

A Constituição escrita dinâmica, o Poder Judiciário e a emancipação cidadã nos países periféricos

The dynamic written Constitution, the Judiciary and citizen emancipation in peripheral countries

Hilbert Maximiliano Akihito Obara¹

Bárbara Caroline Vignochi Obara²

Universidade La Salle

Sumário: 1. Introdução. 2. Enfoque críticos das Constituições escritas. 3. A ultrapassagem da Constituição escrita estática para a dinâmica. 4. Constituição, jurisdição e autonomia cidadã. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Resumo: O jurídico comumente permanece refém da perspectiva positivista guiada pela relação sujeito-objeto. As constituições, desse modo, como texto escrito, acabam tendo limitada a sua potencialidade democrática. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica da Constituição impõe extração de sentidos de conformidade com o contexto histórico, agregando o desejável contorno democrático ao jurídico. Os poderes do Estado de Direito, mormente o Judiciário, têm importante papel no despertar e no sentir constitucional e democrático, principalmente nos países periféricos. Não que a democracia possa e deva ser implementada em sentido descendente pela via judicial, dada pelo Judiciário, mas que o Judiciário possa contribuir para a ascensão e protagonismo do cidadão, para a construção da verdadeira democracia, sob o teto constitucional. O procedimento metodológico utilizado consistiu na pesquisa e revisão bibliográfica acerca das temáticas constitucionais e filosóficas com racionalidade crítica. O artigo reforça a necessidade de superação do positivismo socialmente inócuo, preocupado exclusivamente em obter interpretações de textos legais, propondo um pragmatismo no sentir e pensar constitucional. Consequentemente, no favorecimento eficaz, da interação entre direito e sociedade, é aberta uma janela para que a transformação social, ambicionando o progresso humano, individual e coletivo, seja possível também através do direito.

Palavras-chave: Constituição; Jurisdição; Cidadania.

Abstract: The juridical usually remains hostage to the positivist perspective guided by the subject-object relationship. Thus, constitutions, as a written text, end up having limited democratic potential. The condition of hermeneutic-philosophical possibility of the Constitution imposes extraction of meanings in accordance with the historical context, adding the desirable democratic to the legal outline. The powers of the rule of law, especially the judiciary, have an important role in awakening and constitutional and democratic feeling, especially in peripheral countries. Not that democracy can and should be implemented in a downward direction through the judicial route, given by the Judiciary, but that the Judiciary can contribute to the rise and protagonism of the citizen, to the construction of true democracy, under the constitutional ceiling. The methodological

¹ Doutor e mestre em direito pela Universidade do Rio dos Sinos. Professor da graduação, mestrado e doutorado da Universidade La Salle. Professor da pós-graduação da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da 5ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4144-3620>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5577266784113691>. E-mail: hilbert.obara@unilasalle.edu.br.

² Mestranda pela Universidade La Salle. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3868111351771812>. E-mail: barbaravignochi@gmail.com.

procedure used consisted of researching and reviewing the literature on constitutional and philosophical themes with critical rationality. The article reinforces the need to overcome socially innocuous positivism, concerned exclusively with obtaining interpretations of legal texts, proposing a pragmatism in constitutional feeling and thinking. Consequently, in the effective favoring of the interaction between law and society, a window is opened so that social transformation, aiming at human, individual and collective progress, is also possible through law.

Key words: Constitution; Jurisdiction; Citizenship.

1. INTRODUÇÃO

No mundo ocidental há duas grandes tradições jurídicas. Uma é a da *Common Law* e a outra é a da *Civil Law*. Os países de colonização espanhola e portuguesa tiveram comumente uma filiação à tradição da civil law onde o texto escrito da lei sempre ocupou função preponderante. Não foi diferente em relação à Constituição, que de texto escrito ineficaz, de função dispensável na “aplicação” da lei, passou a ter perseguida a sua carga eficaz máxima e ser concebida como fundamento de validade de todas as regras infraconstitucionais. Nessa perspectiva, a Constituição move o direito, e estabelece promessas individuais, sociais e democráticas que norteiam o Estado de direito. Todavia, ainda são costumeiramente apresentados óbices de paradigmas jurídicos e filosóficos ultrapassados limitativos da plena potencialidade das Constituições democráticas contemporâneas. O estudo tem a pretensão de diagnosticar algumas das importantes barreiras que são levantadas à eficácia constitucional democrática, vinculadas ao paradigma filosófico objetificante e sugerir a ultrapassagem por meio de *standards* de racionalidade hermenêutico-filosóficos, a começar pela viragem-linguística que ainda passa despercebida pela visão criticada.

No contexto referido, pode ser levantada a possibilidade da viragem linguística e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica proporcionarem a crítica ao direito da perspectiva positivista legalista. A Constituição na ótica criticada é mero texto escrito, preso a sentidos engessados que a torna incapaz de acompanhar as mudanças sociais e atender a um objetivo democrático. Nessa perspectiva, é inevitável concordar com aqueles que afirmam que a Constituição não escrita leva vantagem sobre a Constituição escrita. Porém, é de ser verificado se os vetores de racionalidade filosóficos podem inaugurar um novo paradigma, tornando a Constituição capaz de agregar no ser o contexto histórico, afastando as limitações pré-ordenadas de sentidos, com o que o texto escrito constitucional poderia ser admitido como um *plus* e não como um elemento limitador das possibilidades eficaciais e transformadoras das vidas dos indivíduos e de toda a coletividade. Assim, na admissão do paradigma diverso sugerido pode haver a contribuição para a consolidação do Estado democrático de Direito.

Há pretensão de identificação dos atores que podem contribuir para a consecução da ultrapassagem da Constituição escrita estática para a dinâmica. Em relação ao Judiciário haverá a preocupação com o palco de vulnerabilidade social em que estão inseridos, como regra, os países em desenvolvimento para desvelar um agir mais ou menos ativo, sobretudo na implementação de políticas públicas, diante da omissão da função executiva e legislativa. Nas dívidas históricas desses países em desenvolvimento será buscado o limite da atuação jurisdicional para legitimar ou não o papel do juiz no necessário resgate, mitigando a falta de condições para o pleno desenvolvimento da cidadania e da democracia. Será, então, perquirida a possibilidade censura ao papel do juiz boca da lei e de outras possibilidades de minimização da atuação judicial no cenário dos países periféricos. A investigação analisa a viabilidade de, nos países com maiores desigualdades, onde as consequências nefastas do capitalismo são mais gritantes, criando situações de maior fragilização dos cidadãos, de se abrir mão da atuação judicial que busca o reforço das condições para a emancipação cidadã, ou se nenhuma possibilidade de luta, como através da jurisdição, pode ser descartada, para ser buscada, ao menos, a diminuição da condição de fragilidade, na comparação com os cidadãos dos países desenvolvidos. Enfim, o artigo trabalha a viabilidade de uma Constituição com ampliação

eficaz que, por meio do direito, pode instituir mudanças progressivas muito além da sua perspectiva instrumental, que comumente tem servido apenas para fazer prevalecer o poder político-econômico dominante.

No reconhecimento da perspectiva transformadora da sociedade, por meio da Constituição e do direito, surge a necessidade de estabelecer limites para a atuação judicial, uma vez que a democracia acontece preservando direitos mas também através do atendimento dos interesses majoritários provenientes de cidadãos autossuficientes. O estudo almeja favorecer o protagonismo do cidadão, em sociedades com condições básicas precárias, onde a luta pela sobrevivência esgota o indivíduo, onde parece difícil, improvável, quicá impossível, o atingimento da autocrítica política democrática, é essencial florescer novas alternativas para que o povo deixe de ser iludido, enganado e utilizado como massa de manobra para a perpetração de objetivos que passam longe do democrático. Então, o repensar e a discussão do papel da Constituição e da Jurisdição parece ser fundamental para o atingimento do Estado democrático de direito, mormente nos países de modernidade tardia, forjando, aprimorando e moldando contextualmente, as desejáveis características e modo de atuação judicial.

O procedimento metodológico é baseado na pesquisa qualitativa e revisão documental bibliográfica. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica traz a reflexão e racionalidade crítica de temáticas constitucionais e sociais.

2. ENFOQUES CRÍTICOS DAS CONSTITUIÇÕES ESCRITAS

O modelo escrito de Constituição filia-se sobretudo à tradição da *Civil Law*, fortemente presente nas Américas, em que pese a tendência global de aproximação³, que Taruffo denomina de *interferenze orizzontali*⁴. Reconhecendo essa tendência é formulada a hipótese de que as Constituições escritas vão além de mero texto para agregar o contexto histórico, tal como sói acontecer na tradição da *Common Law*. Desse modo, é abraçada a tese de que as Constituições escritas possam ser concebidas não apenas como documentos que preservam direitos e garantias adquiridas, mas que componham igualmente um *plus*, permitindo os avanços democráticos, mormente nos países periféricos, como os sul-americanos.

A especial atenção que é dada às Constituições escritas não possui finalidade crítica ao prisma constitucional do *Common Law*. Pelo contrário, é desejada a aquisição da mobilidade desse modelo. Na Grã-Bretanha, por exemplo, a ausência de uma Constituição escrita e sancionada em um único documento, não prejudica o reconhecimento de um núcleo fundamental de direitos de liberdade e uma generalização de decisões jurisprudenciais com papel equivalente, mas que além disso é moldado à sociedade a qual pertence⁵. Buscando dinâmica análoga, que parte da *linguistic turn* e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, a aposta do artigo está sendo feita no sentido de que, na tradição continental, o modelo escrito de Constituição possa ser concebido como importante ponto de partida para a afirmação de direitos contemporâneos, em âmbito progressivo, seguindo a sua lógica histórica⁶.

A defendida perspectiva constitucional dinâmica pressupõe a eficácia normativa das Constituições escritas, sendo a base jurídica impeditiva de retrocessos, onde todas as demais regras devem possuir conformidade constitucional, seguindo principalmente a orientação das constituições escritas do segundo pós guerra⁷, e não deixa de atender os objetivos democráticos, em face de novas conquistas sociais. A constituição escrita, nesse

³ MITIDIERO, D. Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória, 2ª ed, Editora Revista dos Tribunais Ltda, São Paulo, 2014, p. 59.

⁴ TARUFFO, M. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali, Sui Confini - Scritti Sulla Giustizia Civile*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2002, p. 89.

⁵ SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 225.

⁶ FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 27-28.

⁷ FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 15.

prisma, é capaz de responder as críticas que asseveram o seu enfraquecimento substancial decorrente do estabelecimento de um teto normativo decorrente do texto escrito, visto como algo diferente do próprio direito, que pode, portanto, ser dispensada na prática jurídica⁸. Essa resposta, sobretudo no que tange ao limite normativo, é iniciada com a percepção de que os sentidos decorrem do *dasein*, da anterioridade linguística em relação à instância proposicional⁹.

A Constituição, mesmo na *civil law*, não é só texto, mas sempre é contexto, na linguagem e no ser. Em sendo desse modo, os sentidos são sempre passíveis de conexão com a sociedade. Se os sentidos fossem acontextuais, como já se acreditou, seria inevitável que a interpretação "literal"¹⁰ causasse o efeito paralisante da Constituição escrita, impedindo-a de acompanhar os avanços sociais. A correspondência da Constituição com o seu texto, implicaria em uma entificação metafísica de sentidos, tornando-a prisioneira de sentidos pré-dados ao texto, provocando uma insuficiência significativa, uma incapacidade de acompanhamento do traçado móvel das mudanças sociais e impulsionador de conquistas democráticas. Essa premissa censurada inclusive podia fundamentar a percepção de que a Constituição, por estar consubstanciada em um texto escrito, poderia ser modificada ou simplesmente eliminada como qualquer lei, característica que sustentaria a afirmação da superioridade dos irrevogáveis princípios constitucionais não escritos da *commons law*¹¹. Todavia, desde a viragem linguística não é mais concebível que a linguagem esteja dissociada do homem e, por conseguinte, fora do limite temporal e local da sociedade no qual está inserido. Há inevitavelmente um sentido decorrente da consensualidade, do viver comunitário. Está aí, portanto, na comunidade, a base para a apuração significativa, não mecânica e condicionada, mas reflexiva e decisória¹², de onde a Constituição não só garante os direitos conquistados, apontando para o passado, mas também permite um programa futuro¹³. Dessa maneira, o direito deixa de ser mero instrumento formal de manutenção de poder para adquirir um caráter transformador da sociedade. O jurídico passa a ser constitucional, o acontecer do intérprete é jurídico-constitucional, promovedor de mudanças da realidade¹⁴, objetivando a concreção do perseguido Estado democrático de direito.

O constitucionalismo contemporâneo, outrossim, está muito distante da visão constitucional pré-moderna. A Constituição não é mais concebida como algo dissociado do direito, onde as práticas jurídicas independem da Constituição. Ela não pode ter mero caráter ornamental. Muito pelo contrário, a eficácia do direito está sempre atrelada à Constituição, que passa a ser filtro imprescindível de todas as regras jurídicas. A validade de todas as leis não estão condicionadas apenas a regras formais, mas também a um conteúdo substancial constitucional¹⁵. Na evolução constitucional, que passou pelo reconhecimento da eficácia e importância da Constituição, houve a (re)configuração do próprio Estado de Direito. Os Estados de direito contemporâneos, de regra, foram classificados como Estados constitucionais, diversos dos ultrapassados Estados legalistas, do velho e criticado positivismo jurídico, exigindo novas estruturas funcionais e um

⁸ SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 228.

⁹ ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 122.

¹⁰ DWORKIN, R. *O império do Direito*, 1ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 23.

¹¹ SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 228.

¹² ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 144.

¹³ FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 26.

¹⁴ HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 77-78.

¹⁵ FERRAJOLI, L. "Constitucionalismo más allá del Estado", Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 15.

repensar do direito e do Estado¹⁶. Por isso que, diferentemente do que prega o pensar positivista legalista, o jurídico e o constitucional, não são insensíveis às mudanças sociais. A constitucionalização é sempre um projeto, está em incessante processo de construção, cujas mutações adaptativas buscam a forma melhor de agregar o conteúdo democrático ao Estado de Direito¹⁷.

O enfoque crítico permite trabalhar com algumas experiências constitucionais importantes que servem de parâmetro para a efetividade social da Constituição projetada no estudo. A primeira eleita é a Constituição dos Estados Unidos, por forjar um paradigma histórico importante vigente até os dias de hoje. Próximo do final do século XVIII a Constituição norte-americana foi concebida com eficácia. Essa Constituição não tinha caráter meramente descritivo, mas possuía normatividade, inclusive com dimensão hierárquica superior ao das leis ordinárias. Ou seja, advém daí a consciência da diferença de lei constitucional e infraconstitucional que ultrapassou suas fronteiras territoriais¹⁸. Ao referido exemplo histórico vale ser somada a Constituição da experiência alemã, do segundo pós-guerra, onde a preocupação com o *plus* humanístico, permitiu a diferenciação das regras constitucionais e infraconstitucionais, tendo para as primeiras a designação de tribunal autônomo constitucional, “guardião da constituição”, com a superação do formalismo da Constituição rumo ao Estado de Direito democrático¹⁹. O desencadeamento exposto é revelador de que o aprimoramento do conteúdo humanístico constitucional teve início com a proteção dos direitos individuais do denominado Estado liberal, que se estabeleceu como pressuposto para que, em um segundo momento, fossem instalados os direitos constitucionais sociais. A observância desse desdobramento é indicativa de que não foi por acaso que boa parte dos países sul-americanos, acabaram por consagrar primeiramente os direitos da personalidade humana, para em seguida tratar dos direitos sociais²⁰. A incorporação dos direitos sociais à Constituição, a propósito, merece menção à parte.

A partir do século XX, além da tutela dos direitos individuais, as Constituições ganharam nova dimensão ao agregarem encargos sociais ao Estado de direito em favor do cidadão. O Estado de direito nasceu como direito de proteção contra os próprios governantes do Estado, assegurando a liberdade contra o arbítrio governamental. Nesse paradigma podem ser destacadas duas Cartas Magnas. A Lei Maior Mexicana de 1917 tem seu destaque por inovar com a responsabilização do Estado pela educação pública e pela reforma agrária, com previsão de um sistema de previdência social e uma série de direitos trabalhistas. Outra Constituição historicamente relevante a respeito foi a Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar, que inseriu direitos sociais e prestacionais do Estado, servindo de modelo para outras constituições posteriores²¹. A preocupação com as questões sociais, encampadas nas Constituições referidas, seguidas por diversos outros Estados, permitiu uma nova noção de liberdade, diversa daquela projetada sob o manto burguês, vinculada a um conceito de igualdade em prol de uma justiça social²².

¹⁶ PINO, G. *Il positivismo jurídico di fronte allo stato costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Roma, 1999, p. 203.

¹⁷ BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2007, p. 194.

¹⁸ CASALINI, B. “Soberania popular, governo da lei e governo dos juizes nos Estados Unidos da América”, em VV.AA (Costa, Pietro e coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 264-265.

¹⁹ GOZZI, G. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”, em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 335.

²⁰ FIX-ZAMUDIO, H. *Constitución y proceso civil em Latinoamérica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico, 1974, p. 25.

²¹ GOZZI, G. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”, em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 334-335.

²² VERDÚ, P. L. *A Luta pelo Estado de Direito*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 153.

O paradigma social encampado pelas Constituições contemporâneas exigem que o Estado de Direito ultrapasse o aspecto exclusivamente individualista e garantista de direitos. Apesar da configuração liberal de Estado, baseado na liberdade burguesa e de incremento capitalista, ter sido condição de enriquecimento dos Estados desenvolvidos, sem o qual não teria havido Estado social, na medida em que a abundância de recursos foi autorizativa do acréscimo de atividades prestacionais. Nos dias atuais, dessa perspectiva prestacional teve origem uma nova dimensão de busca da justiça social, onde para além da liberdade econômica toma vulto a questão da isonomia. Possível perceber nitidamente, a partir disso, a cisão do desenvolvimento econômico exploratório capitalista com a justiça social, onde o último não pode ser ignorado quando o Estado de Direito tem por meta o progresso democrático. De maneira que, enquanto o Estado de direito democrático é guiado pela imprescindibilidade da defesa de uma justiça social, o Estado de Direito com preocupações estritamente liberais acaba sendo conduzido por um capitalismo excludente. O prisma puramente liberal foi, dessa maneira, responsável pelo gradativo distanciamento entre ricos e pobres, atentando contra o predicado isonômico ao estabelecer um fosso social cada vez mais profundo²³. Então, quando a capacidade de implementação de políticas sociais pelo poder econômico está cada vez mais diminuída nos países centrais e, acima de tudo, onde o crescimento econômico jamais foi capaz de atender plenamente os interesses sociais, nos países periféricos, parece necessária a construção de alternativas para a ultrapassagem do Estado social financiado pelo capitalismo para o Estado democrático guiado por uma agenda de tarefas capazes de contribuir para a implementação da igualdade caracterizadora da justiça social²⁴.

A Constituição escrita além de assegurar as conquistas jurídicas de um determinado Estado de Direito deve permanecer aberta para a transformação social²⁵, para a produção ininterrupta de novos direitos²⁶ e concretização das promessas sociais que lhe foram inseridas²⁷. Situação que exige uma nova roupagem da Constituição escrita, que vá além da imobilidade positivista, ao mesmo tempo em que não se torna refém de sentidos impostos subjetivamente, desconsiderando o entorno do ser. O estudo tem na perseguição desse intuito a viragem linguística e a hermenêutica-filosófica como condicionantes da mobilidade inauguradora da nova perspectiva jurídica e constitucional capaz de ultrapassar as possibilidades ancoradas na perspectiva filosófica ancoradas na relação sujeito-objeto.

3. A ULTRAPASSAGEM DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA ESTÁTICA PARA A DINÂMICA

A Constituição escrita estática, na concepção assumida, está vinculada ao viés liberal clássico do Estado de Direito, reconhecendo direitos, mas sem a possibilidade de acompanhar a dinâmica social. O modelo ultrapassado pela ontologia hermenêutica, dos sentidos indissociáveis da experiência histórica, estava preso à filosofia objetificante, justificadora de sentidos totalizantes de mundo, advindos metafisicamente ao intérprete. A experiência ôntica que, no direito, foi permissora da suposição de resultados unívocos do texto legal, é substituída pela experiência do ser histórico e temporal, sem sentidos pré-dados mas determinados contextualmente pelo intérprete.²⁸ A premissa linguística e dialética do intérprete torna-o sempre produtor de sentidos, em uma perspectiva imprevisível do que está por vir, inevitavelmente não estático, mas que pode ser guiado

²³ FERRAJOLI, L. "Constitucionalismo más allá del Estado", Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 33.

²⁴ LUCAS VERDÚ, P. *A Luta pelo Estado de Direito*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 91.

²⁵ HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 87.

²⁶ CASTORIADIS, C. *Socialismo ou barbárie. O Conteúdo do socialismo*. Ed. Brasiliense, São Paulo, 1983, p. 288.

²⁷ LUIS STRECK, L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 85.

²⁸ ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 232.

progressivamente, rumo a novas conquistas²⁹, como ínsito na essencialidade democrática. Intolerável, portanto, o assentimento e a criação de sentidos pelo ser com a ruptura da relação com o mundo. A possibilidade criticada está vinculada tanto com a metafísica extração de sentidos do objeto, da crença metodológica moderna, quanto com o indevido agigantamento do *cogito ergo sum* da perspectiva cartesiana, caracterizador do que é denominado por alguns de pós-modernidade³⁰. De qualquer modo, ambas perspectivas continuam fiéis ao esquema sujeito-objeto.

No momento em que a filosofia objetificante cede seu lugar para a filosofia da subjetividade assujeitadora, exemplificável na revelação de Nietzsche da vontade do poder, que atravessou o século passado e chega ainda mais forte no século atual³¹, acabam sendo arquitetados no jurídico modelos que desprezam as construções racionais do sistema jurídico, desapegados a qualquer epistemologia de conhecimento do direito, gerando incertezas e inseguranças nas respostas do sistema jurídico, na medida em que o sujeito está além do jurídico. O referido prisma que é tão censurável quanto o do encarceramento a um suposto sentido unívoco legal, pode ser classificado como movimento irracionalista ou relativista, correspondendo à escola do direito livre, respaldado ou não por um jusnaturalismo moderno, de todo modo, o elemento central desses posicionamentos está na aprovação do agir do jurista que vai além do jurídico na busca por respostas³². Em outras palavras, na perspectiva das soluções do direito, a filosofia objetificante supunha um juiz boca da lei, enquanto que a da subjetividade apontava para a consciência do juiz na busca do resultado justo para o problema jurídico. Em ambas não há escapatória para a autonomização contextual de sentidos, produzindo um direito com decifrações objetivas do texto legal, inevitavelmente produtoras de um teto semântico que inevitavelmente acaba distanciado dos interesses sociais ou com desfecho arbitrário, do jurista superando o próprio direito. Essas situações são reveladoras da crise dos paradigmas filosóficos refratários à *linguistic turn*³³.

A ultrapassagem da problemática no direito passa pela superação filosófica tanto do modelo da objetivação da verdade com pretensão universal³⁴ quanto do relativismo da verdade³⁵ por meio da admissão da viragem linguística, com os vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos, no ser produtor de sentidos, no *dasein*, menos como ação da subjetividade e mais como penetração no acontecer da tradição³⁶. Ou seja, no ser, no círculo hermenêutico virtuoso, mediando o passado e o futuro, na historicidade de um passado que gestou os conceitos prévios, nas experiências de sentido que guiam e condicionam o ser e originam-se de uma tradição específica, imprescindível para a compreensão do presente e do futuro que se abre³⁷. No direito, na leitura da Constituição escrita, na condição de possibilidade hermenêutica filosófica, guardiã do empírico, de um paradigma de direito mais filosófico³⁸, haverá sempre a produção de sentidos, com o que o texto terá sempre um sentido inédito, na tradição e história efetual³⁹, permitindo que

²⁹ ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 220-221.

³⁰ GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, Herder Editorial, Spain, 2003, p. 19.

³¹ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 8ª ed, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2009, p. 136.

³² ALVAREZ GARDIOL, A. *Manual de filosofia del Derecho*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1998, p. 181-182.

³³ STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 87.

³⁴ GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, Herder Editorial, Spain, 2003, p. 173.

³⁵ GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, Herder Editorial, Spain, 2003, p. 176.

³⁶ GADAMER, H. *Verdade e método*, V. 1, 3ª ed, Ed. Vozes, Petrópoli, 1999, p. 436.

³⁷ ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 227-228.

³⁸ HABERMAS, J. "Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro", *Revista Tempo Brasileiro*, 5, 21, 1989, p.18.

³⁹ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 8ª ed, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2009, p. 215.

essa Constituição possua a dinâmica necessária para acompanhar os progressos sociais, ao mesmo tempo em que impede as respostas baseadas na vontade do jurista.

Na perspectiva defendida, dinâmica da Constituição, é imprescindível qualificá-la com a efetiva adesão dos cidadãos. O escrito constitucional legislativo, além de adjudicar sempre um novo sentido, ganha vida, introjeta-se socialmente por meio do ser-cidadão. Sem desprezar as conceitualizações, sistematizações, classificações, pesquisas, postulados epistemológicos e demais elementos componentes da ciência jurídica, cuja fundamentalidade é indiscutível, o escrito tenta deixar para trás apenas a noção cartesiana metodológica que permite respostas obtidas de modo análogo ao das ciências da natureza, que convertida para o direito reproduz uma abstração legal textual aplicável através de uma interpretação lógica jurídica. Enfim, a viragem linguística e a aceitação social são pressupostos para que o ordenamento jurídico passe a ser algo sentido e vivo, nem reduzido à objetividade do texto e tampouco ao subjetivismo, defensável pela tese de uma Constituição natural não escrita⁴⁰. Importante, a propósito, reafirmar a incessante persecução do postulado racional progressista do jurídico⁴¹. A Constituição como texto escrito traz sempre uma fala, uma intenção não objetivamente pré-dada mas constituída historicamente, onde a conversão dos conceitos, das palavras, não são fixados no passado ou no dizer do intérprete de outrora. Muito antes disso, o pensar historicamente é a mediação entre aqueles sentidos pretéritos e o próprio pensar presente⁴², orientado para o futuro⁴³. Impossível abrir mão disso, impossível dispensar o *dasein*, concebendo o ser como tábula rasa, como um ser *in albis*, diante da inevitabilidade temporal⁴⁴, do reconhecimento de que o ser é tempo, na medida em que este se constitui no horizonte de todo sentido do ser, de toda interpretação do ser⁴⁵.

A aglutinação constitucional e social originam-se no ser. A imbricação geradora da desejada progressividade racional anda junto com o desenvolvimento da autossuficiência cidadã, que passa por um dar-se-conta, do desenvolvimento de uma potência não só positiva, de hiperinformações, hiperestimulações e hiperexigências, imposta por uma sociedade do desempenho⁴⁶, mas também negativa, de estabelecer um "vazio" condicionador do pensar e do desenvolvimento de possibilidades críticas⁴⁷. A sociedade da transparência, que se movimenta na superficialidade, encontra na autoiluminação o sentimento de liberdade capaz de impor limites ao domínio externo e à autoexploração⁴⁸. Então, resguardando a potência negativa, contra a paradoxal autoexigência hiperativa, que é extremamente passiva, ou seja, não confundindo a defendida potência negativa com impotência ou passividade⁴⁹, há o incentivo, com a sensibilidade referida, à participação efetiva do cidadão, escancarando o prejuízo do desinteresse e da passividade⁵⁰. Todo o referido contexto condiciona o ser da contemporaneidade, pois o homem é na sociedade, nas suas vivências artísticas, científicas, morais, religiosas, políticas e econômicas e com essa precedência componente da subjetividade é almejado o alcance constitucional⁵¹.

A Constituição escrita, com mobilidade e inserção social, adquire pragmatismo e efetividade. É abandonada a concepção de direito como uma ciência que tem início e se

⁴⁰VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 4-7.

⁴¹VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 52.

⁴²GADAMER, H. *Verdade e método*, V. 1, 3ª ed, Ed. Vozes, Petrópoli, 1999, p. 578.

⁴³HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus Ediciones, Madrid, 1993, p. 25.

⁴⁴HEIDEGGER, M. *Introdução à Filosofia*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 128.

⁴⁵HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2009, p. 75.

⁴⁶HAN, B. *Sociedade do cansaço*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2015, p.18-20.

⁴⁷HAN, B. *Sociedade do cansaço*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2015, p. 37-41.

⁴⁸HAN, B. *Sociedade da transparência*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2017, p. 45.

⁴⁹HAN, B. *Sociedade do cansaço*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2015, p. 30-31.

⁵⁰VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 64.

⁵¹VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 148-149.

encerra em si mesma, nos moldes da dualidade de mundo platônica (mundo sensível e das ideias), presente no direito na teoria kelseniana (ser e dever-ser), manifesto também no reconhecimento do mundo do direito e do mundo da vida. A compreensão criticada do paradigma iluminista, diferentemente do papel constitucional admitido, tinha o jurista e o cidadão como meros expectadores do protagonismo legislativo, pressuposto pelo caráter objetivo universalizante do texto legal. Talvez o melhor exemplo desse panorama metafísico criticado esteja configurado no papel limitado do juiz, tido como mero boca da lei⁵². A metafísica da objetividade do texto legal foi superada pelas opções interpretativas, pelas possibilidades de escolha da opção, atrelando a abertura aos sistemas positivistas⁵³. Ambas as possibilidades esbarram na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, na compreensão não metodológica interpretativa, mas no ser, que por sua vez tem os sentidos mergulhados na história efetual e na tradição, imprimindo um viver constitucional, em uma integração de direito e sociedade⁵⁴.

A Constituição escrita é segura e sólida, na acepção de garantia contra retrocessos sociais, mas ao mesmo tempo, com efetividade progressiva, no espírito da maleabilidade crucial para acompanhamento dos avanços jurídicos e sociais. Nesse ponta de vista é possível dispensar tecnicismos jurídicos pragmaticamente inúteis, que são retidos nos filtros hermenêutico-filosóficos. A Constituição, desse modo, indo além de consubstanciar um símbolo documental grafado, vai permitir, ao mesmo tempo, um *locus* acessível e comum a todos, como norma fundamental de toda sociedade, que agrega sentidos de forma ascendente, do povo para os ocupantes do poder político, em direção democrática⁵⁵. Não que a Constituição possa fazer com que o jurídico ignore e ultrapasse os outros sistemas sociais, mas sim que possa contribuir para o aprimoramento da sociedade, que passa pela (re)organização política, afinando-a com os interesses sociais e individuais, com respeito às escolhas majoritárias legítimas, onde novamente deve ser lembrada a imprescindibilidade da verdadeira autonomia e emancipação cidadã⁵⁶, a amparar um autogoverno democrático, efetivamente do povo⁵⁷.

A perspectiva da Constituição (re)vitalizada, na observância da antecedência hermenêutica-filosófica, como guardiã do saber produzido nos sistemas, inclusive do jurídico, exige ainda a integração social para alcançar a performance sustentada no estudo. A integração social pressupõe a admissão e vivência do cidadão. Contudo, a participação do cidadão deve ser guiada do auto de sua emancipação política, o que exige a busca dessa autossuficiência cidadã através de todos os caminhos colocados à disposição, sobretudo nos países em que a distância do perfil real e do perfil desejável, ou nas palavras de Bauman, do sujeito de direito e do sujeito de fato, é ainda mais distanciada, recrudescendo a apatia e acomodação⁵⁸, como acontece nos países em desenvolvimento. No espaço comum, dos Estados periféricos, de agravamento da possibilidade de atingimento da maioria cidadã, o Judiciário deve desempenhar relevante função para auxiliar no implemento das condições fundamentais para o florescimento do sujeito de fato. Não que o Judiciário, em sua prática descendente, panópticamente⁵⁹ imponha a democracia, mas que possa trazer preciosa contribuição na ampliação eficaz da defendida Constituição dinâmica, coadjuvando para o alcance da

⁵² SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 263.

⁵³ BONGIOVANNI, G. "Estado de Direito e justiça constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920", em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 413.

⁵⁴ VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 7.

⁵⁵ VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 155.

⁵⁶ HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 122-123

⁵⁷ ALVAREZ GARDIOL, A. *Manual de filosofia del Derecho*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1998, p. 101.

⁵⁸ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro, 2001, p.33.

⁵⁹ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro, 2001, p. 6-14.

cidadania democrática, para com o protagonismo cidadão, para com amalgamento entre o jurídico e o social.

4. CONSTITUIÇÃO, JURISDIÇÃO E AUTONOMIA CIDADÃ

A separação de poderes surgiu como teoria limitadora do poder despótico dos monarcas. Na tradição da *civil law*, o poder revolucionário conduziu a uma supremacia do Poder Legislativo que tudo podia, na medida em que era a representação da vontade popular⁶⁰. Em seguida, com o incremento de atividades intervencionistas do Estado, caracterizado como social⁶¹, é possível afirmar uma proeminência do Poder Executivo. No escrito, de conformidade com a precedência hermenêutica-filosófica trabalhada, com a dinâmica fundada no ser, é afirmada a construção da norma no caso concreto, porém sem o temido risco de resvalar para um realismo decisionista⁶². De modo que passa a ser democraticamente bem-vindo o deslocamento das relações de poder para o Judiciário, em um incremento de caráter fundamental e perspectiva firme e prolongada, proporcional à diminuição do Executivo e do Legislativo⁶³, até que sua contribuição seja dispensável na consecução da autonomia cidadã. No pragmatismo jurídico destacado, sem colocar de lado as produções científicas imprescindíveis para a solução das complexidades a cargo do direito, pressupondo a dialética discursiva, de tom democrático, concorrência e interação com outros elementos sociais, como a mídia⁶⁴, mas essencialmente como revelação da integração comunitária, da comum-idade⁶⁵, há a aposta de que o Poder Judiciário é capaz de impulsionar a constante renovação do sentido textual, impeditivas da paralisia, da obsolescência da norma jurídica perante a dinâmica da vida, da Constituição (do constituir-ação).

O direito, por meio do juiz, nessa nova dimensão de atuação, deve ter ainda mais acentuada a sua capacidade de transformação social. Além da limitação do agir político arbitrário e ilegal, na defesa de direitos negativos, deve ter confirmada a sua legitimidade para atuar onde falham os demais poderes de forma positiva, implementando políticas públicas. A omissão injustificável dos órgãos políticos, em relação a qualquer direito constitucionalmente previsto, inclusive em relação aos direitos sociais, deve ser sanada pelo juiz constitucional, mormente em países de modernidade tardia, para que as promessas constitucionais tenham viabilidade de concretização. O descompasso da atuação constitucionalmente esperada do Poder Judiciário daquela que geralmente acaba ocorrendo, no mais das vezes pelo aprisionamento a algum dos paradigmas ultrapassados criticados, acaba por fragilizar a Constituição e conseqüentemente o direito como um todo⁶⁶. Não é sem razão que são afirmadas crises do direito e do judiciário em face do descontentamento do povo. A percepção de que todo o poder do Estado, com destaque para o Judiciário, mormente no novo paradigma trazido, deve ser exercido "em nome do povo" e "em prol do povo", permitirá minimizar ou quiçá estancar o problema, contribuindo para o estabelecimento de uma democracia fundamental⁶⁷.

O entendimento da atuação judicial, no contexto dos países periféricos, não dispensa outros elementos sociais para a incessante busca democrática. Porém, tem a

⁶⁰ MERRYMAN, J. H., PÉREZ-PERDOMO, R. "A tradição da Civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina", Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 2009, p. 49.

⁶¹ BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2007, p. 203-204.

⁶² NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2013, p. 8.

⁶³ HÖFFE, O. *O que é Justiça?* Edipucrs, Porto Alegre, 2003, p. 69-70.

⁶⁴ GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 2ª ed, Revan, Rio de Janeiro, 1999, p. 95-96.

⁶⁵ VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 106.

⁶⁶ HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 40.

⁶⁷ HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 122.

atuação judicial, na ótica defendida, como fator importante para os resgates dos déficits sociais e acréscimo do plus democrático Parece indispensável exigir do poder público, inclusive e excepcionalmente de forma jurisdicional, a realização dos valores substanciais constitucionais, onde o democrático tem implícito o social, com o que a Constituição será capaz de atender ao seu caráter compromissário, dirigente e vinculativo⁶⁸. De modo que, o artigo caminha em direção oposta ao vaticínio de um esvaziamento constitucional levado pela globalização e pela aposta capitalista⁶⁹.

É perceptível a presença, nos dias de hoje, de interesses antidemocráticos que acabam sendo levados a efeito tanto em nível constitucional quanto em nível infraconstitucional. Por isso, cabe o alerta para maiorias deliberativas ocasionais, que possam até buscar o epíteto de democráticas, mas que acabam depondo contra o progresso constitucional humano e social. As conquistas progressivas, construídas racionalmente em prol dos direitos humanos inadmitte qualquer retrocesso, alcançando inclusive uma possibilidade democrática contramajoritária⁷⁰. O judiciário exerce o encargo fundamental de declarar e afastar os ímpetus retrógrados dessas maiorias eventuais, muitas vezes movidas por lógicas simplistas apartadas da construção histórica humanística, encabeçados, não raro, por movimentos populistas, patrocinando o afastamento definitivo de alternativas democraticamente despropositadas do leque de opções possíveis, condenando-as ao banimento, na retomada do espinhoso percurso democrático⁷¹.

As imposições e restrições fomentadas pelo capitalismo globalizado adquirem especial destaque no dificultosa marcha democrática. Necessário que o direito e a Constituição não sejam utilizados como instrumentos da elite política dominante, formada no mais das vezes pela força econômica globalizante. Sem negar o jogo político, as tensões que envolvem a criação e a modificação do texto constitucional, onde a lógica econômica tenta esvaziar muitos dos conteúdos substanciais constitucionais, a atividade jurisdicional, na perspectiva defendida, é capaz de relativizar a objetividade textual ou a sua ausência para permitir a manutenção das garantias historicamente conquistadas⁷². A atividade jurídica, portanto, exige um exercício com atenção, com capacidade crítica, com racionalidade jurídica de pretensão humanística e social, para não acabar chancelando uma falsificação ideológica do texto constitucional⁷³.

Nos países economicamente mais frágeis é que o capitalismo sem fronteira costuma produzir os maiores danos à democracia. Nesses Estados o fosso social costuma ter maior profundidade, porquanto o capitalismo mostra a sua face mais obscura, produzindo pobreza extrema e misérias humanas estarrecedoras. A "mão invisível do mercado" oprime o Estado de fora para dentro sem lhe permitir qualquer reação, em um colonialismo do império do capital⁷⁴. O combate, para configurações de Estados enfraquecidos, facilmente sujeitáveis a essa força econômica, não pode passar pela agudização da anemia das instituições estatais. A lógica é oposta, só um Estado forte será capaz de mitigar esses efeitos humanamente e socialmente nefastos, até freá-los completamente. A expressão do Estado forte exige a união dos poderes estatais, mas principalmente impõe a maturidade cidadã. A perspectiva de uma nova e relevante postura do judiciário é permissora do exercício da maioria cidadã, permitindo o despertar para a atenção a ser dada aos direitos humanos, com a expansão eficaz das dimensões de

⁶⁸ STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 3-4.

⁶⁹ FARIA, E. *O direito na economia globalizada*, 1ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 269-280.

⁷⁰ HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 121.

⁷¹ PINKER, S. *O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Editora Schwarcz S. A, São Paulo, 2018, p. 268.

⁷² STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 67.

⁷³ BONAVIDES. P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2003, p. 382.

⁷⁴ HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 26.

direito, especialmente da tutela dos direitos negativos e da exigência de prestações positivas⁷⁵. A atuação judicial moldada na formatação defendida traz uma roupagem diversa da liberal para a especificidade do direito, na sua contenção de ameaças e perigos, hoje cada vez mais presentes no político e econômico. Desse modo, o direito deve ser, mais do que nunca, nos países periféricos, palco para frutificar lutas visando o asseguramento e implementação de conquistas sociais⁷⁶.

O estudo trazido não comunga da percepção de que a democracia seja fácil de ser alcançada, desimportando a maciça ignorância e apatia do povo, bastando apenas impedir a anarquia e a tirania para que as coisas funcionem⁷⁷. Máxime nos países em desenvolvimento, a via democrática passa pelo robustecimento do Estado e do Judiciário na responsabilidade pelas condições formativas de autossuficiência, de emancipação, em que os cidadãos são capazes de expressar os melhores interesses para si e para sociedade. Então, a concepção minimalista de Estado e de jurisdição, que pode ser até adequada em contextos sociais, políticos e econômicos diversos, não pode ganhar fôlego nas conjunturas trazidas de vulnerabilidade. Nas realidades trabalhadas, a Constituição deve ser ponto seguro para a preservação de conquistas, além de apontar para o futuro, para uma construção histórica de direitos e evolução das dimensões de Estado, tendo como ponto de partida a emancipação cidadã. A consolidação do aspecto social do Estado, ainda distante de ser alcançado, é pressuposto para a genuína independência e liberdade do povo⁷⁸, para cogitar a concreção de interesses democráticos, em uma sempre presente imbricação do racional com o humanístico⁷⁹.

O pressuposto da Constituição com mobilidade constitucional e da jurisdição que lhe traga a eficácia está na construção de uma autossuficiência cidadã. A cidadania emancipada exercida diretamente abre muitas portas, pois espelha a verdadeira participação democrática⁸⁰. Nesse enredo ganha fôlego a busca da concretização constitucional através do exercício jurisdicional, na medida em que as partes podem participar ativamente do diálogo, influenciando ativamente nas soluções. Com isso, é preservada a isonomia e a autossuficiência, superando a crise da representatividade presente tanto no Executivo quanto no Legislativo, em seus palcos de aprovação de interesses distantes da proclamada vontade democrática popular⁸¹.

A concretização constitucional e democrática parece estar mais presente no espaço de exercício da função jurisdicional, em face da participação direta do que nos supostos espaços de exercício do poder através de representantes eleitos. A transformação social e criação de direitos, não parte necessariamente da democracia representativa, que muitas vezes não tem interesse na defendida maioria cidadã. Os representantes que almejam o poder para fins pessoais ficam muito mais confortáveis quando a opinião pública pode ser mais facilmente manipulada, quando a população possa ser manobrada para atender seus interesses⁸². Desse modo, são afastados óbices maiores para a desconstitucionalização da Constituição⁸³. Porém, o artigo corrobora a tese da existência de um remédio capaz de permitir o percurso inverso da constitucionalização da

⁷⁵ MELO DE MESQUITA, E. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 29.

⁷⁶ STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 74.

⁷⁷ PINKER, S. *O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Editora Schwarcz S. A, São Paulo, 2018, p. 250-251.

⁷⁸ STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 69.

⁷⁹ HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 122.

⁸⁰ BONAVIDES. P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2003, p. 382.

⁸¹ RIBEIRO, D. G. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p.103-104.

⁸² BOBBIO, N. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. Editora Brasiliense, São Paulo, 1997, p. 63.

⁸³ BONAVIDES. P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2003, p. 382

Constituição, agregando conquistas e não esvaziando-a, estribado na racionalidade histórica e humanística, contrariando o ceticismo contemporâneo de um suposto realismo, de utopia regressiva, onde nada pode ser feito para evitar um futuro destrutivo, em face da inegável falibilidade humana⁸⁴.

A contribuição jurisdicional à efetividade constitucional moldada socialmente com vistas a fins democráticos não é condizente com o entorpecimento, com o conhecimento raso, que leva tanto, como outrora, para a confiança em um guia ou em elites monárquicas, religiosas, econômicas, intelectuais ou de qualquer outra natureza, mais bem preparadas para governar, quanto, em face do contexto atual, na liquidez que lhe caracteriza, à condução por conselheiros que nada ou muito pouco podem agregar⁸⁵. A jurisdição deve facilitar, como elemento funcional do Estado, na ausência do Executivo e do Legislativo, as condições necessárias para que os cidadãos tenham condições para alcançar uma maioria democrática. No favorecimento da autodeterminação individual, que não é inata e nem facilmente alcançável, está o potencial auxílio do Judiciário para o desenvolvimento da capacidade de fala e razão, mormente nos países mais vitimados pela globalização econômica, de modo que possa ser desenvolvida a capacidade de autogoverno, para que possam ser dados passos largos rumo à construção do futuro desejado⁸⁶.

O condutor da construção do futuro democrático é, sem dúvida, o cidadão. Por isso, não está sendo defendida uma ditadura elitista judicial ou de qualquer outra natureza. O artigo prega a atenção para com a sedução do poder, como já alertado desde há muito⁸⁷. O sentimento constitucional, como afeição pela justiça e equidade, impele para a pluralidade política, onde todos trabalham sob o mesmo teto jurídico: a Constituição democrática⁸⁸. O diagnóstico é o de que a apatia e a indiferença não condizem com o perfil de construtor democrático. Pior ainda pode acontecer, quando a indolência dá lugar para o agir inescrupuloso e egoístico, na constatação da ausência de limites jurídicos ou na confiança da ocultação desse agir⁸⁹. Então, o protagonismo cidadão é peça-chave para o sentir constitucionalmente democrático e o juiz, conectado com seu contexto, com percepção crítica e preocupação democrática, pode contribuir muito para a eclosão dessa conquista.

5. CONCLUSÃO

Na problemática da efetividade das Constituições escritas e não escritas. Os países herdeiros da tradição da *Civil Law* não têm seus sistemas jurídicos alijados em relação ao sistema da *Common Law*, não só pela *interferenze orizzontali*, mas sobretudo pela recepção da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. No paradigma criticado objetificante a "textualização" do direito tinha o efeito colateral de imprimir uma paralisia, uma incapacidade de acompanhar as constantes modificações da sociedade, nomeadamente de crescer conquistas sociais. No entanto, a viragem-linguística permitiu perceber que os sentidos do texto são ininterruptamente renovados a partir de cada leitura, autorizando que o mesmo texto de lei, inclusive aquele que contém regras e princípios topologicamente elevados, pudesse acompanhar as alterações do mundo da vida, não só isso como também transformá-lo, em uma perspectiva necessariamente progressiva e democrática imposta ao jurídico e constitucional no enredo das sociedades

⁸⁴ PINKER, S. *O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Editora Schwarcz S. A, São Paulo, 2018, p. 427-428.

⁸⁵ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro, 2001, p. 53.

⁸⁶ HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 122-123.

⁸⁷ GARCÍA-HUIDOBRO, J. *Filosofia y retórica del iusnaturalismo*, 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 9-10.

⁸⁸ VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 70.

⁸⁹ OLIVEIRA JUNIOR, J. A. *O novo em Direito e Política*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997, p. 116.

hodiernas, destacadamente para aquelas sociedades pertencentes a Estados de direito economicamente mais afetados.

A inescapabilidade da viragem linguística e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica é crítica ao padrão de direito refém de paradigmas filosóficos anteriores que desenharam uma Constituição correspondente a um texto escrito, com sentidos pré-dados, metafisicamente contidos. Na percepção jurídica adotada, que passa pelo reconhecimento da antecedência hermenêutica-filosófica ao sistema jurídico, da capacidade do filósofo aperfeiçoar o direito, surge uma concepção diversa de Constituição. Há o fortalecimento do papel democrático da constituição na contemporaneidade. A Constituição tem robustecida a sua precedência em relação a todo o direito, de modo que sua potencialidade progressiva jurídica e social, ainda que sedimentada em um texto escrito, torna-se inesgotável. Desse modo, a Constituição, muito além de operar exclusivamente no plano jurídico, adquire eficácia social e capacidade transformadora.

O contexto histórico na dinâmica da Constituição escrita tem fundamental importância. Nos países periféricos, em desenvolvimento, com suas peculiaridades individuais, devem ser somadas todas as possibilidades para o seu aperfeiçoamento democrático. No âmbito jurídico, a eficácia da Constituição está muito ligada à Jurisdição, com o que os juízes têm delicada e destacada função a desempenhar. Para tanto deve ser enterrada a velha visão do mero "boca da lei", bem como a insegurança do decisionismo, da arbitrária superação do direito e da Constituição pelo juiz.

A passividade, a ausência de incumbência social, a perspectiva acessória frente aos demais agentes políticos, que um dia caracterizou a atividade jurisdicional, deve ser ultrapassada. O juiz da contemporaneidade dos países periféricos têm a incumbência de assumir o feitiço realizador, que passa pela tomada de consciência de seu papel sempre inovador, iniciando com a quebra do sentido unívoco textual da lei e da Constituição, na medida em que a simples leitura do texto da lei sempre já será uma nova leitura. De modo que a perspectiva limitadora da Constituição e do direito que obnubilavam qualquer possibilidade crítica, que atribuía ao direito um inalterável caráter instrumental, na percepção de que servia ao detentor do poder político, que era beneficiado por uma dimensão estática dada ao direito preservativa dos interesses dominantes, da manutenção do *status quo*, pode ser rejeitada.

A sensibilidade e racionalidade da atuação jurisdicional constitucional, por outro lado, não colocam o juiz em um patamar de protagonista. Ou seja, o juiz não é refém dos sentidos dados pela fala autorizada ao texto legal e constitucional, mas também não pode ignorar o direito, a sua construção humanística individual e coletiva no decorrer da histórica, os seus hígidos postulados científicos constitucionalmente orientados ao exercer sua atividade criadora e transformadora do direito e da sociedade. Portanto, no espaço democrático de seu agir, no processo de partes equilibradas e na jurisdição como resultado dialético, o juiz não poderá ser omissor para, dentro de seus limites, contribuir no robustecimento do verdadeiro e único protagonista que é o cidadão.

O artigo é avesso a uma política elitista da sociedade, não confia em herói(s) ou salvador(es) messiânico(s) como guia(s) no tortuoso caminho da democracia. Nessa difícil e incessante tarefa de cunho democrático somente o povo, com a capacidade de governar a si próprio, é que pode ser senhor do seu destino. A busca desse destino, do bem comum, pressupõe o atingimento da emancipação cidadã, a formação de um cidadão autossuficiente, amadurecido politicamente, vivificado constitucionalmente, capaz de tomar as rédeas do seu destino e do Estado de direito ao qual pertence. Inexiste outra opção para que o fim democraticamente desejável não acabe sendo burlado. A autossuficiência da população é um projeto que exige constante dedicação, uma incessante luta para a sua concretização. Por meio dessa difícil condição é que se torna possível a sintonia fina com a Constituição do Estado de Direito, por meio dela é que acontece o sentir e viver constitucional. Nesse desenrolar, nos Estados de maior afetação negativa da globalização econômica, onde comumente há falha de atendimento pelo Estado de questões sociais básicas, é que a atuação vigorosa do juiz adquire relevância para a formação cidadã. Se há omissão das demais instâncias de poder do Estado, o Judiciário não pode abdicar de atuar, não deve lavar as mãos, pois acabaria compactuando

com o problema. De modo diverso, o Judiciário deve atuar para que a Constituição não fique empalidecida, não acabe como letra morta. Cabe a extração judicial da potencialidade constitucional, das condições para o favorecimento da democracia, para o fomento da autossuficiência dos indivíduos componentes do Estado, surgindo, daí, o amalgamento de Constituição, jurisdição e autonomia cidadã.

6. REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ GARDIOL, A. *Manual de filosofia del Derecho*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1998.
- ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro, 2001.
- BOBBIO, N. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. Editora Brasiliense, São Paulo, 1997.
- BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2007.
- BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2003.
- BONGIOVANNI, G. "Estado de Direito e justiça constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920", em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 413.
- CASALINI, B. "Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América", em VV.AA (Costa, Pietro e coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- CASTORIADIS, C. *Socialismo ou barbárie. O Conteúdo do socialismo*. Ed. Brasiliense, São Paulo, 1983,
- DWORKIN, R. *O império do Direito*, 1ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- FARIA, E. *O direito na economia globalizada*, 1ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2002.
- FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 2018.
- FIX-ZAMUDIO, H. *Constitución y proceso civil em Latinoamérica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico, 1974.
- GOZZI, G. "Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã", em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 308-337.
- GADAMER, H. *Verdade e método*, V. 1, 3ª ed, Ed. Vozes, Petrópolis, 1999.
- GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 2ª ed, Revan, Rio de Janeiro, 1999.
- GARCÍA-HUIDOBRO, J. *Filosofia y retórica del iusnaturalismo*, 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, Herder Editorial, Spain, 2003.
- HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus Ediciones, Madrid, 1993.
- HABERMAS, J. "Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro", *Revista Tempo Brasileiro*, 5, 21, 1989.
- HAN, B. *Sociedade do cansaço*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2015.
- HAN, B. *Sociedade da transparência*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2017.
- HEIDEGGER, M. *Introdução à Filosofia*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2009.
- HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- HÖFFE, O. *O que é Justiça?* Edipucrs, Porto Alegre, 2003.
- HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- VERDÚ, P. L. *A Luta pelo Estado de Direito*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional, Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- MELO DE MESQUITA, E. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

- MERRYMAN, J. H., PÉREZ-PERDOMO, R. *A tradição da Civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 200.
- MITIDIERO, D. *Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória*, 2ª ed, Editora Revista dos Tribunais Ltda, São Paulo, 2014.
- NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2013.
- OLIVEIRA JUNIOR, J. A. *O novo em Direito e Política*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.
- PINKER, S. *O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Editora Schwarcz S. A, São Paulo, 2018.
- PINO, G. *Il positivismo jurídico di fronte allo stato costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Roma, 1999.
- RIBEIRO, D. G. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.
- SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 225.
- SARLET, I. "Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988", *Revista de Direito do Consumidor*, 30, 1999.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 8ª ed, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2009.
- STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- TARUFFO, M. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali, Sui Confini - Scritti Sulla Giustizia Civile*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2002.