

CONVÊNIO ACADÊMICO



CENTRO DE ESTUDOS DE CULTURA CONTEMPORÂNEA
Rua Riachuelo, 217 – Centro -- 05002-070 São Paulo/SP – Brasil



Universidade Presbiteriana Mackenzie

Projeto “Memória da Constituinte (1987-1988)”

Depoimento:

GISELE CITTADINO

Equipe de Pesquisa

Antônio Sérgio Rocha (DCS/Unifesp) - coordenador/editor

Daniel Menezes (Direito/Mackenzie) – coordenador adjunto

Ademar Seabra da Cruz Junior (MRE/Itamaraty)

Andrei Koerner (DCP/Unicamp)

Bernardo Ferreira (DCS/UERJ)

Cicero Araujo (DCP/USP)

Eduardo Noronha (DCS/UFSCar)

Jefferson Goulart (DCH/UNESP)

Gisele Guimarães Cittadino graduou-se em Direito na Universidade Federal da Paraíba em 1979. Obteve o Mestrado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina em 1982 e doutorou-se em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) em 1998. É Professora Associada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Atua na área de Filosofia Constitucional, com ênfase nos seguintes temas: constitucionalismo democrático, direitos fundamentais, justiça distributiva e multiculturalismo. É autora de “Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea” (Lumen Juris, 2000). É editora-chefe da Revista Direito, Estado e Sociedade.

Comunitarismo

As origens doutrinárias da CF 88

A partir de meados dos anos setenta, o Direito transformou-se em tema prioritário no âmbito da filosofia política contemporânea. Com a publicação de *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls,¹ tem início as discussões em torno daquilo que mais tarde Pierre Bouretz² passará a designar como um “movimento de retorno ao direito”, o que, de certa maneira, significava um rompimento com as visões críticas sobre o Direito que predominavam até então, que ora o identificavam, na perspectiva marxista, como instrumento de dominação de classe, ora, na perspectiva foucauldiana, como estratégia de normalização. Com John Rawls, Ronald Dworkin e tantos outros liberais, o Direito torna-se inseparável da discussão sobre justiça distributiva e permanece como foco prioritário do debate mesmo quando se iniciam as discussões entre liberais e comunitários,³ ambos preocupados com os temas do reconhecimento e da cultura.

No Brasil, a linguagem dos direitos foi sendo incorporada ao debate político no final dos anos 70 e ao longo dos anos 80 a partir de três diferentes movimentos -- ainda que, como é evidente, todo o processo esteja integralmente

vinculado à luta contra a ditadura militar e à reconstrução do Estado de Direito no país. Em primeiro lugar, são os múltiplos movimentos de defesa dos direitos humanos os responsáveis, ainda nos anos 70, pelo movimento de retorno ao Direito. As lutas pelo direito à vida, à integridade física, à liberdade de expressão, pela anistia e as manifestações contrárias à tortura e às prisões arbitrárias representam um primeiro sinal de como a linguagem normativa pode ser utilizada em favor da liberdade e da mudança. Em segundo lugar, o surgimento do sindicalismo paulista no final dos anos 70 – que está na origem do Partido dos Trabalhadores e de uma reorganização partidária no Brasil – de igual maneira pode ser interpretado a partir dessa chave do retorno ao direito, especialmente em face das reivindicações por direitos sociais e de segurança social que emergem e circulam na base e no interior da sociedade civil brasileira. Finalmente, o movimento de retorno ao Direito atinge o seu apogeu por ocasião do processo constituinte dos anos 80, momento em que reconstruímos o Estado de Direito no país. E é no âmbito do processo constituinte que se manifesta fortemente aquilo que, em outra ocasião, designei como *constitucionalismo comunitário*,⁴ que representa, de certa maneira, um momento de interseção entre a luta política que faz uso da linguagem do Direito desde o final dos anos 70 e um discurso acadêmico-doutrinário fortemente influenciado por um debate contemporâneo que se processa no interior da filosofia política e que transborda para o âmbito da filosofia constitucional.

Os representantes desse constitucionalismo comunitário,⁵ comprometidos com a luta contra a ditadura militar e a restauração da democracia no país, tem sua produção doutrinária influenciada marcadamente pelo pensamento constitucional de Portugal e Espanha, especialmente pelas discussões travadas por ocasião dos processos constituintes dos quais resultaram a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978. Os constitucionalistas portugueses e espanhóis,⁶ por sua vez, são ávidos leitores do constitucionalismo alemão,⁷ cujo debate está centrado no tema da concretização da Constituição, ou

seja, em como tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. É através desse filtro ibérico que o constitucionalismo alemão, de viés comunitário, chega ao Brasil e imprime seus principais compromissos nos textos dos nossos constitucionalistas, estabelecendo uma espécie de fratura no interior de nossa cultura jurídica positivista e privatista.

O nosso constitucionalismo comunitário busca, contra o positivismo, um fundamento ético para o ordenamento normativo e, contra o privatismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurado pela nova Constituição. Ao conferir prioridade aos valores da dignidade e da igualdade, defendem uma concepção de Constituição-Dirigente que se opõe à ideia de que a tarefa primordial da Constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um Poder Público inimigo, através a criação de um sistema fechado de garantias da vida privada. Agora, a visão comunitária da liberdade positiva limita a esfera da autonomia individual, condicionando-a em prol do coletivo. Recusando a concepção de direitos públicos subjetivos, que constituiriam um conceito técnico-jurídico do Estado liberal preso à concepção individualista do homem, os constitucionalistas comunitários preferem falar em direitos fundamentais do homem, que designa, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.

COMUNITARISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

No âmbito do constitucionalismo comunitário, os direitos fundamentais são considerados a partir de duas distintas perspectivas. Em primeiro lugar, são considerados valores reconhecidos pela comunidade e como tais devem ingressar no texto constitucional, que pressupõe uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. A partir do momento em que assumem o caráter concreto de normas constitucionais positivas, passam a ser considerados direitos constitucionais, e não valores supraconstitucionais ou supraestatais, como afirmam os

autores comprometidos com a visão do direito natural. Desta forma, como valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação. Como direitos positivados, são metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito. Para os constitucionalistas comunitários, isso se dá porque, se a aplicação das normas relativas ao sistema de direitos pressupõe a sua dimensão extraconstitucional, isso não pode significar que a ordem constitucional esteja submetida a uma ordem de valores abstrata, ancorada em um direito natural que concebe uma natureza humana única e imutável.

É exatamente aqui que se revela a dimensão comunitária do constitucionalismo brasileiro. Em primeiro lugar, quando esses juristas falam no valor da dignidade humana, eles não querem se referir a nenhuma concepção dogmática da natureza humana, nem tampouco se referem a uma pura idealidade ou abstração. Ao contrário: os direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem uma espécie de *validação comunitária*, porque fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica. De outra parte, é exatamente a ausência de qualquer dogmatismo jusnaturalista que permite aos comunitários a utilização do conceito de *abertura constitucional*. Afinal, segundo eles, a dignidade humana não representa um valor abstrato mas a “*autonomia ética dos - homens concretos*”.⁸ É, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. Em outras palavras, a *abertura constitucional* permite que cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da Constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição.

Ressalte-se que, quando o constitucionalismo comunitário se refere à concretização da Constituição, através da ampliação do círculo de seus intérpretes,

busca, especialmente, garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados. E não poderia ser diferente. Se a dignidade humana, aqui traduzida por autonomia ética de indivíduos históricos, integra os princípios constitucionais da nossa Constituição e se estes funcionam como critério de interpretação e integração de todo o ordenamento supremo, resulta daí que a concretização dos direitos fundamentais é certamente uma das valorações políticas fundamentais acolhidas pelo legislador constituinte.

Ocorre, entretanto, que diferentemente das regras de direito privado, por exemplo, as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais revelam programas de ação ou afirmações de princípios e não possuem uma regulamentação perfeita e completa, sendo quase sempre pouco descritivas, vagas e esquemáticas.⁹ Concretizar o sistema de direitos constitucionais pressupõe, portanto, uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente. Neste sentido, é exatamente porque não se prescreve o regime da aplicabilidade imediata da maioria das normas relativas aos direitos fundamentais que se espera a decisão política da comunidade histórica no sentido de efetivamente participar do grupo de intérpretes da Constituição. E não há outra forma de viabilizar essa participação jurídico-política senão através da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da constituição, possa vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

PARA CONCRETIZAR A CONSTITUIÇÃO

Para o constitucionalismo comunitário, portanto, o processo de concretização da Constituição, como efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do Poder Público. E são os institutos processuais destinados a controlar diretamente essas omissões – o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omis-

são – que viabilizam a participação jurídico-política, garantindo o valor ‘dignidade da pessoa humana’. De outra parte, essa dimensão objetiva do sistema de direitos constitucionais – que será tanto mais efetiva quanto maior for a eficácia normativa da Constituição – também depende da operosidade das instituições encarregadas do seu cumprimento. E o Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Constituição – já que aqui prevalece o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade – tem um papel proeminente. Mais do que isso, não seria exagero afirmar que o constitucionalismo comunitário brasileiro defende a figura de um Estado-Juiz, acompanhando, também aqui, o pensamento comunitário na defesa da jurisdição constitucional como regente republicano das liberdades positivas.

COMUNITARISMO BRASILEIRO: ANTEPROJETO JOSÉ AFONSO E A COMISSÃO ARINOS

Com tais compromissos, o nosso constitucionalismo comunitário atuou intensamente durante todo o processo constituinte. Sua primeira participação ocorreu ainda no âmbito da Comissão de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, cuja função era a de elaborar estudos e um anteprojeto de Constituição, a serem encaminhados à Assembleia Constituinte a título de colaboração. Dos 49 membros, 30 eram bachareis em direito, e as primeiras análises da imprensa sobre a composição da Comissão Arinos ressaltava o seu caráter conservador. Foram diversas as críticas dos partidos de esquerda, que a definiam como um foro elitista e não-democrático. Por essa razão, juristas como Seabra Fagundes e Fábio Konder Comparato¹⁰ se recusaram a integrar a Comissão, apesar de terem sido insistentemente convidados. Tais análises não estavam equivocadas, mas o Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Arinos se revelou um estudo sério e progressista.

Algumas razões explicam a manchete da *Folha de São Paulo*, de 19/09/1986: “No final, vitória dos progressistas”.¹¹ Em primeiro lugar, não se concretizou nenhum pacto entre os ideólogos de direito e os empresários, que apoiaram o

“grupo progressista” no debate sobre a ordem econômica. Em segundo lugar, foi efetiva a participação dos “progressistas” nos diversos comitês temáticos e nos debates gerais da Comissão Arinos. Alguns “conservadores” reclamavam da pouca disponibilidade de membros do seu grupo, em oposição aos “progressistas”, considerados assíduos e comprometidos. É preciso também enfatizar que, quando a Comissão Arinos inicia suas discussões, José Afonso da Silva, seu integrante e um dos mais respeitados “comunitários” brasileiros, apresenta, no âmbito da Comissão, o seu anteprojeto de Constituição. Finalmente, a tarefa atribuída aos membros da Comissão era próxima ao ofício dos 30 bacharéis integrantes da Comissão: a maioria atuava na área do direito constitucional e estava comprometida com os ideais comunitários.

São três os temas fundamentais que definem o caráter comunitário tanto do anteprojeto de Constituição elaborado por José Afonso da Silva como do anteprojeto apresentado pela Comissão Arinos. Em primeiro lugar, e na busca de um fundamento ético para a ordem jurídica, incorporam positivamente princípios constitucionais ao texto da constituição, definindo o Brasil como *Estado Democrático de Direito*, cujo objetivo é a “*dignidade dos brasileiros*” (art. 1º, Anteprojeto José Afonso) ou a “*promoção da pessoa*” (art. 1º, Anteprojeto da Comissão Arinos). O segundo tema a associar estes anteprojetos às ideias comunitários é o exaustivo e completo sistema de direitos constitucionalmente assegurados. Tanto num documento quanto no outro, a fixação de um amplo conjunto de direitos, no qual se sobressaiam os direitos de participação política, ao lado de mecanismos processuais que possam torná-lo eficaz. Ao mesmo tempo, os dois anteprojetos davam prioridade ao dever de prestação por parte do Estado, já que de nada valeria a constitucionalização de um amplo sistema de direitos fundamentais se, ao lado dele, não se fixasse determinados instrumentos procedimentais que pudessem dar efetividade às normas asseguradoras de direitos ainda não regulamentados de forma eficaz. O anteprojeto formulado pelo professor José Afonso da Silva definia, inclusive,

um procedimento ainda mais eficaz do que o mandado de injunção previsto no ordenamento constitucional brasileiro: autorizava o Poder Judiciário a suprir a lacuna normativa sem haver efeito suspensivo do recurso interposto à instância superior.

É preciso ressaltar que ambos os anteprojetos de Constituição previam um outro instituto, que, de igual forma, visava a controlar as omissões do Poder Público. Trata-se da ação de inconstitucionalidade por omissão, ainda que houvesse diferenças significativas na forma como esse instrumento aparecia nos dois anteprojetos.

O terceiro tema que revela o “compromisso comunitário” dos anteprojetos de José Afonso e da Comissão Arinos foi a caracterização da mais elevada corte de justiça brasileira – o Supremo Tribunal Federal – como órgão de caráter político, que atuasse no sentido de zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorresse sob as condições legitimadoras de uma política deliberativa. Mais do que isso, esses anteprojetos davam à Corte Suprema a tarefa de concretizar as normas constitucionais, especialmente aquelas que se referiam aos direitos fundamentais.

Foram, portanto, diversos os compromissos comunitários do anteprojeto elaborado pelos integrantes da Comissão Arinos. O Preâmbulo do texto é certamente o marco deste compromisso, na medida em que clamava por um “regime social justo, fraternal e participativo”, que propiciasse uma “existência digna para todos os brasileiros”.

ANTEPROJETO ARINOS E OS TRABALHOS CONSTITUINTE

Como se sabe, o Presidente Sarney mandou engavetar o Anteprojeto Arinos. Mas o documento não foi esquecido, tendo circulado das mais variadas formas nos bastidores do Congresso Nacional. Informalmente, partes significativas do seu texto foram até mesmo copiadas pelos constituintes, o que levou o deputado Manuel Moreira (PMDB-SP) a observar: “No lugar de plagiar, vamos examinar

logo o original”.¹² Algum tempo depois, ainda que dividido em partes, o Anteprojeto Arinos foi apresentado como sugestão à Mesa da Constituinte. O Senador Afonso Arinos (PFL-RJ), eleito para a presidência da Comissão de Sistematização, tinha dúvidas acerca da oportunidade de apresentar formalmente o Anteprojeto, porque temia que o seu gesto fosse interpretado como uma limitação à soberania dos constituintes. No dia 24 de abril de 1987, o senador recebeu um telefonema do deputado Ulysses Guimarães (PMDB-SP), presidente da Constituinte, lhe solicitando que apresentasse a proposta dos “Notáveis” à Mesa da Assembleia.¹³ A partir daí, deputados e senadores passaram a contar formalmente com o texto do Anteprojeto da Comissão Arinos.

A atuação dos constitucionalistas “comunitários” na Assembleia Constituinte foi certamente decisiva. O professor José Afonso da Silva era não apenas amigo pessoal do deputado Ulysses Guimarães como foi o principal assessor, durante todo o processo constituinte, do senador Mário Covas (PMDB-SP), líder da Maioria na Assembleia Constituinte. O professor Carlos Roberto de Siqueira Castro assessorou o Senador Afonso Arinos na Comissão de Estudos Constitucionais. Assessorou também a liderança do PDT na própria Constituinte, além de ter tido uma destacada participação na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Ressalte-se ainda que esses dois constitucionalistas integraram a Comissão de Redação,¹⁴ que foi responsável pelo texto final da Constituição. Não menos importantes foram as atuações de Eduardo Seabra Fagundes, vinculado ao PDT, e de Fábio Konder Comparato, do PT de São Paulo. A participação desse conjunto de constitucionalistas comunitários na Constituinte pode nos ajudar a explicar especialmente o uso de uma “linguagem comunitária” na Constituição Federal de 1988, assim como a incorporação de novas e variadas formas de garantia do ideal comunitário da participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos.¹⁵

COMUNITARISMO E A CONSTITUIÇÃO-CIDADÃ

Os três grandes temas que definem a *dimensão comunitária* tanto do anteprojeto José Afonso da Silva como o da Comissão Arinos – a definição do fundamento ético da ordem jurídica; o amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhado dos institutos processuais que visam a controlar a omissão do Poder Público; e a Corte Suprema como órgão de caráter político – são adotados pela nossa Constituição Federal. Como no constitucionalismo europeu, a denominada Constituição Cidadã passa, por um lado, a adotar um completo e exaustivo sistema de direitos, prevendo também os instrumentos processuais elaborados para garantir a sua efetividade. Por outro lado, e seguindo aqui o modelo norte-americano, atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel de *guardião da Constituição*, ainda que não o transforme em Tribunal Constitucional. Nesse sentido, a Constituição Federal explicita, ainda mais claramente que o Anteprojeto da Comissão Arinos, o caráter político da ação do STF, afirmando que a ele compete “precipualemente, a guarda da Constituição” (art. 102, CF 88).

A marca da “linguagem comunitária” atravessa todo o texto constitucional de 1988. Isso já se evidencia no preâmbulo da Constituição, que identifica “os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”.¹⁶ Se o preâmbulo da Constituição define os “*valores supremos*” da Nação, o Título I (Dos Princípios Fundamentais) se encarrega de positivá-los, na medida em que o artigo 1º, III, ele fixa a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito. Não houve qualquer resistência à incorporação desse compromisso valorativo ao texto constitucional. A representação conservadora na Constituinte atribuía ao tema uma função exclusivamente retórica, definindo-o meramente como “filosofias”. Tanto é assim que as emendas substitutivas oferecidas pelo grupo conservador denomi-

nado *Centrão*,¹⁷ na segunda fase da Constituinte, não propugnaram nem pela rejeição, nem mesmo pela alteração¹⁸ deste compromisso valorativo.

Outro tema que revela a presença do ideário “comunitário” no texto constitucional é a adoção de um regime que assume uma forma de *democracia participativa* -- seja pela participação nos moldes representativas, seja pela participação por via direta do cidadão, por meio de três institutos: a iniciativa popular – pela qual se admite que o povo apresente diretamente projetos de lei ao Legislativo –, do referendo popular – que se caracteriza pelo fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo sejam passíveis de ser submetidos à vontade popular – e do plebiscito – que visa a decidir previamente uma questão política antes de sua formulação legislativa – foram incluídos na Constituição Brasileira de 1988.

Não resta dúvida de que a principal característica “comunitária” do texto constitucional se encontra precisamente na ideia de “comunidade de intérpretes”, que pressupõe, por um lado, uma concepção de *Constituição aberta* e, por outro, a adoção de diversos e novos institutos que asseguram a determinados intérpretes informais da Constituição a capacidade para deflagrar processos de controle, especialmente controles judiciais.

A preocupação com a concretização da Constituição, e especialmente com a efetividade do sistema de direitos nela assegurados, esteve presente desde o início do processo constituinte. Era evidente o temor de que a nova Constituição viesse a padecer, como as anteriores, de uma espécie de inoperância crônica, o que se patenteava nas matérias veiculadas na imprensa e nos próprios debates no interior da ANC. Essa inoperância crônica era atribuída, por um lado, às omissões do Poder Público relativamente à obrigatoriedade de ações normativas, e, por outro, à ausência, nas Constituições do passado, de instrumentos processuais que pudessem concretizar a ideia de comunidade de intérpretes, proposta pelo constitucionalismo “comunitário”.

O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são os institutos acolhidos na Constituição Federal¹⁹ que melhor viabilizam, na prática,

essa idéia de *comunidade de intérpretes*. A efetividade das normas constitucionais protetoras dos direitos sociais depende do grau, maior ou menor, da participação e da adesão da cidadania em torno do ideário constitucional e da vigilância dos seus destinatários. Por outro lado, são os intérpretes informais do texto constitucional que podem evitar que as políticas públicas destinadas a atender demandas sociais não sejam destruídas por interpretações judiciais da Constituição presas ao velho paradigma liberal defensor da autonomia privada.

Os direitos sociais fundamentais, que integram o sistema de direitos constitucionais, são direitos a prestações cujo objeto pode ser uma ação fática ou uma ação normativa por parte do Estado. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são institutos associados, exatamente, à obrigatoriedade de ações normativas por parte do Poder Público, já que visam exatamente a “garantir o cumprimento de preceitos constitucionais ainda não integrados por normas regulamentadoras que devem ser produzidas através de atuação direta do Poder Legislativo e/ou Executivo”.²⁰

Nesses pontos, a Constituição Federal foi mais precisa do que o Anteprojeto José Afonso e o Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais, por ter decidido expressamente pela adoção do instituto do mandado de injunção. Mas, ao contrário desses dois anteprojeto, não atribuiu aos membros do Judiciário expressamente poder para suprir a lacuna legislativa. E tem sido exatamente por causa dessa ausência desta previsão expressa que o Poder Judiciário tem inviabilizado o instituto do mandado de injunção.

Se o mandado de injunção tem a finalidade de garantir o pronto exercício do direito, a despeito e em função da falta de regulamentação adequada, a ação de inconstitucionalidade por omissão tem por finalidade advertir o poder competente para que pratique ato legislativo, ou executivo, requerido para dar plena eficácia a uma norma constitucional, tornando-a imediatamente aplicável. É o art. 103, parágrafo 2º, da CF 88, que a prevê, nos seguintes termos:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Da mesma maneira que os integrantes da Comissão Arinos, os nossos constituintes de 1987-88 optaram pela adoção do instituto tal como previsto na Constituição de Portugal. Quer dizer, tanto lá como aqui, a sentença judicial limita-se a dar ciência ao poder competente omissivo, sem que se defina qualquer meio eficaz que obrigue à adoção das medidas que se fazem necessárias ao cumprimento da Constituição.

Com esses institutos, portanto, pretendeu-se concretizar uma comunidade de intérpretes do texto constitucional, já que os cidadãos e as associações possuem legitimidade, assegurada pela própria Constituição, para deflagrar processos judiciais perante juízes e tribunais, especialmente no sentido de tornar efetivas as normas constitucionais protetoras dos direitos sociais fundamentais, combatendo as omissões dos poderes públicos. E, em tal contexto de Constituição aberta e de abertura constitucional, não se poderia destinar outro papel aos tribunais senão o de regente republicano das liberdades positivas. Com isso, chegamos ao terceiro tema que define a “dimensão comunitária” da Constituição Federal: a Corte Suprema como órgão de caráter político.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Nos meses que precederam a Constituinte, muitos foram os juristas que, através da imprensa, clamavam pela necessidade de se conferir ao Supremo Tribunal Federal atribuições jurídico-políticas de uma Corte Constitucional. O ministro Sidney Sanches publicou um artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, em 6/10/85, afirmando que o STF “deveria cuidar de temas constitucionais (...) e de questões de alto interesse público, no plano da ordem jurídica, moral, política, econômica e social”. Também na *Folha de S. Paulo* (6/10/85), o jurista Clóvis Ramallete atribuía ao STF a função de “intérprete, defensor e elastecedor da Constituição”.

No dia de 27/5/85, o *Jornal da Tarde* veiculava a opinião de Celso Ribeiro Bastos de que ao Supremo “compete também reinterpretar a Constituição à luz dos reclamos e anseios da sociedade da época, contribuindo assim para a sua maior longevidade”.

Da mesma forma como ocorrera em relação à Comissão de Estudos Constitucionais, logo se fizeram sentir a pressão do Judiciário e a ação coordenada dos membros do Supremo no âmbito da Assembleia Constituinte. Apresentado em setembro de 1987, o segundo substitutivo do Relator²¹ revelava, ainda que parcialmente, o resultado desta pressão: como na Constituição anterior, o STF continuaria a ser integrado por onze ministros, todos indicados pelo Presidente da República, ouvido o Senado Federal. Mas a vitória apenas parcial. Ainda que não tenha convertido o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, foi-lhe atribuída a função de guardião da Constituição, e parte de suas antigas atribuições foram transferidas para o novo Superior Tribunal de Justiça.²² Essa configuração inicial não seria alterada ao longo do processo constituinte -- nem mesmo pelo Projeto do *Centrão* -- e foi incorporada assim ao texto final da Constituição de 88.

O ordenamento constitucional brasileiro, portanto, não converteu, como desejavam os “comunitários”, o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, mas reduziu sua competência à matéria constitucional, afirmando que a ele compete, “precipualemente, a guarda da Constituição” (art. 102, CF 88). Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política, ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política. Se a própria Constituição não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, por estar comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos. É pre-

cisamente por isso que a Corte Suprema deve recorrer a *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais* à luz da Constituição e não a *procedimentos interpretativos de bloqueio*,²³ pretensamente neutros, vinculados a uma concepção de Estado mínimo e adequados a uma legalidade estritamente positivista.

Com a definição do caráter político do Supremo Tribunal Federal, fechava-se o círculo que caracteriza a *dimensão comunitária* do ordenamento constitucional brasileiro.²⁴ A realização dos valores constitucionais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais passava a depender, por um lado, da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes, dotada de instrumentos processuais inibidores das omissões do Poder Público e, por outro, de uma hermenêutica constitucional ultrapassava o formalismo positivista e introduzia uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição.

O depoimento da professora Gisele Cittadino ocorreu na manhã de 22 de agosto de 2008, na FFLCH-USP. Participaram do encontro os pesquisadores Ademar Cruz, Andrei Koerner, Antônio Sérgio Rocha, Bernardo Ferreira, Cicero Araujo e Jefferson Goulart.

NOTAS

¹ John Rawls. *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

² Pierre Bouretz. *La Force du Droit*. Panorama des débats contemporains. Paris: Éditions Esprit, 1991.

³ O chamado debate liberal x comunitário empolga a filosofia política contemporânea a partir dos anos 80, especialmente com as primeiras críticas formuladas por Michael Walzer (*Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983) e Charles Taylor (*The Politics of Recognition, in Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Amy Gutmann (Ed.), Princeton University Press, 1994) ao compromisso inarredável dos liberais com a prioridade dos direitos humanos em relação às decisões da soberania popular.

⁴ Para um detalhamento do constitucionalismo comunitário, ver a obra *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1ª edição (1999), 4ª edição (2009).

⁵ José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão, dentre outros, são representantes do que designamos como *constitucionalismo comunitário*. Importa ressaltar que, no âmbito da cultura jurídica, nem todos seriam qualificados como constitucionalistas, vez que trafegam tanto pela teoria do direito como pela sociologia e filosofia do direito. *O Curso de Direito Constitucional Positivo* (José Afonso da Silva), *A Constituição Aberta e Atualidades dos Direitos Fundamentais do Homem* (Carlos Roberto de Siqueira Castro) e o *Curso de Direito Constitucional* (Paulo Bonavides) são os textos mais elucidativos do *constitucionalismo comunitário* brasileiro.

⁶ São os trabalhos de José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1992), Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, Tomos I, II e III, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1983) e José Carlos Vieira de Andrade (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1983) em Portugal e Pablo Lucas Verdu (*La Constitución Abierta y sus Enemigos*, Ediciones Beramar, Madrid, 1990) e Antonio Enrique Pérez Luño (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991), na Espanha, que influenciam decisivamente o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo.

⁷ Friedrich Muller, Konrad Hesse e Peter Häberle são representantes do constitucionalismo alemão que muito influencia o pensamento constitucional português e espanhol nas décadas de 80 e 90.

⁸ Cf. José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 162.

⁹ A esse respeito, ver José Carlos Vieira de Andrade, capítulo IV – “A Interpretação dos Preceitos Constitucionais relativos aos direitos fundamentais”, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 115. Ressalte-se que essa obra de José Carlos Vieira de Andrade é um marco do constitucionalismo comunitário português.

¹¹ O afastamento do advogado Ney Prado, ex-chefe da Divisão de Política do Colégio Interamericano de Defesa, em Washington, membro do corpo permanente da Escola Superior de Guerra e secretário-geral da Comissão Arinos, foi um dos mais expressivos sinais da derrota dos “conservadores”. Discordando do texto final votado pela Comissão, Prado foi responsável pela sua publicação, não-revisado e não-autorizado, na revista *Manchete*, caracterizando-o como “socializante”, “esquerdista” e “xenófobo”. Escolhido para compor a Comissão por contar com a simpatia do Ministro do Exército, Leônidas Pires Gonçalves, Ney Prado, um civil que se apresentava como porta-voz dos militares na

Comissão, dela se afastou, sugerindo, no artigo “Constituição de Araque”, publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* (15/05/86), que o Presidente da República, José Sarney, rasgasse o anteprojeto apresentado pela Comissão Arinos. No mesmo artigo acrescentou: “A douta comissão espelha a carência de recursos humanos do Brasil destes dias, onde juristas do porte de Miguel Reale se tornam cada vez mais escassos (...) São de esquerda os donos da cultura no Brasil (...) A Comissão de Estudos que (...) se vem reunindo no Rio encontra-se sob a influência perniciosa de tais donos da cultura (...) A conclusão não pode deixar de ser melancólica. É que, como em muita coisa mais, já não se fazem constitucionalistas como antigamente. Fazem-se, sim, em grande número, constitucionalistas de araque”. No dia seguinte ao afastamento de Prado, 18 membros subscreveram um manifesto contrário à reunião da Comissão em Itaipava, Petrópolis, onde se pretendia, em um esforço concentrado, acelerar a conclusão dos trabalhos. Houve nova derrota. A Assembleia manteve a decisão já tomada anteriormente.

¹² Declaração dada ao Jornal *O Globo*, 18/04/87.

¹³ Tanto o *Jornal de Brasília*, de 25/04/87, quanto o *Jornal do Brasil*, do mesmo dia, publicaram reportagens intituladas, respectivamente: “Congresso terá como base Anteprojeto de Notáveis (p. 4) e “Arinos apresenta proposta” (p. 2), informando não apenas sobre o telefonema de Ulysses Guimarães como da decisão do senador Arinos de distribuir os capítulos do ‘Anteprojeto dos Notáveis’ às subcomissões da Assembleia Constituinte.

¹⁴ Essa comissão visava escoimar do texto já aprovado pelos constituintes erros gramaticais e outros vícios formais que pudessem gerar equívocos na leitura do documento.

¹⁵ A intensa participação dos mais diversos setores organizados da sociedade civil no processo constituinte foi certamente a razão primordial e prioritária da incorporação, no texto constitucional, do amplo sistema de direitos nela assegurados. Aqui, o objetivo é apenas estabelecer as conexões entre o chamado discurso “comunitário” e a incorporação, na Constituição, de determinados tipos jurídicos que garantiram a participação popular no processo político-jurídico nacional.

¹⁶ É evidente a semelhança – quase literal – entre os preâmbulos dos anteprojetos de José Afonso da Silva, da Comissão Arinos e da Constituição de 1988.

¹⁷ Na segunda fase do processo constituinte, a maioria conservadora da Assembleia cria o agrupamento que chamaram de *Centrão*, integrado pelos conservadores do PMDB, PFL, PDS, PDC, PTB e PL, com apoio do empresariado e do Palácio do Planalto.

¹⁸ O Projeto de Constituição apresentado pelo *Centrão* previa esse mesmo compromisso valorativo. No âmbito dos Princípios Fundamentais, a única diferença verificada entre o Projeto do *Centrão* e o Projeto Final da Comissão de Sistematização é que esse último, ao contrário do primeiro, assegurava, no parágrafo único do art. 1º, o exercício direto do poder pelo povo. Nesse tema, o *Centrão* foi derrotado, e a Constituição Federal dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁹ A intensa participação popular foi uma das marcas do processo constituinte. Foram apresentadas 122 emendas populares, que, no total, reuniram mais de 10 milhões de assinaturas. Não seria nenhum exagero afirmar que o amplo sistema de direitos fundamentais assegurado na Constituição Federal é, em boa parte, resultado desse processo de participação política. No entanto, a inclusão no texto constitucional das garantias de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade, é tarefa atribuída aos “juristas”. São claras, a respeito, as palavras de Adriano Pilatti: “Em princípio e como regra, no meu entender, os movimentos populares acabaram seduzidos pela ilusão jurídicista da consagração retórica de direitos substantivos, deixando em segundo plano a previsão de instrumentos de efetivação. Segundo me parece, a batalha real não se esgota na consagração de direitos e princípios, mas começa realmente com eles, passando necessariamente pela

estruturção de uma instrumentalidade tal que permita a cobrança de sua implementação”. Cf. Adriano Pilatti. *A Educação nas Constituintes Brasileiras* (org. Osmar Fávero), Campinas, SP, Editora Autores Associados, 1996, p. 299.

²⁰ Cf. Regina Quaresma. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Teoria e Prática*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 1.

²¹ Tratava-se do deputado Plínio de Arruda Sampaio (PT-SP).

²² A criação do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, C.F.) traduziu nova derrota dos membros do Supremo Tribunal. Sobre o tema, assim se manifestaram: “Desaprova (...) a Corte a idéia de se criar um Tribunal Superior de Justiça (abaixo do Supremo Tribunal Federal), com competência para julgar recursos extraordinários oriundos de todos os Tribunais Estaduais do País”. E ainda acrescentam: “Pela proposta, o Supremo Tribunal Federal conserva sua competência para julgar recurso extraordinário nos moldes atuais”. A Constituição de 1988 também reduziu esta competência, transferindo para o Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário. Cf. *Diário da Justiça*, 14/07/86.

²³ Conceitos apresentados por Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia Normativa* (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas). São Paulo: Atlas, 1989, p. 11.

²⁴ A dimensão “comunitária” e progressista da Constituição Federal de 1988 não se coaduna com a composição majoritariamente conservadora do Congresso Constituinte responsável por sua promulgação. E o Anteprojeto da Comissão Arinos tampouco era compatível com o conservadorismo da maioria dos seus membros. No caso da Constituição Federal, também são variadas as chaves de interpretação deste processo, ainda que seja possível enumerá-las de forma um tanto quanto aleatória: a) houve uma enorme renovação *pessoal* nas eleições de 1986, com muitos constituintes exercendo seus primeiros mandatos federais; b) o descontentamento destes “novos” com as decisões centralizadoras do presidente Ulysses Guimarães foi a causa da eleição do Senador Mário Covas para a liderança da maioria (PMDB) na Constituinte; c) o senador Mário Covas indicou para as relatorias estratégicas das Subcomissões constituintes comprometidos com as teses progressistas e que, por força do Regimento, integrariam a Comissão de Sistematização; d) o Regimento Interno, aprovado pelos “novos” – que desejavam participar ativamente dos trabalhos constituintes – definiu um itinerário que, partindo do zero, descentralizava a confecção do texto constitucional em comissões e subcomissões e permitia a intensa participação da sociedade civil no processo; e) finalmente, ainda que a maioria conservadora, o *Centrão*, tenha reagido na segunda fase da Constituinte e alterado o Regimento Interno para descartar a influência da minoria progressista, a modificação regimental foi mal realizada. A alteração do Regimento Interno abriu a possibilidade de apresentação de novas emendas e de substitutivos que pudessem ser apreciados inclusive antes do texto aprovado pela Comissão de Sistematização. Para tanto, estes substitutivos deveriam reunir 280 assinaturas. Alcançado este número, o texto devia ser submetido a votação, e só seria aprovado se obtivesse 280 votos favoráveis. Se isto não ocorresse, colocava-se então em votação o texto da Comissão de Sistematização, cuja aprovação dependia da obtenção do mesmo número de votos. Se nenhum dos textos alcançasse tal número, ocorreria, então, o chamado “buraco negro” (nenhum texto aprovado), o que colocava a necessidade de oferecimento de novo texto pelo Relator. Este processo terminou por obrigar a maioria conservadora a estabelecer acordos, que garantiram as conquistas obtidas pelos progressistas na primeira fase. Ver, a respeito, Adriano Pilatti. “Marchas de uma Contramarcha: Transição, UDR e Constituinte”, Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da PUC-RJ, 1988, p. 171 e segs.