

## Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina<sup>1</sup>

**CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO**

Doutor em Direito (Universidad de Salamanca – Espanha) e em Filosofia (University of Florida – Estados Unidos). Mestre em Filosofia (Universidad de la Florida) e Bacharel em Direito (Universidad Externado de Colombia – Colômbia). Professor associado da Macquarie Law School.

**TRADUÇÃO: GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS<sup>2</sup>**

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *Hiperpresidencialismo, Direitos Fundamentais e Juristocracia Constitucional na América Latina* • 3 *Juristocracia Constitucional e Democracia Representativa* • 4 *Referências*.

RESUMO: A característica principal das constituições ou das reformas constitucionais que foram adotadas na última era do constitucionalismo na América Latina é a proteção dos direitos fundamentais por parte da jurisdição constitucional. Em relação a essa característica, este artigo pretende defender duas teses: (1) A proteção dos direitos fundamentais por parte da jurisdição constitucional implicou uma apropriada restrição ao hiperpresidencialismo. (2) Sem embargo, esta restrição ao hiperpresidencialismo não levou consigo uma evolução da democracia representativa, senão uma ainda maior perda de poder do Congresso. Para ilustrar a plausibilidade dessas duas teses, serão utilizadas algumas reflexões derivadas da proteção dos direitos fundamentais sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Hiperpresidencialismo • Direitos Fundamentais • Juristocracia Constitucional • Democracia Representativa • América Latina.

1 Publicação original em francês: “*Droit Fondamentaux, Juristocratie et Hyperprésidentialisme en Amérique Latine*”. In: Arnaud Martin (ed.), *La glaive et la balance. Droits de l’homme, justice constitutionnelle et démocratie en Amérique Latine*. Paris: L’Harmattan, 2012. Copyright © Editions L’Harmattan. Para esta tradução também foi consultada a versão em espanhol do artigo.

2 Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia em cotutela com a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Constitucional (UFMG) e em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante – Espanha. Juíza do Trabalho em Minas Gerais.

## **Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina**

*CONTENIDO: 1 Introducción • 2 Hiperpresidencialismo, Derechos Fundamentales y Juristocracia Constitucional en América Latina • 3 Juristocracia Constitucional y Democracia Representativa • 4 Referencias.*

**RESUMEN:** La característica principal de las constituciones o las reformas constitucionales que se han expedido en la última era del constitucionalismo en América Latina es la protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción constitucional. En relación con esta característica, este artículo pretende defender dos tesis: (1) La protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción constitucional ha implicado una apropiada restricción al hiperpresidencialismo. (2) Sin embargo, esta restricción al hiperpresidencialismo no ha llevado consigo una evolución de la democracia representativa, sino una aún mayor pérdida de poder del congreso. Para ilustrar la plausibilidad de estas dos tesis, se utilizarán algunas reflexiones derivadas de la protección de los derechos fundamentales sociales.

**PALABRAS CLAVE:** Hiperpresidencialismo • Derechos Fundamentales • Juristocracia Constitucional • Democracia Representativa • América Latina.

## **Droits fondamentaux, juristocratie et hyperprésidentialisme en Amérique Latine**

*SOMMAIRE: 1 Introduction • 2 Hyperprésidentialisme, Droits Fundamentaux et Juristocratie Constitutionnel en Amérique Latine • 3 Juristocratie Constitutionnel et Démocratie Représentatif • 4 Références.*

**RÉSUMÉ:** La caractéristique principale de les constitutions ou les réformes constitutionnelles qui ont été adoptées dans le dernier âge du constitutionnalisme en Amérique Latine est la protection des droits fondamentaux par la juridiction constitutionnelle. En ce qui concerne cette caractéristique, cet article a l'intention de défendre deux thèses: (1) La protection des droits fondamentaux par la juridiction constitutionnelle implique une restriction appropriée au hyperprésidentialisme. (2) Cependant, cette restriction au hyperprésidentialisme ne conduit pas a une évolution de la démocratie représentative, mais encore plus la perte de pouvoir du Congrès. Pour illustrer la plausibilité de ces deux thèses, seront utilisés quelques réflexions découlant de la protection des droits sociaux fondamentaux.

**MOTS-CLÉS:** Hyperprésidentialism • Droits Fundamentaux • Juristocratie Constitutionnel • Démocratie Représentatif • Amérique Latine.

## 1 Introdução

Desde o começo dos anos 90, foram adotadas novas constituições na maioria dos Estados latino-americanos ou se introduziram profundas reformas nas constituições existentes. Essas novas constituições ou reformas, que tiveram lugar no que pode ser denominado a última era do constitucionalismo latino-americano, estabeleceram um modelo de estado chamado Estado Constitucional.

A característica básica desse tipo de Estado é o princípio da supremacia da Constituição. Na realidade, esse princípio não é uma novidade no contexto latino-americano, na medida em que se transplantou ao subcontinente desde a segunda década do Século XIX, na qual a conhecida doutrina de *Marbury vs. Madison* teve um destacado eco desde o México até a Argentina. Sem embargo, esse princípio nunca antes havia sido levado tão a sério como agora. De acordo com ele, a Constituição é uma norma de normas e, portanto, todo caso de incompatibilidade entre a Constituição e uma norma de nível inferior – qualquer que seja: uma lei, um ato administrativo, um ato do poder judicial ou de um particular – deverá ser resolvido mediante a aplicação da Constituição e a consequente inaplicação ou declaração de inconstitucionalidade da norma de inferior hierarquia. O princípio da supremacia da Constituição determina, então, que toda norma e todo ato jurídico do Estado e dos particulares deve ser conforme a Constituição, ou, dito em sentido contrário, que nenhuma norma ou ato jurídico do Estado ou dos particulares pode contrariar as disposições da Constituição. Se uma dessas normas ou atos jurídicos contraria a Constituição, deverá ser declarado inaplicável ou nulo, segundo o caso.

O princípio de constitucionalidade não implicou uma transformação radical no constitucionalismo na América Latina, a não ser porque, nessa última era, foi acompanhado pela proclamação de direitos fundamentais na Constituição e da atribuição de sua proteção a tribunais constitucionais especializados (como no caso da Colômbia, Peru e Equador) ou às tradicionais Cortes Supremas de Justiça (como no caso da Argentina e, em parte, do México, onde a proteção que assegura a Corte Suprema a esses direitos se soma à que oferece o Tribunal Eleitoral do Poder Judicial da Federação). É esta, portanto, a verdadeira novidade e a característica principal do atual constitucionalismo ou, melhor, neoconstitucionalismo<sup>3</sup>, na América Latina.

Em relação a essa característica, este artigo pretende defender duas teses relevantes, tanto desde o ponto de vista do direito constitucional latino-americano

---

3 Sobre o conceito de neoconstitucionalismo, vide: BERNAL PULIDO, 2009.

comparado, como desde o ponto de vista da ciência política: (1) A proteção dos direitos fundamentais por parte da jurisdição constitucional implicou uma apropriada restrição ao hiperpresidencialismo, que não havia podido ser obtida por meio de reformas tendentes a fortalecer o Poder Legislativo. (2) Sem embargo, essa restrição ao hiperpresidencialismo não levou consigo uma evolução da democracia representativa, senão a uma perda ainda maior de poder do Congresso. Nos nossos dias, o Poder do Legislativo não só se vê restringido pelas propriedades remanescentes do hiperpresidencialismo, senão também por uma superveniente juristocracia constitucional<sup>4</sup>. A cada uma dessas duas teses dedicarei uma das duas partes nas quais este texto se divide. Para ilustrar a plausibilidade dessas duas teses, serão utilizadas algumas reflexões derivadas da proteção dos direitos fundamentais sociais.

## 2 Hiperpresidencialismo, direitos fundamentais e juristocracia constitucional na América Latina

É sabido abertamente que o hiperpresidencialismo foi um dos princípios sobre os quais foi construído o Estado na América Latina. Um traço característico dos sistemas políticos do subcontinente, desde seu surgimento após a independência, foi o predomínio, às vezes desmedido, do Poder Executivo frente ao Poder Legislativo. Esse predomínio representa uma alteração do princípio tradicional do Estado de Direito de origem francês: a separação de poderes, e de seu análogo anglo-saxão: o princípio dos *checks and balances*. Ao longo de sua história, a instituição presidencial não só aglutinou tradicionalmente as funções de chefia do Estado e do exército, de suprema autoridade administrativa, de direção das relações internacionais e de poder regulamentar, mas, também, depois do advento de um processo de deslegalização de certas matérias correlativas ao surgimento do Estado Social, se converteu também em uma instância legislativa, que substituiu o Congresso na regulação de temas técnicos e econômicos. É claro o reconhecimento do fato que o Congresso não tem suficiente capacidade técnica para legislar acerca dos assuntos econômicos que estruturam o Estado Social e que, por consequência, o Executivo teve que assumir esta função.

Ante essas circunstâncias, a preservação da democracia representativa tornou aconselhável reforçar a função de controle político por parte do Congresso. Essa foi a principal estratégia de desenho constitucional destinada a mitigar o hiperpresidencialismo. A ideia é que os representantes de todos os setores da população

---

4 Sobre o conceito de Juristocracia, vide: HIRSCHL, 2007.

representados no Congresso assumam um controle aprofundado das políticas públicas e que as restrições introduzidas no campo da reserva de lei sejam compensadas com um controle político mais estrito.

Esse pensamento inspirou a inclusão de diversos mecanismos de controle parlamentar nas constituições mais recentes da América Latina. Apesar de serem provenientes de um sistema distinto ao presidencialismo, considerou-se que a inclusão da moção de censura, das perguntas e interpelações, junto ao tradicional juízo político ou *impeachment*, equilibrariam as relações entre o Executivo e o Legislativo e, de passagem, dariam mais vigor ao pluralismo político. Sem embargo, a inclusão desses mecanismos de controle político levanta diversas questões. Em primeiro lugar, suscita, em termos de análise histórico-política, o problema de saber se o funcionamento de tais mecanismos, na prática, contribuiu verdadeiramente para atenuar o hiperpresidencialismo e favorecer a democracia representativa.

Em segundo lugar, é pertinente indagar se tais mecanismos podem ter a capacidade de atenuar o hiperpresidencialismo, na medida em que o regime presidencial é um regime político de natureza e fundamentos diversos daquele do qual esses mecanismos se originaram (problema de análise do Direito Constitucional) e em razão das tradições e atitudes da prática política (problema de análise da Ciência Política e Sociologia da Política). Finalmente, se a resposta às duas questões anteriores é negativa, surge então o problema de saber se o sistema se resignou à perpetuação do hiperpresidencialismo ou se este *deficit* de controle político na democracia representativa foi compensado pelo fortalecimento de controles de natureza diversa, como os controles sociais ou os controles jurídicos, em particular, os controles judiciais.

Frente a esses interrogantes, é necessário assinalar que a introdução, no presidencialismo, desses mecanismos de controle político provenientes do parlamentarismo suscitou diversos problemas institucionais. Um primeiro problema institucional consiste em que o presidencialismo repousa sobre pressupostos distintos aos do parlamentarismo e tais pressupostos dificultam o funcionamento dos mecanismos de controle. No presidencialismo, o presidente possui uma legitimidade democrática direta, que não depende da confiança do Parlamento. Igualmente, ele só é responsável ante o povo que, em nenhum caso, pode exercer um controle sobre o programa de governo, ao passo que, no parlamentarismo, o governo é politicamente responsável ante o Parlamento pelo cumprimento de seu programa de governo. Do anterior, se pode deduzir que, no presidencialismo, o Poder Legislativo não tem uma

ascendência sobre o Executivo, como, com efeito, ocorre no regime parlamentar. Finalmente, enquanto naquele regime o presidente é inamovível durante seu mandato, no parlamentarismo, ele pode ser removido quando a relação de confiança é considerada extinta.

Outros problemas institucionais se referem à configuração concreta dos mecanismos de controle político. No presidencialismo, as intimações e requerimentos têm pouca eficácia porque nenhuma sanção rigorosa está prevista contra seu não cumprimento. No mesmo sentido, a moção de censura é de difícil aplicação, pois suas exigências são extremas; e, em todo caso, sua utilidade é pequena para controlar uma política do Executivo. A moção de censura não se dirige nunca contra o presidente, senão contra algum de seus ministros. Ela não implica a responsabilidade solidária do governo, mas a responsabilidade individual do ministro censurado e, de fato, a consequência mais grave que dela pode implicar é a mera substituição do ministro afetado, mas não a mudança da política pública por ele conduzida.

Frente a essas dificuldades de controle político, a democracia representativa na América Latina parece encontrar-se em uma encruzilhada. Por um lado, se o Parlamento exerce um controle político débil, o hiperpresidencialismo se perpetua e se fortalece. Porém, por outro lado, a legitimidade independente do Executivo e do Legislativo implica que, no caso em que o Parlamento estivesse dotado de uma capacidade de controle político forte, poderia eventualmente suscitar uma instabilidade política por falta de governabilidade. A oposição desses dois poderes em uma circunstância de tensão poderia conduzir à paralisia ou ao bloqueio do sistema político, após a negativa do Legislativo em apoiar o Executivo em seus projetos de lei. Nesse sentido, a combinação de democracia representativa e de presidencialismo dá lugar a uma equação de autolimitação (que, em casos extremos, pode degenerar em autoliquidação) do controle político no presidencialismo: a maiores possibilidades de controle político respondem menores possibilidades de governabilidade, com todas as implicações daí decorrentes. Correlativamente, a maiores possibilidades de governabilidade correspondem menores possibilidades de controle político.

Ao anterior, é necessário somar alguns problemas fáticos que impedem, no presidencialismo, um exercício adequado do controle político por parte do Congresso, um controle que, ademais, salvasse o funcionamento da democracia representativa. A ausência de uma oposição política estruturada e de um sistema de partidos estável é característico de nossos sistemas políticos. Esses fatores, somados ao clientelismo e à má compreensão do sentido do controle político, que muitas vezes

se confunde com um controle de tipo penal ou de moralidade do Executivo, dificultam ao extremo o exercício dessa função por parte do Parlamento e reforçam, na prática, a autoridade presidencial até níveis inaceitáveis em alguns países.

Contudo, nessas circunstâncias, o sistema político não permaneceu imutável. Tentou-se suprir o *déficit* de controle político por parte do Congresso com um ativismo acentuado por parte da jurisdição, sobretudo da jurisdição constitucional. Desse modo, com fundamento no princípio de constitucionalidade, as Cortes Constitucionais tentaram controlar o exercício excessivo dos poderes presidenciais e preencher o vazio de controle político com uma extensão de seu controle jurídico. Nesse sentido, uma das transformações mais extraordinárias que sofreram os Estados latino-americanos durante a transição democrática foi a expansão do controle de constitucionalidade e a instituição de Cortes Constitucionais para proteger os direitos fundamentais. A ideia de que todas as normas e todas as ações do Estado devem se ajustar à Constituição e de que essa conformidade pode ser objeto de exame judicial estendeu-se de forma vertiginosa até os mais remotos lugares do subcontinente, desde suas origens norte-americanas na famosa sentença do juiz Marshall, proferida em 1803, por ocasião do caso *Marbury vs. Madison*, e sua interpretação europeia exposta no artigo de Hans Kelsen “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit*” (KELSEN, 1929).

Se considera, não só na Europa e Estados Unidos, senão também na América Latina, que o controle de constitucionalidade é uma instituição essencial do Estado. Se me permitem utilizar a célebre metáfora de Elster, se reconheceu que os governos de turno devem estar atados ao mastro que representa os direitos fundamentais e as regras do jogo político estabelecidas na Constituição, para que não sucumbam aos cantos de sereias provenientes das conjunturas políticas. Tomou-se consciência de que o terrorismo, as crises econômicas e os cataclismas telúricos, políticos e sociais, que, a todo o tempo, ameaçam a estabilidade de nossas nações, incitam à restrição sem limites da liberdade e se quer evitar que a sobrevivência do Estado não seja assegurada à custa dos direitos fundamentais. A nefasta doutrina da segurança nacional cedeu lugar à convicção de que a própria existência do Estado está justificada somente na medida em que possa proteger os direitos fundamentais e garantir-lhes um grau ótimo de eficácia. O controle de constitucionalidade foi instituído então como um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e dos pilares do Estado, que busca impedir os abusos dos governos de turno, especialmente em tempos de crise.

Não obstante, na América Latina, a jurisdição constitucional desempenhou, no sistema político, um papel *sui generis* do ponto de vista do direito comparado. A

necessidade de atenuar o hiperpresidencialismo levou a Corte Constitucional a assumir, com grande legitimidade e respaldo popular, um papel que, em princípio, não lhe correspondia, e foi erigida como instância de controle político, tanto do Executivo como do Legislativo, quando este último tenha se mostrado demasiado aquiescente com o governo. Nesse sentido, tentou-se mitigar a proeminência do hiperpresidencialismo e o *déficit* de controle parlamentar com a ampliação, por vezes inadmissível, do controle de constitucionalidade.

O hiperpresidencialismo foi atenuado pela juristocracia constitucional. O controle de constitucionalidade dirigido a proteger os direitos fundamentais, que foi concebido, em princípio, como um controle jurídico objetivo e de caráter negativo, fundado em técnicas interpretativas elaboradas pela metodologia constitucional e uma abordagem dogmática dos direitos fundamentais, transformou-se em um controle com claras tendências políticas, no qual já não se discute acerca da distinção entre a lei e a Constituição, senão sobre a conveniência ou a coerência de certas políticas públicas. Nesse mesmo sentido, a Corte Constitucional atribuiu a si um controle, não só formal, senão também material dos atos de reforma da Constituição, quando estes tenham sido propostos pelo Governo e levados a cabo pelo Congresso, este último cumprindo papel de constituinte secundário.

Um proeminente exemplo desse tipo de controle é aquele que exerceu a Corte Constitucional colombiana a começos do ano 2010, sobre o ato de reforma da Constituição destinado a permitir a segunda reeleição do Presidente Álvaro Uribe Vélez (COLOMBIA, 2010). Nesse sentido, a juristocracia constitucional pareceu impor limite à perversa prática de muitos governos, em diversos países da região, consistente em converter em reforma constitucional os programas de governo. Essa prática, cujo exemplo mais proeminente foi sem dúvida o dos governos mexicanos na era da hegemonia do Partido Revolucionário Institucional - PRI, implicava em que cada Presidente reformava a Constituição durante seu mandato para incorporar na máxima norma do ordenamento jurídico seus programas de governo.

Essa prática implicava uma perversão do constitucionalismo. Levava consigo a primazia do princípio presidencial sobre o princípio de constitucionalidade. Sua consequência fática era nefasta: o presidente não agia de acordo com as regras do jogo político estabelecidas na Constituição, senão que impunha na Constituição suas próprias regras do jogo político. Graças às restrições impostas à reforma da Constituição, o próprio presidente parece estar mais sujeito ao texto constitucional, que não pode modificar à sua conveniência.

Contudo, o âmbito no qual o exercício de controle político por parte da Corte Constitucional foi mais notável é o dos direitos sociais. Nesse terreno, algumas das Constituições da América Latina enfrentaram um paradoxo insuperável. Na mesma época em que as constituições hoje vigentes foram adotadas, constituições que, em sua maioria, foram muito generosas na consagração de direitos sociais, os governos de turno adotaram as irreversíveis diretivas neoliberais de redução dos efetivos da administração pública impostas pelo Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Como consequência dessas políticas, o Estado e, sobretudo, a Administração Pública, perderam sua capacidade efetiva de satisfazer os direitos sociais estabelecidos na Constituição mediante uma prestação de serviços públicos orientada pelo interesse geral. Vastos setores da economia foram privatizados e assuntos, como a saúde, as pensões ou a educação, ficaram à mercê dos interesses econômicos particulares. O paradoxo é inocultável: cada indivíduo é titular de certos direitos sociais que o Estado deve, mas não pode cumprir.

Ora, as Cortes Constitucionais cumpriram um papel estelar na solução desse paradoxo. Os direitos sociais são promessas de prestações que a Constituição faz a cada indivíduo e as Cortes Constitucionais são responsáveis por garantir seu cumprimento. Por esta razão, não é estranho que a incapacidade do Estado para satisfazer os direitos sociais haja levado à instauração massiva, ante a justiça constitucional, de ações de tutela ou recursos de amparo<sup>5</sup> onde se pede à Administração Pública que assegure as prestações que, em teoria, podem ser deduzidas dos direitos sociais.

Parece perfeitamente evidente que a aplicação jurídica dos direitos sociais resulta bem complexa. As disposições constitucionais que estabelecem os direitos à saúde, à moradia digna, à educação, ao salário e à pensão são estruturalmente indeterminadas. Isso quer dizer que, assim como um salva-vidas pode empreender diversas ações para salvar alguém que está em perigo de afogamento, o legislador e a Administração, segundo critérios de oportunidade econômica, política e social, podem tentar satisfazer as pretensões dos direitos sociais de maneiras muito distintas. Há tantas formas de cumprir os direitos sociais, como maneiras técnicas de satisfazer as pretensões que eles implicam; e uma das prerrogativas tradicionais de um Parlamento em uma democracia representativa consiste precisamente em poder determinar a melhor política pública para responder aos direitos sociais.

Apesar disso, algumas Cortes Constitucionais da América Latina, em um claro

---

5 As ações de tutela são ações próprias para a defesa de direitos fundamentais. Os recursos de amparo são equivalentes, no Brasil, aos Mandados de Segurança (NT1).

exercício de controle político do que, desde seu ponto de vista, constitui uma insuficiência de políticas públicas, aplicaram diretamente os direitos sociais e escolheram critérios ótimos para sua satisfação. É assim que, por exemplo, no caso da Colômbia, a Corte Constitucional especificou as condições estruturais que as prisões deveriam cumprir para garantir os direitos dos presos (Sentença SU-995 de 1999); assinalou que o salário dos funcionários públicos não pode ser congelado, senão que a cada ano deve ser aumentado de acordo com o índice da inflação (Sentenças C-1433 de 2000, C-1064 de 2001, C-1017 de 2003 y C-931 de 2004); declarou inconstitucionais normas de um sistema de financiamento de moradia que considerava inconvenientes e contrárias ao direito à moradia digna (Sentenças C-383, C-700, C-747 e C-995 de 1999); estabeleceu que o governo não poderia rediscutir as condições salariais e as prestações sociais dos servidores públicos estabelecidas em convenções coletivas (Sentenças C-038 e 754 de 2004); protegeu o direito dos vendedores ambulantes de trabalhar informalmente nas ruas (Sentença T-772 de 2003) e estimou que a proteção que o governo deu aos deslocados pela violência é insuficiente (Sentença T-025 de 2004). Para camuflar a natureza política de suas apreciações, a Corte Constitucional observou, em algumas destas sentenças, a existência de um “estado de coisas inconstitucional”. Esta figura, que a Corte reveste com uma aparência de critério de interpretação jurídica, nada mais é que a afirmação de que a realidade ainda não é como deveria ser segundo a Constituição, ou, se me permite dizer, que a realidade ainda não é como deveria ser segundo a Corte pensa que a Constituição estabelece.

### 3 Juristocracia constitucional e democracia representativa

A pergunta que surge é saber se essa nova juristocracia constitucional resulta saudável para a democracia representativa na América Latina. Deve ser assinalado que, seja um bem ou um mal, esta função de controle político exercida pelas Cortes Constitucionais cada dia recebe um maior respaldo, não unicamente na opinião pública, mas também em certos setores da academia. As Cortes Constitucionais figuram entre os órgãos estatais com maior legitimidade política entre os cidadãos. Não obstante, as graves afetações do princípio democrático e os desequilíbrios orçamentários que este exercício de poder por parte da jurisdição constitucional suscita, devem ser levados a sério e ser objeto de uma reflexão mais profunda a partir da teoria do Estado e da Democracia, da Filosofia Política e do Direito Constitucional. Um certo número de questões ganha uma nova importância, não apenas a pergunta

sobre o guardião do guardião, que inspirou a célebre polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, mas também a questão mais profunda de saber se é filosófica e politicamente legítimo que na América Latina a democracia seja restringida pela necessidade de proteção dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, e de controlar o presidencialismo. Não será talvez esta uma renovada forma de autoritarismo, menos espetacular que as ditaduras militares, porém igualmente restritiva da autonomia política? Não é esta uma simples mudança formal do centro de exercício do principal poder do Estado que continua favorecendo as elites tradicionais? Ou, pelo contrário, será este um caminho em direção à tão ansiada estabilidade política na América Latina, que teria encontrado na jurisdição constitucional um meio para a realização efetiva da justiça social, a igualação entre classes e o controle de poder. Responder a este dilema é um dos mais interessantes desafios políticos que deve enfrentar o constitucionalismo na América Latina.

Contudo, as tensões entre a democracia e o princípio do Estado Social não se evidenciam unicamente no ativismo da jurisdição constitucional frente aos direitos sociais, mas têm uma projeção de maior alcance. Sobre esta questão, mesmo quando se trata da América Latina, resulta muito sugestivo o artigo de Dieter Grimm sobre o futuro da Constituição, que apesar de haver sido publicado pela primeira vez em 1990, ainda conserva uma surpreendente atualidade (1990, p. 5-22; 1991, p. 397-473; 1996, p. 129-163). Evidentemente, as reflexões de Grimm não suscitam nenhum tipo de digressão de futurologia. Seu objetivo não é prognosticar o devir de certo texto constitucional, nem aventurar predições sobre a transformação dos conteúdos de algum dos vigentes. Sua pretensão é muito mais profunda e arriscada. Consiste em efetuar uma prospecção da ideia de Constituição, a partir do papel que joga nas vicissitudes do mundo atual. A pergunta básica é saber que possibilidades tem a Constituição de fundar uma democracia e de seguir cumprindo sua missão nas circunstâncias em que se encontram as sociedades regidas por ela. Trata-se, igualmente, de se perguntar se a Constituição democrática tem ainda a capacidade de regular a política e se a Constituição democrática conserva sua eficácia no contexto forjado pela atividade estatal de promoção do bem-estar, que não era ainda previsível na época em que esta teve sua origem, e pela incursão dos Estados, como os latino-americanos, no processo de globalização.

Essas questões têm implicações um tanto desconcertantes. Sugerem que, sem ter sido modificada nem uma só vírgula de nenhuma das constituições vigentes, e apesar de que as democracias funcionem como ali está previsto, como por encanta-

mento, todas haviam sofrido uma perda em sua validade. A causa mais importante repousaria na transformação das condições políticas, econômicas e culturais das sociedades submetidas hoje em dia à Constituição, às dissimilaridades que separam a realidade que a Constituição e a democracia regeram em seu surgimento da que hoje, em tempos do Estado Social globalizado, são chamadas a reger.

A Constituição e a democracia marcaram a passagem da ordem feudal à ordem liberal burguesa. A visão de mundo que, então, começava a prevalecer, atribuía ao homem a autonomia moral proclamada por Kant. Este o considerava livre para comportar-se de acordo com seus próprios critérios e como responsável de suas escolhas. Neste ambiente ideológico, o fracasso era inteiramente imputável ao sujeito que o padecia. A indignância não era percebida como consequência de uma injustiça social, senão como um anátema do destino. O sujeito deveria pagar, com riscos inexoráveis, o preço do exercício da liberdade, fim dos fins. O homem via reconhecida a possibilidade de orientar-se em direção a seu próprio sucesso, sem outras restrições que aquelas necessárias para harmonizar suas possibilidades de ação com as de seus semelhantes.

A Constituição, auto-representação cultural dos povos, como sustenta Häberle, conteria a correlação desse modo de pensamento. Sua missão exclusiva era a de criar e legitimar uma organização capaz de fazer perdurar um ambiente propício à implementação das liberdades pessoais, da autonomia individual do liberalismo e da autonomia pública da democracia. Sua única missão consistia em fundar o Estado e controlá-lo para que preservasse a liberdade frente a qualquer grave crise. A Constituição legitimava o exercício do poder público, sempre e quando se limitava a seus mandatos. O Estado democrático, por sua vez, desenvolvia sua missão de maneira eficaz mediante o direito. As normas jurídicas eram suficientes para impedir o uso arbitrário ou excessivo da liberdade. Todos os abusos previsíveis das condutas particulares podiam ser evitados mediante a expedição de normas de proibição, mandato ou permissão. O Estado democrático catalogava os comportamentos privados como legais, ilegais e irrelevantes. Para cada uma dessas categorias de conduta, adotava uma atitude pertinente de aprovação, rechaço ou indiferença. Desse modo, mantinha suas relações com a sociedade e podia assumir precisamente sua tarefa.

A tomada de consciência da inépcia do mercado para cumprir suas promessas de bem-estar geral fez fracassar esta concepção de sociedade, de Estado e da Constituição. A igualdade real para a liberdade era o lema da visão de mundo que se erigiu contra o modelo burguês. A ideia de solidariedade se situou então no centro da

renovada definição de bem comum, que não podia continuar a ser concebido como o corolário indefectível do exercício da liberdade individual. O bem-estar então tinha que ser produzido pelo Estado (BORGETTO, 1993, p. 349). A pauperização das massas havia demonstrado que a prosperidade geral não era um atributo do cosmos e que seu reconhecimento não bastaria para que se fizesse patente na realidade. Como consequência, se atribuiu ao Estado a primordial tarefa de incluir toda a população nos diferentes subsistemas sociais (LUHMANN, 1987). Demandou-se a este um agir positivo, dirigido a produzir as condições materiais adequadas a permitir que os habitantes de seu território pudessem exercer sua liberdade e sua autonomia pública. Demandou-se, também, uma atitude preventiva para fazer frente aos riscos que afetavam as classes mais frágeis e prover seu socorro nas situações de emergência (EWALD, 1985). Porém, antes de tudo, se fez o Estado responsável da subsistência e do desenvolvimento da sociedade nos âmbitos culturais, econômicos e sociais. Ao Estado foi atribuída a responsabilidade da satisfação de bens essenciais de cada ser humano (FORSTHOFF, 1986), e a exigência de obter o crescimento e o desenvolvimento, o aumento e a equitativa distribuição da riqueza, ainda quando isso conduzisse a conceder-lhe autorização para intervir no mercado e limitar a autonomia privada (GARCÍA PELAYO, 1987).

Sob esta nova *Weltanschauung*<sup>6</sup>, o Estado democrático é conduzido a modificar seus instrumentos de ação. A coerção organizada pelo direito não resulta suficiente para promover o progresso, construir uma sociedade mais equitativa e prevenir e afrontar as crises. A obtenção desses fins passa por outros meios de controle, relacionados com o fluxo financeiro e com a evolução da tecnologia, da ciência e das telecomunicações. À diferença da força legítima, eles não são objeto de monopólio estatal, nem de decisões que dependam do exercício democrático. Sua orientação não depende por inteiro da vontade do poder público. Nenhum Congresso pode ordenar, por lei, a riqueza ou a prosperidade do seu país. Os cofres públicos e privados não se enchem somente em virtude de uma lei que assim o disponha; assim como tampouco se produzem, desse modo, os avanços científicos ou tecnológicos. O Estado democrático pode somente influenciar indiretamente na evolução desses instrumentos que marcam o compasso das sociedades contemporâneas. Sua posição para tal efeito se assemelha muito àquela dos particulares. As características da soberania se dissipam quando o poder político situa suas expectativas e seus comportamentos na trajetória destes canais de comunicação dos sistemas econômico e

---

6 “Visão de Mundo” (nota do tradutor francês).

científico. Frente a eles, o poder estatal não pode ser exercido da mesma maneira que quando se aplica para salvaguardar a liberdade individual. Nesse nível, o Estado democrático não pode avaliar todas as condutas particulares em termos de patrocínio, rechaço e indiferença, e impor os corretivos que estime pertinentes. Há demasiados comportamentos privados que, por sua velocidade ou volatilidade, não alcançam sequer a ser previstos pelo Estado democrático. Sobre outros tantos, o Estado não tem legitimidade para agir, pois seus atores têm uma natureza transnacional ou supra-estatal. Com relação a outro considerável número de comportamentos privados, o serviço público inibe sua atuação por causa da pressão que os representantes dos interesses privados exercem em suas próprias entranhas. Por esta razão, nos aspectos atinentes à satisfação dos objetivos de bem-estar a que se propôs o Estado democrático, a concertação aparece como estratégia sucedânea da coerção. A linguagem imperativa, característica do soberano, cede seu passo à exortação própria do par, do semelhante. O exercício do poder público convida ao exercício do poder privado. A vontade estatal busca seduzir a vontade privada; conseguir seu apoio, seu respaldo. Os mandatos e proibições são substituídos por estímulos, incentivos e subsídios, que conformam uma espécie de normatividade débil.

Que posição adota a Constituição de um Estado democrático como aquelas que regem os países da América Latina neste novo panorama? É ela um instrumento adequado para continuar regendo a sociedade desde a cúpula do ordenamento jurídico? E qual é, então, o papel que deve corresponder à jurisdição constitucional neste contexto? É legítimo que, a pretexto de proteger os direitos fundamentais e de controlar o hiperpresidencialismo, ela mine ainda mais, se é possível, a democracia representativa e relegue ao Congresso um terceiro plano político?

Dieter Grimm defende uma tese extremamente cética: “a extensão das funções do moderno Welfare State traz consigo um *déficit* de regulamentação constitucional” e um *déficit* operacional para a democracia (GRIMM, op. cit., p. 160). Esta asserção repousa sobre dois argumentos principais. O primeiro, antes, pode assinalar a metodologia da identificação kelseniana entre Estado e direito. Dado que a Constituição da democracia se dirige a regular a intervenção estatal, onde esta não se produz a Constituição não pode operar. “Sem intervenção não há reserva de lei; sem reserva de lei não há legalidade da administração pública; e sem legalidade da administração pública não há controle de legitimidade por parte dos juizes”. Em outros termos, a existência de um ato estatal é um pressuposto apodítico para o desdobramento da função prescritiva da Constituição. A submissão da lei à Constituição, e dos atos

administrativos à lei, não pode ser verificada se não foi publicada uma lei ou um ato administrativo. A jurisdição não pode controlar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do nada.

A segunda razão, ao contrário, denuncia um *déficit* de capacidade prescritiva da Constituição democrática no âmbito da intervenção estatal. Nessa órbita, a proteção dos direitos fundamentais mediante o reconhecimento de sua *preferred position* frente à lei se faz enganosa, quando esta pretende “transformar as relações e estruturas atinentes aos grandes grupos sociais, cujas posições relativas aos direitos fundamentais entram em colisão” (GRIMM, loc.cit.). Nesses casos, resulta bem complexo deduzir das disposições Constitucionais indeterminadas uma única solução correta. Elas não assinalam ao juiz constitucional a maneira de regular o processo. O juiz não pode chegar a conhecer o sentido da sentença; tem que construí-lo.

Na opinião de Dieter Grimm, a única saída que o Direito encontrou para escapar desse labirinto é a aplicação incessante do princípio da proporcionalidade. Mediante sua utilização, a jurisdição busca preservar os direitos fundamentais das intervenções legislativas e administrativas excessivas. Assim mesmo, verifica a correção do equilíbrio legislativo dos direitos fundamentais em conflito. Dado que estes direitos têm o *status* constitucional de princípios objetivos, que se conjuga a sua condição originária de direitos de defesa, as alternativas de ação idôneas para realizá-los são múltiplas e dissímiles. Os fins Constitucionais geralmente não determinam um único meio adequado para alcançá-los. A eleição de um entre os possíveis é uma tarefa política por antonomásia. Por esta razão, a jurisdição deve limitar sua atividade a controlar que o meio escolhido pelo legislador ou pela administração para atender um objetivo constitucional legítimo não seja desproporcionado; que não restrinja outro direito fundamental para além do que seja necessário. O juiz deve converter-se, então, em um protetor da concordância prática que deve existir entre os diversos princípios Constitucionais (HESSE, 1992, p. 45).

Contudo, a aplicação do princípio de proporcionalidade para a tutela dos direitos fundamentais enfrenta dois desafios nada negligenciáveis. Por uma parte, na medida em que é utilizado em uma grande diversidade de casos heterogêneos, o conteúdo desse princípio tende a subtrair-se às generalizações das quais não possa derivar-se senão uma única solução correta para cada caso possível. É mais, a resposta correta que, em muitos casos, se insere no princípio de proporcionalidade, significa que a Constituição, para eles, não prevê nenhuma resposta correta (BERNAL PULIDO, 2003, p. 797 *et seq.*). Dessa maneira, a atividade jurisdicional se torna

pouco controlável. Por outra parte, não é evidente que os tribunais disponham da suficiente legitimação para ordenar ao Legislador e à Administração Pública uns precisos roteiros para cumprir os objetivos do Estado Social, mediante o princípio de proporcionalidade. O controle de proporcionalidade das omissões legislativas e executivas implica o deslocamento da organização da sociedade e da economia à sede judicial. Esse princípio não produz, nesse âmbito, respostas concludentes<sup>7</sup>. Assim mesmo, tampouco o juiz parece estar equipado dos instrumentos técnicos, dos dados extrajurídicos e das competências democráticas suficientes para estabelecer, com precisão, que medidas concretas deve adotar o Estado para tornar efetivos os direitos sociais e as normas de proteção. As considerações relativas à idoneidade dos meios escolhidos para atender os objetivos estatais relevantes tem que ver mais com critérios de oportunidade, próprios do debate político, que com razões de legalidade ou constitucionalidade, características da argumentação judicial.

Com fundamento nesses argumentos que visam evidenciar a insuficiência de regulação e o *déficit* democrático que sofre a Constituição no Estado de Bem-estar, Dieter Grimm enuncia que, a seu juízo, uma abordagem prospectiva da Constituição é bastante problemática: “se uma mudança na concepção da constituição poderá compensar esta perda de validade, ou se ela se atrofiará em um ordenamento parcial, é uma questão em aberto”.

O exposto até o momento pode exigir algumas precisões e matizes das quais nos ocuparemos a seguir. Essas precisões permitem sondar um dos problemas mais prementes que o atual direito público na América Latina não pode tangenciar. Certamente, esta revisão do conceito e da função da Constituição democrática não constitui um ataque contra muitos de seus tradicionais princípios essenciais. A doutrina sustenta a uníssono que o Estado social não implicou uma ruptura com o Estado liberal de direito, senão uma tentativa de aperfeiçoá-lo (GARCÍA PELAYO, 1987). A soberania popular, a exigência de legitimação jurídica e de limites ao poder estatal, a divisão das funções públicas, a garantia da liberdade individual e da igualdade, e os princípios de legalidade e constitucionalidade conformam um acervo constitucional irrenunciável. Eles são elementos do Estado Constitucional democrático (HÄBERLE, 1998, p. 67) que devem ser apreciados como uma irreversível “aquisição evolutiva” desde logo também na América Latina (LUHMANN, op. cit., p. 83). Esses princípios representam conquistas do racionalismo que identificam a, assim denominada por Habermas, sociedade pós-tradicional. A Constituição democrática trouxe

7 Vide: ALEXY, R., 2004.

consigo uma maneira de legitimar o exercício do poder político que substituiu a magia, o mito e a fé religiosa, e que se apoia, sobretudo, na relação de tensão e complementação entre os direitos fundamentais e o princípio de soberania popular (HABERMAS, 1998, p. 147 *et seq.*). Por esta razão, estes dois elementos se converteram em indestrutíveis pilares da organização política de qualquer sociedade.

A chamada de atenção de Dieter Grimm sobre o *déficit* constitucional causado pelas expectativas sociais ligadas aos processos de formação e crise do Estado Social e de globalização não parece desprezível. A Constituição democrática não pode ignorar ditas expectativas se quer manter sua condição de norma fundamental que constitui a base de toda a ordem jurídica. Sem embargo, sua reação, confrontada a elas, não exhibe a eficácia apropriada para satisfazê-las. É bem certo que a consagração constitucional dos direitos sociais e dos objetivos estatais destinados a fazer efetivos os princípios de igualdade real e de justiça social não é um fato negligenciável. Graças à inclusão destes conteúdos nas Constituições, os poderes públicos tomaram consciência de que o exercício frutuoso da liberdade pressupõe umas condições materiais mínimas (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 63 *et seq.*), e adquiriram legitimação para tentar consegui-las, ainda quando esta missão implique a limitação da própria liberdade. Observados desde esta perspectiva, os direitos e os objetivos sociais proporcionam uma particular justificação à intervenção estatal nos direitos liberais clássicos, sobretudo nos de propriedade e livre empresa. À falta de mediação, a imposição de restrições a esses direitos econômicos seria a toda evidência ilegítima. Sem embargo, a consagração constitucional dos direitos sociais e dos objetivos de justiça social não determina por inteiro a efetividade daqueles e a obtenção destes. O alcance real dos objetivos de bem-estar social, e a garantia individual dos meios materiais indispensáveis para levar uma existência digna e para implementar as liberdades, não depende essencialmente de sua inscrição no texto da Constituição, nem da expedição de legislação, nem de sentenças por parte da jurisdição constitucional. A consecução destes louváveis propósitos está subordinada, antes que nada, a decisões de política econômica. Algumas delas são alheias ao Estado. São medidas oportunistas impostas por organismos reguladores internacionais ou supranacionais, aos quais o Estado transferiu parte de suas competências, como produto de sua participação em processos de integração ou de globalização, ou do funcionamento de um mercado desregulado que o Estado deixou à deriva após a privatização. De modo inverso, outras decisões dessa natureza ainda pertencem à competência estatal.

Não obstante, frente a elas pouco ou nada a Constituição tem a dizer. Sua natureza técnica e seu caráter inseparável de circunstâncias econômicas e sociais determinadas, que pretendem adaptar e moldar, as situam em um nível diferente daquele onde se encontram os abstratos princípios Constitucionais. A Constituição não especifica os métodos para obter o progresso e o bem-estar; só institui um e outro como objetivos estatais a atender. A Constituição não concretiza uma imagem fixa da ordem econômica social a alcançar, senão que se limita a estabelecer um marco amplo de princípios como um programa a ser desenvolvido progressivamente pelos poderes públicos. Conseqüentemente, a jurisdição constitucional não pode exercer, frente às políticas econômicas, sejam legislativas ou governamentais, um controle comparável àquele que ela exerce para proteger as liberdades individuais, sem incorrer em um ativismo, pelo menos até agora, injustificado desde o ponto de vista do princípio democrático.

Os direitos sociais e os propósitos de justiça social ostentam, portanto, o *status* de mandatos confiados aos poderes constituídos, cujo cumprimento não é verificável plenamente em sede judicial. A harmonia entre o caráter justiciável dos direitos sociais e os princípios da democracia representativa e da separação de poderes é talvez o maior paradoxo dos direitos sociais. De acordo com uma concepção clássica da Constituição, com fundamento nestes direitos, o juiz Constitucional só pode invalidar as medidas intempestivas, as decisões desproporcionadas, excessivas, arbitrárias. Se atuar mais além, ainda que com nobres propósitos de um protetor da justiça material, ele usurpa as competências do legislador (BENDA, 1996) estabelecidas pela Constituição e põe em cheque a estrutura do Estado de Direito. Em qualquer caso, a eventual legitimação de um ativismo judicial desta índole exigiria a construção de um novo modelo de Estado, com outros tipos de estruturas de democracia representativa e de relações de freios e contrapesos entre os poderes. Um modelo semelhante ainda se desconhece. O que por agora se sabe é que a juristocracia constitucional relegou ainda mais o Congresso a segundo plano como poder político do Estado, e ainda que isso tenha implicado na proteção das liberdades e dos direitos sociais em âmbitos essenciais para a vida digna dos cidadãos do Estado, ela converteu em regra geral o que teria que ser uma exceção. Em um Estado democrático, o meio habitual de proteger os direitos deveria ser a expedição de leis e sua implementação por meio de regulações administrativas concretas. A exceção deveria ser a proteção judicial. Agora, em muitos âmbitos, a regra geral parece ser a inversa: a jurisdição constitucional tende a converter-se em órgão político primário de proteção

dos direitos fundamentais, o que coloca em segundo plano a deliberação democrática. O congresso se torna de importância secundária e o debate público carece de sentido, pois não se destina a influenciar as decisões judiciais definitivas. A América Latina parece dirigir-se a admitir o ativismo do juiz constitucional em matéria de proteção dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais. Não obstante, esta alternativa, levada ao extremo, parece conduzir a desestruturar o Estado, a negar as possibilidades de planificação econômica a médio e a longo prazo, e a limitar desmedidamente a democracia representativa. O único caminho que parece restar é evocar a Rousseau para reclamar a participação cidadã nas instâncias de decisão econômica e política, dentro e fora do Estado. Só a democracia pode salvaguardar a liberdade, a igualdade e a solidariedade nas áreas em que a Constituição desfalece.

## 4 Referências

ALEXY, R. **On Constitutional Rights to Protection**. Manuscrito, 2004.

BENDA, E., et al. **El Estado Social y Democrático de Derecho**. Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BERNAL PULIDO, C. **El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

\_\_\_\_\_. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BÖCKENFÖRDE, E – W. **Teoría e interpretación de los derechos fundamentales**. In: Id., Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BORGETTO, M. **La notion de Fraternité en Droit Public Français**. Paris: LGDJ, 1993.

COLOMBIA. **Sentencia C-141 de 2010**. Magistrado Relator: Humberto Sierra Porto, Corte Constitucional, 2010.

EWALD, F. **L'État Providence**. Paris: Bernard Grasset, 1985.

FORSTHOFF, E., et al. **Concepto y esencia del Estado Social de Derecho**. El Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GARCÍA PELAYO, M. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

GRIMM, D. Die Zukunft der Verfassung. In: **Staatswissenschaften und Staatspraxis**, v. I, [S.l.: s.n.], 1990.

\_\_\_\_\_. **Die Zukunft der Verfassung**. Frankfurt am Main: [s.n.], 1991.

GRIMM, D., et al. Die Zukunft der Verfassung. In: ZAGRABELSKY, G.; PORTINARO, P-P.; LUTHER, J. (Ed.). **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

HÄBERLE, P. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998, p. 67.

HABERMAS, J. **Facticidad y Validez**. Tradução ao espanhol de M. Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HESSE, K. Interpretación Constitucional. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução ao castelhano de P. Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIRSCHL, R. **Towards Juristocracy**. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

KELSEN, H. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit**. VVDStRL, n. 5, 1929.

LUHMANN, N., et al. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGRABELSKY, G.; PORTINARO, P-P-; LUTHER, J. (Ed.). **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria Politica Nello Stato del Benessere**. Milano: Franco Angeli, 1987.