

## Redefinindo a jurisdição constitucional e a sociedade de risco\*

*José Ribas Vieira\*\**

**RESUMO.** O artigo apresenta como um dos pontos centrais a perspectiva histórica da formação da Jurisdição Constitucional. É delimitada nesse contexto histórico a relevância das Teorias Constitucionais americana e alemã. Refere-se, também, à Jurisdição Constitucional no Brasil (Lei N.º 9868/99 e 9882/99). É estabelecido, ainda, o problema da razão do Estado (11/09/02) e o da sociedade de risco (BECK). Por fim, conclui-se que a Jurisdição Constitucional é um instrumento apto, pela sua matriz democrática, para a prevalência dos Direitos Fundamentais. PALAVRAS-CHAVES: Jurisdição Constitucional; Democracia; Sociedade de Risco.

**ABSTRACT.** This article presents as one of the central points the historical perspective of the formation of the Constitutional Jurisdiction. In that historical context, the relevance of the American and German constitutional theories is defined. The article also refers to Brazil's Constitutional Jurisdiction (Law N.º 9868/99 and 9882/99). It is also established the problem of the State's reason (11/09/02) and the problem of the risk society (BECK). Finally, it is concluded that the Constitutional Jurisdiction is a capable instrument, because of its democratic matrix, for the protection of the Fundamental Rights. KEY-WORDS: Constitutional Jurisdiction; Democracy; Risk Society.

### 1 – Introdução

O objetivo do trabalho é delinear um processo de mapeamento das mudanças ocorridas no conceito de Jurisdição Constitucional nesses últimos trinta anos. Tais mudanças tiveram como seus pontos nucleares a questão democrática e, mais recentemente, o surgimento

---

\* Trabalho originalmente apresentado no Seminário sobre Espaço Público, organizado pelo seu grupo de estudo sob a coordenação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ana Lucia Lyra Tavares, na PUC-Rio, no dia 30 de agosto de 2001. No texto inicialmente apresentado, acrescentou-se a categoria sociedade de risco, que modifica, logicamente, a categoria espaço público.

\*\* Professor Titular de Direito Constitucional e Teoria do Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

da denominada sociedade de risco<sup>1</sup>. Entretanto, acreditamos que, para o sucesso dessa empreitada, devamos, inicialmente, apontar o nosso marco conceitual a respeito do próprio instituto da Jurisdição Constitucional.

## **2 – Demarcando a jurisdição constitucional**

A concepção de Jurisdição Constitucional resulta de um longo processo histórico-político na qual tem sobressaído as contribuições norte-americana e alemã.

Sem dúvida nenhuma, a presença do pensamento constitucional estadunidense, desde o final do século XVIII, na formação pragmática do denominado "Judicial Review", vem traduzindo orientações estratégicas de como é garantido e direcionado o processo constitucional.

Em contrapartida, a participação da teoria constitucional alemã resulta do caminho aberto por Hans Kelsen no seu projeto de Tribunal Constitucional para a Constituição austríaca de 1920. Entretanto, cabe ponderar que, em realidade, o modelo alemão ganha o seu contorno definitivo com base na sua Lei Fundamental de 1949. Vale sublinhar, assim, o fato de que esse documento constitucional ao proceder um "aggiornamento" da concepção kelseniana do Tribunal Constitucional, o faz inspirado na perspectiva de papel político exercido pela Corte Suprema norte-americana. Nesse raciocínio, a experiência da citada Lei Fundamental de 1949 foi afastar-se, diametralmente, da visão clássica de Kelsen, de resumir a Jurisdição Constitucional a uma mera função de legislador negativo. Isto é, se compete ao Parlamento aprovar ou não um projeto de lei, a instância especializada de jurisdição a respeito de contexto constitucional não estaria distante de ser, também, um legislador. Legislador este no sentido de que negaria a vigência de uma lei por seu conflito com determinado dispositivo constitucional. Ou melhor afirmando, na linha kelseniana, a Jurisdição

---

<sup>1</sup> Ao longo desse estudo, obviamente, detalharemos o nosso entendimento a respeito da temática da democracia e do próprio conceito de sociedade de risco. (Vide referências bibliográficas).

Constitucional estaria resumida a um quadro de simples fiscalizador da constitucionalidade ou não da lei.

Dentro desse universo, o perfil do Juiz Constitucional alemão aproximou-se, como já foi destacado anteriormente, do modelo de "Judicial Review" norte-americano. Nessa linha de confluência, a Jurisdição Constitucional apresenta uma preocupação essencialmente finalística de concretização de Direitos Fundamentais. A título de exemplo, todo o debate da teoria Constitucional Contemporânea pós-45 – em destaque a contribuição alemã – centrou-se nos aspectos valorativos decorrentes de normas e princípios do campo dos Direitos Fundamentais.

Com segurança, podemos encaminhar, dessa forma, um conceito de Jurisdição Constitucional como um instrumento de validar e ampliar todo conjunto de Direitos Fundamentais de um determinado texto constitucional. Nesse diapasão, é fácil sensibilizarmos para o aspecto de que não há mais razão de distinguir os dois denominados modelos de Jurisdição Constitucional, a saber: o de base de "judicial review" (norte-americano) e o de fundamento europeu (o Tribunal Constitucional kelseniano). Há, em verdade, uma junção, pois esses mencionados modelos cumprem uma mesma finalidade: concretizar a constituição, tendo como mecanismo estruturante o universo dos Direitos Fundamentais.

Apesar do fato de que nos últimos dez anos, período pós-Constituição Federal de 1988, a teoria constitucional brasileira tem incorporada a denominação de Jurisdição Constitucional, infelizmente, o debate a respeito dessa temática está longe desse entendimento teleológico sobre o texto constitucional. Exemplificando, a doutrina (Cléve, 2000) e a própria jurisprudência do STF pautam-se por um comportamento, meramente, kelseniano de um tradicional legislador negativo.

Esse quadro vem se agravando com uma série de mecanismos ou novas vias de inconstitucionalidade, traduzidas, muitas vezes, pelas Leis de número 9.868/99 e, respectivamente, 9.882/99, que têm canalizado o debate para um diluído processo de tecnicidades. Gostaríamos, entretanto, de enfatizar a regulação do

instituto da argüição de preceito fundamental (Lei n.º 9.882/99), para tipificar um outro dado além desse empobrecimento com base nesse dogmatismo. Nessa perspectiva dos últimos encaminhamentos da Jurisdição Constitucional no corpo da Constituição Federal de 1988, ficou este, totalmente, diluído, sem a mínima organicidade de torná-lo, pelo menos, apto de cumprir uma função finalista como foi, aliás, detectado nos modelos americano e alemão.

Além dessa referida inaptidão de cumprirmos um patamar básico de que se espera da Jurisdição Constitucional, não temos, também, sido receptivos ao debate intenso desses últimos trinta anos sobre a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional da qual de destacou o debate norte-americano.

### **3 – A questão democrática e a jurisdição constitucional**

A trajetória da Corte Suprema norte-americana sempre foi marcada pelo fenômeno político de que Alexander Bickel denominou de ser "contra-majoritária". Isto é, de que, muitas vezes, as suas decisões judiciais de prevalecer o processo constitucional decorrente de 1787 se colocam, frontalmente, em oposição a uma determinada linha ampla da sociedade americana. Contudo, a partir do caso "Brown versus Topeka" (1954), na questão da discriminação racial, e culminando no processo sobre a legalização do aborto ( caso "Roe versus Wade" (1973), a Corte Suprema dos Estados Unidos tem perdido um consenso social em torno de sua legitimidade (mesmo dentro dos mencionados limites esboçados na advertência de Bickel).

Essa crise do papel consagrado por um longo processo histórico conflitivo para a Corte Suprema norte-americana abriu, naturalmente, para um amplo debate de ordem político-democrática. Whittington retrata e sintetiza esse contexto desses últimos trinta anos nos Estados Unidos, ao apontar que "constitutional scholars" estão reconhecendo a importância de atores não judiciais para "a construção do significado constitucional" (Whittington, 1999:1) e inclui constitucionalistas como Stephen Griffin, Bruce Ackerman e Wayne Moore.

Acresce a essa demanda político-democrática para compreender o universo constitucional americano, contribuições mais valorativas, numa direção como a delimitada, por exemplo, nas obras de Ronald Dworkin. Cabe mencionar os nomes dos não norte-americanos, como Roberto Gargarella (Gargarella, 1966), que sintetiza esse pensamento, além de propor que a reforma do Poder Judiciário tem de ser seguida por um processo de mudança política, de apontar para o fato da Jurisdição Constitucional tem de estar restrita a um papel de concretizador da moral pública. Isto é, a função contra-majoritária deve traduzir uma preocupação de evitar leis perfeccionistas invasoras da ordem privada. Ou, no resumo exposto por Díaz Revorio (Díaz Revorio, 1977) que a crise de debate constitucional norte-americano dessas décadas não pode estar demarcada, apenas, pelas questões interpretativas ou de ativismo judicial. É necessário, ao compreender "a constituição aberta", enfatizar toda uma textura teórica em torno de valores substanciais ou adjetivos. Esses últimos, Díaz Revorio destaca, centram-se na preocupação de John Hart Ely de que a Jurisdição Constitucional deve assegurar a liberdade de expressão de modo a materializar um procedimento democrático favorável à sociedade encontrar os seus valores por consenso.

Mais recentemente, autores como Whittington (Whittington, 1999) e Fallon Jr. (Fallon Jr., 2001) radicalizaram ao abandonar essa preocupação valorativa ao proporem que não se deva mais restringir a discussão ao universo valorativo. É estratégico, assim, que seja pensada a "Construção Constitucional" (Whittington) ou a "implementar" (Fallon Jr.). Neste caso, Fallon Jr. esboça uma série de parâmetros para objetivamente, e de forma segura, o juiz constitucional viabilizar o texto constitucional.

O debate alemão pauta-se, também, em contribuir para esse direcionamento da jurisdição em torno da questão democrática<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> O tema democrático no contexto constitucional alemão traduz-se, também, e, principalmente, na contribuição habermasiana. Deve ser destacado o fato de que na experiência alemã inexistente essa visão norte-americana de ativismo judicial. Há um medo frontal em relação ao decisionismo judicial. Tal variável tem impedido uma

Destaca-se, nessa linha, a presença de Peter Há'bele(Há'berle, 2000) ao defender uma proposta procedimental ( próxima de Ely, nos Estados Unidos) de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais da qual o juiz constitucional é um elemento garantidor em todos os níveis de debate de concretização do processo constitucional<sup>3</sup>.

Esboçada essa constelação densa sobre a questão democrática nos últimos trinta anos, depararemos que é necessário, hoje, a jurisdição constitucional, especialmente no Brasil, incorporar o processo político decorrente do esgotamento do Estado do Bem-Estar Social, as conseqüências de novos riscos sociais – desemprego estrutural, transgênicos, "vaca louca", aids etc. –, o aprofundamento da crise ambiental e das mudanças tecnológicas (Internet). Ou melhor dizendo, a jurisdição constitucional terá de conviver, assim, além desse quadro esboçado por nós, com a nova ordem internacional imposta com o desenho da globalização político-econômica após a queda do muro de Berlim e dos recentes acontecimentos dos atentados nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001. Para tanto, é necessário, como ocorreu com o tema democracia, buscar outras categorias científicas para compreender o que é a sociedade de risco.

#### **4 – A sociedade de risco e a jurisdição constitucional**

A Sociedade de Risco para nós, pode ser definida na interpretação de Beck como sendo:

*Este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem, cada vez*

---

discussão mais ampla de como o juiz constitucional pode ser um intérprete democrático.

<sup>3</sup> Essa é diferença com Ely. Pois, este sustenta uma posição meramente adjetiva para o Juiz Constitucional, de fiscalizar "se está ou não sendo cumprido o procedimento democrático".

*mais, a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial ( Beck, 1995: 11).*

Ou melhor dizendo, leciona, ainda, Beck:

*Com o advento da sociedade de risco, os conflitos da distribuição em relação aos "bens" ( renda, empregos, seguro social), que constituíram o conflito básico da sociedade industrial clássica e conduziram às soluções tentadas nas instituições relevantes, são encobertas pelos conflitos de distribuição de malefícios. (Beck, 1995:17).*

Para evitar uma incerta distribuição de malefícios é que, principalmente, em decorrência da questão ambiental, vem sendo fortalecido o papel do Estado na sua responsabilidade diante do risco. Daí temos a construção do princípio da precaução em substituição dos tradicionais parâmetros de certeza científica. Disserta Olivier Godard:

*O princípio da precaução é imposto como referência central do debate público sobre a prevenção e a gestão dos riscos num período e pelas questões que colocam em dificuldade a solução clássica que constituía os modelos de legitimidade racional legal. Ora, esse modelo ligava os dois problemas de representação, fazendo do conhecimento científico objetivo, a base indispensável e legítima de uma ação pública racional engajada por agentes competentes, a serviço do bem coletivo. A qualidade do expertise mobilizado pelo Estado devia, assim, ser o garantidor do bem fundado das decisões tomadas pelas autoridades que, a este título, merecem a confiança dos cidadãos. (Tradução é nossa. Godard, p. 18).*

Assim, interpretando essa citação, o princípio de precaução deve ser construído tendo como base na democratização do conhecimento, com a presença do espaço público.

Contudo, se estamos numa sociedade de riscos e que o princípio da precaução é um dos elementos (notadamente no debate ambiental) para delimitá-la, não podemos esquecer as advertências de Sustain (Sustain, 2001) em relação a essa idéia de espaço público. Sustain observa que o debate público, hoje, em especial via Internet, em vez de formar um consenso, é um fator de "balcanização" e isolamento da sociedade. Tal fato acarretará, naturalmente, o grau de incerteza da presente sociedade de risco.

Não podemos esquecer, também, o agravamento que decorrerá dos acontecimentos dos atentados nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, em nome de uma segurança pública, o governo Bush enviou projeto de lei ao Congresso Norte-americano suspendendo os Direitos Cívicos.

Em síntese, indagamos qual será o papel da Jurisdição Constitucional diante dessa sociedade de risco alargadora, novamente, do papel do Estado (princípio da precaução, por exemplo, e do debate dos limites dos Direitos Cívicos pós-11 de setembro de 2001) em detrimento da maior conquista da Teoria Constitucional contemporânea pós-45 – os Direitos Fundamentais?

## **5 – Conclusão**

Apesar das advertências de "balcanização" do espaço público (apresentadas por Sunstein ( Sunstein, 2001), acreditamos que, na sociedade de risco, a presença da Jurisdição Constitucional só será vitoriosa com a prevalência de sua maior conquista – os Direitos Fundamentais – e a predominância via habermasiana do processo democrático. Nesse ponto, mesmo relevando os impasses de nossa presente Jurisdição Constitucional, andou bem a Lei n.º 9868/99 ao assegurar a possibilidade de audiência pública, por parte do STF, para determinadas questões. A proposta do nosso "amicus curiae", via um tribunal especializado, demonstra o acerto de Há'berle (apesar das

críticas de Habermas) que a filtragem do Juiz Constitucional impedirá, certamente, a "balcanização" do espaço público numa sociedade de risco.

## 5 – Referências bibliográficas

BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva" (capítulo 1) – In: *Modernização Reflexiva (política, tradição e estética na ordem social moderna)*. Anthony Giddens, Ulrich Beck e Scott Lasch (organizadores). São Paulo: Unesp, 1995. 12:71.

———. *La Democracia y sus Enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.

CASTELLS, Manuel. Guerra das Redes. *Folha de São Paulo*. São Paulo, Caderno Especial, pág. 8. 21 de setembro de 2001.

CLÉVE, Clemerson. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La constitución como orden abierta*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

FALLON Jr., Richard. *Implementing the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

GODARD, Olivier. Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie. In: *Philosophie Politique (Le Risque)*. V. II. Paris: PUF. 17:56. Juin. 2000.

HÁBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciência da la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

SUNSTEIN, Cass. *Echo Chambers Bush y Gore. Impeachment and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius. (Organizadores). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Análise à Luz da Lei n.º 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

WHITTINGTON, Keith. *Constitutional construction divided powers constitutional meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.