condição preparatória inafastável da democracia.

Nesse passo, gostaria de começar por recorrer a um texto da autoria de uma pesquisadora de origem belga, Chantal Mouffe, no qual ela tematiza exatamente o sentido e o significado do termo democracia hoje, após a queda do muro de Berlim, retomando a reflexão de um dos autores centrais para a moldagem do pensamento e da doutrina políticas no denominado breve século XX, Carl Schmitt. Aliás, o próprio título do texto é bastante intrigante: *Pensando a democracia com e contra Carl Schmitt*.

Na verdade, a questão que Chantal nos propõe, instigada pela doutrina de Schmitt, é exatamente oposta à tese desse autor alemão, segundo a qual a contradição interna à democracia representativa, entre o princípio democrático (identidade governante/governado) e o da representação (a não-identidade entre o governante e o governado), condenaria fatalmente esse regime ao desaparecimento. Para Chantal, a perenidade da democracia representativa, que sobreviveu a todos os regimes totalitários, seria devida, precisamente, à tensão permanente entre esses princípios internos ao regime, a impedir sua transformação em uma *Res Total*.

Schmitt começa a escrever nas primeiras décadas do século XX e viabiliza, em muito sentidos, a transição para o constitucionalismo social, sendo, portanto, um autor central, que merece todo respeito, independentemente de suas posições políticas, sobretudo em razão da profundidade de seus conhecimentos em termos de filosofia política e de história da doutrina constitucional. Por isso mesmo, é um autor tremendamente importante para refletirmos sobre os usos retóricos que a palavra democracia pode sofrer.

Carl Schmitt dizia que, na verdade, se nos voltarmos para a história, poderemos ver claramente que a democracia é um regime político (e uma idéia) de origem grega e que, em sua essência, configura-se justamente como o regime que vivencia (ou a idéia que afirma) a identidade entre governante e governado, aquilo que hoje denominaríamos democracia direta. O governo representativo, ao contrário, é uma invenção burguesa bem mais recente, que encontra suas origens nas assembleias medievais das castas, os denominados Estados Gerais. Na própria Revolução Francesa, se prestarmos atenção na luta entre os jacobinos e girondinos, veremos que, no terreno da organização política, a distância entre as duas facções podia ser medida, sobretudo, de um lado, pela defesa intransigente da democracia por parte dos jacobinos, que condenavam veementemente o governo representativo (Rousseau afirmara que, ao contrário do que acreditavam os ingleses, no dia em que um povo se dá representantes ele não mais é um povo livre) e, de outro, pela defesa inexpugnável do governo representativo por parte da gironda, a acreditar a democracia (entendida como direta) absolutamente inviável em nossa sociedade por razões estruturais.

Na história constitucional, esses dois termos, democracia e governo representativo, não somente não se confundiam, como eram mesmo antagônicos até o início do século XX. É claro que os defensores do governo representativo se opunham à idéia da democracia direta e, precisamente nesse momento, diz Schmitt, esse parlamentarismo está se denominando democracia. Quando esse tipo de governo via a si próprio como governo representativo, assim se autodenominando, e fundava-se no voto censitário – as pessoas tinham que ter uma renda acima de tanto para participar do que então se denominava *sociedade política*. Com a universalização do voto, esse regime, esse parlamentarismo, simplesmente passa a se denominar democracia, o que, para Schmitt, na verdade, seria o índice manifesto da total inviabilidade desse regime, pois ele próprio passaria a configurar, desde então, uma contradição em termos. Assim é que, para o autor, esse regime estaria fadado ao mais retumbante fracasso, porque em seu cerne ele agasalharia uma contradição interna absoluta e insolúvel entre o princípio da identida-

de governante e governado e o da representação política, porque, se há representação, o que não há, é, precisamente, identidade entre governante e governado. Por isso mesmo, Schmitt previa que esse regime encontrava-se condenado ao desaparecimento e que, na verdade, na sociedade de massas do século XX, a única possibilidade viável de democracia, de identidade entre governante e governado, residiria na ditadura, ou seja, na possibilidade de uma pessoa hábil, de um líder, capaz de lidar com o sentimento das massas, poder formar essa identidade, manipulando a vontade dessas massas, através de todos os meios possíveis, fazendo com que, ao final, a vontade do *povo* se identificasse com a sua. A democracia para Schmitt, portanto, teria esse sentido invertido, esse sinal invertido. É o próprio governante que se legitima e constitui as massas como povo ao manipulá-las. No entanto, em que pese todo o viés autoritário dessa reflexão, ou precisamente em razão dele, esta é uma reflexão que pode nos ser útil.

Chantal Mouffe começa, de sua parte, por indagar o que teria feito com que esse regime, que Schmitt previa morrer em breve, sobrevivesse a todas as ditaduras do século XX e qual seria, afinal de contas, a força desse regime. Essa mesma temática Friedrich Müller aborda no seu *Quem é o povo?*, ou seja, a noção de povo hoje, numa sociedade complexa, que retoma a democracia e vários princípios do constitucionalismo originário, bastante desgastados, sobretudo na fase anterior, e que agora exigem de nós uma nova reflexão.

É claro que “povo” é uma palavra *gorda*, manipulável, que serve a usos como esse que Carl Schmitt fez da democracia. No Estado Moderno, há uma tensão entre o fato de o Direito ser imposto de cima para baixo, por um aparato estatal, e a exigência de uma legitimidade fundada na autodoação do próprio Direito, ou seja, e o requisito de que as pessoas se sintam co-autoras das normas que as regem. Essa tensão inafastável, inerente ao Direito moderno, exige que, mesmo ditaduras empreguem justificações discursivas do tipo da elaborada por Schmitt. Por isso mesmo, o povo como legitimação, esse povo compacto, esse povo total, em bloco, pode se prestar a usos retóricos bastante perigosos. No entanto, toda essa discussão levou mesmo, como disse Friedrich Müller, à clara noção de que *povo* é o resultado de todo um processo de institucionalização. Mas, precisamente na medida em que é enfocado como esse resultado é que se torna possível visualizar toda a imensa dimensão dos perigos, dos riscos presentes nesse processo através de virtuais usos retóricos que retornem à totalidade da idéia de povo, a firmar o povo como uma unidade dada, embora sabendo-se que essa unidade é construída e que ela é o resultado desse processo de institucionalização. Arroubos nacionais aparentemente democráticos certamente podem levar precisamente a afirmações extremamente perigosas para a democracia.

Com relação a esse termo, no entanto, basta verificarmos que qualquer agrupamento humano sempre é conflituoso ou tem em sua própria base conflitos que vão remeter à idéia de inclusão e, assim, a um só tempo, à de exclusão, ou seja, à necessidade da recorrente revisão da própria idéia de povo. Basta observarmos isso para vermos que, de uma sorte ou de outra, como diz Friedrich Müller, os arroubos discursivos são perigosos, mas, obviamente, não são tão perigosos quanto a redução da democracia e da Constituição a uma mera retórica. É preciso ver todo o processo constitucional em

sua complexidade, em sua artificialidade, sendo fundamental que ele próprio seja garantido como um processo democrático e, sobretudo, que a idéia de povo não possa ser uma idéia naturalizada, total ou totalizante, excludente, pois recaímos outra vez na ditadura sempre que admitimos essa redução e absorção do indivíduo sem diferenças num todo igualitário.

Na verdade, essa grande vantagem que Chantal Mouffe detecta no sistema representativo é o que também Habermas, em seu *Facticidade e Validade*, ressalta, como característica inerente a esse sistema representativo, o fato de que essa tensão, aquilo que Schmitt via como uma contradição interna e que levaria à morte do regime, ser precisamente o que lhe deu vida e lhe garantiu sobreviver ao totalitarismo e que pode ser um caminho de reflexão muito interessante e frutífero para a doutrina democrática.

O fato de sempre termos que levar em consideração esses princípios tomados, não como contraditórios a exemplo de Schmitt, mas como simplesmente contrários e em permanente tensão, impede que esse regime venha a se tornar uma *res total*, exigindo sempre contemporaneamente representação e identidade; o que importa uma revisão permanente dessa identidade do povo em relação aos próprios representantes, tornando, a um só tempo, tanto essa representação quanto o próprio conceito de povo, de identidade, sempre precárias, requerentes de recorrentes revisões. É precisamente nesse sentido que podemos ver a dinâmica e a vitalidade da democracia, uma democracia capaz de permanente inclusão, ou seja, de reconhecer a exclusão quando tematizada, de realizar permanentemente a revisão do próprio conceito de povo, que há de ser sempre fragmentado e fragmentário e em constante tensão.

Essa é uma idéia central, que nos leva a outros tipos de revisão que eu pretendo abordar para, ao final, podermos enfocar a questão do controle de constitucionalidade dos atos normativos sob uma nova luz. É exatamente a complexidade da nossa sociedade que requer que tenhamos um conceito fragmentar de povo e que requer, também, que entendamos um conceito básico para que se compreenda tudo isso no bojo da grande transformação por que passou o Direito constitucional nas últimas décadas.

#### 4 O CONCEITO DE PARADIGMA

Em qualquer tema que formos abordar no Direito, a questão da interpretação, sobretudo a da interpretação constitucional, é sempre uma questão central. Isso porque estaremos sempre falando da reconstituição do sentido de textos e, desse modo, uma noção básica é hoje requerida: a noção de paradigma, que abre inclusive a nossa Constituição, a do Estado Democrático de Direito.

Na verdade, pelo menos no meu sentir e de alguns autores como Jürgen Habermas e Klaus Günther, a expressão Estado Democrático de Direito não é simplesmente um princípio, é mais precisamente um paradigma. E o que seria um paradigma? É uma noção que vem da filosofia da ciência através de Thomas Kuhn e que, por sua vez, chega a Kuhn mediante a leitura de Gadamer em *Verdade e Método*, um autor vinculado à hermenêutica filosófica, à reflexão do *status* do conhecimento no terreno das chama-

das ciências do espírito, das ciências humanas, das ciências que têm por objeto precisamente a interpretação de textos ou de equivalentes a textos. Na hipótese, Kuhn, em sua grande obra, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, avança a tese de que o conhecimento não progride evolutivamente, pacificamente, mas o progresso do conhecimento nas ciências, e é de se destacar que seu enfoque se centra nas ciências ditas exatas ou da natureza, se daria por rupturas, por saltos, por alterações de paradigmas.

Toda essa discussão de Kuhn encontra-se também intimamente vinculada aos desenvolvimentos da filosofia da linguagem, ao denominado giro pragmático. Nessa época, a filosofia de linguagem estava a descobrir, desde Wittgenstein, o papel fundamental que o silêncio exerce na linguagem.

É claro que tudo isso que eu estou dizendo, digo no pressuposto de que posso ser entendido, mas esse é um pressuposto contrafactual pois, na verdade, se formos verificar as vivências das pessoas, essas são muito diversas e a possibilidade de se ser efetivamente compreendido é pouco plausível. Ao retirarmos do pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio qualquer palavra que consideremos de sentido óbvio, trazendo-a para o universo do discurso, como fizemos com o termo democracia, veremos que acerca de seu significado havia não um acordo racional mas mero preconceito, ou seja, uma precompreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber algum. E conquanto efetivamente possamos provar empiricamente que a comunicação não se dá, ao fazê-lo, provamos unicamente que o mal entendido é possível, o que portanto apenas confirma o entendimento como regra geral. A comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá, nós nos comunicamos graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio que, é claro, é sentido naturalizado. Daí a natureza contrafactual desse pressuposto residir precisamente no paradoxo da linguagem: “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”. São exatamente essas precompreensões que integram o pano de fundo da linguagem que constituem o que Kuhn denomina paradigma. Esse pano de fundo compartilhado de silêncio, na verdade, decorre de uma gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar, a um só tempo, aguça e torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros, e isso é parte da nossa condição humana. Para Kuhn, nós não temos como sair de um paradigma, ou melhor, da condição paradigmática, podemos sim trocar de paradigmas, mas, sempre que o advento de novas gramáticas de práticas sociais permitam a troca de paradigma, esse vai ser um filtro, óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade; as normas performáticas decorrentes de nossas vivências sociais concretas condicionam tudo o que vemos e a forma como vemos. Por isso mesmo, um olhar estrangeiro na ciência, de fora daquela comunidade científica específica, é sempre produtivo. Normalmente, as grandes descobertas vêm de alguém não habituado com o paradigma tradicional.



## 5 OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

Essa noção passa a ser rica também para o Direito, a partir de uma discussão na Alemanha, na década de 60, quando se descobre que também no Direito havia paradigmas. Fazendo dessa longa história uma história bastante breve, violentamente breve, vamos tentar apresentar esses paradigmas constitucionais. Na verdade, seriam três os grandes paradigmas constitucionais: o primeiro deles é o do Estado de Direito – e aqui, para denominar os paradigmas, empregamos precisamente o nome dado pelas próprias Constituições ao tipo de organização política que elas prefiguram ou prefiguravam. Esse primeiro paradigma é exatamente aquele que rompe com o paradigma antigo-medieval, ele vai afirmar o maravilhamento de uma sociedade que descobre a possibilidade de se instituir sem a escravidão e sem a servidão, a possibilidade de se afirmar pela primeira vez na história que todos os homens são livres, iguais e proprietários.

É um paradigma que entende a liberdade como a possibilidade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proibam, diz Locke, diz Montesquieu. Isso se afirma contra a idéia antiga de que liberdade era precisamente eu domar os meus instintos internos e ser capaz de não ser escravo da matéria, de ascender, de ter controle sobre os meus próprios instintos; uma liberdade interna, da qual até mesmo o escravo poderia gozar. Agora, a liberdade, diz Hegel, é a liberdade de ter, a liberdade dos burgueses, dos modernos. Essa liberdade do anúncio da televisão: “liberdade é ter uma calça Lee”. A crítica de Hegel é contundente. Essa é uma liberdade externa, que se esgota, que se esvai no momento em que se adquire a coisa pretendida, o objeto do desejo. Eu quero um Fusca. Trabalho, trabalho, trabalho, e consigo o diabo do Fusca. No entanto, no dia em que eu compro o Fusca, a minha liberdade se esvai por dentro os meus dedos, ficando a frustração, o vazio. Tenho que querer um Opala; trabalho, trabalho, trabalho; compro o Opala; no dia em que adquiro o Opala, minha liberdade se esvai dentro os meus dedos. Quero um Rolls-Royce, trabalho, trabalho, trabalho... Enfim, para Hegel, essa é a liberdade do burguês, que tem uma goela enorme que nunca se satisfaz, até porque é puramente externa, fazendo, mediante a frustração, com que se queira sempre querer mais, mais e mais.

Essa idéia de liberdade se assenta, obviamente, na propriedade, na idéia de igualdade de uma sociedade que afirma que todos os seus membros são proprietários, no mínimo de si próprios, pois mais ninguém pode ser propriedade de outrem e, assim, todos são sujeitos de Direito. Verifica-se o maravilhamento dessas pessoas pelo fato de que, pela primeira vez na história, é possível um ordenamento jurídico único constituído de leis gerais e abstratas, válidas para a sociedade como um todo, precisamente porque todos devem ser iguais diante da lei, todos são proprietários, todos são sujeitos de direito. Em seu *Segundo Tratado sobre Governo*, diz Locke: “eu posso ver que os homens são diferentes; são altos, baixos, gordos, magros, ricos, pobres, mas, na verdade, quando digo que todos são iguais, pretendo dizer que todos são iguais diante da lei, diante das oportunidades da vida. A lei não deve obrigar ninguém em razão da condição de nascimento, deve exatamente terminar com os privilégios de nascimento. É essa a grande função da idéia de igualdade formal, colocar fim às ordens escalonadas de pri-

vilégios das castas, às corporações de ofício, à rígida hierarquia e imobilidade sociais. Uma igualdade que se assenta no fato de, como vimos, pela primeira vez na história, todos nessa sociedade serem proprietários, no mínimo, de si próprios. Mesmo o sujeito *mais pobre dessa sociedade é proprietário e, portanto, é capaz de realizar atos jurídicos, de comprar, de vender, e, assim, pode comparecer diariamente ao mercado, vendendo aquela mercadoria que possui, que é, no mínimo, a sua própria força de trabalho*”.

De uma forma ou de outra, esse paradigma representa, como diz Rafaelle De Giorgi, esse imenso processo de esclerose que marca a inauguração da sociedade moderna; uma sociedade que chega ao ponto de ter como seu problema básico, exatamente, o de como se instituir como sociedade: como eu, um indivíduo, poderia suportar a convivência com outro, ou para dizer com Descartes, o problema de se delimitar onde termina a minha liberdade e começa a do outro. É claro que as pessoas já viviam e vivem em sociedade quando colocam esse problema, esse enorme problema de como se constituir a sociedade, de como viver em conjunto. Inventa-se o indivíduo, a pessoa pode ser vista agora como uma mônada isolada, cheia de apetites e plena de egoísmo no mercado, e não mais como um microcosmo que só adquiriria sentido como parte de um todo, a sociedade. A própria invenção das Constituições formais, um pouco posterior, já com os norte-americanos, é uma invenção que se dá ainda nesse processo de instituição da modernidade. Relembramos, aqui, o interessante artigo de Niklas Luhmann, denominado *A Constituição como aquisição evolutiva*, em que o autor mostra que, apesar das intenções, aqueles iluministas, aqueles racionalistas que inventaram a formalidade constitucional, a Constituição rígida e, portanto, a possibilidade de controle de constitucionalidade, inventaram, precisamente, uma distinção entre o Direito Constitucional e o demais Direito, que possibilitou, em termos sistêmicos, o deslocamento da idéia de Direito natural e o fechamento operacional dos sistemas do Direito e da política. Haveria, a partir de então, a possibilidade do relacionamento, em termos modernos finais, do Direito e da política, tal como Niklas Luhmann o descreve enquanto característico da modernidade. Quero dizer, para Luhmann, o Direito é um sistema fechado, é um sistema autopoietico, que se dá suas próprias razões, e que tem uma lógica interna, um código binário de atribuição de sentido jurídico ou antijurídico, assim como a política também é outro sistema que, por sua vez, tem seu próprio código binário, mais poder/menos poder, também operando autonomamente em termos internos, fechada sobre si mesma. A modernidade, como sociedade complexa, exatamente para garantir o seu pluralismo, precisa de sistemas especializados, o que não quer dizer que, precisamente por serem diferenciados, eles não se relacionem entre si, eles não se prestem serviços mútuos.

A invenção da Constituição vai possibilitar, para Luhmann, esse mecanismo de acoplamento estrutural entre Direito e política, um acoplamento que, se formos olhar, por exemplo, na Inglaterra, onde a Constituição formal não existe, a relação da política com o Direito é bastante problemática pois ali é visível a dependência do Direito Constitucional da política traduzida no princípio da supremacia do parlamento. Nos demais países que gozam desse instrumento de acoplamento estrutural, quando a Constituição funciona bem, precisamente o que ela oculta é a dependência da ordem jurídica da or-

dem política e vice-versa, porque o Direito moderno é um Direito que regula comportamentos externos, voltado para o futuro, um Direito de normas abstratas, que só podem impor comportamentos se tiverem o auxílio da política, ou seja, da sanção estatal organizada. Como, por outro lado, esse Estado organizado só pode atuar se autorizado pela lei, se legitimado pelo Direito, se através do Direito. Então, é precisamente mediante esse instrumento, a Constituição formal, que Direito e política se diferenciam e se acoplam, que Direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva identidade, na medida em que a Constituição, por intermédio dos códigos específicos de cada um, os articula. Mas esse raciocínio complexo não nos interessa tanto desenvolver agora, a não ser no que toca ao esclarecimento da idéia básica de que há uma aquisição evolutiva extremamente importante, a conquista evolutiva que representou a invenção da Constituição para o funcionamento das democracias pluralistas e que nos permite investigar como esses homens podiam ver essa relação entre o Direito e a política em termos institucionais.

É claro que os homens dessa época viam uma oposição radical entre o que passaram a denominar a sociedade civil e a sociedade política. A sociedade civil é o terreno dos Direitos naturais, onde todos, por nascimento, a integram, onde todos são livres, iguais e proprietários. No entanto, nem todos são membros da comunidade política. Vê-se precisamente a noção de que a sociedade civil é uma idéia natural e o Estado uma criação política para garantir pura e simplesmente o livre curso da sociedade civil e que, por isso mesmo é visto como um mal necessário, devendo ser mínimo e assegurar apenas que o excesso de egoísmo não destrua a sociedade, que um homem se detenha diante da esfera de liberdade do outro. Público e privado são vistos, portanto, como ordens distintas, ontologicamente distintas. O público é meramente convencional e existe para garantir o livre curso do privado. O privado é visto como egoísmo e o público visto como estatal.

Pois bem, fazendo dessa longa história outra vez uma história breve, após a I Guerra Mundial, vamos poder verificar quase que a “ressaca” desse modelo. Aquela idéia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos, do livre curso da sociedade civil, levou a conseqüências bastante radicais. A exploração do homem pelo homem que ocorreu, conduziu a uma riqueza e a uma miséria sem precedentes na história da humanidade, a toda a reação que já conhecemos bastante e a muita luta social. Enfim, após a I Guerra Mundial, o que vamos encontrar nas Constituições é a configuração de um novo tipo de constitucionalismo. É o constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais “liberdade e igualdade”, materializando-os, e ao fazê-lo, amplia a tábua de direitos. Assim é que, na verdade, não temos uma mera edição de um segunda geração de Direitos, que seriam sociais, coletivos, mas temos uma mudança de paradigma que redefine o conceito de liberdade e igualdade.

É óbvio que não se pode mais entender a liberdade como ausência de leis e igualdade como a igualdade meramente formal. A idéia de liberdade agora se assenta numa igualdade tendencialmente material, através do reconhecimento *na lei* das diferenças materiais entre as pessoas e sempre a proteção do lado mais fraco das várias relações. É precisamente com essa mudança básica que os Direitos sociais coletivos se

importam; é com ela que vamos ter a idéia de liberdade como a exigência de leis que reconheçam materialmente as diferenças, com a emancipação do campo do Direito civil, do Direito do trabalho, da previdência social, etc. É claro que vamos ter também aí a noção da propriedade condicionada a uma função social, não mais vista como um Direito absoluto, mas condicionado.

É o que Kelsen observa muito bem quando afirma que o Direito público e o privado não são categorias ontológicas. Para ele, podemos manter a distinção didática entre Direito público e Direito privado, mas, na verdade, todo Direito é público, todo Direito é estatal, todo Direito é criado num parlamento. A quantidade de esfera privada que se deixa é uma convenção, todo Direito é convencional. É exatamente essa a idéia básica desse paradigma, que Kelsen representa tão bem. Esse é o paradigma do constitucionalismo social ou, como algumas Constituições denominavam, paradigma do Estado Social ou de Bem-Estar Social. Enfim, também nessa visão, o público vai se apresentar como estatal, até porque Schmitt, que, como demonstra José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, também é um dos mais significativos representantes desse paradigma, nos diz claramente que o povo aí só pode ser a massa daqueles deserdados, explorados até o máximo pelo capitalismo selvagem. É claro que as Constituições prometem saúde e educação para todos, mas precisamente o que não há nesse momento é o acesso de todos à saúde e à educação. É o Estado que assumirá agora o papel do Leviatã capaz de produzir um programa de ações que possibilite a cidadania para essa massa de desvalidos, que os incorpore de fato ao Direito Constitucional. Se antes a cidadania envolvia apenas o direito de voto, enquanto cidadania formal, agora requer-se a sua materialização. Paradoxalmente, embora a nova concepção de liberdade e de igualdade ou, em termos práticos, de cidadania constitucional, passe assim a exigir o direito de acesso à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, à previdência ou mesmo à seguridade social, aos direitos sociais e coletivos enfim, aporta, como consequência perversa, a suposição subjacente de que, precisamente em razão da absoluta carência da população em geral de todos esses direitos materializantes da cidadania, a própria cidadania só pode ser tratada como massa, como conjunto dos destinatários, dos objetos, dos programas sociais, jamais como os seus sujeitos, ou seja, são programas cuja autoria seria garantida como exclusivamente estatal. O público continua a ser, portanto, reduzido ao estatal, e o privado, ao egoísmo, e apenas o voto, somente que agora universalizado, continuaria a unir essas duas dimensões vistas como antitéticas. A massa alcança o direito de voto, mas, ao mesmo tempo, requer-se que os direitos que lhe são atribuídos sejam materializados para que ela possa algum dia vir, de fato, a definir as políticas que lhe são destinadas, ou, em outros termos, para que o exercício do voto não seja inconsciente, manipulado, uma mera formalidade de legitimação da burocracia. Esse, o desafio do Estado Social: construir uma cidadania que, desde o início, é, de fato, desqualificada por carência de materialidade de seus direitos.

Desse modo é que a grande promessa do Estado Social, em todos os níveis – e aqui emprego a expressão em termos muito latos, o próprio Estado socialista, ou até o nazista, enfim, nela se enquadram –, é o acesso pleno à cidadania de uma forma ou de outra, é viabilizar uma democracia efetiva e, muitas vezes, para isso, vai materializar o

conceito de democracia naqueles sentidos terríveis da ditadura de um Hitler ou de um Stalin, apenas os dois lados da mesma moeda da barbárie totalitária. Mas, o grande problema desse tipo de paradigma constitucional é que ele propõe a cidadania e, ele próprio, gera tudo menos cidadania. Essa é a crítica que surge na década de 70, com o fim ou a morte do chamado Estado de Bem-Estar Social. Uma crítica que não pode ser reduzida ao chamado neoliberalismo, pois ela é bem mais profunda do que isso e requer que reflitamos sobre os enganos cometidos pelo chamado socialismo real e por outras experiências.

A materialização não resolve tudo por si só, a economia não supre os Direitos de forma alguma. É preciso ver que a experiência democrática é sempre uma experiência de aprendizado para qualquer povo. Temos que aprender a fazer democracia e, ao contrário do que a ditadura afirmava, não temos que esperar qualquer bolo crescer, até porque esse bolo jamais vai crescer como democrático se de seu crescimento não formos o fermento, se não atuarmos efetivamente na construção e reconstrução cotidiana do regime como sujeitos ativos e destinatários ao mesmo tempo.

Enfim, a grande questão aqui colocada passa a ser a da cidadania como processo, como participação efetiva. É claro que ocorre uma nova mudança de paradigmas, na qual, outra vez, podemos salientar novos tipos de Direito, como o direito ambiental, o direito ao patrimônio histórico, o direito do consumidor. Direitos esses que apresentam a natureza de proteção jurídica de interesses difusos, de interesses que refogem à dicotomia *público x privado*, que problematizam todo esse campo relacional e que novamente exigem a revisão de tudo.

Outra vez nós não estamos diante de um mero alargamento da tábua de Direitos fundamentais, mas de outra mudança de paradigma, o que significa outra mudança total da visão de mundo e do constitucionalismo. Requereríamos novamente, como disse Canotilho, a construção de um constitucionalismo adequado.

Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo.

Usualmente, em todos esses direitos denominados de terceira geração, o Estado é o contraventor central, por ação ou omissão. A sociedade civil é, precisamente, aquela instância capaz de lutar por esses Direitos e de zelar pela eficácia deles. Nesse sentido, podemos verificar uma profunda transformação em toda a teoria processual, o que mostra que os dois paradigmas anteriores eram muito semelhantes, embora aparentemente opostos.

O conceito básico era o mesmo, em um ou em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente e o privado é péssimo. De toda sorte, no entanto, o privado é e

continua a ser em ambos o reino do egoísmo encarnado no indivíduo e o público o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado.

Aqui eu estou retomando uma reflexão de Habermas sobre os paradigmas constitucionais por ele proposta, sobretudo, no capítulo 9º de sua obra *Facticidade e Validade*. Esse autor ressalta a necessidade de se ver a equíprimordialidade das dimensões pública e privada, exatamente para a questão da cidadania. Para voltarmos à questão proposta por Chantal Mouffe e por Friedrich Müller, segundo a qual, a democracia requer uma identidade em constante tensão com as diferenças, um conceito aberto de povo em permanente revisão, podemos compreender agora que isso se dá precisamente porque a democracia requer o reconhecimento equíprimordial das dimensões pública e privada. Também as esferas pública e privada são dimensões em permanente tensão e interdependentes, pois a redefinição requerida pelo aporte, por exemplo, dos direitos da criança ou da mulher casada fizeram com que mesmo aquele espaço mais privado, o lar ou o leito conjugal, se transformasse em espaço público, onde direitos são garantidos contra os pais ou o marido.

Existem dimensões públicas que hoje atravessam mesmo os recintos mais privados, e o próprio público é uma esfera que não pode ser confundida com a do Estado, reatando-se, outra vez, com aquela noção de povo que não pode ser visto como consciência coletiva ou algo desse tipo, mas, a rigor, requer ser focado como fluxos comunicativos, como possibilidade de participação, enfim, toda uma complexidade doutrinária que é requerida hoje para darmos conta dos desafios que temos que enfrentar.

## 6 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS SUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Ainda me resta a questão do controle de constitucionalidade, que vamos tentar abordar tendo em vista todo esse redimensionamento da discussão. Eu gostaria de propor que a questão do controle de constitucionalidade das leis fosse vista, sobretudo, a partir da ótica de uma teoria da constituição como a de Friedrich Müller, ou seja, uma teoria que, em primeiro lugar, como é da tradição da própria disciplina, trabalha com a noção de que constitucionalismo se faz em concreto e depende da vida, da cultura, da tradição. Então, é óbvio que a discussão sobre os efeitos decorrentes da previsão constitucional de controle abstrato, quando não previstos no próprio texto constitucional, não pode significar jamais que importemos a Alemanha como se ela tivesse sido nosso extrato de vida e constituísse o nosso mundo da vida, os nossos paradigmas e os pressupostos não ditos e não trazidos expressamente ao nível do discurso. Aquilo que não está expresso na Constituição nós só podemos haurir da nossa tradição e não podemos esquecer que somos um país com mais de cem anos de prática de controle difuso de constitucionalidade.

Apenas porque nosso público é eclético, vamos retomar aqui, rapidamente, que nós temos, no que se refere ao controle judicial de constitucionalidade das leis, dois critérios básicos de organização. O difuso, que é o norte-americano e o mais antigo, reconhece titularidade a todo e qualquer juiz para, em qualquer ação, conhecer da ques-

tão de constitucionalidade de uma lei, quando levantada por uma das partes. O controle concentrado é uma invenção kelseniana, daquele período que nós referíamos como de transição para o constitucionalismo social. A Constituição da Áustria, de 1920, inaugura esse controle concentrado, no qual o Judiciário como um todo não pode decidir sobre questões de constitucionalidade. Seguindo a tradição europeia, que desconfiava exatamente do Judiciário, Kelsen consegue, em 1920, introduzir esse controle, que Mauro Cappelletti chama de um controle intermediário entre o político e o judicial propriamente dito, porque nele apenas um órgão do Judiciário tem poder para decidir questões de constitucionalidade de lei.

Mas, o que eu gostaria de salientar são, sobretudo, os pressupostos de um e de outro. No caso, o pressuposto do controle de constitucionalidade difuso se assenta numa prática americana, que é tradição muito vivenciada, pois nasce da própria naturalização do fato de o juiz da coroa britânica haver sempre verificado a possibilidade e a própria legalidade dos estatutos das Colônias, diante do princípio da supremacia da lei do parlamento inglês. Esse hábito fez com que Hamilton, por exemplo, considerasse extremamente natural o comentário que ele faz ao artigo VI da Constituição Americana, no *Federalista*, dizendo que a primeira coisa que o juiz tem que fazer é verificar se a lei existe ou se ela não existe e, dentre os métodos de se verificar se a lei existe ou não, utilizar os de solução de antinomias no Direito: no tempo, ou seja, a questão da lei mais nova prevalecer sobre a lei mais antiga e, se ela for muito específica, ela pode também prevalecer sobre uma mais genérica ou, ainda, a questão da supremacia formal, por exemplo, uma norma formalmente superior prevalece sobre a inferior. Portanto, é óbvio para Hamilton dizer que o juiz tem que fazer esse primeiro passo, essa primeira verificação, que é saber se essa lei está ou não de acordo com a Constituição. Se assim não fosse, ele ainda argumenta, o artigo V da Constituição não teria sentido, ou seja, para que prever um processo especial, mais rigoroso, para alteração da Constituição, se a mesma pudesse ser alterada por simples lei emanada do legislativo.

Tudo isso posto, esses mesmos argumentos serão retomados por Marshall em março de 1803, na célebre decisão do caso *Marbury v. Madison* e, ainda, acrescentando alguns outros de maior intensidade jusfilosófica, sobretudo em outro caso, que também é básico para entendermos o controle de constitucionalidade americano, *McCulloch v. Maryland*, que é um caso em que o célebre Presidente da Suprema Corte empresta vieses jusnaturalistas à noção de direitos fundamentais e que merecem ser trabalhados mais a fundo em outra oportunidade, mas que, no entanto, de toda sorte ainda serão rapidamente retomados no final do presente artigo. Enfim, assenta-se aí a função judicial típica, e nada legislativa, de se exercer o controle de constitucionalidade das leis. Por outro lado, naquela virada de paradigma para o social, Kelsen vai defender uma outra posição, que se consubstancia em uma crítica ácida, muitas vezes imerecida, ao controle incidental de constitucionalidade e à experiência norte-americana. É uma crítica mas, ao mesmo tempo, essa crítica não deixa de revelar uma grande admiração, porque ele quer introduzir alguma forma de controle técnico em países que, até então, haviam vivenciado somente o controle puramente político.

É precisamente nesse quadro, de profunda aversão à idéia de atribuir qualquer tipo de controle ao Judiciário, onde a leitura do princípio da separação dos poderes se faz, sobretudo, contra essa possível intervenção do Judiciário na atividade legislativa, é que Kelsen vai afirmar a necessidade de criar um tribunal próprio e especializado nas questões de constitucionalidade e continuar a negar ao resto do Judiciário a possibilidade de fazer incursões nessa seara. Ao fazer isso, ele entra na dinâmica do ordenamento e, assim, na questão da interpretação dos textos normativos. Para Kelsen, todo o ordenamento é uma pirâmide de autorizações e, como neopositivista que é, a questão da verdade é uma questão de pressupostos iniciais e assumidos como tais. Esse Kelsen da teoria pura, da pirâmide de normas, vai colocar claramente essa idéia segundo a qual o controle norte-americano se fundava em interesses privados, ao passo que o interesse público ficaria a descoberto. A preocupação de Kelsen com o interesse público (o público, é claro, é sempre considerado por ele como reduzido ao estatal, uma marca indelével de sua época) é tamanha que vai ser necessária a emenda de 1929 à Constituição da Áustria para possibilitar algum controle de constitucionalidade referente a direitos, porque durante todo esse período de nove anos questionou-se muito na Áustria, de 1920 a 1928, problemas de competência entre a União e os Estados Federados, mas nunca questões relativas aos direitos fundamentais.

Esses problemas que o controle concentrado aportou na Áustria daqueles tempos e o fundamento de Kelsen, sobretudo de que ao se reconhecer judicialmente a invalidade de uma lei não se estaria tratando de uma questão de nulidade, como afirmaram os norte-americanos, mas de mera anulabilidade. E isso porque o intérprete da Constituição, autorizado por ela, é, naquele momento, quando da elaboração das leis, o próprio Legislativo e somente depois é que passaria a ser a Corte Constitucional. Nesse segundo momento, ou seja, no da verificação da lei aprovada atribuída constitucionalmente à Corte, é que ela passa a ser a intérprete oficial da Constituição, e ao se pronunciar contra a constitucionalidade de uma lei, quando provocada, ela constituiria a inconstitucionalidade até então inexistente. Tratar-se-ia de mera anulabilidade e não de nulidade da lei reconhecida como inconstitucional. É claro que para o norte-americano esse seria um modo inteiramente absurdo de se compreender o *judicial review*.

As questões envolvem problemas de interpretação que, na verdade, requerem um enfoque mais sofisticado do que os dos norte-americanos originais e do que os de Kelsen. Nessa oportunidade, precisamos de um enfoque atual que seja condizente com os pressupostos atuais do que vem a ser a atividade interpretativa e de quais são seus potenciais.

Se também Kelsen parte do reconhecimento da tessitura aberta dos textos legais e constitucionais, ao contrário de Dworkin e dos autores atuais, ele pretende eliminar ou reduzir essa abertura que vê como um problema central para todo o Direito. Para o primeiro Kelsen, o da Teoria Pura de 1933, a indeterminação dos textos legais e constitucionais poderia ser solucionada ao se eliminar o problema da arbitrariedade na aplicação do Direito mediante a contribuição da Ciência do Direito. A Teoria Pura do Direito, a ascética Ciência do Direito kelseniana, deveria traçar o quadro das leituras possíveis dos textos legais e constitucionais, de tal sorte que o arbítrio inicial transformar-



se-ia em discricionariedade do aplicador. Este último deveria escolher, determinar, dentro do quadro dos sentidos possíveis de um texto neutramente delineado pela doutrina, a norma, ou seja, o sentido estatal, oficial, do texto. Obedecidos os limites traçados pela doutrina, a atividade da autoridade deixaria de ser arbitrária para ser discricionária. No entanto, na edição revista da Teoria Pura do Direito, de 1960, Kelsen procede ao famoso giro decisionista, alterando o capítulo oitavo da obra dedicado à questão da interpretação. Precisamente o que distingue, para Kelsen, a interpretação científica da interpretação que denomina autêntica, é o fato de a primeira ser neutra e de não ter o poder de vincular as pessoas tão-somente em razão da pronúncia como as autoridades estatais competentes para decidir e aplicar a norma jurídica o fazem. Ele se indaga agora o que aconteceria se a autoridade decidisse por um sentido que não estivesse contido no interior do quadro dos sentidos admissíveis traçado pela doutrina, e responde: azar da Ciência do Direito, é a autoridade que pode impor a observância das normas e não o cientista. Kelsen buscara eliminar a natureza aberta dos textos mediante a contribuição de uma ciência neutra, seu fracasso revela a ingenuidade com que buscou enfrentar o problema da linguagem. Para nós, é óbvio que não há dicionário ou gramática, por mais bem feita que seja, capaz de congelar a linguagem. Dicionários e gramáticas ficam defasados em pouquíssimo tempo diante da força atribuidora de sentido da gramática das práticas sociais em permanente transformação. A linguagem é algo vivo e vivenciado que não se deixa aprisionar.

Paradoxalmente, só podemos enfrentar de fato os riscos, quando assumimos sua inevitabilidade, quando desistimos de exorcizá-los e passamos a buscar controlá-los; a questão só pode ganhar um enfrentamento mais consistente, possibilitando a criação de um instrumental de outro tipo para o controle do risco da arbitrariedade inerente à atividade interpretativa, quando se passou a assumir a natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto. É a unicidade, a irrepetibilidade da situação de aplicação que pode assegurar a imparcialidade e nunca o texto em si, ainda que apoiado em outros textos supostamente neutros, como se esses últimos, por alguma mágica, pudessem escapar do turbilhão incessante da vida e das formas de vida que marcam a nossa leitura do mundo.

Retornamos, por fim, ao pano de fundo compartilhado de silêncio, que sustenta a comunicação na linguagem, ao mundo-da-vida, que assegura a existência de uma Constituição compartilhada intersubjetivamente pela comunidade de cidadãos. Pano de fundo que contém os horizontes de sentido dessa determinada comunidade enraizados na gramática das práticas sociais, incorporando um repositório de sentidos decorrentes tanto da gramática das práticas assentadas nas tradições quanto de novas práticas emancipatórias e revolucionárias. E aqui podemos retomar a decisão prolatada por Marshall no caso *Maclouch v. Maryland*, os vieses jusnaturalistas ali presentes, bem como a idéia simplista da época referente à questão da confiança no poder regulador dos textos, autorizavam àqueles homens verem a Constituição como algo objetivo e tangível consagrado por escrito. Embora bem mais recente, o enfoque Kelseniano é que se viu negado pela abordagem mais complexa que hoje podemos adotar no nível da teoria da linguagem e da hermenêutica e que termina por justificar plenamente, ainda

que em outros termos, os supostos do enfoque norte-americano superando de forma decisiva os supostos kelsenianos típicos, mais uma vez, do totalitarismo estatal ínsito à perspectiva do paradigma do Estado Social.

A comunidade aberta de intérpretes da Constituição, para usar a expressão consagrada por Peter Häberle, é que impede que a Constituição possa ser arbitrariamente considerada como doada a um determinado órgão que, a título de se apresentar como o seu guardião, não guardaria nada mais do que os próprios interesses egoísticos e as visões privadas de seus membros. Os princípios estruturantes do constitucionalismo, resgatados não na concepção jusnaturalista mas na idéia de integridade do Direito, é que podem garantir a exigência de que a Constituição se apresente como algo que pertença intersubjetivamente a todos os cidadãos, pois base dessa comunidade de homens livres e iguais que vivem sob a égide das leis que fizeram para auto-regerem-se em sua vida em comum. Algo que não é passível de ser assenhorado, privatizado, por nenhum dos órgãos estatais, sob pena de se esvaír, de se esvaziar, de não ser nada a não ser a face mais visível da própria descrença nas instituições, da anomia.

Diante de nossas mais que seculares tradições constitucionais republicanas, impõe-se que se reconheça a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.868, de 10.11.1999, contrária a toda a distribuição de competências judiciais prefigurada na Constituição e aos supostos mais enraizados e internalizados de nossa ambiência constitucional.

A transformação operada no âmbito do Direito Administrativo do enfoque do príncipe para a ótica dos administrados muito pode nos ensinar acerca dos perigos inerentes aos supostos da compreensão austríaca-kelseniana do controle judicial de constitucionalidade das leis e da necessidade de contra eles nos resguardarmos, no sentido de impedirmos, ainda uma vez, a mais odiosa e inconstitucional tentativa de privatização do público: o assenhoramento egoístico e o aniquilamento normativo da própria Constituição.